

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

**THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF QUOTA CONTRIBUTIONS RACE IN PUBLIC
TENDER**

**LA (IN) CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CUOTAS RACIALES EN CONCURSOS
PÚBLICOS**

Bruna de Oliveira Quintão

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, pós-graduação pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Assessora jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná -

RESUMO

Dirige-se esse trabalho a uma visão mais autêntica acerca da existência das Ações Afirmativas em território Brasileiro, em especial às presentes nos editais de Concursos Públicos. Para tanto, estuda-se o Princípio Constitucional da Igualdade e suas modalidades. Após, adentra-se na diferenciação de raça e racismo e se expõe o conceito de discriminação racial, apresentando ao leitor o caso Universidade da Califórnia versus Allan Bakke. Na sequência, mostram-se quais os Estados da Federação com previsão legislativa para reserva de vagas em concursos públicos por critérios raciais e se traz à baila a Lei nº. 12.990/2014, culminando em ponderações e reflexões sobre tal iniciativa. Por fim, conclui-se pela inconstitucionalidade de cotas raciais em concursos públicos por violação ao texto constitucional vigente, como se verificará nos argumentos lançados ao final desta pesquisa.

Palavras-chave: Ações afirmativas; Princípio da igualdade; Cotas raciais; Concurso público.

ABSTRACT

This work aims for a more authentic view on the existence of affirmative actions in the Brazilian territory, particularly those present on the public notices of tenders that fulfill public posts. With that objective, a study of the Constitutional Principle of equality and its derivations was carried through. Following that, this work concentrated on the differences between race and racism, indicating the concept of discrimination of race. The case “University of California vs. Allan Bakke” was examined when dealing with this issue. The following topic seeks to demonstrate which States of the Federation provide in its legislation the possibility of reserved posts in public tenders according to the criteria of race. The act #12.990/2014 was brought to discussion, culminating with a deeper reflexion on the role of such an initiative according to the Brazilian Constitutional framework. Finally, this essay draws to the conclusion that racial quotas for public tenders are unconstitutional for they violate the constitutional framework standing, as will be fully detailed throughout the argumentation of the final chapters of the present work.

Keywords: Affirmative Actions, Equality Principle, Racial Quotas, Public Tender

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

RESUMEN

Se direcciona este trabalho a una visión más auténtica acerca de la existencia de las Acciones Afirmativas en territorio Brasileño, en particular a las presentes en los anuncios de contratación pública. Por tanto, se estudia el Principio Constitucional de la Igualdad y sus modalidades. Después, se adentra en la diferenciación de la raza y el racismo y se expone a la noción de discriminación racial, presentando al lector el caso Universidad de California v. Allan Bakke. A continuación, se muestran los Estados de la Federación con medidas legislativas previstas para reserva de vacantes en el sector de la contratación pública por criterios raciales y se analiza la Ley no. 12.990 /2014, culminando en los pesos y reflexiones sobre esta iniciativa. Por último, se concluye por la inconstitucionalidad de cuotas raciales en el ámbito de las contrataciones públicas por violación del texto constitucional en vigor, como se verificará en los argumentos al final de esta investigación.

Palabras-clave: Acciones afirmativas; Principio de la igualdad; Cuotas raciales; Concurso público

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o controverso tema relativo à implantação de cotas por critérios raciais nos concursos públicos e ponderar sobre a sua (in) constitucionalidade. Para tanto, esta pesquisa foi dividida em três capítulos: no primeiro será estudado o princípio da igualdade e suas ramificações: igualdade formal e material. Na sequência, as ações afirmativas serão analisadas em face do Princípio da Igualdade.

Com o objetivo de melhor compreender a problemática trazida neste estudo, no segundo capítulo trataremos sobre a diferenciação entre raça e racismo, além de algumas anotações conceituais sobre o que se entende por discriminação racial. Após, apresentar-se-á ao leitor noções sobre Discriminação intencional ou tratamento discriminatório e Discriminação legítima ou positiva.

Nesta esteira, será aberto um tópico com a origem histórica das ações afirmativas, oportunidade na qual se apresentará o caso Universidade da Califórnia versus Allan Bakke. Caminhando para o fechamento, o terceiro capítulo filtrará o assunto Ações Afirmativas para o território Brasileiro e se concentrará na incidência das cotas raciais em concursos públicos, apresentando quais os Estados da Federação que possuem legislação específica neste aspecto.

Dentro do terceiro capítulo também será analisada a Lei nº. 12.990 de junho de 2014 que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos, e empregos públicos no

âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União; além de apresentar argumentos desfavoráveis à iniciativa de cotas raciais em concursos públicos.

Este trabalho ainda se propõe a responder as seguintes indagações: Pode o princípio constitucional da igualdade ser excecionado? Se sim, qual o fundamento? Qual a base para o ordenamento jurídico coibir formas de discriminação e ao mesmo tempo legitimar algumas de suas modalidades? Quais são os alicerces defendidos pelos adeptos às cotas raciais? A previsão de reserva de vagas aos negros em editais de concurso público pode ser visto como constitucional?

Como dito alhures, tais conjecturas serão respondidas no desenrolar desta pesquisa, anotando, desta forma, o entendimento que se entendeu mais adequado ao problema aqui trazido.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: ANOTAÇÕES CONCEITUAIS E ANÁLISE EM FACE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

O presente trabalho será iniciado com o estudo do princípio da igualdade. Este é utilizado pelos adeptos em defender as ações afirmativas; não deixando, ao mesmo tempo, de ser argumento daqueles que a elas se opõem.

Assim, necessário considerar o caráter multifacetário deste princípio, o que ocorrerá. Antes, porém, breves pinceladas sobre o seu histórico serão apresentadas, culminando à análise de sua previsão no texto constitucional vigente, identificando, inclusive, a presença de dispositivos determinando a aplicação da igualdade material.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

Sabe-se que o Direito é consequência de reiteradas reivindicações e conquistas, não sendo diferente o caminho traçado por algo que se identifica como princípio da igualdade.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Sobre a luta existente para a conquista de direitos, tem-se a seguinte passagem:

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.¹

O Direito é uma ciência que disciplina a conduta humana, logo, a igualdade com ele se relaciona. Em que pese não ser a discussão sobre a igualdade um tema novo, este continua possuindo complexidade, pois muitas vezes se confunde com os valores da justiça e da liberdade. Para melhor compreender este princípio, o analisaremos em três fases que podem assim ser denominadas: (i) predomínio da desigualdade; (ii) igualdade formal e (iii) igualdade material.² A segunda e a terceira fase ganharão tópico próprio dentro deste trabalho, aliás, serão os subsequentes. Neste momento, serão tecidas algumas noções sobre a primeira fase.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a primeira etapa pode ser assim apresentada:

A sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades.³

Localizando-se em critério temporal, esta ramificação do princípio da Igualdade possui suas raízes no Estado Liberal, período em que a desigualdade

¹ IHERING, 1983, p. 94.

² SANTOS, 2010.

³ ROCHA *apud*. SANTOS, 2010.

encontrava reforço na própria lei, ou seja, quanto mais poder e riqueza o indivíduo possuísse, mais privilégios ele receberia. Por outro lado, quanto mais inferiorizado fosse o sujeito, mais caótica ficaria a sua situação.

