

Direitos fundamentais, igualdade e atuação do Judiciário: os desafios contemporâneos das cotas étnico-raciais

Fundamental rights, equality and the performance of the Judiciary: the contemporary challenges of ethnic-racial quotas

*Felipe Pereira Maroubo*¹

Resumo: O debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais é uma ferramenta elementar para afastar o racismo estrutural e a desigualdade social. Estes fundamentam a perversidade de práticas institucionais e culturais, conscientes ou inconscientes, do uso da raça ou etnia como fundamento sistemático de discriminação pela distribuição de privilégios e repartição injusta dos ônus. Em vista disso, o Estado implementou políticas promocionais, baseadas no critério racial, para conferir qualidade de vida e justiça social a uma parcela populacional historicamente alijada de seus direitos e atingida diariamente com ações discriminatórias em razão de sua cor. Na primeira parte desse trabalho, oferecem-se as teorizações sobre o tema das ações afirmativas, com destaque às cotas raciais, para discutir qual a influência do sistema de direitos humanos, dos princípios da igualdade e da diversidade, bem como o papel do direito na racionalização e na justificativa da política afirmativa. Logo depois, oferece-se uma leitura constitucional das cotas étnico-raciais, balizando-se nas decisões proferidas em ações de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, com foco em concursos e processos seletivos. O intuito é verificar os limites de atuação do Judiciário e os parâmetros decisórios relacionados às cotas étnico-raciais. Por fim, levantam-se os dilemas atuais impostos à igualdade material. São questões que, se não enfrentadas, poderão provocar prejuízos ainda maiores à legitimidade da atuação dos poderes da República na reserva de vagas para negros em órgãos e entidades públicas.

Palavras-chave: Igualdade. Cotas raciais. Atuação do Poder Judiciário.

Abstract: The debate on the effectiveness of fundamental rights is an elementary tool to remove structural racism and social inequality. These underlie the perversity of institutional and cultural practices, whether conscious or unconscious, of the use of race or ethnicity as a systematic basis of discrimination for the distribution of privileges and unjust sharing of the burden. In view of this, the State has implemented promotional policies, based on racial criteria, to provide quality of life and social justice to a population that has historically been deprived of its rights and is daily affected by discriminatory actions due to its color. In the first part of this work, theories on the subject of affirmative actions are offered, with emphasis on racial quotas, to discuss the influence of the human rights system, the principles of equality and diversity, as well as the role of law in

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP). Advogado do Município de Leme - São Paulo.

rationalization and justification of affirmative policy. Soon after, a constitutional reading of the ethnic-racial quotas is offered, based on the decisions handed down in control actions concentrated by the Brazilian Supreme Court, focusing on competitions and selection processes. The aim is to verify the limits of the Judiciary's performance and the decision parameters related to ethnic-racial quotas. Finally, the current dilemmas imposed on material equality are raised. These are issues that, if not addressed, could cause even greater damage to the legitimacy of the performance of the powers of the Republic in reserving vacancies for blacks in public bodies and entities.

Keywords: Equality. Racial quotas. Judiciary decisions.

1. Introdução

A construção de uma sociedade livre e justa é um dos objetivos centrais do Estado brasileiro. A discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais é primordial para coibir a desigualdade estrutural e concretizar a igualdade substancial. O Estado adotou políticas públicas promocionais, ligadas ao parâmetro racial, para prover a justiça social, suplantando o histórico escravista da população negra, comumente alijada de seus direitos e atingida pelos efeitos de ações estruturais de discriminação, imposto ao longo de séculos.

O debate sobre as políticas de ação afirmativa é relativamente recente, seja sob o ponto de vista da dogmática jurídica, ou dos casos que são levados aos tribunais superiores. Evidentemente, as políticas promocionais já eram discutidas e adotadas em outros países do mundo antes de chegar ao Brasil. O primeiro questionamento judicial de relevo ocorreu no âmbito do ensino público. A querela se deu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186, originária do Distrito Federal, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, notadamente com a edição de Lei n. 12.990/2014, as modificações no direito brasileiro ressuscitaram a contenda, mas sob outro prisma. A norma impugnada reservou 20% das vagas a candidatos negros nos órgãos e entidades públicas federais. O inconformismo e o antagonismo de setores conservadores da sociedade foram novamente agitados, na medida em

que a nova legislação representou um avanço das cotas étnico-raciais sobre outros setores da vida social.

Em vista da insegurança jurídica e da ausência de posição firme das instituições públicas na defesa da norma jurídica em cotejo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41, do Distrito Federal. O intuito era defender a presunção de constitucionalidade da nova lei e harmonizar o entendimento jurisprudencial quanto à validade e à legitimidade das ações afirmativas para áreas antes não abrangidas pela política promocional.

