



**FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

**RAYANE BEATRIZ LEÃO DE SOUZA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO  
PARA INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS.**

**BACHARELADO  
EM  
DIREITO**

**CARATINGA – MG  
2018**

**RAYANE BEATRIZ LEÃO DE SOUZA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO  
PARA INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS**

**Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de Direito Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodolfo Assis Ferreira.**

**CARATINGA - MG**

**2018**



## **FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

### **FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO PARA INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS, elaborado pela aluna RAYANE BEATRIZ LEÃO DE SOUZA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso Direito pela Faculdade Doctum de Caratinga , como requisito parcial da obtenção do título de

### **BACHAREL EM DIREITO**

Caratinga, \_\_\_de \_\_\_\_\_ 20\_\_

---

Prof. Orientador

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que é o senhor de todas as coisas, e que permitiu a conclusão deste curso, a nossa senhora Aparecida que sempre esteve ao meu lado nesse percurso em minhas orações.

Da mesma forma sou grata aos meus pais que acolheram meu objetivo e passaram a sonhar comigo, me apoiaram nos estudos e nas minhas decisões, e que através de sua história de lutas e conquistas, são minha base e espelho.

Agradeço a todos os professores, pelos conhecimentos compartilhados, em especial o professor Rodolfo Assis Ferreira, por ter aceitado o convite para ser meu orientador, pela amizade, paciência e ensinamentos transmitidos durante a elaboração desse trabalho. Aos colegas de classe, com quem tive a honra de conviver durante o período acadêmico e aos laços de amizade que pude estabelecer, com os quais compartilhei momentos de alegria, angustias, e agora, saudades.

Sou grata aos meus irmãos e os meus amigos pelo incentivo e por sempre acreditarem que isso seria possível.

Finalmente, e não menos importante, agradeço ao meu namorado, que através de seu apoio suportou meu nervosismo e ansiedade em torno deste trabalho.

Obrigada, vocês foram fundamentais para tornar esta caminhada possível.

## **DEDICATÓRIA**

Este trabalho é dedicado aos meus pais, que pacientemente aguardaram este dia, sonhando e ansiando minha realização pessoal e profissional.

Dedico a presente obra acadêmica a todos aqueles que, de alguma forma, são assolados pelas desigualdades e discriminação face ao convívio em sociedade, que por vezes, é cruel e desumana.

Dedico ainda, aos que acreditaram em mim, e contribuíram para minha formação, e, sobretudo, dedico aos que duvidaram, e só fizeram aumentar minha vontade de vencer.

## **EPIGRAFE**

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar.”

Nelson Mandela

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</b>	
<b>CAPÍTULO I- O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>08</b>
1.1 Igualdade Formal.....	09
1.2 Igualdade Material.....	11
1.3 Discriminação e Racismo.....	13
1.3.1 Espécies de Discriminação .....	16
1.3.1.1 Discriminação intencional, tratamento discriminatório ou discriminação presumida .....	17
1.3.1.2 Discriminação positiva.....	18
1.3.1.3 Discriminação na aplicação do Direito .....	19
1.3.1.4 Discriminação de fato.....	20
<b>CAPÍTULO II- AS AÇÕES AFIRMATIVAS.....</b>	<b>22</b>
2.1 Conceito.....	22
2.2 Justificativa.....	24
2.3 Objeções.....	26
2.4 Eficiência.....	29
<b>CAPÍTULO III- DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO PARA INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS .....</b>	<b>35</b>
<b>3.1 ADC41.....</b>	<b>38</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIA.....</b>	<b>44</b>

## RESUMO

Objetivando promover uma análise no que tange a discriminação racial que cresce constantemente em nosso país e no mundo, o presente trabalho, irá dispor das ações afirmativas em especial sobre (in)constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos, como medida para reverter a desigualdade e discriminação. Devido a uma sociedade individualista, o direito da igualdade elencado na constituição de 1988, em tese, deveria proteger a todos, independentemente da classe, cor, sexo e crença religiosa. Tratando a todos da mesma forma, equiparando os desiguais a ponto que consigam competir uns com os outros com equidade. No entanto, esse precioso direito encontra-se somente em um pedaço de papel, pois na realidade, tal direito é por muitas vezes deixado de lado. Serão elencadas as recentes discussões sobre as Políticas de Ação Afirmativa, tentando com isso analisar os malefícios que o preconceito e a discriminação traz para a sociedade, atentando para a forma de efetivação das ações afirmativas para eliminar a desigualdade social. Utilizaremos como base a lei nº 12.288/10, que dispõe sobre o Estatuto da Igualdade Racial e a Constituição Federativa do Brasil de 1988, verificando dentro dessas normas quais os direitos devem ser resguardados pelo Estado, e como de fato ocorre nos dias atuais.

**Palavras-chave:** Discriminação Racial. Direito a igualdade. Ações afirmativas. Cotas concursos públicos. (In) constitucionalidade.

## INTRODUÇÃO

*Todos nós temos talentos diferentes,  
mas todos nós gostaríamos de ter iguais  
oportunidades para desenvolver os nossos talentos.*

*John Kennedy*

O hodierno estudo tem como principal objetivo analisar o papel e os efeitos das ações afirmativas, especialmente (in)constitucionalidade da política de cotas para negros em concursos públicos, proporcionando uma análise conceitual do princípio da igualdade, estudando conceitos, leis, aplicabilidades e modalidades das ações afirmativas, por meios de estudos de preceitos fundamentais defende que há violação constitucional do sistema, destacando no contexto o princípio da igualdade, em especial ao princípio da igualdade formal, inserido no artigo 5º caput da CF/88.

Encontra-se o estudo fundamentalmente alicerçado em princípios constitucionais, e tendo objeto e delimitação respaldo no ramo do direito Constitucional.

Para tanto, esta pesquisa foi dividida em alguns capítulos: no primeiro será estudado o princípio da igualdade e suas ramificações: igualdade formal e material. Na sequência, com o objetivo de melhor compreender a problemática trazida neste estudo, no mesmo 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 algumas formas de discriminação, nesta esteira, será aberto um segundo capítulo com o conceito das ações afirmativas, suas justificativas, objeções e sua eficiência na qual se apresentará 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.

Este trabalho ainda se propõe a responder a seguinte indagação: 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?

## 1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO

O princípio da isonomia ou também chamado de princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito.

De acordo com o dicionário Aurélio igualdade é definido como qualidade ou estado de igual, ato de não se apresentar diferença de qualidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrarem-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas; expressão de uma relação entre seres matemáticos iguais. Como a Ciência do Direito é dirigida à sociedade, faz-se opção pela primeira definição. Os princípios além de serem uma garantia e um direito, são normas basilares dentro de qualquer ordenamento jurídico moderno.

O sentimento de igualdade na sociedade moderna luta pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos mais básicos e fundamentais para que tenham não somente o direito a viver, mas para que também possam ter uma vida digna.

Este princípio remonta as mais antigas civilizações e esteve sempre embutido, dentro das mais diversas acepções de justiça mesmo que com interpretações diferentes, umas mais abrangentes outras nem tanto, ao longo da história. Como a aplicação de um princípio depende da interpretação que lhe é conferida, em diversos momentos históricos o princípio da isonomia que tem com fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabava se chocando como interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou lhe conferiam uma interpretação destoante da que realmente deveria ser aplicada.

Diante disto quase todas as constituições até mesmo modernamente somente reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco e frio da lei, esquecendo que o princípio somente irá adquirir real aplicabilidade quando também lhe for conferida uma igualdade material baseada em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamentos legais.

A Constituição Federal de 1998 dispõe em seu artigo 5º caput, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (grifo nosso), 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.

Compreende-se que o fundamento principal que o princípio da igualdade consiste é no tratamento igualitário de todos perante a lei, considerando que todos nascem e vivem em face dos mesmos direitos e são submetidos aos mesmos deveres perante a sociedade e o Estado.

De certa forma, não teria como não reconhecer a igualdade entre homens, até porque, se assim não fosse, não seríamos da mesma espécie.