Olhando por um prisma filosófico, o tema nos leva até Aristóteles:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais.⁴

Para melhor entendimento do contexto, utiliza-se da seguinte transcrição:

Quando o filósofo grego afirma que, no justo particular distributivo, os homens devem ser tratados como iguais, na medida de seu mérito, ou quando afirma, no caso do justo particular corretivo, que os homens devem ser tidos como absolutamente iguais, não tem em mente o caráter universalista próprio das democracias; ou seja, afirma que todos os homens são iguais – ou ao menos comparáveis, de acordo com seu mérito, entre si – mas, ao mesmo tempo, nem todos os seres humanos são tidos como homens, não no que tange ao gênero, mas sim no que diz respeito à capacidade genérica de possuir e exercer direitos.⁵

Ainda na esfera da igualdade, Aristóteles trabalhava com a ideia de justiça distributiva *versus* justiça corretiva. Naquela, a igualdade era proporcional entre os sujeitos e cargos estabelecidos de acordo com critérios de diferenciação constantes da constituição. Logo, o mérito das pessoas definia quem são os iguais e quem são os desiguais. Quem mais tinha mérito, conseqüentemente, recebia mais bens e honrarias do Estado.

Já na justiça corretiva, a palavra de ordem era coordenação – havia uma igualdade absoluta, ou seja, não havia distinção entre os indivíduos. No entanto, o sentido de igualdade na concepção Aristotélica não é a mesma de hoje; antes ela estava atrelada aos conceitos da época envolvendo justiça e cidadão, do qual, por exemplo, escravos, estrangeiros e mulheres, não faziam parte. Todavia, e cientes da diferenciação de conceitos, não se nega a contribuição de Aristóteles e seus

⁴ ARISTÓTELES *Apud*. HORTÊNCIO, 2009. p. 257.

⁵ SOUZA *apud*. HORTÊNCIO, 2009. p. 258 e 259.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

ensinamentos para o conceito de justiça distributiva, que é, como será visto nesta pesquisa, um dos principais alicerces para as chamadas ações afirmativas.

Ainda no que diz respeito ao conceito de igualdade, foi com Jean Jacques Rousseau, por meio de sua obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, datado de 1.754, que ele recebeu *status* de expressão universal, tendo o autor defendido que os homens são iguais em sua essência, ao menos no que se refere à condição humana.

Foi, no entanto, com Jean Jacques Rousseau em sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754, que o conceito de igualdade adquiriu expressão universal, pois, para este filósofo, os homens são iguais em sua essência, ao menos no que se refere a sua condição humana. Todos os homens podem ser comparados em um juízo de *igual-diferente*. Lança-se, com esse pensamento, a semente de que é por meio da utilização do direito e da razão que se corrigem as diferenças exacerbadas entre os seres humanos, como ocorrem com as leis ou aos normativos que instituem ações afirmativas.⁶

E ao utilizar a razão como instrumento para correção das diferenças existentes entre os seres humanos, vejam-se as contribuições trazidas por Kant, filósofo que defendeu o tratamento igualitário a todos os membros da comunidade.

Cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que o possam levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte, e é preciso que os seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (como privilegiados numa certa condição) para o manterem eternamente a ele e a sua descendência numa categoria inferior a deles. (...) Não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus descendentes.⁷

As contribuições acima englobam as ideias liberais do século XVIII, momento pelo qual se viu o reconhecimento inédito dos direitos individuais, e, também, a partir

⁶ HORTÊNCIO, 2009. p. 258-259.

⁷ KANT, apud. HAAS, 2009. p. 173.

de então, todos deveriam ser igualmente tratados pela lei. Todavia, a ideia jurídica de igualdade só criou suas raízes na Revolução Francesa (1789 – 1799), tendo sido inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁸

Cabe lembrar que após este período, deflagrou-se a Revolução Industrial (1820 – 1840), época na qual se presenciou muitas injustiças, em especial à classe dos trabalhadores. Após, e como reação às injustiças vivenciadas pelos indivíduos, consolidou-se o Constitucionalismo Social, momento pelo qual a intervenção estatal, que antes era rejeitada pelos adeptos ao Liberalismo, passou a ser aclamada, vendo nela a possibilidade de se garantir os direitos individuais e coletivos. Assim, “o Estado passou a ser provedor de tudo e de todos”.⁹

Neste momento da história se situa o paradigma social, e cabe registrar que foi por meio deste que o Direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado ao hipossuficiente, seja na acepção econômica e/ou social, trazendo uma nova concepção do princípio da igualdade, dando início à efetivação da imagem preconizada pelos franceses.

Em outras palavras, percebe-se que a igualdade deixa o seu aspecto puramente formal e se entrelaça a uma concepção material, passando, posteriormente, a se mesclar com o princípio da dignidade humana, momento em que a pessoa humana é analisada em suas circunstâncias reais e concretas, exigindo-se do Estado e da sociedade a proteção de todos aqueles que apresentam diferenças pautadas nos critérios de origem, sexo, opção sexual, raça, idade, sanidade e realização.¹⁰

Realizados estes breves e iniciais apontamentos sobre a igualdade, passa-se a analisar a sua previsão no texto constitucional vigente, bem como algumas contribuições doutrinárias sobre o seu conceito e extensão.

⁸ Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (FRANCE, 1789).

⁹ HAAS, 2009. p. 174-175.

¹⁰ HAAS, 2009. p. 176.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹¹, além de ser, como registrado alhures, um componente essencial da noção de Justiça.

Enquanto princípio, a igualdade possui duas vertentes: igualdade na lei e igualdade perante a lei. Assim, ela obriga o legislador e o aplicador da lei.

A igualdade na lei tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a igualdade perante a lei dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais.¹²

Já para Alexandre de Moraes, há no princípio da igualdade três finalidades limitadoras: limitação ao legislador; ao intérprete/autoridade pública e ao particular. Quanto à primeira limitação, têm-se os seguintes comentários:

O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.¹³

No que diz respeito à limitação destinada ao intérprete/autoridade pública, o autor assim a apresentou.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto,

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (BRASIL, 1988).

¹² PAULO; ALEXANDRINO, 2013. p. 122.

¹³ MORAES, 2009. p. 37-38.

deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.¹⁴

Finalmente, a terceira limitação, aquela destinada ao particular, consiste no fato de que este “não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor”.

Ainda sobre este princípio constitucional, cabe reforçar que mesmo atualmente não há vedação de tratamento diferenciado, desde que esteja presente critério de razoabilidade e seja determinado em lei.

Adiciona-se que também existem as hipóteses em que o próprio legislador constituinte decidiu, expressamente, que determinado critério deve ser adotado, como os seguintes casos: a aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição¹⁵; reserva de certos cargos públicos para brasileiros natos¹⁶; previsão de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte¹⁷; entre outras.

Nesta esteira, importante registrar que a igualdade pode ser princípio e regra. É aquele quando se visualizam enunciados constitucionais que não prescrevem dever imediato e categórico de igualização ou desigualização; por outro lado, passa a ser uma regra, ou direito, quando prescreve comandos concretos a serem seguidos.

¹⁴ MORAES, 2009. p. 38-39.

¹⁵ Constituição Federal/88: Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo: (...) III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (BRASIL, 1988).

¹⁶ Constituição Federal/88: Art. 12, § 3º: São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa (BRASIL, 1988).

¹⁷ Constituição Federal/88: Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (BRASIL, 1988).

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Em resumo, dependendo do caso e das circunstâncias envolvidas, a igualdade pode ser invocada como princípio ou como regra.

IGUALDADE FORMAL

Esta fase da igualdade surge, como pincelado acima, com o Estado Liberal, momento em que sua efetividade fica a cargo dos aplicadores do direito. No entanto, não se pode esquecer que o juiz, figura conhecida como sendo aquela que aplica a lei, à época nada mais era do que um formalista, ou seja, apenas submetia o caso à lei, sem nenhuma avaliação das circunstâncias, estando desvinculado a qualquer hermenêutica jurídica.¹⁸

Assim, em uma construção jurídico-formal, a igualdade se resume à aplicação de uma lei genérica e abstrata para todos, sem considerar qualquer distinção ou privilégio.

Nesta esteira, Roger Raupp Rios:

Neste sentido negativo, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entres os sujeitos e as situações envolvidas.¹⁹

É, de forma objetiva e direta, a não aferição de quaisquer qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma. É a abstração ou desconsideração de questões de fato e de peculiaridades, sendo útil à repressão de atos ilegais.