Este trabalho está dividido em três grandes segmentos. Na primeira parte, são teorizadas as ações afirmativas, de um modo geral, para situá-las como mecanismos importantes na era dos direitos humanos. Além disso, discute-se a influência do princípio da igualdade, da diversidade e do direito pátrio na missão de racionalizar o uso da política afirmativa, cuja limitação temporal indica que deva existir a termo, ser excepcional e complementar a outras políticas públicas que melhor funcionem em diferentes conjunturas.

Na segunda parte, o foco recai sobre a interpretação judicial das cotas étnico-raciais em processos seletivos. No âmbito constitucional, é fornecido o panorama geral criado pelos *leading cases* – ADPF n. 186 e ADC n. 41 – em torno das cotas no âmbito do ensino superior público e do serviço público federal. A partir da leitura atenta da controvérsia constitucional, será possível debruçar sobre os limites e os parâmetros de atuação do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo, dos juízos de primeiro grau, evidenciando a legitimidade do uso de condicionantes decisórias cotidianamente exigidas no expediente jurisdicional.

O terceiro segmento deste trabalho, que toma os tópicos finais, busca expor os novos obstáculos e reveses da política de ação afirmativa, sob o prisma da igualdade e a partir de levantamento doutrinário sobre os sucessos e adversidades (que se mantém apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 41) das políticas em concursos públicos. Os dados

empíricos aplicados ao tema e os relatórios de monitoramento da legislação federal terão a função de explicitar a fotografia da realidade e o quadro de avanços em matéria de direitos fundamentais.

A preocupação está em responder, sobretudo, a duas questões que ainda demandam solução assertiva. A primeira vincula-se ao elevado grau de subjetividade e discricionariedade das comissões de verificação de autodeclaração. A segunda situa-se na defasagem de controle social, que implica em redução dos índices de legitimidade, de legalidade e desnatura parcialmente a razão da constitucionalidade da reserva de vagas para negros em processos seletivos públicos.

Neste trabalho, utiliza-se o método dedutivo como lógica de construção do raciocínio, visto que parte de premissas gerais sobre as políticas de ação afirmativa, notadamente as cotas raciais, no contexto geral dos direitos humanos e dos princípios da igualdade, da diversidade e da efetividade dos direitos fundamentais, para um raciocínio específico, de aplicação ao direito brasileiro e à fotografia do mundo dos fatos, de modo a extrair conclusões sobre a efetividade da condução da política pública alinhavada pelo Estado brasileiro.

A tríade metodológica que compõe a pesquisa é a análise bibliográfica, jurisprudencial e empírica. Para cumpri-las, foram selecionados materiais específicos por meio de buscas em bancos de dados e indexadores, com os termos “princípio da igualdade”, “políticas de ação afirmativa”, “discriminação”, “antidiscriminação”, “cotas raciais”, “cotas étnico-raciais”, “igualdade racial”, “racismo estrutural”, “princípio da diversidade”, “igualdade como reconhecimento”, “relatórios da política de cotas”, “Lei 12.990/2014” e “Portaria Normativa n. 4/2018”. Foram utilizados, sobretudo, os materiais obtidos no SciElo, Hein Online, Rede de Bibliotecas da UERJ, Portal de Legislação do Palácio do Planalto e do Conselho Nacional de Justiça e repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

2. Políticas promocionais na era dos direitos humanos

Os direitos humanos “nascem quando devem e podem nascer” (PIOVESAN, 2005, p. 44). Esta expressão de Flávia Piovesan (2005, p. 43-45) revela que essa categoria jurídica compõe um domínio construído pela engenhosidade humana e pela dialética de edificação semântica ininterrupta, com a finalidade de realizar o vetor interpretativo da dignidade humana. Desta forma, os direitos humanos avançam no passo da história e compreendem um conjunto axiomático universalizante, fruto das dinâmicas de conflitos históricos e de ações comunitárias desempenhadas num certo tempo-espaço. Portanto, enquanto direitos universais e indivisíveis, esteiam-se, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente com o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na liberdade e na igualdade entre os sujeitos de direito.

O espírito ético compartilhado, lapidado pelos países ocidentais após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, respaldou a criação de parâmetros mínimos de proteção, inscritos em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos. Tais parâmetros integram o sistema global e regional de defesa de direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Neste contexto, as políticas de ação afirmativa despontam como mecanismos legítimos e desejáveis de concreção da igualdade étnico-racial, inscritos nos pactos internacionais contemporâneos de direitos humanos.

Portanto, os direitos humanos reclamam o consenso sobre um conteúdo mínimo, de modo que a eliminação de todas as formas de discriminação faz parte desse rol. Por isso, minorias e grupos que tradicionalmente carregam o fardo da subjugação pelas majorias, como as mulheres, as pessoas com deficiência, os indígenas, os pretos e pardos, dentre tantos outros, demandam proteção especial de seus direitos.

