

## O TEMA DAS QUOTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS

### *THE ISSUE OF THE AFRODESCENDANTS SHARES ON BRAZILIAN CIVIL SERVICE EXAMS*

**Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy<sup>1</sup>**

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

**RESUMO:** O artigo discute a constitucionalidade de eventual regra que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, no contexto da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Tem como pano de fundo o problema histórico da discriminação, isto é, a escravidão. Discorre sobre a eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais, direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades. Trata também de política de cotas nas escolas públicas no ensino superior. Discorre sobre cotas raciais e cotas sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial; Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010; Estatuto da Igualdade Racial; declaração de Durban; ações afirmativas; igualdade

formal; igualdade material; cotas raciais; cotas sociais; precedentes normativos; combinação de critérios.

**ABSTRACT:** *The paper discusses the constitutionality of a possible statute that provides shares for afrodescendants on Brazilian civil service exams, in the context of a national policy toward racial equality. It has as a backdrop the historical problem of the discrimination, that is, slavery. The paper goes into the elimination of any source of discrimination and racial inequality, direct or indirect, towards the promotion of opportunities. The paper also deals with the politics of afrodescendants shares in public universities. It finally considers racial and social shares for afrodescendants.*

**KEYWORDS:** *National policy of racial equality; Law 12.288, July, the 20th, 2010;*

---

<sup>1</sup> Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Consultor-Geral da União.

*statute of racial equality; the Durban declaration; affirmative actions; formal equality; substantive equality; racial shares; social shares; precedents; combination of criteria.*

**SUMÁRIO:** Introdução e contornos do problema; I – O tema da promoção da igualdade racial; II – As ações afirmativas e as cotas sociais e raciais; III – As cotas raciais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; IV – O tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos na compreensão do Superior Tribunal de Justiça; Considerações complementares e conclusivas; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; I – The issue of the promotion of racial equality; II – Affirmative actions, racial and social shares; III – Racial shares in the opinions of the Brazilian Supreme Court; IV – The issue of the afrodescendants shares in the civil service exams in the comprehension of the Brazilian Superior Court of Justice; Complementary and conclusive remarks; References.*

## INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

O presente ensaio tem por objetivo discutir o tema das cotas para afrodescendentes em concursos públicos<sup>2</sup>. Explora-se, inicialmente, intenso conjunto de arranjos institucionais, que tem como meta a promoção da igualdade social. Menciona-se algum antecedente histórico, com o propósito de se evidenciar a complexidade que matiza a questão.

A percepção de ações afirmativas é central no debate. Nesse sentido, faz-se alguma digressão em torno de diferenças e semelhanças entre cotas sociais e cotas raciais. Estas últimas foram objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, a propósito da utilização deste mecanismo para preenchimento de vagas em universidades públicas.

Em seguida, a propósito de lei paranaense que dispôs sobre reserva de cotas em concurso público, observa-se o modo como o Superior Tribunal de Justiça tratou a questão, do ponto de vista da legalidade, bem entendido. Tenta-se alguma prognose para decisões futuras, isto é, na hipótese da multiplicação da judicialização dessa questão.

Como se verá, conclui-se pela plausibilidade do uso do sistema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos parece contemplar orientação

<sup>2</sup> O presente ensaio nasce de estudo que teve como objetivo confecção de parecer a propósito de confecção de projeto de lei relativo à fixação de cotas para afrodescendentes em concursos públicos federais. Trata-se do Parecer ASMG-AGU-CGU nº 7.

constitucional que aponta para a necessidade do efetivo alcance de uma sociedade justa e solidária.

## I - O TEMA DA PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Intensa produção normativa tem ensejado arranjos institucionais que objetivam a promoção da igualdade racial entre nós. A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definiu os crimes resultantes dos preconceitos de raça e cor, em contexto que remonta à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, Lei Afonso Arinos. O Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2013, instituiu a Política Nacional de Promoção de Igualdade Racial - PNPIR. Este último é marco legal nuclear na concepção e no desenvolvimento efetivo de políticas de promoção de igualdade racial.

O Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. A Portaria MP nº 1.500, de 12 de novembro de 2002, instituiu o campo raça/cor no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal - Siape. A Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003, criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igual Racial da Presidência da República. O Decreto nº 5.397, de 22 de março de 2005, dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD.

Na origem desse amplo programa de ação, que orienta políticas públicas, o já referido Decreto nº 4.886, de 2003, de onde se colhe de amplo conjunto de *consideranda* as linhas centrais que devem orientar a atuação estatal no contexto do complexo problema que aqui se explicita. Levou-se em conta que “o Estado deve redefinir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e tratamento”. Pretende-se transitar da formalidade do tratamento isonômico para o conjunto de medidas reais e efetivas que possam garantir a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Reconheceu-se que

compete ao Estado a implantação de ações, norteadas pelos princípios da transversalidade, da participação e da descentralização, capazes de impulsionar de modo especial segmento que há cinco séculos trabalha para edificar o País, mas que continua sendo o alvo predileto

de toda sorte de mazelas, discriminações, ofensas a direitos e violências, material e simbólica.