Sendo assim, o preâmbulo do art. 3º da CF/88 já denota a igualdade como sendo um dos valores soberanos do Estado Brasileiro, objetivando estar entre as metas do Brasil, nestes termos:

Artigo 3º  
IV –promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É de se observar que o princípio da igualdade vem repetido em vários dispositivos constitucionais, realçando a preocupação do constituinte com a questão da busca, do tratamento forma igual a todos os indivíduos perante lei.

### **1.1. IGUALDADE FORMAL**

É fundamental destacar as duas formas de igualdade, de um lado temos a igualdade formal e do outra a material.

A primeira a ser tratada é a igualdade formal, que é conhecida como a igualdade que todos são iguais perante a lei, ela se diferencia da igualdade material pela forma como é instituída. Em sentido estrito a igualdade objetiva consolidar, que em face dos olhos da lei, todos os indivíduos são tidos como iguais, devendo assim receber tratamento jurídico igualitário.

Desta forma, a igualdade formal é aquela positivada na CF/88, e que possui força normativa, logo sendo ilícita a distinção de indivíduos perante a aplicação da lei.

Assim conforme Jorge Arthur Moojen Rodrigues (2007,p.17):

A igualdade formal, que tem como objetivo vedar ao Estado todo tipo de tratamento discriminatório negativo, isso é, proibir todos os atos judiciais, administrativos ou normativos do Poder Público que tenham como objetivo a privação das liberdades públicas fundamentais do cidadão com base em critérios tais como religião, o sexo, a raça, ou a classe social.

Não é admissível em nenhuma hipótese haver quaisquer modalidades de regalias, privilégios ou distinção entre seus destinatários.

No entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira filho (2008.p.67), sobre as decorrências da abolição e proibição dos privilégios é que o princípio da igualdade é exatamente abolição, e mais do que isso, a proibição, dos privilégios. Não podem ser abertas exceções (privilegiem) indivíduos, ou grupos.

Partindo do pressuposto que o presente trabalho visa falar sobre as ações afirmativas, o estudo estará assim voltando pela defesa ao princípio da igualdade formal, positivado na CF/88, e que possui força normativa, ou seja, será ilegal qualquer tratamento diferencial ou mesmo preferencial a indivíduos que possuem traços diferenciais existentes em cada um dos indivíduos, ou seja, será ilícita a distinção de indivíduos perante a não aplicação da lei.

Assim, são nas palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello(2007,p.234), que melhor explica a importância do princípio da igualdade em face das ações afirmativas:

Supõe-se, habitualmente que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existenciais nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do discrimen. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra de igualdade.

Desta forma, a igualdade formal se firma no juízo de que todos os indivíduos, independentemente de traços específicos, devem ser legalmente tratados de maneira paritária, sem distinção ou mesmo diferenciação.

A igualdade formal deve ser entendida como um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” (CANOTILHO, 1998, p. 398).

Pode-se dizer que somente a igualdade formal não consegue assegurar que todas as pessoas tenham os mesmos “benefícios”. Por exemplo: no caso das ações afirmativas, sua principal finalidade é a implementação da igualdade material na realidade concreta, pois somente a igualdade formal, não conseguiria alcançar isso. (RODRIGUES, 2007, p.15).

Para Rios (2001, p. 69) “a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”.

Na grande maioria das vezes a igualdade formal foi palco de muitas críticas, dessa forma ensina Canotilho (1998, p. 399):

Já que ele permitia discriminação quanto ao seu conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas para brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos, mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória.

Evidencia-se que não pode haver discriminações de forma negativa por parte do Estado, devendo o mesmo contribuir com a promoção da igualdade. Contudo, antes de falar sobre os pontos negativos em relação à adoção de ações afirmativas, é necessário falar sobre a outra modalidade do princípio da igualdade, visto que somente a igualdade formal não tem a condição de dizer quem é igual ou desigual perante a lei, nesse caso, cabe à análise da igualdade sob a dimensão material.

## **1.2. IGUALDADE MATERIAL**

Após discorrer sobre igualdade formal, faz-se necessário uma explanação sobre igualdade material, que é também chamada doutrinalmente como igualdade real ou mesmo igualdade concreta.

Tem-se assim que na igualdade material o Estado tenciona a agir ativamente na sociedade objetivando amenizar as desigualdades sociais.

Por sua vez, a igualdade material é aquela denominada como igualdade na lei. Nota-se que este tipo de igualdade visa compensar através das ações afirmativas grupos menos favorecidos que possuam determinadas

características, através disso, busca-se a reparação das desigualdades existentes que decorrem de um sistema histórico (SILVA, 2012, p.36).

Contudo, admite que determinadas pessoas sejam tratadas de forma diferente, em razão de suas desigualdades. Em tempos passados, até mesmo o filósofo Aristóteles percebia que as pessoas não eram iguais e que em determinados momentos a distinção era necessária quando se tratava de certos grupos ou pessoas.

Vale lembrar que a igualdade material também diz respeito à isonomia entre homens e mulheres e vedada qualquer distinção e discriminação em algumas situações.

Jorge Arthur Moojen Rodrigues (2007, p.17.) trata da questão da seguinte forma:

Evidentemente que as peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, quando da avaliação dos tratamentos impostos aos iguais e desiguais, inviabilizam a criação de padrões genéricos e absolutos para o estabelecimento de políticas de ação afirmativa, devendo proceder-se a análise de cada situação concreta.

A igualdade material tem a preocupação de que todos tenham acesso às mesmas oportunidades, pode-se dizer que tal preocupação teve início com a democracia social. Com base nesse processo, note-se que é necessário verificar quais são as características que buscam igualar e diferenciar as pessoas.

Lembra que é necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação. Observa-se que a igualdade material, é uma das mais difíceis de serem tratadas. Isso se deve em virtude de um vínculo que existe na sua própria forma onde se destacam os componentes do direito e elementos meta jurídicos.

Entende-se que as cotas raciais têm como objetivo minimizar as desigualdades existentes, mas se elas beneficiam apenas um grupo de pessoas que são determinadas seja pela sua raça ou qualquer outro motivo, será que essas pessoas estão sendo tratadas com igualdade?

Claro, que cabe ao Estado promover políticas públicas que visem reduzir as desigualdades entre os membros de uma sociedade, mas isso deve ocorrer sem que haja violação de nenhum princípio disposto na Constituição Federal (SILVA, 2012.p.118.).

Rodrigues (2007, p. 17), tem o seguinte entendimento:

Além de não pode discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade tida como material de oportunidades, utilizando-se para isso as leis e as políticas públicas, mais especificamente as Ações afirmativas e que atentam para as características dos grupos menos favorecidos, e desse modo compensado, as eventuais desigualdades decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural existente.

Deve-se ressaltar que as igualdades formais e materiais caminham de forma conjunta. Contudo, como dito anteriormente, a igualdade formal se destaca por estar positivada na Constituição Federal, a qual estabelece que todos os cidadãos são iguais perante à lei, dessa forma, tornando-a uma igualdade legal.

Por sua vez, a igualdade material é aquela que deve visar à equiparação de oportunidades aos indivíduos, ou seja, essa equiparação deve acontecer de forma igualitária, em tese, todos deveriam gozar das mesmas chances e direitos.

Com base em tudo que foi estudado sobre a igualdade formal e material é visto que as diferenciações e igualações se mostram necessárias em diversos momentos e podem ser tomadas como exemplo as cotas raciais, tanto nas universidades quanto nos concursos públicos.

Contudo, percebe-se que a igualdade material também tem como finalidade a busca de um resultado final apropriado para cada caso concreto, podendo ocorrer por meio de políticas promovidas pelo Estado que visa à exclusão das desigualdades sociais e conseqüentemente a inserção de diversas pessoas e grupos na sociedade.

### **1.3.DISCRIMINAÇÃO E RACISMO**

Para a continuação do tema proposto é necessário que antes de processa a uma exposição sobre a discriminação e o racismo, quais sejam os motivadores da

implementação de políticas afirmativas. Posteriormente, é importante determinar o conceito de ação afirmativa trazendo um maior esclarecimento sobre o assunto.