Na origem, a concepção de combate à intolerância pela via do ideal de denegação da alteridade foi o discurso dominante na esfera protetiva dos direitos humanos. A proteção contra a discriminação em razão da nacionalidade, da religião e da origem étnico-racial se deparou com uma estratégia que, aparentemente indulgente, foi insuficiente para combatê-la. A especificidade das demandas de grupos e as peculiaridades dos atores sociais reforçaram a constatação de que a igualdade meramente formal como peça suficiente para funcionar a engrenagem era importante, mas sozinha, pouco valor detinha. A mudança de estratégia, que retirou a generalidade e a abstração que pairavam pelo conteúdo essencial dos direitos humanos, foi imprescindível para calibrar os passos mais adequados e acelerar a efetividade dos direitos dos grupos minoritários. (PIOVESAN, 2005, p. 43-49)

O rompimento com o monopólio da igualdade formal, a partir de um ciclo de valorização da vertente material deste princípio, possibilitou o fortalecimento do filtro do direito à alteridade e à diversidade nos diversos planos jurídicos nacionais. Isso significa a percepção de que os âmbitos formal e material do direito fundamental à igualdade não são excludentes, mas complementares, na medida em que (i) a igualdade formal contempla um ideal de justiça distributiva, cujo núcleo é a preocupação com a esfera socioeconômica e com a previsão de equiparação perante a lei, enquanto (ii) a igualdade material vincula-se ao ideal de justiça que marca o debate da efetividade das normas no direito contemporâneo. Deste modo, o cariz substancial importa o reconhecimento redistributivo a partir do respeito às diferenças e à identidade, *v.g.*, de gênero, orientação sexual, étnico-racial.

Nancy Fraser, uma das mais influentes filósofas estadunidenses afiliadas à teoria crítica, argumenta que a leitura das noções de justiça deve partir de determinados pressupostos, são eles: (a) a distribuição de recursos e de renda; (b) o reconhecimento das contribuições de grupos sociais distintos; e (c) a representação assegurada pelo domínio simbólico. Na lição da autora, existem duas ordens de demandas: (i) as reivindicações redistributivas,

vinculadas à justa distribuição de recursos e riquezas; e (ii) a política de reconhecimento, que não pretende uniformizar o modo de viver comunitário, mas oferecer a aliança na diferença, de modo que o preço do respeito não impute a assimilação do grupo dominante (FRASER, 2010, p. 167-190).

A complementariedade entre a esfera redistributiva e a do reconhecimento é pressuposto básico à justiça social, de modo que qualquer aspiração por as tratar como antíteses autoexcludentes, entre os pólos da política de classe e da política de identidade, representa um perigoso caminho e uma despropositada escolha entre multiculturalismo e democracia social. Assim, o novo pensamento crítico capitaneado por Nancy Fraser contribui para arquitetar uma orientação político-programática que extraia as vantagens do ideal de redistribuição e as melhores contribuições da política de reconhecimento.

As dimensões de justiça, explicitadas por Nancy Fraser, são capacitadas para mediar às demandas de diversos movimentos sociais. Quanto àquelas do movimento negro, por exemplo, a política redistributiva colabora para tecer orientações antirracistas e emendar injustiças do passado, a despeito de seus efeitos apenas para frente e do esforço coletivo para reverberar os horrores do passado e não mais repeti-lo. Para complementar o ideal redistributivo, a política de reconhecimento contribui para a valorização identitária dos afrodescendentes, por meio do desconstrutivismo e do respeito à diversidade e à diferença (FRASER, 2010, p. 167-190).

Não é válida, ante a complexidade da sociedade contemporânea, a abordagem uníssona com foco em desigualdades socioeconômicas, às quais a solução está na reformulação da política econômica, ou em um enfoque exclusivo em injustiças culturais, sob o ponto de vista de padrões de representação e de linguagem, às quais o remédio é a transformação cultural ou simbólica. Consoante Nancy Fraser, os maiores embaraços situam-se em termos de raça e gênero. Tomando a primeira como paradigma, em vista da abordagem deste trabalho, a dificuldade étnico-racial está situada no centro

da ambivalência entre as injustiças sociais e culturais, tornando o debate racial extremamente difícil, já que embebido tanto do reforço da ideia de classes, como de um abusivo *status* de subalternidade a que a sociedade submete esta parcela da população. Deste modo, o tratamento das políticas promocionais, sobretudo, das cotas raciais em certames públicos, denota uma pequena parcela de um processo mais amplo e que compreende uma estrutura encadeada pela convivência harmônica do dualismo de perspectiva, composto pela redistribuição e pelo reconhecimento.