A atuação estatal é a mola propulsora de políticas de igualdade que se pretende (e que se deve).

Quanto ao papel específico do Governo Federal nesta empreitada, registrou-se que este “pretende fornecer aos agentes sociais e instituições conhecimento necessário à mudança de mentalidade para eliminação do preconceito e da discriminação raciais para que seja incorporada a perspectiva da igualdade racial”. Transita-se, assim, em campo de política pública formulada e reconhecida pelo Poder Executivo Federal.

Nos *consideranda* do decreto, consignou-se também a linha conceitual que se vem construindo, reveladora de princípios que orientam a atuação estatal e que obrigam o Estado. O documento aqui citado veicula um *anexo* no qual se define a necessidade da “eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades”. Há orientação para fortalecimento institucional, centrado em diretrizes e ações. Exige-se “empenho no aperfeiçoamento de marcos legais que deem sustentabilidade às políticas de promoção de igualdade racial e na consolidação de cultura de planejamento, monitoramento e avaliação”. A reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos é resultado dessa orientação, que exige empenho.

Reconheceu-se a necessidade de aperfeiçoamento dos marcos legais. Especialmente, pretendeu-se o “incentivo à adoção de políticas de cotas nas universidades e no mercado de trabalho”. Ainda, tratou-se da “realização de censo dos servidores públicos negros”. A identificação de um índice de desenvolvimento humano para a população negra, bem como a construção de um mapa da cidadania da população negra no Brasil, fecham o referido anexo. Há necessidade de fixação de marco regulatório que dê segurança jurídica e que dê respaldo à ação dos agentes públicos envolvidos; o problema do racismo demanda soluções<sup>3</sup>.

Seguiu a Lei nº 12.288, de 2010, que instituiu o Instituto da Igualdade Racial. Referido texto normativo tem por objetivo “garantir à população negra

---

<sup>3</sup> O debate relativo às soluções para esse problema está, entre outros, em GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica<sup>4</sup>. O tema transcende o meramente jurídico e alcança questões fundamentalmente sociológicas<sup>5</sup>.

O estatuto definiu “discriminação racial ou étnico-racial”, identificando-as como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.<sup>6</sup>

A questão também é muito recorrente no debate acadêmico, em tema de arranjos institucionais e modelos isonômicos<sup>7</sup>.

Especificou ainda *desigualdade racial*, caracterizando-a como “toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica<sup>8</sup>”. O enfrentamento da desigualdade racial, por intermédio de ações afirmativas, é desafio permanente para sociedades democráticas, nas quais há a herança escravista<sup>9</sup>.

Nos termos de estudo divulgado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesc<sup>10</sup>, houve longa e difícil trajetória para aprovação da referida lei,

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

<sup>5</sup> Cf., entre outros, SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ação afirmativa e cotas para afrodescendentes: algumas considerações sociojurídicas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

<sup>6</sup> Inciso I do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

<sup>7</sup> Conferir, por todos, SARMENTO, Daniel. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>8</sup> Inciso II do art. 1º da Lei nº 12.288, de 2010.

<sup>9</sup> TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT, 2005.

<sup>10</sup> SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcio. *O processo de aprovação do estatuto da igualdade racial – Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011.

proposta pelo Senador Paulo Paim. Ao que consta, o debate fora originariamente acelerado entre parlamentares afrodescendentes, nos quais se constatou algum tipo de aliança ou de aproximação com movimentos negros<sup>11</sup>.

Ainda especificamente, em tema de cotas para afrodescendentes em concursos públicos tem-se notícia de audiência pública realizada no Senado Federal na qual se discutiu o assunto. O Portal de Notícias daquela Casa Legislativa noticiou, em 27 de março de 2003, que os debatedores teriam concluído que a Constituição respalda políticas afirmativas, como forma de reduzir as desigualdades sociais do País<sup>12</sup>.

A questão do trabalho escravo, origem de todo o problema, nos revela assunto dramático<sup>13</sup> no que se refere ao estudo da formação do Estado brasileiro<sup>14</sup>, situação sempre assustadora e constrangedora<sup>15</sup>, marcada por feridas ainda abertas<sup>16</sup> em todo o continente americano<sup>17</sup>, indicativas de um grande constrangimento que o debate suscita<sup>18</sup>.

Tome-se, apenas como exemplo, de argumentação histórica, de alguma legislação escravista produzida ao longo do Primeiro Reinado, isto é, em seguida ao triunfo do movimento de independência. Nesse sentido, a repressão contra os escravos sempre foi assustadora. Exemplifico com uma ordem de D. Pedro,

---

<sup>11</sup> Cf. SANTOS, Sales Augusto dos et al., cit., p. 11.

<sup>12</sup> Agência Senado, 27 de março de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/27>>. Acesso em: 24 set. 2013.