Neste aspecto, a igualdade também é conhecida como princípio negativo, “na medida em que desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas não propugna pela

¹⁸ Hermenêutica jurídica é a ciência que criou as regras e métodos para interpretação das normas jurídicas, fazendo com que elas sejam conhecidas com seu sentido exato e esperadas pelos órgãos que a criaram. Toda norma jurídica deve ser aplicada em razão do todo do sistema jurídico vigente, e não depende da interpretação de cada um, ela deve estar vinculada aos mandamentos legais de uma sociedade (SIGNIFICADO DE HERMENÊUTICA).

¹⁹ RIOS, 2002. p. 38.

aplicação de comportamentos concretos, úteis para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direitos”.²⁰

IGUALDADE MATERIAL

Esta acepção, como já mencionado alhures, é fruto do modelo estatal identificado como Estado Social. A partir de então, busca-se reparar injustiças e proporcionar condições iguais aos cidadãos.

Nesta esteira, adentra-se à terceira fase da igualdade, oportunidade em que a efetividade deste princípio resulta em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, respeitando o limite da desigualdade.

Sob esta vertente, utiliza-se novamente uma máxima Aristotélica: “os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente, na medida em que se desiguam”.²¹

Do acima exposto, retira-se que os homens, ao mesmo tempo, podem ser tratados igual e desigualmente, haja vista que todos têm semelhanças e dessemelhanças que possa justificar tratamentos diferenciados.

Um exemplo de tratamento diferenciado criado por lei é a denominada Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006), que estabelece mecanismo para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo sua constitucionalidade sido declarada no ano de 2012 por meio do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 19.²²

Neste raciocínio, pode-se concluir pela existência de discriminação quando uma norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Por outro lado, para que uma iniciativa normativa seja considerada não discriminatória, ou seja, que busque efetivar a igualdade material faz-se necessário a existência de uma justificativa objetiva e razoável, fundados em

²⁰ HAAS, 2009. p. 177.

²¹ ARISTÓTELES apud. HORTÊNCIO, 2009. p. 217.

²² ADC 19/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, 09.02.2012.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

critérios amplamente aceitos, sendo possível visualizar razoabilidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada.

AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para que ocorra a análise aqui pretendida, imprescindível ter conhecimento sobre o que se entende pelas denominadas “ações afirmativas”.

Entre os estudiosos do tema, transcreve-se, *ipsis literis*, o resultado dos esforços da professora Carmem Lúcia Antunes Rocha para apresentar a definição jurídica-doutrinária das ações afirmativas:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.²³

Pela definição acima, nota-se que as ações afirmativas surgiram para buscar a nova face do conteúdo do princípio da igualdade jurídica, deixando de ser aceitável que o Direito Constitucional permanecesse com um conceito estático acerca de mencionado princípio, como se este fosse uma fórmula pré-estabelecida.

Nas palavras de Joaquim Barbosa, sobre a ação afirmativa ou discriminação positiva:

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “*mainstream*”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na

²³ ROCHA, 2001. p. 42-43.

prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela a atingir.²⁴

Portanto, fez-se necessário instrumentalizar a concretização desta discriminação positivada. Assim, resgatou-se a realidade histórica de determinado grupo social e a submeteu ao Direito com o escopo de focalizar não apenas um instante da vida social, mas a dinâmica real de algumas minorias face à sociedade como um todo, concluindo que a efetividade do princípio da igualdade só seria possível quando medidas fossem criadas e implantadas no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam²⁵, enfatizando a efetivação da terceira fase do princípio já estudado: a igualdade material.

Na esteira deste raciocínio, coube ao Estado deixar sua inércia, *i.e.*, passar de mero expectador dos acontecimentos sociais para assumir uma postura ativa, principalmente com aqueles que são vistos como minorias insignificantes, utilizando-se de instrumentos políticos adequados e eficazes.

Importante destacar que as ações afirmativas são um gênero do qual se podem retirar várias modalidades para o dia a dia, sendo as cotas raciais, sem dúvida, a face mais controvertida, vez que para sua efetividade ocorre reserva de percentual do número total de vagas a grupos desfavorecidos em disputa para o ensino ou emprego.

Sobre a controvérsia existente desta modalidade, há argumentos para ambos os lados: os favoráveis debruçam-se na abordagem da justiça distributiva ou compensatória²⁶; já os não adeptos, reforçam seus argumentos no sentido de que “as vantagens da ação afirmativa são abarcadas pelos indivíduos mais favorecidos

²⁴ GOMES, 2001, p.22.

²⁵ ROCHA, 2001. p. 43.

²⁶ ALMEIDA, 2009. p. 95

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

dos grupos desfavorecidos selecionados como beneficiários” e na “acentuação da discriminação”.²⁷

Importante tecer algumas anotações sobre a abordagem dos argumentos favoráveis.

No que se refere à justiça distributiva, cabe registrar que ganhou fôlego e prestígio entre os defensores das políticas afirmativas no Brasil a partir das teses expostas por John Rawls, particularmente as inseridas em seu livro clássico “A Theory of Justice”, publicado em 1971.²⁸

A arquitetura teórica de Rawls pressupõe uma situação na qual políticas de compensação social seriam implementadas, com o claro objetivo de criar condições sistêmicas para que os grupos desfavorecidos – no caso, os negros norte-americanos - tivessem acesso aos empregos públicos e às vagas nos cursos universitários. Trata-se, sob a perspectiva liberal, tornar eficientes, sob o ponto de vista econômico, os membros dos grupos socialmente excluídos, levando a uma situação sustentável de bem-estar socioeconômico e cultural e de extensão de direitos de forma também ampliada e crescente.²⁹

Em outras palavras, as “ações afirmativas” buscariam redistribuir os bens, benefícios, vantagens e oportunidades aos grupos que ainda sofrem discriminação e por esta razão se encontram em estado de privação. No que se refere à justiça compensatória, esta tem o seu olhar voltado ao passado, promovendo na e para a sociedade uma reparação ou compensação por injustiças cometidas outrora a grupos marginalizados, visando, desta forma, restaurar as condições de disputa.³⁰

Há argumentos para ambos os lados. Este trabalho, respeitando a boa intenção que se acredita existir nos alicerces das cotas raciais, procurará demonstrar que tal fere o texto constitucional vigente, posto estar expresso na Constituição

²⁷ IKAWA, 2008, p. 99.

²⁸ As teses de John Rawls, expostas em seu clássico livro *A Theory of Justice*, publicado em 1971, tiveram grande repercussão e iniciaram um ardoroso debate em torno de sua concepção de justiça social. As concepções de justiça distributiva e equidade de Rawls foram determinantes na implementação das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos a partir da década de 1970. No Brasil, inspirou, na década de 1990 os defensores da renda-mínima e das políticas de ações afirmativas.

²⁹ CARVALHO, V. G. de, p. 09.

³⁰ ALMEIDA, 2009. p. 95

Federal Brasileira a proibição de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem distinções entre brasileiros ou preferências entre si.³¹

ASPECTOS CONCEITUAIS DA DESIGUALDADE RACIAL E ORIGEM HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Para entender o sistema de cotas ou reserva de vagas destinadas aos afrodescendentes que atualmente se visualiza nos editais de concursos públicos é salutar ter um bom conhecimento sobre o que se entende por raça e racismo, bem como analisar o que vem sendo chamado de discriminação racial.

Para tanto, este capítulo buscará estudar conceitos chave sobre o tema e apresentar a definição de discriminação racial, destacando a possibilidade de algumas hipóteses de discriminação legítima, ou seja, situações em que o Direito chancela o tratamento diferenciado, posto ser este de caráter inevitável frente às peculiaridades analisadas em um caso concreto.³²

Considerará, também, a origem das chamadas ações afirmativas, possibilitando ao leitor o conhecimento de como e onde elas surgiram.