No plano concreto, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, aprovado pela Organização das Nações Unidas em 1965 e ratificado por cento e sessenta e sete países (dentre eles, o Brasil, que o internalizou em seu ordenamento jurídico em 1968 (PIOVESAN, 2005, p. 47-49)), é um passo internacional relevante para reforçar os novos fundamentos que compõem o direito à igualdade na sociedade contemporânea. A expressão da importância deste documento internacional emana de três fatores.

O primeiro é a indefensabilidade e o expurgo de ideologias vinculadas à superioridade racial, amparadas em teorias genéticas ou biológicas, que sustentam a exclusão e o racismo, em prejuízo flagrante à defesa de garantias e liberdades fundamentais de indivíduos e grupos. O segundo fator é propositivo, na medida em que destaca, logo no art. 1º, um conceito amplo de discriminação racial, o qual corresponde à distinção, restrição, preferência ou exclusão em razão da descendência, origem nacional, etnia, raça ou cor. Por último, o terceiro elemento importante é assentar a proibição à prática de atos de hostilidade em virtude de manifestações da diversidade, bem como a promoção positiva, a fim de elevar o patamar civilizatório e alavancar a efetividade do princípio da igualdade.

O enfoque específico deste trabalho é o tratamento das políticas promocionais enquanto instrumentos de inclusão social, fomento ao respeito à alteridade e à diversidade, sob o pano de fundo do debate do princípio da igualdade, a fim de sustentar a hipótese de que somente a política proibitiva

de discriminação não consegue solucionar um vácuo disposto nas tradições estruturais discriminatórias. A partir daí é possível pensar em formas concretas de dismantelar os padrões de violência e exclusão, de modo a socorrer as parcelas à margem do jogo majoritário de poder. Por esta razão, em face de entraves duros e sistêmicos cultivados pela valorização extremada da igualdade formal, as ações afirmativas despontam como ações excepcionais a termo para intensificar a matriz substantiva da igualdade, acelerar o reconhecimento da diversidade e do pluralismo.

O tema étnico-racial foi tratado com maiores especificidades na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo. O documento aprovado em 2001, em Durban, na África do Sul, consolidou propostas brasileiras para incrementar as políticas destinadas aos afrodescendentes no âmbito do mercado de trabalho e da educação. Uma das principais políticas positivas indicadas são as ações afirmativas, nomeadamente, as cotas raciais.

As medidas aprovadas na reunião compreenderam duas frentes. A primeira diz respeito à promessa de ampliar o acesso dessa população aos cargos públicos na Administração Pública e aos empregos oferecidos pela iniciativa privada. E em segundo lugar, recomendou-se que as legislações nacionais contivessem dispositivos legais que criassem critérios de desempate em licitações públicas, segundo os índices de diversidade social. Anos mais tarde, algumas dessas promessas possibilitaram alterações jurídicas importantes no direito pátrio, em especial, no que tange à inclusão e ao respeito à diversidade nas contratações públicas (PIOVESAN, 2005, p. 50).

3. Os princípios da igualdade e da diversidade nas políticas de cotas

No final do século XVIII, o princípio da igualdade aflora como categoria jurídica prevista nas constituições estadunidense e francesa pós-revoluções.

Entretanto, o conteúdo da igualdade é restrito, pois edificado na teoria constitucional clássica, proveniente das teorizações de Locke, Rousseau e Montesquieu. O império da igualdade perante a lei visa desmontar os privilégios e as distinções jurídicas entre os sujeitos, reagindo ao antigo regime francês assentado no absolutismo e na discriminação pela condição pessoal.

O Estado liberal burguês e o iluminismo buscam formar um espaço jurídico neutro, em que todos os indivíduos sejam considerados livres e iguais perante a lei, despidos de privilégios e distinções de qualquer espécie. O anseio por liberdade dos teóricos da escola liberal é a peça que movimenta o impulso da igualdade formal como direito fundamental. Todavia, a ideia de igualdade como gestada pelos movimentos revolucionários não está edificada nos *standards* contemporâneos (GOMES, 2001b, p. 130-139).

A igualdade genérica e abstrata perante a lei desconsidera as dificuldades substanciais de acessibilidade das minorias às mesmas oportunidades. Trata-se, portanto, de um conceito meramente processual, que, assumido numa vertente formal, subestima a importância de perceber a realidade e proporcionar pontos de partida desiguais, além de perturbar a operacionalização da isonomia e legitimar a discriminação. Nesta linha, o avanço do constitucionalismo realçou que a igualdade exclusivamente formal não passava de ficção jurídica. A efetividade substancial do axioma da igualdade demanda igualdade de resultados, em que situações desiguais sejam atacadas por pontos de partida também desiguais, com o intuito de alcançar a isonomia e criar um ambiente mais justo em oportunidades e potencialidades às minorias sociais (GOMES, 2001b, p. 130-132).