<sup>13</sup> O tema da escravidão e da justiça, especialmente ao longo do Segundo Reinado, é explorado por NEQUETE, Lenine, *Escravos & magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

<sup>14</sup> A relação entre escravidão e instituições do Estado, a exemplo da Justiça, é tema explorado por NEQUETE, Lenine, *Escravos & magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

<sup>15</sup> Conferir, por exemplo, a propósito da impressão que a escravidão provocava em viajantes que passavam pelo Rio de Janeiro, SELA, Eneida Maria Mercadante. *Modos de ser, modos de ver - Viajantes europeus e escravos africanos no Rio de Janeiro - 1908-1850*. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

<sup>16</sup> Conferir, nesse sentido, LARA, Sílvia Hunold. *Fragmentos setecentistas - Escravidão, cultura e poder na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

<sup>17</sup> Conferir, especialmente, MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente - Senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas - 1660-1860*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

<sup>18</sup> Inusitada e assustadora, entre outros, a relação entre cientistas e a questão racial no Brasil, no contexto do delicadíssimo problema da escravidão. Conferir, por todos, SCHWARCZ, Lília Moritz, *O espetáculo das raças - Cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

datada de 2 de abril de 1825, que mandava castigar *correcionalmente* os escravos presos por pequenos roubos, fazendo-os depois entregar a seus senhores:

Constando a S. M. o Imperador que os escravos presos por pequenos roubos, apresentados às autoridades criminais desta Corte, têm sido por elas soltos, sem receberem o castigo que merecem para sua emenda e necessário exemplo, manda o mesmo A. S., pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que o Ouvidor da Comarca do Rio de Janeiro faça castigar *correcionalmente* a todos os pretos, que por tais crimes lhe foram apresentados, fazendo-os depois entregar a seus respectivos senhores.

Palácio do Rio de Janeiro, em 2 de abril de 1825.

Clemente Ferreira França.<sup>19</sup>

Ao que parece, havia senhores de escravos que eram empregados públicos, e que levavam os escravos para as repartições onde trabalhavam. Combatia-se a prática. Nesse sentido, uma ordem de D. Pedro I, veiculada pelo Ministério da Marinha e datada de 17 de agosto de 1830:

Sua Majestade o Imperador, querendo evitar os abusos que se podem seguir de se admitirem escravos ao serviço das mesmas Repartições em que os respectivos senhores se acham empregados, há por bem que V. S. de acordo com o Inspetor do Arsenal de Marinha, expeça as ordens necessárias a fim de que sejam despedidos todos os escravos tais circunstâncias, empregando V. S. igualmente a maior vigilância para que debaixo do nome de senhores supostos e quaisquer outros pretextos se não iluda esta imperial disposição. Deus guarde a V. S.

Paço, em 17 de agosto de 1830.

Marquês de Paranaguá.

Sr. Luiz da Cunha Moreira.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Ordem nº 82 do Ministério da Justiça, em 2 de abril de 1825.

<sup>20</sup> Ordem nº 149 do Ministério da Marinha, em 17 de agosto de 1830.

Exemplos identificados *supra*, e explicitados em fórmulas ortográficas do português contemporâneo, remetem a exercício de memória institucional que justifica que o elemento histórico também seja levado em conta, em qualquer juízo a propósito de solução para o problema, também como componente justificativo de situação existencial, a exigir pronta intervenção do Estado. Há, assim, componente histórico de muita importância, justificativo de que construa solução institucional que contemple a dramática questão.

Conta-se também com componente na ordem internacional, ao qual aderimos sem restrições, e refiro-me à Declaração de Durban, proferida na África do Sul, de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001. Parcela do conjunto dos *consideranda* da abertura do texto acordado sintetiza movimentação universal, no sentido de se combater quaisquer formas de manifestação de racismo. Na referida declaração há conjunto de situações que então se reconheceu, circunstância que provoca a ação estatal, no sentido de fomentar efetivamente a igualdade de condições entre as pessoas. De tal modo, reproduzo, com ênfases minhas, excertos do que então se pactuou:

[...]

76. Reconhecemos que a desigualdade de condições políticas, econômicas, culturais e sociais podem reproduzir e promover o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e têm como resultado a exacerbação da desigualdade. *Acreditamos que a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata;*

[...]

107. *Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas,*



jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação [...].

Verifica-se a construção conceitual de um arranjo institucional que exige medidas efetivas. Ao conjunto de iniciativas que se desenha denomina-se de *ações afirmativas*. A questão (*affirmative action*) vem sendo discutida nos Estados Unidos da América há um bom tempo. Especialmente, em tema de contratações governamentais, há expressiva construção jurisprudencial nos casos *City of Richmond v. Croson* (1989) e *Adarand v. Peña* (1995). No caso *City of Richmond*, por exemplo, discutiu-se programa daquela cidade, que exigia subcontratação de 30% de trabalhadores recrutados entre minorias raciais, por parte de contratantes que realizassem obras para a municipalidade<sup>21</sup>. A Suprema Corte julgou que o programa de integração racial da cidade de Richmond era insuficientemente concebido para atingir aos objetivos que pretendia<sup>22</sup>.