O racismo consiste numa teoria que defende a existência de características que podem diferenciar os homens por meio da detecção dessas. A origem do termo vem do latim *ratio*, que significa categoria, sorte ou espécie.

A partir do século XVII essa palavra foi empregada com o sentido de assinalar as diferenças físicas existentes entre os diferentes tipos humanos. .

Para tratar sobre o racismo a presente análise usa da concepção de Luís Augusto Campos (2012, p.47) sobre raça, qual seja a percepção da diversidade fenotípica, como a cor da pele, distanciando -se de filiação a determinismos biológicos, já que se torna claro a inexistência de diferenças biológicas substanciais entre os humanos, tirando-se assim de diferenças de aparência.

É de fato que até pouco tempo se acreditava que existia a raça pura, e por consequência uma raça seria superior a outra. Através de estudos e amadurecimento cultural que ocorrem nas últimas décadas, pode-se constatar um grade equivoco neste pensamento.

Sobre o assunto Miranda destaca (2008, p.265):

Não há raça pura seria preciso descer-se mais de trinta mil anos, para se encontrar alguns grupos "teoricamente "homogêneos, ou muito menos heterogêneos do que os de hoje.

Sendo assim as ciências biológicas comprovaram que o racismo não tem nenhuma sustentação cientificamente verificável. Cientistas provaram que as raças não existem enquanto método classificatório, pois todos os homens estão sujeitos a diferenciações genéticas incapazes de determinar certas habilidades, valores, ou padrões de comportamento. Entretanto, muitas pessoas insistem em se auto afirmar ou ofender determinados grupos por meio de concepções de natureza racista.

No entanto, mesmo admitindo que a raça não exista do ponto de vista biológico, ela existe do ponto de vista sociológico, e continua a atuar no plano social e político. No Brasil, 98% dos brasileiros reconhecem que existe racismo, mas 95% declaram que não são racistas. Percebe-se que, apesar da existência do racismo, ele muitas vezes é oculto ou é invisível, manifestando-se em determinadas situações e momentos. Na realidade, ninguém nasce racista ou com preconceito, estas

atitudes são adquiridas na convivência social, inicialmente na família e também sociedade, inclusive devido aos padrões e estereótipos criados no contexto social e institucional.

O racismo se manifesta das mais diversas formas no Brasil, está na falta de representatividade de homens e mulheres negras nos espaços públicos, nos guetos de exclusão e pobreza, mas também no imenso número de assassinatos que ocorrem todos os anos. Esta escancarado em nosso dia a dia e há várias formas de racismo aqueles advindos de atitudes individuais, manifestado por meio de estereótipos, comportamentos e interesses pessoais, racismo institucional vindo de instituições política, econômica, no qual muitos indivíduos (negros, mulheres, índios) são marginalizados e rejeitados, seja diretamente ou indiretamente.

O racismo cultural muito visto onde ressalta a superioridade entre as culturas existentes, manifestada segundo crenças, religião, costumes, línguas, dentre outras. Esse tipo de racismo pode incluir elementos do racismo institucional e individual. O racismo primário onde acontece o fenômeno emocional e psicossocial manifestado sem justificativa. Assim, o etnocentrismo é considerado um racismo secundário, enquanto o racismo terciário é o preconceito baseado em teorias científicas.

Muito ocorrido também é o racismo diferencialista baseado no conceito de que raça não é natureza, mas cultura ou etnia. Esse tipo de racismo configura o preconceito contemporâneo (anti-racismo) manifestado de acordo com as diferenças existentes. Por esse motivo, hoje temas como identidade cultural, comunidade, nação reforçam o racismo comunitarista a partir das diferenças.

Para adentrar então no termo discriminação primeiramente, registra-se a definição da nomenclatura discriminação apresentada pelo dicionário Aurélio, qual seja: “ação de discriminar; separação; distinção”. 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 de Rodrigues (2006, p.60.):

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.

Visto por meio dessa observação 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.

Por meio de observação da história do negro do Brasil pode - se perceber a existência de discriminação, discriminação essa que é evidenciada pelas condições atuais de vida da maioria da população negra no Brasil.

Eunice Aparecida relata que “e, desde a chegada dos primeiros escravos ao Brasil(1530) até 1888, negro era sinônimo de escravo e branco era sinônimo de livre/cidadão.” (1989,p.138) . O que se percebe é que esta discrepância social é fundada em princípios raciais, trata-se do resultado de um processo histórico de racismo que o tornou algo estrutural na sociedade.

É, o que afirma Ahyas Siss (2003, p.15.)

Não obstante, nesse mesmo fim de século e no Brasil por causa de sua etnia ou cor, os afro brasileiros continuam a ser percebidos por uma significativa parcela da sociedade brasileira, como “cidadãos incompletos”. Essa percepção é um poderoso indicativo da posição historicamente reservada aos indivíduos pertencentes a esse grupo racial ou étnico, na hierarquia social brasileira.

A Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Normas de Discriminação Racial da ONU, ratificada pelo Brasil, diz que:

Discriminação Racial significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, ascendência, origem étnica ou nacional com a finalidade ou o efeito de impedir ou dificultar o reconhecimento e/ou exercício, em bases de igualdade, aos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outra área da vida pública.

Segundo Joaquim Barbosa Gomes “*discriminar nada mais é do que insistir em apontar em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada a legitimação de uma agressão ou privilegio*“(2001, p.18).

Ainda na concepção do mesmo é importante frisar que não existe apenas uma forma de discriminação, 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 aplicação do Direito;
- (vi) Discriminação de fato
- (vii) Discriminação manifesta ou presumida.

### 1.3.1 Espécies de discriminação

Para o presente trabalho, serão analisadas algumas das espécies de discriminação citadas anteriormente.

#### 1.3.1.1 Discriminação intencional, tratamento discriminatório ou discriminação presumida.

Ocorre quando a pessoa é tratada de forma desigual ou menos favorável, 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 anti-discriminatórias; acontece em virtude da cor da pele, raça, origem, sexo e orientação sexual, entre outras.

Vale ressaltar o que Gomes (2001, p.20.) explica sobre tal 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

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

Importa ainda dizer que por se tratar de manifestação intencional existe a imposição do ônus da prova a vítima, em virtude disso são poucas as pessoas que ousam desafiar uma estrutura discriminatória.

Enfim, a discriminação presumida se configura quando o ato é evidente e incontestavelmente discriminatório, sendo assim o direito acaba por considerá-la presumida. Ou seja, quando é verificada a presunção a vítima fica isenta do ônus da prova. O Direito americano é um exemplo de Ordenamento Jurídico que se utiliza dessa classificação.

Para a comprovação da discriminação presumida basta que seja verificada dados de inclusão do grupo minoritária em determinado seguimento da sociedade, caso se observe que a presença de representantes das minorias de trata de algo meramente simbólico e em completa disparidade com a porcentagem populacional sendo assim constatada.

### 1.3.1.2 Discriminação positiva

Registrou-se em toda parte 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, Paulo Lucena de Menezes (2009, p.43) 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.

A previsão legislativa adotada no Brasil para criminalizar práticas discriminatórias demonstra-se notoriamente fracassada, até porque está ancorada 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 que são as ações afirmativas que será tratada com maior presteza posteriormente.

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

### 1.3.1.3 Discriminação na aplicação do Direito

Como na espécie de discriminação citada anterior, a discriminação na aplicação do direito se manifesta pela ausência do fator de intencionalidade. Há cerca de duas possibilidades de averiguação dessa discriminação, a primeira hipótese, pode ser vista de norma aparentemente neutra a mesma é aplicada, contudo traz resultados que notadamente beneficiam um grupo e prejudicam outro; por outro lado existe a possibilidade de determinada na lei, embora aparentemente, neutra, ter sido elaborada com a intenção de prejudicar, discriminar, ou seja com a pretensão não declarada de prejudicar determinado grupo.

Para a verificação da ocorrência dessa modalidade de discriminação é necessário que o resultado de aplicação das normas seja averiguado, todavia a uma dificuldade de diagnosticar quaisquer intenções que estejam por trás da edição das mesmas. Sendo assim, necessário uma avaliação dos efeitos dos resultados obtidos com a aplicação da norma.