RAÇA E RACISMO

Certa vez, e durante uma propaganda de Organização Não Governamental em defesa da igualdade entre os povos e cultura, Zezé Motta, cantora e atriz brasileira, assim se posicionou: “No Brasil há pessoas de todas as cores: branca, amarela, negra... Quantas raças existem aqui? Você acertou se disse UMA, a Raça Humana”.³³

Embora se acredite que a afirmação acima tivesse por foco eliminar qualquer tipo de segregacionismo, percebe-se que a consequência não foi esta, vez que a ideia de raça é fruto do racismo.

³¹ Constituição Federal/88: Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (BRASIL, 1988).

³² GOMES, 2001. p. 21.

³³ CHAVES, 2004.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Para exemplificar o asseverado, colacionam-se os seguintes fragmentos:

Mas em verdade, e ao contrário, “a idéia [de ‘raça’] que embasa essas leis (...) deveria ser extirpada da vida social”. “Não foi a existência de ‘raças’ que gerou o racismo, mas o racismo é que fabricou a crença em ‘raças’”. “O racismo contamina as sociedades quando a lei afirma às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de ‘raça’”.³⁴

Soma-se, a título de apoio, o que a história expõe em nível de cenário mundial: períodos grosseiros³⁵ em que esforços foram destinados para apreender o humano em sua diversidade, para classificá-los em “raça superior” e “raça inferior”.

A divisão dos seres humanos em raças é fruto de um processo político-social resultante da intolerância dos relacionamentos humanos.³⁶

Seguindo o mesmo raciocínio, porém com limitação em território brasileiro, o que sempre se teve foi a ideia de um país dividido entre negros e brancos. Não se pretende negar a diversidade cultural e social presente em solo brasileiro, todavia, giza-se que tais elementos dizem respeito a fatores externos; à cor da pele; às diferenças aparentes, ou de cultura; não eliminando, ou inferiorizando, as características principais da espécie humana: o cérebro mais desenvolvido e a capacidade de simbolizar e de comunicar-se através da fala.³⁷

³⁴ SOUZA, 2011. p. 23.

³⁵ Pode-se citar o fascismo, que predominava na Itália; em Portugal, o salazarismo; na Espanha, o franquismo; e na Alemanha, o nazismo. Conforme a leitura de DEMERCINO JÚNIOR.

³⁶ O tema “raça e racismo” foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2004 quando do julgamento do HC 82.424-2 (caso Siegfried Ellwanger). Nesta ocasião o Ministro Maurício Corrêa debruçou-se sobre o estudo e com base no Projeto Genoma Humano apresentou, dentre outras conclusões, a de que “a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias”. Logo, não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, “mas correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial” (BRASIL, 2004).

³⁷ CHAVES, 2004.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Primeiramente, registra-se a definição da nomenclatura discriminação apresentada pelo dicionário Aurélio, qual seja: “ação de discriminar; separação; distinção”.³⁸ Somando a esta acepção o elemento racial, tem-se o entendimento de que este tipo de discriminação seria qualquer distinção, separação ou exclusão fundamentada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, tendo como propósito prejudicar o outro em qualquer seara da vida.

Para melhor entendimento, colaciona-se o seguinte trecho:

Há discriminação quando uma pessoa é impedida de exercer um direito, por motivos injustificados, arbitrários e não tiver as mesmas oportunidades e os mesmos tratamentos de que gozam outras pessoas, processo baseado apenas em função da raça, do sexo, da idade ou de qualquer outro critério arbitrário e não justificável racionalmente.³⁹

Com efeito, posiciona-se pelo entendimento de que as ações discriminatórias não deveriam ser toleradas, em especial quando se restringe a pesquisa no âmbito nacional Brasileiro, visto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil seria “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁴⁰ Como o legislador constituinte utilizou da nomenclatura preconceito, será utilizado este espaço para apresentar a sua definição e o âmbito em que está situado.

Para tanto e utilizando-se dos ensinamentos de Silva Jr., transcreve-se a definição de preconceito e suas implicações jurídicas.

Em seu sentido estrito, preconceito consiste em uma construção mental ou afetiva, uma ideia preconcebida sobre uma pessoa ou grupo de pessoas. Sendo categoria psicológica, preconceito designa elementos volitivos e/ou efetivos situados na esfera da liberdade interior do indivíduo, no terreno da subjetividade, da liberdade de opinião e de pensamento, de sorte que no Estado Democrático de Direito, trata-se de fenômeno per se insuscetível

³⁸ DICIONÁRIO AURÉLIO.

³⁹ RODRIGUES, 2006. p. 60.

⁴⁰ CF/88: Art. 3º, IV. (BRASIL, 1988).

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

de punição de qualquer natureza. Se isto é verdade, contra o preconceito, ao menos enquanto esse não se exterioriza por meio de condutas, não cabe a ação penal, a punição; cabem, isto sim, medidas persuasivas destinadas a redefinir o sentido de pluralidade (...), reconstruir as representações sociais (...) e preparar crianças e jovens para a valoração positiva da pluralidade étnico-cultural que caracteriza a sociedade brasileira: Pluralidade, aliás, expressamente consagrada no texto constitucional.⁴¹

Feito a exposição da definição de discriminação e preconceito, derruba-se a ideia inicial de que tais são faces da mesma moeda, vez que cada qual possui definição e consequências próprias. Logo, retomando a previsão constitucional citada acima, pode-se afirmar, superficialmente, que qualquer tipo de separação, independente da razão apresentada, estaria caminhando de forma oposta a um dos objetivos da Nação Brasileira.

Acresça-se, ainda, que tal ambição não está restrita ao âmbito nacional, o que pode ser constatado pela leitura de alguns instrumentos normativos internacionais, como é o caso da redação dada ao art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação racial, que apresenta significado jurídico à expressão. Confira-se:

A expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.⁴²

Nesta altura, é importante frisar que não existe apenas uma forma de discriminação. A título de exemplo, têm-se os ensinamentos de Joaquim Barbosa que as classifica em (i) discriminação racial e discriminação de gênero; (ii) discriminação intencional ou tratamento discriminatório; (iii) discriminação legítima; (iv) discriminação por impacto desproporcional ou adverso; (v) discriminação na

⁴¹ SILVA JR., 2006. p. 55.

⁴² CONVENÇÃO INTERNACIONAL... 1968.

aplicação do Direito; (vi) discriminação de fato e (vii) discriminação manifesta ou presumida.

Para o presente trabalho, serão analisadas duas destas modalidades: a discriminação intencional ou tratamento discriminatório e a discriminação legítima.

Discriminação intencional ou tratamento discriminatório

Esta é a forma mais comum de discriminação, sendo, portanto, a mais fácil de se identificar, abrangendo a vasta maioria dos casos, estando a ela dirigidas as normas legais antidiscriminatórias.

Esta discriminação diz respeito ao tratamento desigual e ao desfavorecimento com base em elementos que destoem do referencial da maioria dominante; como cor da pele, raça, origem, sexo e orientação sexual, entre outras.

Nesta esteira, Joaquim Benedito Barbosa Gomes traz os seguintes elementos sobre mencionada modalidade:

O direito comparado mostra que, em geral, a mera proibição de discriminação não produz resultados satisfatórios. Em primeiro lugar, porque esse tipo de noção faz completa abstração de dois fatores importantes em matéria de discriminação: a) o aspecto cultural, psicológico, que faz com que certas práticas discriminatórias ingressem no imaginário coletivo, ora tornando-se banais, e portanto indignas de atenção, salvo por aqueles que dela são vítimas, ora se dissimulando através de procedimentos corriqueiros, aparentemente protegidos pelo Direito; b) os efeitos presentes da discriminação do passado, cuja manifestação mais eloquente consiste na tendência, facilmente observável em países de passado escravocrata e patriarcal, como o Brasil, de sempre reservar a negros e mulheres os postos menos atraentes, mais servis do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade.⁴³

Nota-se, pela lição do eminente jurista, que a ausência de efetividade no que diz respeito à mera proibição do ato de discriminar com fundamento na raça, cor ou etnia, possui duas vertentes – a primeira está relacionada a não consideração de

⁴³ GOMES, 2001. p. 20.

aspectos e circunstâncias ligadas à cultura e ao psicológico, e a segunda diz respeito ao elemento histórico.