## II - AS AÇÕES AFIRMATIVAS E AS COTAS SOCIAIS E RACIAIS

A expressão supostamente surgira com o ex-presidente John Kennedy em ordem executiva de 1961, proibindo discriminação no regime de contratação de pessoal de manutenção<sup>23</sup>. A locução também foi utilizada pelo ex-presidente Lyndon Johnson<sup>24</sup> em ordem executiva de 1965. Tentava-se eliminar resquícios do passado, fazendo-se historicamente justiça devida às minorias, mediante a reserva de vagas em escolas e empregos para membros dessas comunidades e grupos étnicos. É esse também o contexto do modelo norte-americano.

A referida *ordem executiva supra*, do então Presidente Lyndon Johnson, data de 24 de setembro de 1965. À época, havia grande dissenso em torno de conflitos raciais; o *Civil Rights Act*, por exemplo, é daquele mesmo ano. A ordem executiva aqui citada determinava que o Secretário do Trabalho (equivalente a nosso Ministro do Trabalho) tomasse providências para garantir igualdades de condições na contratação de trabalhadores pelo Governo norte-americano.

<sup>21</sup> Cf. SCHWEBER, Howard. Affirmative Action. In: Kermit Hall, *The Oxford Companion to American Law*, p. 11.

<sup>22</sup> Cf. SCHWEBER, Howard. Cit. loc. cit.

<sup>23</sup> Cf. Scweber, cit., p. 10.

<sup>24</sup> Lyndon B. Johnson, *Executive Order 11246*, 1965.

O presidente norte-americano detém poder e competência para baixar *ordens executivas* que não têm a mesma natureza de nossas medidas provisórias<sup>25</sup>. Essas ordens executivas se prestam, basicamente, para fixação de normas em treze categorias básicas: comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, bem-estar social, intervenção governamental na economia, recursos naturais, agricultura, medalhas e reconhecimentos públicos, delegações de poder, artes e humanidades, empregos públicos federais, tributos e custódia de propriedade de estrangeiros<sup>26</sup>.

Em tema de bem-estar social, o presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, sobre projetos de colaboração entre o Governo e sociedade civil, sobre segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, sobre *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), sobre reservas indígenas, sobre questões de gênero e de minorias (especialmente sobre regras de acesso ao emprego).

Críticos das ações afirmativas considerariam tais procedimentos como discriminações reversas (*reverse discrimination*). O caso *Bakke vs. University of California*<sup>27</sup>, julgado em 1978, indica os precedentes. Allan Bakke, que não era de grupo minoritário, requereu vaga em faculdade de medicina em um dos *campi* da Universidade da Califórnia. Embora detentor de boas notas (*good score*), Bakke fora preterido porque a aludida universidade reservava dezesseis por cento de suas vagas para grupos específicos<sup>28</sup>.

Bakke ajuizou ação contra a universidade, alegando que o programa de proteção de minorias o discriminava. A Suprema Corte decidiu que o modelo de ação afirmativa da Universidade da Califórnia era inconstitucional, usando-se inclusive a expressão *reverse discrimination*. Porém, a decisão não foi unânime e em voto vencido (*dissent*) o juiz Powell observara que, em não havendo prejuízo para o interessado, as políticas afirmativas eram perfeitas. Bakke ganhou a ação e obteve a vaga na faculdade de medicina. Talvez pela primeira vez uma norma atinente a direitos civis (*civil rights*) fora utilizada na proteção de

---

<sup>25</sup> Entre nós, a matéria foi tratada por Marco Aurélio Sampaio, cit., p. 43 e ss.

<sup>26</sup> Cf. HOWELL, William G. *Power Without Persuasion – The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. p. 189 e ss.

<sup>27</sup> 438 U.S. 265 (1978).

<sup>28</sup> Sobre o caso *Bakke*, conferir POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998. p. 351 e ss.

maiorias. Porém, com base no voto vencido do juiz Powell, muitas escolas norte-americanas mantiveram políticas de ações afirmativas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu – em meados de 2003 – um caso de *affirmative action* que envolveu a Universidade de Michigan. Decidiu-se que a prática da universidade no sentido de que admitir minorias não violara a XIV emenda da Constituição norte-americana e que, portanto, não houve discriminação racial ao reverso, como pretenderia a ala mais conservadora.

Trata-se do caso *Grutter v. Bollinger*. Sustentou-se a política de ações afirmativas da Universidade de Michigan, ainda que em votação muito apertada. Dos nove juízes, cinco deles votaram em favor das políticas de acesso àquela universidade, que usava o sistema de cotas. Os outros quatro negaram a possibilidade, insistindo que o sistema de cotas era inconstitucional.

Mais recentemente, retomou-se a discussão, por conta do caso *Fisher v. Universidade do Texas*. A Suprema Corte norte-americana anulou uma decisão de corte inferior, que era a favor do sistema de cotas, dado que esta corte não havia aplicado o teste do *strict scrutiny* – escrutínio estrito, que exige uma ponderação entre o interesse público na manutenção da política desafiada e o interesse particular invocado. De qualquer modo, não se alterou a linha construída desde a década de 1960.