Não obstante as teorizações mais recentes do princípio da igualdade, o poder público sistematicamente ignorou o seu papel na consecução de políticas de Estado para tratar frontalmente a preocupação de igualdade material aos marginalizados em função da raça, do sexo, da religião e de deficiências. Essa realidade se estendeu ao menos até a década de 1960 e,

mesmo com a força da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, a nova rota não foi suficiente para combater os efeitos da discriminação estrutural dos afrodescendentes no mundo do trabalho, na decisão comunitária, na participação política e na formação da vontade democrática.

As políticas de discriminação positiva buscam incentivar e agilizar a inversão da lógica do Estado neutro e observador do fenômeno social para o papel de ator relevante na efetividade do axioma da igualdade, nos moldes propugnados pelas Constituições criadas sob a ideologia do constitucionalismo democrático². Esse movimento é apenas um começo, de modo que seria ingênuo e insincero alegar que a mudança de paradigma jurídico aniquilou o retrocesso profundamente enraizado na cultura de uma sociedade ocidental ainda pouco tolerante, embora plural e que clama pelo respeito à alteridade.

As ações afirmativas constituem um conjunto de instrumentos políticos e sociais que, por meio de abordagens particularizadas, justificadas e provisórias pretendem inibir a continuidade do ciclo histórico (GOMES, 2001b, p. 130-134) de discriminações negativas³, que compreendem a exacerbação intencional de diferenças reais ou ilusórias e que são utilizadas

²O neoconstitucionalismo realiza promessas do pós-2ª Guerra, ligadas à garantia dos direitos fundamentais e do respeito à tolerância. É resultado da fusão entre o constitucionalismo, pautado na centralidade da Constituição, e da democracia, fundamentada na soberania popular e no sufrágio universal. No Brasil, a Constituição de 1988 pronuncia a vitória do constitucionalismo democrático, pois enterra a lógica formal e estamental de poder e edifica a pauta da efetividade dos direitos, a ascensão do filtro do direito público e de um Judiciário forte, intérprete do direito num contexto de crise de representatividade, desencanto com a política e judicialização da vida. Cf. BARROSO, 2018.

³Roger Raupp Rios, em sua obra “Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas”, esclarece que o conceito de discriminação evidencia uma reprovação jurídica em face de violações ao princípio isonômico, em atenção aos agravos experimentados pelos destinatários deste tratamento dispare. Esse esforço conceitual pressupõe uma perspectiva mais substantiva do que formal da discriminação. Além disso, a discriminação incorpora duas modalidades. A primeira é a discriminação direta (*disparate treatment*), composta por práticas intencionais e conscientes; e a segunda é a discriminação indireta (*disparate impact*), cujas manifestações pressupõem medidas que, *a priori*, aparentam neutralidade, entretanto são, de fato, discriminatórias. Cf. RIOS, 2008, p. 19-22.

por determinados grupos sociais para se beneficiarem da discrepância de poder. As políticas de cotas estão compreendidas nas ações afirmativas, mas com elas não se confundem, visto que correspondem a um plexo de mecanismos mais amplo e plural para repelir os fatores estruturais de discriminação. Além disso, não se confundem com o caráter estatal, uma vez que os estímulos pretendidos com as ações afirmativas ultrapassam a fronteira pública e coexiste com estímulos empresariais para composição de projetos e quadros que valorizem e equiparem as pessoas oriundas de grupos alvo de discriminação (VEGNER, 2004, p. 218-221).

Nos moldes que hoje se revelam predominantes, a política de ação afirmativa tem origem estadunidense, na década de 1960, com a Ordem Executiva n. 10.925, assinada pelo presidente John Kennedy. Este decreto implantou medidas de promoção da igualdade de oportunidades, bem como ofereceu incentivos para reparar as iniquidades do passado obscuro da escravidão, de modo a reconhecer a igualdade material e o pluralismo político-social.

Em meados da mesma década, o presidente norte-americano Lyndon Johnson promulgou o *Civil Rights Act* (1963), para assentar uma política repressiva em face de atos contrários ao reconhecimento de *status* igual, independentemente de raça, cor, sexo ou origem, com destaque à vedação de comportamentos contrários ao axioma da igualdade no mercado de trabalho e em locais públicos. Trata-se de um marco importante sob o ponto de vista jurídico, mas que demandou maior sinal de concretude.

Mais adiante, o presidente Richard Nixon lança o Plano Filadélfia (1972), em que se institucionaliza a possibilidade de discriminação positiva para que, ao aceitar tal postura, mas com sinais trocados, fosse possível integrar e proporcionar isonomia à população mais excluída, além de elevar a diversidade em ambientes públicos (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 39-44).