Em ambas vertentes se encontra extrema dificuldade no que diz respeito à comprovação do ato discriminador. Historicamente, a discriminação no Brasil é um tanto quanto dissimulada. Cultural e psicologicamente, trabalha-se no terreno da subjetividade, o que resulta na ineficácia das iniciativas jurídicas de combate às práticas discriminatórias.

No entanto, em que pese haver recusa expressa à discriminação, algumas de suas formas passaram a ser aceitas, ou melhor, chanceladas pelo Direito, tornando-as legítimas; é o que se passa a tratar no próximo tópico.

DISCRIMINAÇÃO LEGÍTIMA OU POSITIVA

Registrou-se alhures a proibição de preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação. De igual forma, também se ponderou sobre a sua ineficácia, verificando que a simples previsão legal tem se demonstrado ineficiente no que diz respeito à mitigação da discriminação.

Desse modo, mostrou-se importante envidar esforços no sentido de corrigir as distorções sociais, surgindo três estágios para, talvez, alcançar o almejado.

O primeiro estágio é a isonomia ou a igualdade perante a lei, incapaz de proporcionar, por si só, a igualdade concreta ou material. O segundo estágio é a previsão pelo produtor do Direito da criminalização de práticas discriminatórias. E o terceiro, a ação afirmativa ou discriminação positiva.⁴⁴

O conteúdo do primeiro estágio, a igualdade, ganhou capítulo próprio para estudo. Já a previsão legislativa adotada no Brasil para criminalizar práticas discriminatórias demonstra-se notoriamente fracassada, até porque está ancorada

⁴⁴ MENEZES, 2009. p. 19.

no Direito Penal, o ramo do Direito em que as exigências probatórias são as mais rigorosas.

Assim, neste momento cabe compreender o que são as discriminações positivas e legítimas, adentrando, desta forma, ao terceiro estágio identificado por Joaquim Barbosa com possibilidade de correção das distorções sociais.

Inicialmente, tem-se o entendimento de que a discriminação positiva é um tratamento diferenciado que encontra respaldo jurídico, posto emanar de interesses constitucionalmente protegidos.

Na sequência, reforça-se a necessidade de requisitos para a sua incidência: (i) situações especiais em razão do tipo de atividade ou em função de características pessoais dos indivíduos envolvidos, como a exigência de sexo feminino para a candidatura a cargos de guardas de presídio feminino e (ii) as ações afirmativas.⁴⁵

Sobre estas, Joaquim Barbosa assim as definiu:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

(...)

Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.⁴⁶

No que se refere à igualdade, um dos objetivos das ações afirmativas, estas já foram analisadas em face daquele direito, como se verifica no item 2.2 desta pesquisa.

Deste modo e para melhor compreensão da proposta deste trabalho, passa-se a mencionar a origem histórica das ações afirmativas.

⁴⁵ GOMES, 2001. p. 22.

⁴⁶ GOMES, 2001. p.40.

**AÇÕES AFIRMATIVAS: ORIGEM HISTÓRICA – UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA
VERSUS ALLAN BAKKE**

A expressão “ações afirmativas” tem sua origem nos Estados Unidos, local que ainda hoje se constitui como importante referência no assunto.

Durante os anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos, dando-se início à eliminação das leis segregacionistas vigentes no país, momento no qual o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, apresentando lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos.

É nesse contexto que se desenvolve a ideia de uma ação afirmativa, exigindo do Estado uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.⁴⁷

No que diz respeito à gênese da repercussão das chamadas ações afirmativas, o presente estudo nos leva ao caso “Universidade da Califórnia versus Allan Bakke (1.978)”.⁴⁸

Este caso consiste numa objeção ao programa de admissibilidade de estudantes para compor o grupo discente da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em razão daquele assegurar a aprovação de um número específico de estudantes pertencentes a determinados grupos minoritários (negros e outras minorias).

Bakke era candidato branco e entendeu que a reserva das referidas vagas às minorias teria impedido o seu ingresso na Universidade. Assim, moveu uma ação alegando que seus direitos constitucionais foram violados pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, tendo obtido êxito no Supremo Tribunal da Califórnia, ocasião na qual se proibiu que a Faculdade de Medicina considerasse a raça do requerido, ou de qualquer outro candidato, nas decisões relativas à admissão.

Todavia, houve recurso da decisão, e no mérito foram apresentados dois argumentos: (i) um defendendo que programas de admissões como o da Faculdade

⁴⁷ MOEHLECKE, 2002.

⁴⁸ As informações citadas neste estudo que dizem respeito ao caso de Allan Bakke foram todas retiradas da seguinte obra: GOMES, 2001. p. 245-295.

de Medicina da Universidade da Califórnia representam mais prejuízo do que promoção do objetivo de diminuir a importância da raça dos Estados Unidos e (ii) outro no sentido de que mesmo que o programa seja eficaz, tornando a sociedade menos dominada pela raça, tais seriam inconstitucionais, vez que violam os direitos individuais.

A defesa de Allan Bakke afirmou ser ilegítimo o sistema de quotas adotado pela Universidade da Califórnia por entender que há violação à Lei dos Direitos Civil de 1964 que prevê que ninguém “em razão da raça (...) será excluído de participação, será privado dos benefícios ou sujeito a discriminação em qualquer programa” que receba auxílio federal, além de negar a Bakke a igual proteção garantida na 14ª Emenda.

O julgamento foi presidido por nove juízes, sendo que cinco deles defenderam que a lei não condenava o programa em tela, razão pela qual a ação deveria ser analisada sob o prisma constitucional; os outros quatro juízes entenderam que Bakke estava respaldado na fundamentação da Lei dos Direitos Civil de 1964, não sendo cabível considerar a Constituição.

Dentre os cinco juízes que entenderam que a ação estava respaldada no prisma constitucional, quatro deles entenderam que o Caso Bakke não estava previsto na Constituição. No entanto, o voto do juiz Powell foi o condutor da decisão, sustentando que a cláusula de igualdade perante a lei proíbe o estabelecimento de quotas explícitas ou vagas reservadas, salvo quando a escola demonstre que tais meios são necessários para realizar os objetivos, o que não teria sido provado pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia.

Segundo o juiz Powell, as Universidades podem levar a raça em consideração como um fator dentre outros a serem considerados para admissão, de modo a garantir a diversidade racial nas aulas.

Afirmou o magistrado:

O quarto objetivo apontado pela recorrente é a obtenção de um corpo discente diversificado. Este é claramente um objetivo constitucionalmente permissível a uma instituição de educação superior. (...) A liberdade de uma Universidade de fazer seus próprios julgamentos no que concerne à educação inclui a seleção de seu corpo discente. O Ministro Frankfurter

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

sintetizou as “quatro liberdades essenciais” que constituem a liberdade acadêmica: É competência de uma Universidade prover uma atmosfera que seja a mais propícia para a especulação, o experimento e a criação. É uma atmosfera na qual prevaleça as “quatro liberdades essenciais” de uma universidade – determinar em bases acadêmicas quem pode ensinar, o que pode ser ensinado, como deve ser ensinado e quem poderá ser admitido a estudar.⁴⁹

Todavia, a constitucionalidade de uma ação afirmativa dependeria de seu propósito, logo, o magistrado defendeu ser inconstitucional o objetivo que tenha como propósito ajudar certos grupos que a faculdade entende que são vítimas de discriminação racial.