Retomando-se a discussão para um contexto brasileiro<sup>29</sup>, e do ponto de vista conceitual, o problema se concentra na compreensão de eventuais e

<sup>29</sup> Cf., entre outros, GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GOMES, Nilma Lino (Org.). *Tempos de lutas: as ações afirmativas no contexto brasileiro*. Brasília: Ministério da Educação, 2006; HIGINO NETO, Vicente. *Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial?* In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007; JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008; LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008; MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas*. In: *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

possíveis diferenças entre cotas raciais e cotas sociais<sup>30</sup>, para efeitos aplicação de regras de isonomia, à luz do texto constitucional vigente e das interpretações autorizadas do texto decorrentes.

Em seguida, e também o ponto de vista conceitual, deve-se avaliar se há disposição constitucional expressa no sentido de se contemplar políticas de ações afirmativas ou, se, por outro lado, deve-se recorrer a leitura sistemática do texto, forte em presunções da técnica de mutação constitucional. Não há, objetivamente, regra constitucional que contemple a pretensão.

Em princípio, ao que consta, as cotas sociais identificariam reserva de vagas para garantia de oportunidades, em todos os sentidos, com base em critérios de poder econômico. Cotas raciais, por outro lado, identificariam reserva de vagas com base em critérios específicos de cor, raça e etnia. Deve-se indagar se as cotas raciais se justificariam como cotas sociais<sup>31</sup>.

Eventual fixação de regime de cotas para afrodescendentes em concursos públicos contemplaria, em princípio, modelo de cotas raciais. Por outro lado, dado amplo conjunto estatístico que comprova que afrodescendentes seriam economicamente hipossuficientes, pode-se compreender que o modelo de cotas raciais, no caso, efetiva também uma fórmula de cotas sociais.

Essa prática começa a vicejar no Governo Federal, por força de experimentalismo que deve marcar a Administração contemporânea. Por exemplo, um Edital de 19 de janeiro de 2012 regulamentou Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata. Fixou-se nesse normativo o regime de autodeclaração para afrodescendentes. A estes foram reservadas, até a primeira etapa, 10% das vagas.

Por último, deve-se ressaltar, em tema de cotas sociais, que o Decreto nº 6.593, de 2 de outubro de 2008, regulamentou o art. 11 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto à isenção de pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos realizados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Fixou-se que os editais de concurso público dos órgãos da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo federal deverão prever a possibilidade de isenção de taxa de inscrição para candidatos

---

<sup>30</sup> O tema é explorado por Lincoln Frias, em “As cotas raciais e sociais em universidades públicas são justas?” (*Revista Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, n. 41, p. 130 e ss., jul./dez. 2012).

<sup>31</sup> Como observado, a discussão muito bem colocada em Lincoln Frias, cit. loc. cit.

inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, bem como para membros de famílias de baixa renda<sup>32</sup>. Ações afirmativas, por intermédio de cotas raciais e sociais, são de ampla aceitação no debate político brasileiro contemporâneo. Verifica-se, em seguida, se haveria constitucionalidade em lei que reservasse cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como se haveria alguma ilegalidade em medida nesse sentido.

Por isso, deve-se consultar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Este último tratou da legalidade de uma lei paranaense que reservou cotas para afrodescendentes em concurso daquela unidade federada. Aquele primeiro cuidou de cotas em universidades públicas. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se pode fazer um prognóstico de eventual desate de discussão sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Adianto conclusão, no sentido de que haverá necessidade de lei que compatibilize cotas sociais com cotas raciais.

### III - AS COTAS RACIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão é intensa. Envolve miríade de problemas que transcendem ao argumento da justiça histórica no contexto discursivo das chamadas *ações afirmativas*, em desfavor de compreensão que resiste ao modelo que se propõe, e que qualifica cotas raciais e sociais como *discriminação reversa*. E foi por causa de dissenso havido em relação ao regime de cotas nas escolas públicas do ensino superior, no que toca à constitucionalidade do modelo, que o problema chegou - naturalmente - ao Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Art. 1º do Decreto nº 6.593, de 2008.

<sup>33</sup> Há extensa bibliografia sobre o assunto. Conferir: BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em universidades brasileiras. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007; BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004; BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005; DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinicius Baptista da (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008; FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006; GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004; VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge

Refiro-me à ADPF 186-MC/DF, proposta pelo Partido Democratas – DEM, em face de atos administrativos da Universidade de Brasília, que instituíram cotas raciais para ingresso de alunos na referida instituição pública<sup>34</sup>. Por unanimidade, julgou-se improcedente a arguição<sup>35</sup>.

Relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, houve também decisão cautelar do Ministro Gilmar Mendes indeferindo a medida. O voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, até a data presente, ainda não foi publicado. Recolhe-se, no entanto, das notas taquigráficas e de apontamentos feitos ao

---

Araújo. *Responsabilização objetiva do Estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2005; ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular: princípio da isonomia: princípio do promotor natural. *Revista de Processo*, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005; BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 63, p. 103-141, 2004; CARVALHO, José Murilo de. Universidade pública, elitista? *Ciência Hoje*, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004; BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). *O programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista*. Brasília: Secad: Unesco, 2007; CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar Editorial, 2006; GUIMARÃES, Fábio Cunha. *Sistema de cotas para negros nas universidades*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007; IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Unesco, 2007; NASCIMENTO, Paulo Cezar do. *Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas*, 2006.