A psicologia humana informa a complexidade do fenômeno discriminatório, pois se percebe que a simples proibição ou inibição de

condutas por normas jurídicas não resulta no afastamento do segregacionismo entre os sujeitos imersos em seus grupos sociais. O uso do direito penal, por exemplo, evidencia a falha institucional da política massiva e proibitiva, que desconsidera a importância de outros meios no processo histórico de ressignificação do respeito à diferença e à diversidade⁴. As razões que justificam o uso de mecanismos deste tipo, apesar de comprovadamente ineficientes a longo prazo (o que não significa que não o será para a vítima individualmente considerada), é que são alternativas descoladas das necessidades humanas, bem como isoladas de outros fatores relevantes, como a desigualdade social, e que demandam atuação conjunta de estratégias de contenção.

Ao longo da história brasileira, sobretudo até meados dos anos 90, as políticas antidiscriminatórias não tiveram expressivo desenvolvimento, o que dificultou a adesão de grupos às ações positivas em prol da igualdade. Durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso⁵, em 1995,

⁴ O cientista político e historiador mineiro José Murilo de Carvalho destaca que compreender a construção da cidadania no Brasil demanda que se identifique qual o ator que define, na prática, a cidadania. A política baseada nas limitações decorrentes da desigualdade social e na ficção da igualdade constitucional ascendeu a polícia como agente estratificador e proporcionou uma inversão na ordem lógica, pois enquanto se conferiu maior desenvolvimento aos direitos sociais e aos direitos políticos, os direitos civis ainda seguem como uma questão de valor menor. Sob esta perspectiva, a democracia brasileira seria formalmente democrática, pois fracassa no sonho irrealizado de escalar níveis de cidadania a depender da origem socioeconômica do cidadão. Aos marginalizados socialmente, a ordem jurídica mostra seu rosto pela repressão policial e penal seletiva e segregacionista. Um exemplo do fracasso em legar a definição de cidadania a instituições, de fato, democráticas e preocupadas com o povo é o direito penal. Inexorável a necessidade de instituir novos procedimentos políticos e sociais para os quais o cidadão esclarecido não seja peça incômoda e reivindicadora, mas uma chave para imprimir efetividade à igualdade e combater o desrespeito institucional a direitos civis no país. Cf. CARVALHO, 1999.

⁵ A primeira referência de propostas de ação afirmativa relativamente à população negra se implementou a partir do Decreto nº 1.904/1996, que estabeleceu o Programa Nacional de Direitos Humanos, que aborda a necessidade de estímulo às ações afirmativas, por ocasião do primeiro mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso, além de discussões, em julho do mesmo ano, organizadas pelo Ministério da Justiça. Com fundamento nestes planos, o Ministério da Justiça, por intermédio da Portaria nº 1.151/2001 instituiu o Programa de Ações Afirmativas no setor público, no qual propôs metas para a ocupação de cargos de assessoramento, convênios, licitações e contratações do serviço público por, pelo menos, 20% de afrodescendentes, 20% de mulheres e 5% de deficientes físicos. Em 2002, o

criou-se grupos de discussão para o desenvolvimento de mecanismos de mitigação da desigualdade estrutural e da discriminação racial.

A partir de 2002, as políticas de cotas para estudantes negros foram criadas por iniciativa própria das instituições públicas de ensino superior, valendo-se do exercício da autonomia universitária. Como se verifica, o Brasil não dispunha de uma política pública nacional de institucionalização da atuação do Estado para proteger vítimas do racismo estrutural encoberto pelo mito da democracia racial. Apesar disto, os debates preliminares resultaram na aprovação de leis federais de reserva de vagas para negros em universidades públicas e em concursos públicos que, num primeiro momento, enfrentaram forte resistência, com inúmeras repercussões judiciais⁶, inclusive perante a Suprema Corte, de organismos civis e partidos políticos que se posicionaram contrariamente às políticas de cotas raciais (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 44-45).

A par da resistência de parcela da população brasileira, o panorama empírico geral de quebra de tradições revela resultados satisfatórios nas camadas sociais mais baixas, embora com deficiências na celeridade de modificação da fotografia original no topo. Como exemplo institucional, evidentemente não universalizável, mas simbolicamente relevante, é que em mais de 128 anos de existência do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa foi o primeiro e único negro nomeado, em 2004, para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Se antes a política de ações afirmativas estadunidense era percebida como um impulso moral do Estado liberal e capitalista, cujo fundamento deveria ser a mínima intervenção nas escolas e nas empresas por critério de cor, sexo e classe social, o rompimento com a crença na capacidade mística e

Decreto 4.228 expande a aplicação das políticas de ação afirmativa no setor público para todos os órgãos do Poder Executivo Federal. Cf. COSTA NETO, 2016.