#### 1.3.1.4 Discriminação de fato ou indireta

Essa discriminação se dá quando o governo implementa políticas públicas e optam por uma concepção do princípio da igualdade que não leva em consideração as peculiaridades dos grupos minoritários, tendendo quase sempre a prolongar as injustiças de que elas historicamente são vítimas.

Gomes (2001, p.30) ainda enfatiza:

No Brasil, algumas (não todas) “práticas discriminatórias”, sobretudo em matéria de educação e emprego, se enquadram perfeitamente nessa modalidade. Banalizadas, passam a integrar a prática institucional “normal” e são ofuscadas pela ausência de questionamentos propiciada pelo mito da “democracia racial”.

Essa espécie de discriminação traz à tona o questionamento acerca das práticas institucionais que não avaliam outras questões por se basear no “mito da democracia racial”, que nada mais é que a concepção de que não existe no Brasil desigualdades consideráveis entre negros e os brancos, e que a população goza de equilíbrio nas relações sociais.

Essa discriminação se caracteriza por proporcionar uma desigualdade não provenientes a atos concretos ou de manifestação expressa, mas de práticas administrativas, empresariais ou até mesmo de políticas públicas que são aparentemente neutras, todavia possuem uma carga discriminatória. Inicia-se de um tratamento igualitário a indivíduos sem que se verifique suas desigualdades, que, na maioria das vezes, são advindas da própria lei.

A maior diferença entre a discriminação supracitada e a discriminação intencional está justamente na ausência da pretensão, muitas políticas públicas acabam por ter efeito bastante discriminatório, mesmo não tendo o intuito de

discriminar. Por vezes trata-se de prática arraigada na sociedade e por isso passam sem notar e são consideradas legítimas. Essa espécie de discriminação possui aptidão para perpetuar situações de grande desigualdade que resultam de fatores históricos culturais. É uma espécie de discriminação específica tanto com relação aos sujeitos quanto aos seus efeitos. Com relação aos sujeitos, a discriminação atinge minorias pensadas, aqui, não em uma perspectiva numérica, mas como grupos sociais que são submetidos a processos históricos de marginalização e vulnerabilização social.

O artigo 2º do CDPD (2017,p.4) apesar de estar voltado especificamente para a discriminação de caráter capacitista, a definição trazida nos ajuda compreender a discriminação indireta a partir de alguns elementos básicos:

O primeiro elemento da discriminação indireta é a existência de um ato ou de uma prática, públicos ou privados, que condicione o desfrute ou exercício de direitos com base em critérios aparentemente neutros. Significa dizer que ( a discriminação indireta não é necessariamente produzida por atos (ela pode decorrer, por exemplo, de omissões ou de situações de fato, como a ausência de rampas de acesso a instalações); a discriminação indireta pode ser praticada tanto pelo Poder Público quanto por entidades privadas; e só se pode falar em discriminação indireta quando não se esteja diante de uma prática que expressamente se valha de critérios de classificação proibidos (gênero, sexualidade, raça etc) ou cujo intuito discriminatório seja evidente (do contrário, falamos em discriminação direta). O segundo elemento da discriminação indireta consiste na produção de efeitos adversos (tradicionalmente referidos como “impacto desproporcional”) contra grupos sociais historicamente marginalizados ou vulnerabilizados. Como na discriminação indireta não é possível falar no uso de critérios proibidos, nem a intenção discriminatória é evidente, torna-se essencial demonstrar que o ato ou prática produzem efeitos discriminatórios. Ocorre que nem toda discriminação indireta vai produzir efeitos sistêmicos sobre um grande número de pessoas. Pelo contrário, alguns atos ou práticas podem produzir efeitos sobre grupos muito pequenos de pessoas – as vezes, apenas sobre indivíduos. Quando se fala em efeito discriminatório, portanto, o que se exige é que o intérprete analise a situação daquele indivíduo ou grupo que alega ser discriminado em razão da aplicação da norma em comparação com aquele que não seria discriminado, de modo a averiguar se incide, de fato, uma restrição de direitos ou exclusão substancial sobre aquele em comparação com este.

Para finalizar um exemplo de discriminação indireta seria a criação de algo com um objetivo único de gerar um bem maior para uma atividade, ou garantir segurança para um grupo de indivíduos, porém, incidentalmente, acaba gerando prejuízos para grupos marginalizados.

## 2.AÇÕES AFIRMATIVAS

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

### 2.1 Conceito

Ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas compensatórias e de valorização de identidades coletivas vitimadas por alguma forma de estigmatização. Usualmente são promovidas pelo poder público, diretamente ou através de incentivos à iniciativa privada e à sociedade civil, como objetivo de se facilitar o acesso a certos bens jurídicos, de natureza material ou simbólica, por parte de indivíduos pertencentes a grupos vulgarmente definidos como “minoritários” ou “vulneráveis”. Malgrado a imprecisão conceitual do termo “minoritário”, apontam para aqueles segmentos da sociedade que historicamente foram alvo de algum processo de opressão, discriminação ou marginalização étnico-religiosa, social, econômica, política, cultural, sexual, dentre outras.

A definição de ações afirmativas para Carmem Lúcia Antunes Rocha:

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 enraizados 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. (2001, p. 41-42).

Surge assim uma proposta das ações afirmativas que se apresentam como uma saída para a correção de um perceptível desnivelamento da participação das minorias na sociedade que não foram alcançadas pelas políticas universais, um conceito bastante utilizado de Joaquim Barbosa é que as ações afirmativas são:

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 da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (2001, p.40.)

As ações afirmativas iniciaram-se nos EUA como uma forma de enfrentar o problema racial ali existente e posteriormente, passou a abranger a questão dos gêneros, dos portadores de necessidade especiais e das minorias étnicas. A princípio se tratava apenas de um estímulo por parte do Estado para que se levasse em conta , no acesso á educação ou ao mercado de trabalho ,fatores como raça ,o sexo e a nacionalidade .Esse incentivo tinha por objetivo ver refletido nas escolas e empresas a representação de todos os grupos que compunham a população .Em seguida as ações afirmativas deixaram de ser apenas incentivos para tornarem-se imposições legais através de cotas vinculadas ao alcance de metas de participação das minorias em determinadas áreas da sociedade (GOMES,2001,p.39 e 40).

Entretanto as ações afirmativas não foram implementadas apenas nos Estados Unidos, países como Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do sul, Argentina, Cuba, dentre outros, inclusive países da Europa Ocidental, também se utilizaram de experiências semelhantes, na maioria com nomes diferentes a ações afirmativas todavia com o mesmo significado e objetivo.

Thomas Sowell diz que:

Qualquer país que considere a criação de políticas que garantam grupos preferenciais ou cotas no mercado de trabalho, no ensino superior ou na obtenção de benefícios sociais certamente encontrará forte reação tanto a favor de tais propostas quanto contra. Entre os conflitos que se seguem, tanto nas ruas como no cenário político, opiniões e princípios radicalmente divergentes são muito mais comuns do que, com efeito, o exame dos fatos a respeito do que realmente aconteceu quando tais políticas foram adotadas em outros países ao redor do mundo. (2017,p.07.)

Qualquer ação afirmativa possui caráter discriminatório, tal ação é até mesmo chamada de “discriminação” positiva no continente europeu e é chamada também de “discriminação com finalidade justificada” (ATCHABAHIAN ,2006, p.163).

O conceito de ação afirmativas abrange, como já mencionado, diversos discriminações que ocorrem em determinadas sociedades, contudo, este trabalho tem por prioridade analisar de forma mais pontual as ações afirmativas no que diz a

respeito sobre a discriminação racial. Portanto é importante ressaltar as palavras de João Paulo de Faria Santos (2005, p.47) que destaca:

As ações afirmativas são políticas não simplesmente voltadas para intervenção posterior, mas com caráter múltiplo e ação tanto sobre os efeitos dos racismos históricos como sobre o racismo atual; atuam ainda como uma prevenção a um aumento futuro do racismo. O caráter múltiplo das ações afirmativas nos remete a seu objetivo: atingir a igualdade racial no imaginário coletivo, induzindo a transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica. Por isso, o objetivo das ações afirmativas não é privilegiadamente, coibir o racismo, mas promover a igualdade racial criando a diversidade e representatividade estatal e social, eliminar barreiras raciais artificiais e invisíveis e criar personalidade emblemáticas, exemplos vivos de um mínimo de mobilidade social ascendente, incentivar a educação e aprimorar jovens de grupos minoritários.