<sup>34</sup> Necessário também o conhecimento das linhas gerais do pensamento da subscritora da peça do Partido Democratas no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, conferir, KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

<sup>35</sup> Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da arguição e de sua conexão com a ADIn 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a arguição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular – IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral.

longo do histórico, julgamento linha de raciocínio que qualifica a *ratio decidendi*, a razão de decidir, que revela – do ponto de vista realista – o modo como o Supremo Tribunal Federal compreende o arranjo institucional de que aqui se trata.

Discutiu-se em torno da constitucionalidade das ações afirmativas. Nesse sentido, o Ministro Relator opôs conteúdos e conceitos de igualdade formal em face de conteúdos e conceitos de igualdade material. Evidenciou a isonomia em um sentido concreto, real, substancial, e não meramente de aparência ou de inscrição normativa. Invocou justiça distributiva como critério de superação real de desigualdades. Buscou referencial de critérios objetivos. Discorreu em torno de um papel simbólico e necessário de políticas de inclusão, especialmente no âmbito universitário.

Concluiu, ao que consta, que políticas de ação afirmativa em universidades objetivam fixar ambiente acadêmico plural, diversificado, de modo a se enfrentar distorções sociais que estão historicamente consolidadas entre nós. Insistiu na proporcionalidade e na razoabilidade que matizam as medidas. Considerou que estas são transitórias, com previsão de avaliação periódica de resultados. Finalmente, fixou que essas políticas efetivamente empregariam métodos seletivos eficazes e compatíveis para com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O julgado leva a crer que se o tema da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes for submetido ao Supremo Tribunal Federal, à luz da técnica do uso do precedente, vai se manter a mesma *ratio decidendi*, isto é, a mesma razão de decidir<sup>36</sup>. Bem entendida, e em princípio, se mantida a fórmula das regras para cotas nas universidades, que mescla cotas raciais e cotas sociais.

Tem-se, assim, realismo jurídico que informa prognose em favor da tese da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Verifica-se, em seguida, discussão no Superior Tribunal de Justiça, a propósito de lei paranaense que tratou do tema de que aqui se cuida.

---

<sup>36</sup> Há ampla literatura no tema, *interpretação do precedente*. Conferir, por exemplo, MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents – a Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1997; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004; SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.



#### **IV - O TEMA DAS COTAS PARA AFRODESCENDENTES EM CONCURSOS PÚBLICOS NA COMPREENSÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Por intermédio da Lei Estadual n<sup>o</sup> 14.204, de 2003, dispôs-se, no Estado do Paraná, sobre reserva de vagas em concursos públicos para afrodescendentes. Reservou-se 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos certames públicos naquela unidade federada, efetuados pelo Poder Público daquele Estado, para provimento de cargos efetivos para afrodescendentes<sup>37</sup>.

Dispôs-se também que a fixação do número de vagas reservadas aos afrodescendentes, bem como respectivo percentual, far-se-ia pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e se efetivaria no processo de nomeação<sup>38</sup>. Fixou-se que, uma vez preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, a Administração ficaria desobrigada a abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso em questão<sup>39</sup>. Explicitou-se que, quando o número de vagas reservadas aos afrodescendentes resultasse em fração, arredondar-se-ia para o número inteiro imediatamente superior, em caso de fração igual ou maior do que 0,5 (zero vírgula cinco); ou para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor do que 0,5 (zero vírgula cinco)<sup>40</sup>.

De igual modo, dispôs-se que a observância do percentual de vagas reservadas aos afrodescendentes dar-se-ia durante todo o período de validade do concurso e aplicar-se-ia a todos os cargos oferecidos<sup>41</sup>. A lei paranaense também dispôs que o acesso dos candidatos à reserva de vagas deve obedecer ao pressuposto do procedimento único de seleção<sup>42</sup>. Consignou-se que, na hipótese de não preenchimento da quota prevista na regra geral, as vagas remanescentes seriam revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação<sup>43</sup>.

Nuclear na lei, a definição de afrodescendente, quando se consignou que a condição é daquele que assim se declare expressamente, identificando-se como

---

<sup>37</sup> Art. 1<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>38</sup> § 1<sup>o</sup> do art. 1<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>39</sup> § 2<sup>o</sup> do art. 1<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>40</sup> § 3<sup>o</sup> do art. 1<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>41</sup> § 4<sup>o</sup> do art. 1<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>42</sup> Art. 2<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.

<sup>43</sup> Art. 3<sup>o</sup> da Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.204, de 2003.



de cor preta ou parda, a raça etnia negra<sup>44</sup>. Dispôs-se que, detectada a falsidade na declaração, deve-se sujeitar o infrator às penas da lei (falsidade), identificando-se ainda outras penalidades, como a pena disciplinar de demissão, na hipótese de nomeado para cargo efetivo nessas condições, ou, no desdobramento do concurso, a anulação da inscrição, garantindo-se, sempre, a ampla defesa<sup>45</sup>.