⁶ Para citar o exemplo mais emblemático da discussão jurídica em caráter inicial e em grandes dimensões sobre as afirmativas, desta vez, no âmbito da política de cotas em universidades públicas: Cf. BRASIL, 2014b.

libertadora do solidarismo reclama a atuação positiva estatal para promover a igualdade. Assim como na evolução dos direitos humanos, o fomento à igualdade, nos Estados Unidos, ultrapassou os vieses proibitivos e aderiu às ações afirmativas, reservando cotas raciais a grupos de afrodescendentes, além de incentivar a distribuição de financiamento público às empresas que comprovarem iniciativas em prol da equidade.

A mudança grau de mentalidade norte-americana se revelou tanto no setor público, como no setor privado. A experiência do país exprime que, apesar de debates incessantes sobre a legitimidade das medidas, os três braços do governo (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como a iniciativa privada, não deixaram de contribuir para elevar o grau de realização do direito à igualdade (GOMES, 2001a).

Assim como em outros países do mundo, as duas bases filosóficas e constitucionais do debate sobre as ações afirmativas também são postulados complementares e relevantes para eliminar as falhas isonômicas das políticas adotadas nos Estados Unidos. Joaquim Barbosa alude à (i) justiça compensatória e à (ii) justiça distributiva. Na primeira, pretendem-se reparar, de alguma maneira, as injustiças do passado de grupos sociais alijados de seus direitos. Segundo o autor, a postura que visa à compensação não passa sem reprovação, pois ao promovê-la, o Estado assume para si o ônus que deveria ser cobrado de sujeitos determinados, os quais agiram com dolo, ao empreender certas atitudes, por exemplo, com o emprego da escravidão enquanto fator de enriquecimento econômico, em prejuízo da dignidade humana daquele injustamente submetido à condição de subalternidade. Na segunda, defende-se que os direitos, as vantagens, os ônus e os benefícios devem ser repartidos entre toda a sociedade. Não se trata de prescrever o retorno ao passado ou em repará-lo, mas em reequilibrar o grau de justiça na contemporaneidade. A justiça distributiva tem um defeito importante que consiste em subestimar o passado, sem atacar com a profundidade necessária os fatores que mantém o *status quo* desigual (GOMES, 2001a).

4. Cotas étnico-raciais: evolução jurídica em órgãos e entidades públicas

Os direitos fundamentais inscritos na Carta da República abarcam o princípio da igualdade pelo viés formal e substancial, balizando a proteção constitucional dos direitos de minorias, dentre as quais está a população afrodescendente, que passou a contar com programas de ação afirmativa na administração pública federal, por meio de cotas raciais em universidades públicas. As primeiras instituições a aderirem às políticas promocionais em razão da cor e da etnia foram a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade do Estado da Bahia, a Universidade de Brasília e a Universidade Federal do Paraná (PIOVESAN, 2005, p. 49-51). A leitura constitucional do potencial da igualdade substancial revela a dimensão axiológica da proteção de direitos e garantias de grupos estigmatizados (SENHORAS, 2015, p. 12).

Mesmo antes da edição de legislação federal sobre o tema, por meio da Concorrência n. 3/2001, o Supremo Tribunal Federal licitou a contratação de dezessete profissionais para prestação de serviços de jornalismo, reservando-se 20% das vagas para candidatos negros. Num período de dez anos, entre 2002 e 2012, ao menos 43 municípios e 4 Estados (Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul) dispuseram, em legislação local, de uma política de reserva de vagas para pessoas negras no provimento de cargos efetivos por concurso público (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015p. 366-367).

Por meio da Portaria n. 762/2010, o Ministério das Relações Exteriores também assumiu o encargo da reserva de vagas para candidatos pretos e pardos no concurso de admissão à carreira de diplomata (COSTA, 2015, p. 14). Outros documentos legislativos ampliaram a esfera de direitos e garantias e a política reparatória de danos, inspirando a Lei n. 12.990/2014, dentre as quais se destacam a Lei n. 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade

Racial – e a Lei n. 12.711/2012 – Lei de Cotas para o Ensino Superior nas Universidades Públicas (SENHORAS, 2015, p. 3).

A Lei n. 12.990/2014⁷ é uma legislação especial com prazo determinado, que permanecerá em vigor por dez anos, que estabelece o percentual de 20% de reserva de vagas para negros no provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Esse diploma legal não estendeu a obrigatoriedade das cotas raciais em concursos públicos para o Legislativo e o Judiciário e nem para os Estados e Municípios, os quais deverão fazê-lo por meios próprios⁸.

Esta lei federal representa a evolução do comprometimento de Estados e Municípios, em mais de uma década de consolidação gradual de uma agenda política de defesa de grupos e minorias estigmatizadas, apoiada mesmo por setores vinculados ao liberalismo social, que identificam a importância de compensar ou reduzir os efeitos do passado escravocrata e do descaso de políticas estatais com a população negra. A influência internacional também pesou na edição da Lei n. 12.990/2014, com destaque das experiências na Índia, implementada na década de 1940, e do *benchmarking* estadunidense, na década de 1960, no qual foram empregadas cotas raciais em escolas e em listas de candidatos a cargos políticos (SENHORAS, 2015, p. 2).