Contudo 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 controversa, 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 compensatória. Já os não adeptos, reforçam seus argumentos no sentido de que “as vantagens da ação afirmativa são abarcadas pelos indivíduos mais favorecidos dos grupos desfavorecidos selecionados como beneficiários” e na “acentuação da discriminação”. IKAWA (2008, p. 99. )

## **2.2 Justificativa**

Dentre os argumentos das ações afirmativas, encontra-se a necessidade da correção histórica, ou seja, dadas todas as formas discriminatórias de outrora, o Estado estaria legitimado a retribuir esse mal com a adoção de políticas que visassem à correção desses males, o combate à discriminação e a promoção da diversidade étnica que ajudaria a convivência entre pessoas diferentes, bem como poderia prevenir futuras visões preconceituosas e práticas discriminatórias, e por fim, a justiça distributiva, isto é, a possibilidade de que pessoas carentes financeiramente possam ascender socialmente.

Os principais argumentos utilizados para a implementação das ações afirmativas é indubitavelmente a reparação social, usando do favorecimento daqueles indivíduos vitimados por qualquer forma de desigualdade acumulada ao longo dos anos.

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos, nas palavras de Celso de Mello (2009, p.10). O ministro supracitado, foi muito propício quando afirmou que a lei não se deve em hipótese alguma conferir privilégios ou mesmo perseguições, sobretudo a lei deveria ser um instrumento capaz de mobilizar a sociedade a fim de implantar o tratamento de maneira igualitária a todos os cidadãos.

Para Gomes (2001, p.10):

A ação afirmativa tem um objetivo justificável que é não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os 'lingering effects', e, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada discriminação estrutural, espelhada nas abissas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.

Outra análise é na concepção de Guilherme Peña de Moraes (2006, p.145-146):

Conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais é justificável quando se encontram em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, mulheres e negros.

Para Luís Roberto Barroso (2017, p.15), as ações afirmativas tais como políticas públicas fazem parte do dever de reparação histórica do Brasil por causa dos anos de escravidão de negros e do racismo estrutural da sociedade brasileira.

Para a maioria dos defensores o interessante dessas ações é que elas partem da necessidade de dar a noção de justiça social uma nova interpretação. Segundo uma abordagem universalista e baseada no princípio da meritocracia, ser justo é tratar todos de forma igual. No entanto, em uma sociedade permeada por uma série de desigualdades, resultantes de um processo histórico específico, a adoção desse princípio acaba apenas reproduzindo as desigualdades já existentes. As ações afirmativas partem da ideia de que é preciso reconhecer a existência das desigualdades para que se chegue na igualdade e não atuar como se tal igualdade já

existisse. O seu objetivo é sanar situações de desigualdade que são consideradas socialmente desfavoráveis, tanto para o indivíduo, quanto para o conjunto de população.

Por outro lado, as ações afirmativas também sofrem críticas, principalmente pela forma como são eleitos os grupos sociais que serão beneficiados, e pelo modo como se opera a desigualdade dentro do país e como esta é interpretada. Isso traz privilégios a um grupo antes discriminado, contribuindo para a continuação da desigualdade entre cidadãos. Um exemplo dessa falha é a concessão de cotas raciais à pessoas negras cujas famílias possuem altos rendimentos financeiros, perante isso iremos tratar no próximo tópico as objeções existentes contra essa implementação das ações afirmativas.

Vimos que as Ações Afirmativas tem sido uma tentativa por parte dos EUA e do Brasil de corrigirem as desigualdades históricas que além de persistirem se ao longo do tempo, vão se sutilizando e mudando de forma. Primeiro, coma escravidão forçada dos afrodescendentes, a expressão mais concreta da crueldade e indiferença humana; depois, mediante uma alforria meramente formal, que os mantiveram escravos por muito tempo depois devido à falta de oportunidades, que, além de os deixarem marginalizados do sistema em que sobreviviam, fez com que os presídios fossem quase sempre o seu único reduto escolar; e, por fim, a sutil (ou não) discriminação cultural, que ,mesmo depois dos avanços na área da genética, são mantidos escravos simbolicamente, apesar disto repercutir nas demais estruturas, principalmente porque o preconceito hoje se mostra bem naturalizado e muitas vezes não percebido ou admitido como no Brasil, fruto dos longos anos do mito da Democracia Racial

### **2.3 Objeções**

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, Ronald J. Fiscus (2002, p. 9 e 10):

(...). Sustentar que os descendentes de milhões de pretos lesionados ao longo de nossa história têm direito à compensação, pelo prejuízo ocasionado aos seus ancestrais em um passado longínquo, é violar o primeiro princípio da justiça compensatória, que os sujeitos da compensação sejam aqueles prejudicados”.

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

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

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, independentemente 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 ações afirmativas (cotas) acaba criando uma marca que acompanhará o servidor em sua atuação, independentemente 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. Nos permitindo assim visualizar nitidamente que tal sistema acaba por discriminar ainda mais aqueles que lutam por direitos iguais.

Um exemplo claro seria por parte das mulheres que lutam por direitos iguais, em várias questões do seu cotidiano, o reconhecimento da sua capacidade de ter seus

méritos. Todavia nem sempre direitos iguais pode conduzir a igualdade noutra, pois existem limitações.

Wolff ( 2004,p.254) diz :

Mesmo que conseguíssemos eliminar a discriminação deliberada, poderia continuar a ser problemático aplicar uma política de direitos iguais.

Isso acontece porque rendimentos iguais não é significado de níveis vidas iguais, sendo assim se a necessidade das pessoas não forem iguais, uma política de direitos iguais não será forma de alcançar a igualdade.

Portanto reconhecer que há diferenças biológicas entre sexo, cor ou raça não significa que temos que aceitar todas as diferenças tradicionais, ou seja não significa que somos menos capazes ou inferiores a outros.

Assim gerando uma discriminação positiva, contribuindo para uma preferência ou beneficiando a alguma ocasião, criando conflitos e objeções. Wolff afirma que muitas pessoas incluindo algumas que se autodenominam liberais, reagem muito negativamente a essas políticas de discriminação positivas.

Wolff ( 2004,p.258 ) enfatiza :

Como objeção afirma-se que frequentemente que a política se autocontradiz. Afinal de contas espera que os programas de discriminação positiva constituam um remédio para a discriminação, mas o que estes parecem fazer é discriminar por razões diferentes.

Um argumento é que a discriminação positiva é pouco mais do que uma extensão da ideia da igualdade de oportunidades, uma forma de compensar as qualificações exageradas dos demais favorecidos, grande parte da população leiga e até mesmo um percentual considerável de doutrinadores e estudiosos tem opinado acerca da inconstitucionalidade da referida lei, sustentando que a diferenciação jamais será o caminho para buscar igualdade entre povos. É clarividente que a população negra sofreu por muitos anos e ainda sofre com certa discriminação racial que por vezes acabam por reduzir suas oportunidades, contudo, a adoção de ações afirmativas não se apresenta como uma boa política para concretizar a integração dos afrodescendentes junto ao restante da sociedade, posto que desigualdade iguais quando o objetivo seria avaliar o intelecto dos indivíduos e não suas aparências

fisionômicas.

Neste sentido, cabe o questionamento se as ações afirmativas são políticas inclusivas ao combate da discriminação racial ou se tem sido uma forma de discriminação reversa, todavia tem sido muito questionada se trata de uma verdadeira ajuda de inclusão dos negros ou se mostra como mais uma medida discriminatória.

Vem a calhar os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 181-182):

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.

Assim, a implementação das ações afirmativas em face da discriminação racial na criação de cotas, 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 1988 64 e deve ser visto como inconstitucional.