A lei não se aplicaria aos concursos então em andamento<sup>46</sup>. Isto é, não teria efeitos *ex tunc* ou projeção em situações pendentes. A regra renovava. Seus efeitos são *ex nunc*. A lei paranaense de cotas no serviço público foi judicializada<sup>47</sup>. A questão ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso em mandado de segurança<sup>48</sup>. Relatado pelo Ministro Felix Fischer, trata-se de mandado de segurança que se reporta a concurso público realizado na Universidade Estadual Norte do Paraná. Nesta ocasião, ementou-se, como segue e com ênfases minhas:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO DO CERTAME - DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL - RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-DESCENDENTES - CONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DESPROVIDO

1. *A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.* 2. *A lei estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.* 3. *As Universidades Públicas*

<sup>44</sup> Art. 4º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

<sup>45</sup> Art. 5º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

<sup>46</sup> Art. 6º da Lei paranaense nº 14.204, de 2003.

<sup>47</sup> Percepção fincada na ciência política pode nos dar conta de que judicialização de alguns problemas de políticas públicas pode redundar na redução da complexidade da questão. Além do que o Judiciário seria, nesse sentido, um poderoso ator que desequilibra a disputa, na medida em que detém poder que transcende aos demais atores. É que é o Judiciário quem dá a palavra final.

<sup>48</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 26.089/PR (2008/0003014-1).

possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis. 4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, *in casu*, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas. Recurso desprovido.

No corpo do voto há várias passagens que objetiva e inquestionavelmente sufragam a legalidade de lei que disponha sobre cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Assim, do ponto de vista da legalidade, há precedente do Superior Tribunal de Justiça que sufraga a tese de que há possibilidade de lei que disponha sobre reserva de cotas para afrodescendentes em certames públicos para provimento de cargos. Bem entendido, não se trata aqui de cotas sociais, das quais se obtém um quantitativo de cotas raciais, a exemplo do que ocorrera na legislação referente a cotas nas universidades públicas. Assim, na forma, e no fundo, diferentes os arranjos institucionais decorrentes de uma fórmula de cotas para afrodescendentes no contexto do acesso às universidades públicas, comparados com o modelo para acesso ao serviço público.

## **CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES E CONCLUSIVAS**

Não há disposição expressa no texto constitucional no sentido de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja mandatária. Assim, do ponto de vista da absoluta literalidade, não há norma constitucional que objetivamente sufrague a pretensão de que aqui se cuida. A ilação decorre de compreensão sistemática do texto, sobremodo com base no inciso I do art. 3º da Constituição de 1988, que dispõe que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Há na medida – garantia de cotas para afrodescendentes – permanente busca de justiça, em ambiente de forte solidariedade.

Reforça essa premissa o texto do preâmbulo de nosso texto constitucional, que dá conta da instituição de um Estado Democrático,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e

sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

É essa dicção que sustenta, na essência, a constitucionalidade da concepção e da execução de ações afirmativas.

O modelo deve ser transitório, pena em que se transforme em prenda interminável, consubstanciando situação que a doutrina denomina de *discriminação reversa*. Além do que, ao que consta, a medida aqui estudada atende relação de proporcionalidade: meios que serão empregados (reserva de cotas para afrodescendentes) e fins objetivados (promoção de igualdade racial)<sup>49</sup>.

Uma maior presença de afrodescendentes nos vários postos do serviço público (fim objetivado), por intermédio de reserva de cotas, é indubitavelmente meio adequado e pertinente. De tal modo, esse arranjo institucional é contemplado por juízos de valoração de política pública e de pertinência jurídica, a exemplo do teste da proporcionalidade.

Na trilha do definido pelo Supremo Tribunal Federal, na discussão sobre as cotas para afrodescendentes em universidades públicas, pode-se afirmar que a utilização desse modelo para o ingresso no serviço público, por concurso, seria importante instrumento para a diversificação e para a realização do ideal pluralista. Tem-se, assim, fórmula para o enfrentamento e a superação de distorções sociais que plasmam nossa história. Há, no entanto, um componente de cotas sociais que foi sacrificado e que precisa ser explicado.

Bem entendido, seguindo-se as várias legislações que hoje há, especialmente o *Estatuto* noticiado, as concepções aqui lançadas deveriam transcender aos limites dos concursos públicos. Isto é, deveria também se cogitar de modelo de reservas de cotas em relação a cargos em confiança, não obstante a especificidade, o objetivo e os estreitos limites de tirocínio destes últimos. Haveria necessidade de que se alterasse o conceito de livre nomeação.

A escolha de detentor de cargo em comissão desdobra-se de algumas circunstâncias fáticas, personalíssimas, que revelam conhecimento de áreas de atuação e proximidade com a autoridade que indica quem vá ocupar o cargo em comissão aqui mencionado. Esse elemento – que é histórico em nosso direito –,

---

<sup>49</sup> Conferir, no tema, *proporcionalidade*, e por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

uma vez aprovada regra que reserve cotas para afrodescendentes inclusive em cargos comissionados, deverá ser redesenhado.

O reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de políticas de ações afirmativas para afrodescendentes no regime de ingresso nas universidades federais decorreu de avaliação de texto legal, devidamente apreciado pelo Congresso Nacional.

Cuidou-se, à época, da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe, entre outros, que

as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Realiza-se, assim, política de cotas sociais.<sup>50</sup>

O mesmo texto legal, mais a frente, dispõe que as referidas vagas “serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção ao mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população na unidade da Federação onde está situada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”<sup>51</sup>. Na hipótese, tem-se, assim, política de *cotas raciais*, a partir de conjunto de vagas que contemplam *cotas sociais*.

São duas as questões clássicas que acompanham uma análise séria sobre políticas de ações afirmativas. Questiona-se, em primeiro lugar, *se funcionam*<sup>52</sup>; ainda, pergunta-se, *seriam justas*<sup>53</sup>? À segunda pergunta, ao que consta, a resposta é positiva, em um contexto de uma sociedade democrática, que se pretende justa e igualitária. À primeira delas, deve-se compreender que algum experimentalismo seja necessário. Fixada a compreensão de que a reserva de cotas para afrodescendentes em concursos públicos seja constitucional, opina-se que essa medida deve ser veiculada por lei, e não por decreto ou por

<sup>50</sup> Art. 1º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.

<sup>51</sup> Art. 3º da Lei nº 12.711, de 2012.

<sup>52</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue - The Theory and Practice of Equality*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000. p. 386 e ss.

<sup>53</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Cit.*, p. 409 e ss.

qualquer outra medida infralegal. A formulação do modelo via decreto, por exemplo, fomentaria contínua litigância em tema de reserva legal e de reflexa discriminação de reversa, inviabilizando-se a realização de concursos para provimento de cargos públicos.

Necessária a confecção de projeto de lei, estendendo-se o Estatuto da Igualdade Racial, no qual a medida aqui cogitada pode se consubstanciar em acréscimo de artigo. Ao Congresso Nacional, em seguida, o debate sobre essa justíssima questão. Vai se debater se as cotas raciais se dissolvem em contas sociais.

Assim, pode-se concluir que é constitucional medida que fixe cotas para afrodescendentes em concursos públicos, bem como para cargos em comissão, por meio de projeto de lei, e por força de entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e com fundamento na efetiva leitura do preâmbulo e dos excertos da Constituição, a par dos vários marcos regulatórios que há, e que exigem da geração presente o mais absoluto compromisso com a formação de uma sociedade justa e solidária. Deve-se compreender que a herança escravista enseja um especialíssimo ingrediente que exige que compreendamos que cotas sociais não seriam suficientes para a completa integração racial que se almeja.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de quotas pelo critério racial para o exame vestibular: princípio da isonomia: princípio do promotor natural. *Revista de Processo*, v. 30, n. 126, p. 141-151, ago. 2005.

BARROZO, Paulo Daflon. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 63, p. 103-141, 2004.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Org.). *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BRAGRA, Maria Lúcia de Santana; SILVEIRA, Maria Helena Vargas da (Org.). *O programa diversidade na universidade e a construção de uma política educacional anti-racista*. Brasília: Secad: Unesco, 2007.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas da universidade pública brasileira: será esse o caminho?* Campinas: Autores Associados, 2005.

- CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar Editorial, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. Universidade pública, elitista? *Ciência Hoje*, v. 34, n. 203, p. 16-20, abr. 2004.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000.
- FERES JÚNIOR, João; ZONIN, Jonas. *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006.
- GALLI, Alessandra. Ações afirmativas: possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – Perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, Nilma Lino (Org.). *Tempos de lutas: as ações afirmativas no contexto brasileiro*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.
- GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (Org.). *Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- GUIMARÃES, Fábio Cunha. *Sistema de cotas para negros nas universidades*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007.
- HIGINO NETO, Vicente. Ações afirmativas: razão cínica ou igualdade substancial? In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – Perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.
- HOWELL, William G. *Power Without Persuasion – The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 60, p. 207-258, jul./set. 2007.

LARA, Silvia Hunold. *Fragmentos setecentistas – Escravidão, cultura e poder na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Brasília: Dédalo, 2008.

LOPES, Maria Auxiliadora; BRAGA, Maria Lúcia de Santana (Org.). *Acesso e permanência da população negra no ensino superior*. Brasília: Ministério da Educação, Unesco, 2007.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MARQUESE, Rafael de Bivar. *Feitores do corpo, missionários da mente – Senhores, letrados e o controle dos escravos nas Américas – 1660-1860*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NASCIMENTO, Paulo Cezar do. *Ação afirmativa no Brasil e o acesso dos negros ao ensino superior por meio do sistema de cotas*, 2006.

NEQUETE, Lenine. *Escravos & Magistrados no Segundo Reinado*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Petrônio Portella, 1988.

POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

\_\_\_\_\_; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcio. *O processo de aprovação do estatuto da igualdade racial – Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SELA, Eneida Maria Mercadante. *Modos de ser, modos de ver – Viajantes europeus e escravos africanos no Rio de Janeiro – 1908-1850*. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.

SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT, 2005.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização objetiva do Estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá, 2005.