Por outro prisma, os quatros juízes que votaram em apoio ao programa da Universidade da Califórnia, sugeriram um padrão intermediário, mas o juiz Powell não concordou, submetendo-o a uma investigação rigorosa por perceber que a distinção putativa entre classificações benignas e malignas vale-se de julgamentos subjetivos e desprovidos de padrão. Ao fim da análise, a Suprema Corte confirmou a decisão do Tribunal de primeira instância no que diz respeito à ilegalidade do programa para admissões e acrescentou a determinação de admissão do requerido, aditamento que não tinha ocorrido anteriormente.

O caso ora analisado corrobora a postura defendida nesta pesquisa, a de que critérios de raça no sentido de reservar vagas para entrada no mercado do trabalho viola frontalmente o princípio da igualdade jurídica, pois não se consegue visualizar um objetivo final plausível que justifique tal medida.

No entanto, esta postura ficará fundamentada no capítulo que se segue.

AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE EM TERRITÓRIO BRASILEIRO

O presente capítulo pretende filtrar a pesquisa até então realizada com a previsão de cotas raciais em concurso público dentro do território brasileiro e sopesar sobre a sua (in)constitucionalidade.

⁴⁹ GOMES, 2001. p. 240.

Serão analisados quais Estados brasileiros possuem previsão legislativa sobre o assunto, bem como as repercussões e a atual fase do Projeto de Lei nº. 6.738/2013.

Por fim, expor-se-á algumas reflexões sobre a abordagem do tema proposto e buscar-se-á tomar uma posição frente à pesquisa efetivada.

COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS: ESTADOS COM PREVISÃO LEGISLATIVA

Em território nacional, até o presente momento, existem quatro Estados que possuem legislação reservando vagas por critérios raciais a candidatos em concurso público. O primeiro ente federativo a se manifestar sobre o tema foi o Estado do Paraná, através da Lei nº. 14.274/2003, reservando aos afro-descendentes 10% das vagas oferecidas nos concursos públicos, efetuados pelo Poder Público Estadual, para provimento de cargos efetivos.⁵⁰

Para efeito da mencionada legislação, o art. 4º, *caput*, dispõe que será considerado afro-descendente aquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, a raça etnia negra; acrescentando no parágrafo único de referido dispositivo que a informação fornecida pelo candidato integrará os registros cadastrais de ingresso dos servidores.

Referida legislação também prevê punição para os casos de falsidade de declaração, inclusive quando já tenha havido a nomeação.

Art. 5º. Detectada a falsidade na declaração a que se refere o artigo anterior, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei, sujeitando-se, ainda:

I – Se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão;

II - Se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, ser-lhe-á assegurada ampla defesa.

⁵⁰ BRASIL, 2003.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Após, no final do ano de 2008, o Estado do Mato Grosso do Sul se manifesta sobre o tema e aprova a Lei 3.594, que passou a ser regulamentada pelo Decreto 13.141/2011, e reserva aos negros 10% das vagas previstas nos editais de concursos públicos do Estado. Além da igualdade do percentual das vagas destinadas aos afrodescendentes quando comparado com o Estado do Paraná, também há coincidência no processo de autodeclaração de raça que o candidato faz, bem como para punição nos casos de falsidade.

Neste sentido, art. 2º do Decreto 13.141/2011 determina que seja considerado negro o candidato que assim o declare, no momento da inscrição, prevendo que para os casos de constatação de falsidade da declaração o infrator estará sujeito à desclassificação do concurso, ou, caso já tenha sido nomeado, responderá a procedimento administrativo de demissão.⁵¹

Na sequência, manifestou-se sobre o tema o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº. 6.067/2011, reservando aos negros e índios, em concursos estaduais, o percentual de 20% das vagas, indicando que será considerado negro ou índio o candidato que assim se declare no momento da inscrição, com menção de eliminação do certame ou anulação de sua admissão, para os casos em que houve nomeação no serviço público, obedecidos os procedimentos específicos para as declarações falsas.⁵²

Por último, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei nº. 14.147 de 2012⁵³, também proporcionou a reserva de vagas em concursos estaduais, inovando, em comparação com as demais leis já citadas, quanto ao percentual.

Art. 1.º Fica assegurada aos negros e aos pardos, nos concursos públicos para provimento de cargos da Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes e

Órgãos do Estado do Rio Grande do Sul, a reserva de vagas em percentual equivalente a sua representação na composição populacional do Estado, apurada pelo censo realizado pelo IBGE.

§ 1.º A fixação do percentual referido no “caput” far-se-á calculada pelo total de vagas disponibilizadas para cada cargo no edital de abertura do concurso público e será reavaliada a cada 10 (dez) anos.

⁵¹ JUS BRASIL, 2011.

⁵² JUS BRASIL, 2011.

⁵³ BRASIL, 2012.

No entanto, no que se refere à autodeclaração de negro ou pardo, bem como às sanções cabíveis na possibilidade de a mesma ser falsa, manteve o mesmo posicionamento adotado pelos demais Estados que regulamentam a matéria e já foram citados acima. Vê-se que do universo de 26 Estados que integram o Brasil, um percentual pouco acima de 15% se manifestou sobre o tema, sendo oportuno registrar que todas elas são legislações recentes.

Todavia, este cenário está caminhando para significativas mudanças desde novembro de 2013, ocasião em que a atual Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, durante a abertura da III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Conapir), encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei que reserva 20% das vagas em concursos públicos de órgãos do governo federal para negros.⁵⁴

Deste modo, passa-se a analisar a repercussão de mencionada proposta legislativa, bem como sua atual situação, no que se refere à tramitação processual legislativa.

LEI Nº. 12.990/2014: REPERCUSSÕES

A Lei nº. 12.990/2014 tem por escopo reservar aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.⁵⁵

Prevê que o critério de identificação, ao menos inicial, se dará pela autodeclaração, estando passível de punição o candidato que proferir declaração falsa, tendo como parâmetro o quesito de cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE.⁵⁶ A iniciativa, conforme previsão

⁵⁴ BRAGA, 2013.

⁵⁵ BRASIL, 2013.

⁵⁶ Projeto de lei 6.738/2013: Art. 2º. Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE. Parágrafo único.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

expressa no art. 6º da mencionada lei terá caráter “temporário” – sua vigência será de dez anos, e não possuirá efeitos retroativos.⁵⁷ Quando do conhecimento de tal medida por meio do Projeto de Lei nº. 6.738/2013 houve repercussões favoráveis e desfavoráveis.

No que se refere à primeira, e com base em pesquisa elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que deu suporte para o citado projeto de lei, surgiram manifestações no sentido de que a iniciativa é uma necessidade, pois há muita divergência entre o percentual de negros e brancos no mercado de trabalho brasileiro.⁵⁸

Para o antropólogo e criador da primeira proposta de ações afirmativas, que foi adotado pela Universidade de Brasília, José Jorge de Carvalho, o importante é resolver o racismo real, que existe hoje em todo o Brasil.

Afirma José Jorge de Carvalho:

Os negros estão praticamente em 1% em todas as categorias mais altas, como na classe médica, na classe diplomática, dos professores universitários, dos juizes. Se continuarmos assim, vamos passar o século 21 como uma das sociedades mais racistas do mundo. As cotas em concursos são uma forma de diminuir esse panorama de desigualdade racial.⁵⁹

Por outro prisma, também houve rejeição da proposta, ocasião em que os não adeptos apontaram as seguintes razões:

A única cota que – em tese – eu até toparia discutir seria uma espécie de cota social. Mas essa questão da cota para negros é uma coisa que tem de ser mais bem discutida. Esses projetos são inconstitucionais. Na

Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. BRASIL, 2013.