## **2.4 Eficiência**

Ao adentrar no coração do tema, cotas raciais em concursos públicos para negros, os argumentos favoráveis e contrários serão esmiuçados. As teorias em que fundamentam, tanto os argumentos contrários, quanto os favoráveis serão desenvolvidos. Ao se falar em cotas raciais para negros, duas teorias surgem: a teoria da justiça distributiva, visando combater uma injustiça do presente e a teoria da justiça compensatória, visando combater uma injustiça do passado. Essas são as teorias utilizadas, tanto para apoiar ou refutar o sistema de política de cotas raciais.

Será verificado, utilizando não apenas um método empirista, mas também dedutivo, afim de traçar opiniões sobre a afirmação da cidadania por meio desta política. Isto, porque, independente do resultado frutífero ou não desta medida objetivando afirmar a cidadania, deve, ainda, ser analisado, a luz da equidade, a política empregada, de sorte que uma política de cotas raciais para negros

necessariamente exclui diversos grupos sociais. Logo, será necessário estudar se os negros necessitam de privilégios em face de outros grupos sociais.

O tema é polêmico e poucos autores têm a audácia de manifestar-se sobre este ponto. Principalmente, porque, vivemos a era do “politicamente correto”. Neste sentido, aqueles que manifestam-se acerca desta medida deve, sempre, utilizar uma cautela exagerada, seja para defender ou atacar a política. Isto, porque, ainda que para defender, não se pode rebaixar um grupo de pessoas em detrimento de outro, de sorte que muitos ficariam ofendidos.

Importante tecer algumas anotações sobre a abordagem dos argumentos favoráveis que concordam com a eficiência dessas ações . 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.

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. (Carvalho 2008, p. 09).

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.

Ronald Dworkin afirma que ações afirmativas, exclusivamente, pelo critério cor, não ofende direitos. Manifestou-se, inclusive, que um direito concedido a determinado grupo, não necessariamente, outorga direitos a outros grupos. Em outras palavras, uma política de cotas raciais para negros não faz com que índios também mereçam um tratamento privilegiado ou seja ele afirma que são muito

pequenos os danos que a ação afirmativa pode gerar a qualquer candidato não preferencial.

Ainda nas palavras de Ronald Dworkin (2005,p.567)

Ação afirmativa é bem-sucedida, pois não viola os direitos individuais nem compromete nenhum princípio moral. De fato, a ação afirmativa tem seu preço, tanto para os candidatos brancos decepcionados, quanto para os negros bem-sucedidos que se ofendem. Em contrapartida, seria mais alto o preço moral e prático da proibição da ação afirmativa ora em análise.

Autor demonstra que não entende que as políticas de admissão sensíveis à raça encontram respaldo na concepção de justiça compensatória, pois entende que as Faculdades que adotam tais políticas de admissão não possuem dívidas de gratidão ou poder a nenhuma das comunidades que tais políticas beneficiem. Ao contrário, o autor entende que é legítimo o objetivo das Universidades de tentar aumentar a diversidade, a justiça social e a estabilidade.

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 na CF 88. Acreditando nessa esfera e discordando desse pensamento sobre a eficácia dessas ações, Thomas Sowell, realizou uma pesquisa acerca da política de cotas ao redor do mundo, onde analisou, que na maioria dos casos de ações afirmativas estudados, houve confronto físico entre os grupos beneficiados e não beneficiados e, deduziu que os prejuízos causados e os transtornos para sua implementação não são bons caminhos que o governo deve buscar.

Na Índia as ações afirmativas veio com o intuito de contornar a segregação social existente em virtude das castas impostas na religião indu. O objetivo foi, na época, beneficiar uma camada chamada de "intocáveis", possibilitando, para este grupo, o acesso a estudo e a cargos no governo. Houve uma violenta repressão das demais castas, culminando com algumas mortes. (SOWELL, 2004, p.109)

O mesmo ocorreu na Nigéria, onde grupos até então desfavorecidos, como Moslem Fulani, Hausa, Yoruba ou Ibo, obtiveram acesso facilitado a alguns cargos públicos, tendo em vista a posição social e econômica, mas que os resultados mostraram que alguns anos após a aplicação destas políticas públicas os nigerianos raramente categorizam os outros pela riqueza ou cargo, mas pela etnia a que pertenciam.

No Paquistão, as ações afirmativas a favor dos Bengalis pobres do Paquistão Oriental também surgiram com a determinação expressa de que deveriam ser descontinuadas dentro do período de 5 a 10 anos. Porém, sofreu sucessivas prorrogações que continuaram mesmo depois do Paquistão Oriental ter se tornado a nação independente Bangladesh em 1971. Segundo Sowell, tais situações acontecem porque tentar eliminar uma condição secular através de um programa temporário é uma contradição, haja vista que a igualdade de oportunidade entre as pessoas pode ser conseguida em um tempo plausível. Todavia, essa ideia é totalmente diferente de eliminar a desigualdade de resultados, ou seja, deve ser garantida a igualdades de partida e não de fim, como escolas de qualidades a todos e condições iguais para buscar seus próprios objetivos de vida.

Nos Estados Unidos, alguns Estados se mostraram uma exceção, pois deram fim à política de ação afirmativa. Foi o que ocorreu, por exemplo, em 2014, quando após um plebiscito foi vetado qualquer tipo de tratamento preferencial a indivíduos ou grupos com base em raça, sexo, origem, cor ou etnia na admissão em instituições públicas de ensino superior de Michigan. Hoje, além de Michigan, as cotas estão abolidas na Califórnia, Flórida, Arizona, New Hampshire, Oklahoma, Washington e Nebraska. Sowell ainda argumenta:

O fato de nos Estados Unidos algumas áreas terem poucos negros não poderia ser considerado por si só como discriminação, não que ela não ocorra, mas muitas vezes o problema é de sub-representação e não de discriminação. ( 2004, p.07. )

Para o economista a presunção de que essas sub-representações são frutos da discriminação são raramente testadas quanto às qualificações. Ocorre que, na maioria das vezes, as sub-representações estão diretamente ligadas à má-formação escolar e falta de investimento público na educação em determinadas regiões.

Um dos argumentos usados a favor da implementação das ações afirmativas é a compensação, mesmo quando o país não adota propriamente o argumento da compensação histórica, a discriminação encadeada pelos fatos passados é

considerada nos demais argumentos. Sowell (2004, p. 166) diz que é impossível remediar os males provocados por atitudes no passado através de políticas compensatórias, pois mesmo tentando ressarcir os grandes males, aqueles que, de fato, sofreram a discriminação já estão morto.

Na Malásia, onde há cotas para a população majoritária, sendo os estudantes malaios que se consideram com o futuro assegurado são menos pressionados por um bom desempenho, tal problema acontece por se tirar o peso do mérito, favorecendo o pertencimento ao grupo. Dessa forma, os beneficiados podem sentir-se tão favorecidos a ponto de diminuir seus esforços, ocasionando a falta de comprometimento desses alunos. Para Lance Roberts (2012,p.208), as ações afirmativas são injustas, inclusive, para aquelas minorias que conseguiriam entrar na universidade sem o uso desse tipo de favorecimento.

Pode –se observar que, ao redor do mundo, os fatos relacionados a diversos tipos de políticas afirmativas, revelam que não alcançou-se os resultados esperados e, muito menos, a diminuição da desigualdade entre os grupos envolvidos. Ao contrário, viu-se o acirramento do preconceito que já existiam nessas sociedades.

As ações afirmativas devem ser aplicadas, quando possível, juntamente por ações transformacionais de longo prazo, a fim de amenizar possíveis atritos entre os grupos envolvidos. Caso contrário, poderiam surgir grandes problemas. (NUNES, 2010, p. 73).

A interpretação de Sowell é de que ao tentar privilegiar determinados grupos com medidas compensatórias, seja individual ou coletivamente, além de não surtir o efeito desejado, abre brechas para que outras políticas compensatórias cada vez mais limitadoras se estabeleçam, essas decisões cujas ramificações vão além das intenções ou do controle daqueles que iniciam um processo desse tipo.

Ainda para Thomas Sowell (2011, p. 145):

Temos a equalização do processo e a igualdade de oportunidades enquanto uma necessidade perante a lei, dessa forma, tratando “todos da mesma forma e julgá-los por meio dos mesmos critérios.

Como foi visto em todo trabalho o problema é que os defensores das ações afirmativas não avaliam os problemas do programa e, na tentativa de implantá-lo a qualquer custo, redirecionam a culpa. Por exemplo, o fato de poucos negros conseguirem passar nos exames de prática forense e de habilitação na medicina é encarado como um erro no exame pelo qual essas pessoas passam e não como consequência de sua formação precária. Mesmo a possibilidade de que pessoas estão tendo a sua chance de ingresso diminuída está sendo desconsiderado, pois a ação afirmativa continua a ser julgada por suas justificativas, ao invés de seus resultados. Por isso, devemos tomar cuidado para não confundir diferenças de desempenho com favores ou vantagens.

A ação afirmativa faz tão pouco pelos pobres da América como faz para os de todas as partes do mundo. A taxa de pobreza entre os negros havia sido reduzida pela metade antes da existência da ação afirmativa e, depois disso, pouca coisa mudou (2004, p.207).

Outra forma pela qual a ação afirmativa pode resultar num processo de soma negativa é pela debandada dos membros dos grupos não preferidos e a perda de suas contribuições para a sociedade como um todo. (2004, p.207)

Para finalizar o presente capítulo, é importante salientar que toda a opinião aqui disposta converge-se em um único objetivo que é demonstrar o lado ineficaz das ações afirmativas com a inclusão de cotas para negros, onde se percebe que pouca coisa mudou com sua implementação.

### **3- DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO PARA INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS**

No dia 10 de junho de 2014 entrou em vigor a lei nº 12.990/14, com o propósito de reservar 20% das suas vagas em concursos públicos federais para negros e pardos. Na época a lei teve publicação no “Diário da Oficial da União”, sendo seu efeito imediato e tendo o prazo de vigência de 10 anos (MORAES, 2011).

Deve-se lembrar de que foi anexada junto ao Projeto de Lei nº 6.738/2013, a exposição de motivos, que apresentou como principal fundamento, as desigualdades entre negros e brancos no serviço público. E essa desigualdade foi apresentada através de percentuais, em que a população branca representa 51% dos servidores públicos, enquanto os negros e pardos encontram-se em número inferior, sendo apenas 30% dos servidores públicos no Brasil.

Contudo, essa reserva de 20% das vagas é obrigatória quando se trata de concursos públicos da União, mas em relação aos concursos públicos estaduais e municipais, não há nenhuma obrigatoriedade da reserva de vagas, ou seja, é facultado a eles reservar as vagas ou não (FERREIRA FILHO, 2009).

Essa recente lei trouxe à tona a discussão sobre a necessidade de cotas raciais para amenizar as desigualdades que existem quando se trata de acesso a cargos públicos por negros e pardos, também voltou a reacender a polêmica que existia em torno das cotas raciais nas universidades públicas e novamente há quem defenda a nova lei e também aqueles que acham desnecessária essa nova forma de inserção de negros e pardos no funcionalismo público (FERREIRA FILHO, 2009).

Entretanto, há argumentos que demonstram a necessidade dessa nova lei como, por exemplo, o disposto no artigo 4º, II, da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial).

O referido artigo preceitua:

Art. 4º. A participação da população negra, em condição de igualdade de Oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será Promovida, prioritariamente, por meio de:[...]  
II. Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa (BRASIL, 2010).

Outro argumento favorável à reserva de cotas raciais em cargos públicos seriam as desigualdades raciais, que mesmo depois de anos ainda persistem e são muito perceptíveis em nossa sociedade (Moraes, 2011 p 232).

Essas desigualdades também se revelam nos concursos públicos, pois percebe-se que os negros ainda são minoria nas repartições públicas, dessa forma, a implementação das cotas raciais tem como uma das principais finalidades aumentar de forma proporcional esse número (Moraes, 2011 p ,232).

Deve-se ressaltar que a questão da meritocracia não será afetada por essa nova lei, o que ela estabelece é que algumas das vagas que são oferecidas em determinados concursos sejam disputadas apenas por negros e pardos, ou seja, haverá um critério de seleção para que elas sejam ocupadas (Tavares, 2012.p148).

A destinação de vagas em concursos públicos tem gerado grandes críticas para alguns doutrinadores, Tavares (2012, p.148) diz que não desobedece a Constituição Federal e nenhuma outra lei infraconstitucional, que é necessário que haja ações afirmativas para que a população negra também possa ser inserida de forma proporcional nos concursos públicos e mudar sua situação quanto às desigualdades .

Sobre o assunto Silva (2012, p. 65) se posiciona:

Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre a disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.(Silva, 2012, p.62)

Sabe-se que não existem somente argumentos a favor das cotas raciais e, sendo assim, é necessário mencionar as justificativas que são contra a essa nova lei. Com isso, entende-se que o Princípio da Igualdade está sendo violado, pois de certa forma as cotas estariam beneficiando algumas pessoas e outras não, sem contar que também não seria a forma adequada de reparar as desigualdades, mas sim estaria gerando mais desigualdades entre as pessoas (MORAES, 2011).

Segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2012,p .301) só há violação ao princípio da igualdade quando:

I - a mesma norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura;

II - a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo equiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial (Grifado no original).

III - a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV - a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e

V - a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Outro ponto que também entrou em discussão foi à questão da violação da meritocracia, pois se entendeu que essa reserva de cotas estaria flexibilizando e ajudando a população negra em relação aos critérios de avaliação em concursos (Moraes, 2011, p.139).

Ou seja, a visão que se tinha era que os negros e pardos não estariam ingressando em concursos públicos em razão do mérito, mas sim, em razão do ganho de uma vaga no funcionalismo público. O artigo 37, II, da Constituição Federal traz em seu texto os requisitos para o ingresso em concursos públicos (Moraes, 2011, p.139).

Veja-se o artigo 37, II da Constituição Federal:

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

II. A investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei,ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Constituição Federal de 1988)

Não diferente das cotas raciais nas universidades, aqui também surge à discussão acerca da meritocracia. Há entendimentos que mesmo depois de alguém ser beneficiado por tal medida, essa matéria comportará um grande debate e de forma alguma poderá ser ignorada (Ferreira Filho, 2009).

Mesmo essa medida não sendo novidade no mundo jurídico brasileiro, o sistema de cotas raciais ainda é alvo de diversas críticas, sendo elas fundamentadas na questão de vantagens e privilégios que os negros e outros grupos estariam recebendo, entendendo-se que não estaria se levando em conta o mérito e as qualidades individuais de cada pessoa (Rodrigues, 2007).

O doutrinador Rodrigues (2007, p. 133) enfatiza que:

Significa dizer que todo aquele que for contemplado pelo sistema de quotas deverá mostrar mérito para sua manutenção ou, no mínimo, grande esforço capaz de mantê-lo sob esse estado de benefício. Do contrário, a oportunidade deverá ser estendida a outrem. Razão do elemento mérito não requerer maiores explicações ao seu entendimento.

Sabe-se que já existem reservas de vagas para mulheres, como por exemplo, nos partidos políticos e, também, para as pessoas que possuem algum tipo de deficiência, tanto nas empresas quanto nos concursos públicos, mas percebe-se que quando se trata da inserção da população negra esse assunto torna-se mais difícil (Moraes, 2011).

Todavia, como visto no decorrer do trabalho, os negros ainda possuem baixos índices de escolaridade, salário inferior à população branca, condições de moradia precária, sendo assim, faz-se necessário que se tenham ações afirmativas, principalmente em áreas onde as desigualdades são visivelmente acentuadas (Moraes, 2011).

Caminhando para reta final do trabalho iremos expor a seguir sobre o ocorreu no julgamento do STF tratando-se da ação declaratória de constitucionalidade 41 Distrito Federal.

### **3.1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC 41)**

Como vimos nos capítulos anteriores, ações afirmativas destinadas a viabilizar uma justiça distributiva mais igualitária a minorias é um tema considerado constitucional que tem desafiado operadores do direito, da sociologia e da filosofia jurídica. No Brasil, entre esses grupos ditos qualitativamente minoritários, os negros têm sido alvo de políticas públicas afirmativas destinadas a proporcionar-lhes condições facilitadas intencionando a realização do princípio da igualdade em sua forma plena, em especial, na igualdade de oportunidade de competição pelos bens

sociais escassos, porém desejados na busca da felicidade individual à qual todos os cidadãos têm direito.