⁵⁷ Projeto de lei 6.738/2013: Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. A presente Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor. Disponível BRASIL, 2013.

⁵⁸ CAVALCANTI, 2013.

⁵⁹ LARCHER, 2014.

Constituição está escrito que todos são iguais perante a lei. E aí você está penalizando os pobres brancos.⁶⁰

Embora as cotas raciais em Universidades e as existentes em concursos públicos possam parecer trata-se do mesmo assunto, essa aparência resiste somente a um olhar rápido e superficial, pois são coisas bem diferentes. Justifica-se.

As cotas nas instituições de ensino asseguram oportunidades iguais de competição, possibilitando uma maneira de garantir aos estudantes negros uma formação necessária para competição. Por outro lado, as existentes nos concursos públicos acabam por eliminar uma das melhores peculiaridades da carreira pública, que é a competição pelo mérito, devendo receber aprovação os candidatos que demonstram estar mais bem preparados, independente da sua situação social ou da cor de sua pele. Somam-se a estes argumentos o de que a recente sanção presidencial de aludido projeto de lei se apresenta como “divisão de brasileiros segundo o critério envenenado da raça”.⁶¹

Assim, entende-se que referida Lei é solarmente inconstitucional, bem como as demais legislações estaduais que foram abordadas no item antecedente, pois violam o disposto no art. 19, inciso III, do texto constitucional vigente. Deste modo, necessário ponderar e levar a sociedade para o exercício de maiores reflexões, e é o que se pretende no item subsequente.

ARGUMENTOS CONTRA AS COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO

Viu-se no desenrolar desta pesquisa que um dos argumentos mais enraizados para as ações afirmativas destinadas aos afrodescendentes reside na existência de dívida histórica em razão do sistema escravocrata que o Brasil presenciou.

Pois bem. Não se nega que este período ocorreu e que, sem dúvida, deixou muitas cicatrizes. Porém, tem-se que visualizar que não foram somente os negros os destinatários de preconceitos e práticas racistas.

⁶⁰ Afirmação pronunciada pelo Deputado Silvio Costa (PSC-PE). LARCHER, 2014.

⁶¹ CONSERVADORES...

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Nesta esteira de pensamento, pode-se citar o período nazista, ocasião em que os judeus foram veementemente perseguidos. Mergulhando mais a fundo, sabe-se que o judaísmo e o cristianismo foram religiões “herdadas” do povo judeu⁶², logo, e se seguir o raciocínio de dívida histórica, também deveriam existir cotas para os adeptos de tais crenças.

Aliás, a inexistência de cotas para todos os tipos de dívida social ou histórica permite concluir que a escolha das ações afirmativas com destinação predominante à população negra é arbitrária e no que tange às existentes em concursos públicos, estas não respeitam critérios de razoabilidade e objetividade, podendo ser vistas como um exagero.

De acordo com dados do Ministério do Planejamento citados na justificativa do Projeto de Lei 6.738/2013, agora Lei 12.990/2014, 30% dos servidores federais são negros ou pardos. Esse percentual cai significativamente quando são analisadas as carreiras com melhor remuneração, como diplomatas e auditores da receita, em que, respectivamente, observa-se o percentual de 5,9% e 12,3%.⁶³

Não há como negar que, infelizmente, a participação de negros na administração pública é menor que a idealizada. Assim, faz-se necessário a implantação de medidas certas para corrigir o problema, como investimento na educação pública desde os primeiros anos, iniciativa que beneficiaria a todas as crianças, independente de sua origem ou estereótipo e proporcionaria melhores condições de competição quando inscritas em certames públicos, não fazendo necessária a existência de leis como a de nº. 12.990/2014 que representa um verdadeiro exagero e violação do texto constitucional.

Acresça-se aos argumentos até então lançados a crença de que a implantação desta modalidade de cotas acaba criando uma marca que acompanhará o servidor em sua atuação, independente de sua competência, arraigado a insistência de classificar as pessoas conforme sua raça e, como já visto alhures, o reforço da raça é a origem do racismo; logo, não se acredita que cumpre com o objetivo de acabar, ou, no mínimo, minimizar o segregacionismo da sociedade.

⁶² CARVALHO, L.

⁶³ Dados extraídos do jornal **Gazeta do Povo**. Quarta-feira, 21 de maio de 2014. Vida Pública. p.16.

Assim, e retomando o afirmado acima, a Lei 12.990/2014 acaba por criar distinções ou preferências entre brasileiros sem fundamentação que justifique vê-la como efetividade da igualdade material, por consequência, viola o art. 19, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988⁶⁴ e deve ser visto como inconstitucional.

Sobre esta afirmação, vem a calhar os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos.

É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das raças, encontram-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim, uma série de fatores que os próprios textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer, não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios.⁶⁵

Neste sentido, houve posicionamento do Tribunal do Estado de Santa Catarina por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança, resultando, por votação unânime, na procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, parágrafo único da Lei Complementar nº. 32/2004 que reservava aos afro-brasileiros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pelo Poder Municipal de Criciúma, Estado de Santa Catarina.⁶⁶

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-BRASILEIROS - INDÍCIO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL - VEDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00, de Criciúma. Relator: Des. Luiz César Medeiros. J. 27/09/2007).⁶⁷

⁶⁴ Constituição Federal/88: Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (BRASIL, 1988).

⁶⁵ BASTOS. 1999. p. 181-182.

⁶⁶ Art. 5º. Ficam reservadas aos afro-brasileiros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pelo Poder Público Municipal para provimento de cargos efetivos. Parágrafo Único - Para efeitos do disposto no "caput", considera-se afro-brasileiro aquele identificado como de cor negra ou parda no respectivo registro de nascimento. BRASIL, 2004.

⁶⁷ COTAS..., 2014.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Também se percebe inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa da medida quando seus efeitos alcançam o Poder Judiciário, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 96, alínea “e”⁶⁸, concedeu prerrogativa a mencionado Poder de prover, por meio de concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos afetos à administração da justiça.

Neste raciocínio, a determinação de critérios para ingresso na carreira que não esteja previsto no texto constitucional, fere a prerrogativa exclusiva destinada ao Poder Judiciário.

Nesta esteira, já se encontra precedente jurisprudencial.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS DO ESTADO. DESTINAÇÃO DE VAGAS A NEGROS E PARDOS EM CONCURSOS PÚBLICOS DE QUAISQUER DOS PODERES DO ESTADO. LEI ESTADUAL Nº 14.147/2012, DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição Federal assegurou aos tribunais, como forma de garantia institucional, o poder de autonomia orgânico-administrativa, “que compreende sua independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos”. Essa garantia, estabelecida no art. 96 da Constituição Federal, consiste, entre outras competências privativas, em organizar seus serviços auxiliares (alínea b) e prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, § 1º, os cargos necessários à administração da Justiça (alínea e).

2. Qualquer definição prévia acerca dos requisitos de acesso para cargos ou funções próprias ou de competência administrativa do Tribunal de Justiça e que não decorra da própria Lei Maior depende de iniciativa do próprio Poder Judiciário (assim como se dá com os demais Poderes de Estado, relativamente aos cargos que lhes cabe prover), sob pena de usurpação de sua reserva de iniciativa legislativa exclusiva.

3. Inconstitucionalidade formal da expressão “de quaisquer dos Poderes do Estado”, contida em lei estadual de iniciativa do Poder Legislativo, e que estabelece reserva de vagas a candidatos em concursos do Poder Judiciário.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO PROCEDENTE, POR MAIORIA.⁶⁹

Por fim, ainda cabe consignar o entendimento de que as pessoas devem ser contratadas pelo mérito, não pela cor de sua pele ou por sua condição social.

⁶⁸ Constituição Federal/88: Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei (BRASIL, 1988).

⁶⁹ BRASIL, 2014.

Deste modo, depois de uma análise mais detalhada, percebe-se que, por qualquer ângulo que se olhe, as iniciativas reservando vagas raciais ou sociais em concursos públicos fere o texto constitucional.

CONCLUSÃO

No desenrolar do presente trabalho demonstrou-se o real significado do princípio da igualdade, registrando, portanto, a existência de suas duas modalidades: igualdade formal e igualdade material.

Viu-se que a primeira, presente no Estado Liberal, impõe um tratamento igualitário a todas as pessoas, independentemente das circunstâncias envolvidas no caso concreto, sendo o juiz conhecido como um formalista, apenas submetendo o caso à lei.

Na análise da igualdade material, fruto de um Estado Social, percebeu-se uma busca pela reparação das injustiças existentes. Assim, estudou-se ser possível a vivência de tratamentos diferenciados, desde que critérios como objetividade e razoabilidade, amplamente aceitos, estejam presentes. Nesta esteira, adentrou-se na apreciação das ações afirmativas, também conhecidas como discriminações positivadas, e constatou-se que elas são vistas como efetividade da igualdade material.

Após, houve um filtro no estudo, ocasião em que se dedicou maior atenção às cotas raciais, pesquisando sobre a diferenciação existente entre raça e racismo, bem como entre preconceito e discriminação; concluindo que o Direito pode e deve impedir somente os atos discriminatórios, pois o preconceito pertence ao interior das pessoas.

Estudou-se, também, um dos casos emblemáticos envolvendo reserva de cotas raciais (Universidade da Califórnia versus Allan Bakke) que foi apreciado pela Suprema Corte Americana e deixou verdadeiras lições de como o tema “ações afirmativas” deve ser abordado para não perder o seu caráter de reparação.

Após, e ainda dentro da problemática trazida pela pesquisa, filtrou-se novamente o tema, ocasião em que se passou a dar maior atenção ao estudo e à

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

pesquisa de cotas raciais em concursos públicos no território Brasileiro. Portanto, citaram-se os quatro Estados que possuem legislação específica sobre o tema: Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

A presente pesquisa ganhou atualização com a análise da Lei 12.990/2014 que reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A partir da análise de referida Lei, envidaram-se esforços para mostrar os argumentos favoráveis e desfavoráveis, além de confrontá-lo com preceitos constitucionais vigentes. Após, conseguiu-se afirmar que a Lei nº. 12.990/2014 não efetiva a faceta material do princípio da igualdade, visto estar desprovida de argumentos sólidos que justifiquem o tratamento desigual, razões pelas quais se entendeu que ela é discriminatória, portanto, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Thaiana Bitti de Oliveira. Justiça, Adequação e Eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em Universidades Brasileiras. In: **Política de cotas: Mitigação da Isonomia em ação afirmativa?** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atual, 1999.

BRAGA, Juliana. Dilma assina proposta de cotas raciais para o funcionalismo. **G1**. 05 nov. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/dilma-assina-proposta-que-preve-cotas-raciais-para-o-funcionalismo.html>> Acesso em 02 jun. 2014.

Brasil. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Lei 14274 - 24 de Dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=252&indice=1&totalRegistros=1>> Acesso em: 01 fev. 2014.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. LEI Nº 14.147, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lei-cotas-funcionalismo-estadual-gaucho.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 6.738/2013. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A178DC053F5009020764D8E9392A3955.proposicoesWeb1?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013> Acesso em 01 jun. 2014.

*A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS
PÚBLICOS*

BRASIL. Município de Criciúma. LEI COMPLEMENTAR Nº 32, de 06 de Maio de 2004. Disponível em:

<<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/c/criciuma/lei-complementar/2004/3/32/lei-complementar-n-32-2004-altera-disposicoes-da-lei-complementar-n-14-de-20-12-99-e-da-outras-providencias.html>> Acesso em: 02/06/2014.

BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424. Data de Publicação: DJ 19-03-2004 Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>> Acesso em: 06 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>> Acesso em: 06 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Arguição de Inconstitucionalidade nº. 70057658593. Data de Publicação: DJ 04-04-2014 Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-orgao-especial-tj-rs.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2014.

CARVALHO, Leandro. Judeus na História. **Mundo educação**. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/historiageral/judeus-na-historia.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

CARVALHO, Valdênia Geralda de. **A Ideia de Justiça e a Política de Cotas Raciais no Brasil: Dilemas E Perspectivas segundo o pensamento de John Rawls**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/6ce6c5de6d2af40b289ed14818e7aeb6.pdf>> Acesso em 23 maio 2014.

CAVALCANTI, Hylda. Pesquisa desfaz mitos de que cotas raciais no serviço público não são necessárias. **Rede Brasil atual**. 30 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/12/pesquisa-desfaz-mitos-de-que-cotas-raciais-no-servico-publico-nao-sao-necessarias-6001.html>> Acesso em: 01 jun. 2014.

CHAVES, Lázaro Curvêlo. De Raças e Racismo. **Cultura Brasil**. 2004. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/racismo.htm>> Acesso em: 21 maio 2014..

Conservadores se unem contra cotas raciais. **Brasil 247**. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/120113/Conservadores-se-unem-contracotas-raciais.htm>> Acesso em: 02 jun. 2014.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL (1968). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discririaci.htm>> Acesso em: 20 maio 2014.

Cotas raciais em concurso público são inconstitucionais, decide TJ-SC. 2014. **SISERP CRICIÚMA**. Disponível em: <<http://www.siserpcriciuma.com/products/cotas-raciais-em-concurso-publico-s%C3%A3o-inconstitucionais,-decide-tj-sc-/>> Acesso em 02 jun. 2014.

Dados extraídos do jornal **Gazeta do Povo**. Quarta-feira, 21 de maio de 2014. Vida Pública.

DEMERCINO JÚNIOR. Nazismo. **Brasil escola**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/nazismo.htm>>. Acesso em: 21 maio 2014.

Dicionário Aurélio. **Significado de Discriminação**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Discriminacao.html>> Acesso em: 20 maio 2014.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

FRANCE. Assemblée Nationale. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível Em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso Em: 10 maio 2014.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001.

HAAS, Maria Eloá da Silva. Sistema de Cotas: Instrumento de ação afirmativa na concretização da igualdade material. In: **Política de cotas: Mitigação da Isonomia em ação afirmativa?** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

HORTÊNCIO, Eduardo Carlos Ramalhosa. Cotas como meio de efetivação da igualdade material no e segundo o Direito. In: **Política de cotas: Mitigação da Isonomia em ação afirmativa?** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 1983.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008.

Jus Brasil. Lei 6067/11 | Lei nº 6067, de 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/1029724/lei-6067-11>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

LARCHER, Marcelo. Projeto que cria cota de 20% para negros em concursos públicos gera polêmica. 24 fev. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/462680-PROJETO-QUE-CRIA-COTA-DE-20-PARA-NEGROS-EM-CONCURSOS-PUBLICOS-GERA-POLEMICA.html>> Acesso em 01 jun. 2014.

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norteamericano. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. In: LAUREANO, Nathalie Albieri. Ação Afirmativa e o Princípio da Igualdade: Uma análise constitucional. In: **Política de cotas: Mitigação da Isonomia em ação afirmativa?** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: História e debates no Brasil. Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/ 2002 Cadernos de Pesquisa, n. 117, p. 197-217, novembro/ 2002 Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>.> Acesso em: 29 maio 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas Públicas Afirmativas e o Princípio da Igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil**. 2006. 139 f. Tese – Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2006.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. O Princípio da Igualdade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039>. Acesso em 24 maio 2014.

Significado de Hermenêutica. Disponível em:
<<http://www.significados.com.br/hermeneutica/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

SOUZA, André Peixoto de. Histórico de Políticas de Cotas Raciais no Brasil. **Revista Escola da Magistratura do Paraná**. Curitiba. M. Medeiros Editora. 2011.