Considerando que as ações afirmativas promovem tratamento diferenciado em relação aos grupos majoritários e que na busca pela desejada igualdade material plena há pessoas que serão diretamente afetadas pela distinção no sentido de receberem menor distribuição dos bens sociais do que almejam, não raras são as vezes em que o Supremo Tribunal Federal é acionado para julgar a (in)constitucionalidade dessas ações afirmativas.

Para finalizar o trabalho pretende-se fazer uma análise do caso da ADC 41 julgado pelo Supremo Tribunal Federal para entender como a Corte se posicionou acerca do princípio da igualdade diante das ações afirmativas baseada em cotas raciais.

Na ADC 41, julgado em 2017, a Corte foi provocada a examinar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 editada pelo Congresso Nacional visando reservar 20% das vagas de todos os concursos públicos federais a candidatos autodeclarados negros e pardos.

Em seu voto, o ministro Barroso afirmou que a lei de cotas, embora crie uma vantagem competitiva para um grupo de pessoas, não representa qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade. Segundo ele, essa diferenciação entre candidatos é compatível com a Constituição, pois é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira.

“É uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social e o estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil e, uma vez abolida, entregues à própria sorte, sem condições de se integrarem à sociedade”.

Para o ministro, também não há violação à regra constitucional do concurso público, pois para serem investidos nos cargos públicos é necessário que os candidatos sejam aprovados, ou seja, que tenham um desempenho mínimo exigido.

Em relação ao princípio da eficiência, ele entende que será estimulado pelo pluralismo e pela diversidade que passará a existir no serviço público.

“Portanto, apenas se criaram dois critérios distintos de preenchimento de vagas, mas sem abrir mão do critério mínimo de suficiência. Apenas se previram duas filas diversas em razão das reparações históricas”.

O relator também considerou compatível com a Constituição o modelo de controle da autodeclaração previsto na lei e observou que a adoção do sistema de cotas não representa duplo benefício para os cotistas das universidades públicas, pois, em sua avaliação, a maioria dos cargos disputados pelos favorecidos é de nível técnico e não exige curso superior.

Ainda Luís Roberto Barroso, o STF, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da lei, fixando a seguinte tese de julgamento:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Em sua fundamentação, o ministro relator afirma existir, na atualidade, uma nova dimensão do princípio isonômico, ao lado das já tradicionais dimensões formal e material: a igualdade como reconhecimento.

Logo após o relator, votou o ministro Alexandre de Moraes. Segundo ele, a questão deve ser abordada com base no princípio da igualdade, no seu aspecto material, sendo aceitáveis tratamentos diferenciados, “desde que o elemento discriminador tenha uma finalidade específica, compatível com a Constituição Federal, de aproximar as diferenças”.

Ele entendeu que o tratamento normativo diferenciado dado aos cotistas é constitucional apenas para o provimento inicial no serviço público, e não para a progressão durante a carreira. “Não me alinho à ideia de que, após o ingresso nos

cargos iniciais, todo concurso interno de promoção e remoção devesse também seguir as cotas”, concluiu.

Para ele, os concursos internos têm critérios constitucionais específicos, como os de antiguidade e merecimento.

Ainda o ministro Edson Fachin também se pronunciou pela procedência da ação. Ele entendeu que a política de cotas raciais se aplica direta e imediatamente a todos os órgãos e instituições da administração pública. No entanto, segundo Fachin, o artigo 4º da Lei 12.990, que trata dos critérios de nomeação dos candidatos cotistas aprovados, deve se projetar não apenas na nomeação, “mas em todos os momentos da vida funcional dos servidores públicos cotistas”.

A ministra Rosa Weber, que seguiu integralmente o voto do relator, observou que, ainda nos dias de hoje, o salário da população negra é inferior à metade da média salarial das pessoas de cor branca. “Entendo que, para o avanço rumo à redução das desigualdades, são fundamentais as ações afirmativas como esta lei, no que diz respeito ao concurso público”, concluiu.

Último a votar na sessão, o ministro Luiz Fux também entendeu que a ADC 41 deve ser julgada procedente. “As estatísticas são produtos de ações pretéritas e revelam, com objetividade, as cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra”, ressaltou o ministro, ao salientar que o Brasil representou o país que teve a sociedade escravocrata mais longa do mundo: 400 anos de escravidão.

Ele observou que, atualmente, grande parte dos juízes brasileiros - 84% - são brancos. “A disparidade econômica e social entre brancos e negros, efetivamente, não é produto do acaso”, destacou. Para ele, a lei também deve ser aplicada não só ao concurso público para provimento inicial de cargo efetivo, mas também em relação a promoções e remoções. Por fim, o ministro Fux dá maior extensão à decisão para que a regra alcance todos os Poderes da República, bem como a todas as unidades federadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo exposto desse trabalho, mostrou –se a repartição do princípio da constitucional da igualdade, demonstrando significado da igualdade formal e da igualdade material.

Ainda na primeira parte do trabalho foi visto alguns conceitos no que se entende de raça, racismo e discriminação racial, apresentando algumas formas de discriminação. A discriminação racial histórica no Brasil causou uma vasta diferença entre os cidadãos brasileiros, diante dessa situação e da necessidade de promover igualdade material, que tem visto que as ações afirmativas seria uma possibilidade para resolver tal problema.

No que se refere as ações afirmativas, vimos na segunda parte do trabalho todo seu desenvolvimento, suas justificativas, sua eficiência e suas objeções, mostrou claramente suas objeções a implementação de cotas raciais para o ingresso em concursos públicos. Sendo assim a implementação das ações afirmativas na criação de cotas para concursos públicos, acaba que gerando distinções ou preferencias entre os demais, sem uma fundamentação clara que justifique vê-la como eficaz.

A presente pesquisa ainda filtrou-se no tema, e trouxe em questão a decisão do Supremo Tribunal Regional na Ação Declaratória de Constitucionalidade 41, mostrando os pontos negativos e positivos da mesma.

E ainda ressaltou o estudo da análise da Lei 12.990/2014 que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas ao ingresso em concursos públicos, respondendo a hipótese do trabalho que é o oposto da decisão do STF, pois eles afirmam que é constitucional, motivada a uma compensação, e não possuem argumentos sólidos, todavia foi visto que é (in)constitucional pois fere o princípio constitucional da igualdade onde se é tratado de forma desigual ou com privilégios, da impessoalidade onde coloca em dúvida imparcialidade na defesa do interesse público na qualidade e na eficiência desses serviços.

A partir dessa análise onde mostramos os argumentos da não eficácia da lei, e seus preceitos constitucionais vigentes, concluímos que a lei 12.1990 /2014 esta desprovida de bases solidas que justifiquem o tratamento desigual, portanto trata –

se de uma verdadeira medida discriminatória, diante disso concluímos que é (in)constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado>>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969**. Senado Federal. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm)>. Acesso em: 28/10/2018.

CANOTILHO, José. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Igor. **Dez anos de cotas nas universidades: o que mudou?** *Revista Fórum*, 2013. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/138/sistema-decotas>>.

completa-dez-anos-nas-universidades-brasileiras/>. Acesso em: 25/10/2018.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade.**

Tradução Jussara Simões. Martins Fontes. São Paulo. 2005.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001.pg.18.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos.** 2. ed. São Paulo: Global, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade.**3º.ed.São Paulo: Malheiros Ediroes,1999, p.15.

RODRIGUES, Jorge Arthur Moojen. **Políticas públicas afirmativas e o princípio da igualdade em face do preconceito e da discriminação no Brasil.** São Paulo: Comunicar, 2007.p.17.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao redor do mundo.** Tradução de Joubert de Oliveira Brizída. É realizações editora.

STF. **STF inicia julgamento sobre Lei de Cotas no serviço público.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=343121>.

Acesso em: 22/10/2018.