⁷ A Lei n. 12.990/2014 – que reservou 20% das vagas de concursos públicos federais para candidatos negros – foi promulgada em consonância com o art. 15 da Lei 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial, cujo art. 15 prevê que é dever do poder público adotar programas de ação afirmativa para promoção da igualdade e da educação. Cf. OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 47-48.

⁸ O percentual de 20% de reserva de vagas para negros, conforme previsto na Lei n.º 12.990/2014 não é obra do acaso. Trata-se de um cálculo técnico para estipular os parâmetros de inclusão e que levaram em conta o estado atual do perfil dos integrantes da magistratura, os cargos de servidores cujo requisito é a escolaridade superior, o percentual da população brasileira e de formandos em direito negros, a fim de se verificar um percentual médio de negros em condições de adentrarem, por exemplo, o Poder Judiciário na condição de magistrados. Outros cálculos especializados vislumbraram uma média possível entre os diferentes segmentos do Poder Judiciário para antecipar um prazo possível de duração da ação afirmativa, com base em uma estimativa temporal sobre quando atingir-se-á o percentual esperado. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 368-369.

Ao menos quatro condicionantes devem ser consideradas na aplicação das cotas raciais enquanto política para provimento de cargos públicos em concursos federais. A primeira tem a ver com número de vagas. O número mínimo de vagas ofertadas deve ser igual ou superior a três. A segunda condicionante está relacionada à contabilização do número fracionado de vagas. No cálculo, caso a quantidade de vagas destinadas a candidatos negros origine número fracionário, deve-se adotar o arredondamento para cima se fração igual ou maior que 5 décimos e arredondamento para baixo se a fração for menor que 5 décimos. A terceira é a dupla forma de ingresso.

Basicamente, os candidatos negros concorrerão tanto às vagas reservadas como às vagas destinadas à ampla concorrência, observada a sua classificação no concurso. Essa ressalva maximiza os resultados da política de cotas raciais, uma vez que os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas pela ampla concorrência não são computados para efeito de preenchimento das vagas reservadas. Mesmo em caso de desistência do aprovado negro em vaga reservada, ela pode ser preenchida pelo próximo candidato negro classificado⁹.

Como mencionado, a Lei n. 12.990/2014 não possui aplicação direta sobre o preenchimento de cargos de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Pública e das Defensorias Públicas da União e dos Estados, devido à necessidade de edição de lei específica. Deste modo, nos termos dos arts. 96, inciso I, e 127, §2º, da Constituição, os membros e servidores do Judiciário dependeriam de lei de iniciativa exclusiva do próprio Poder, enquanto os membros e servidores do Ministério Público dependeriam de lei de iniciativa do próprio Ministério Público. No caso do Legislativo, por dicção dos arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, as cotas para concursos públicos podem ser aprovadas por resolução (COSTA, 2015, p. 13-14).

⁹ Art. 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, art. 2º e art. 3º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.990/2014. Cf. BRASIL, 2014.

No âmbito do Poder Judiciário, a Resolução n. 203/2015, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a reserva de 20% das vagas para candidatos negros no concurso de ingresso à carreira da magistratura. O intuito foi diminuir a desigualdade de oportunidades que acomete negros na ocupação de espaços de poder no Judiciário brasileiro. Em compromisso com a efetividade, a excepcionalidade e a temporariedade, o art. 9º da Resolução fixa que o documento vigorará até 2024, com abertura para revisão do percentual de vagas reservadas a negros e indígenas, à luz dos dados obtidos com o monitoramento do sucesso da política de cotas raciais na magistratura.

O Censo do Judiciário de 2013 revelou que apenas 14% dos magistrados brasileiros declararam-se pardos, 1,4% pretos e 0,1% como indígenas. Nos últimos dois anos, o percentual de negros – pretos e pardos – subiu de 15% para 19% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 363-373). De acordo com dados mais recentes, até março de 2017, seis concursos para ingresso na magistratura foram organizados pelos Tribunais de Justiça nos termos da Resolução do CNJ, são eles: Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal. Outros 11 tribunais estaduais afirmaram não ter aplicado a cota devido à ausência de concursos posteriores à nova determinação. Na Justiça Federal, até a mesma data, três dos cinco Tribunais Regionais Federais já haviam incluído o percentual de 20% das vagas em seus certames (TRFs da 2ª, 3ª e 4ª Regiões) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O ingresso na carreira magistratura é bom parâmetro para mensurar a capacidade de transformação proporcionada pela política de ação afirmativa nos cargos de poder. Nesse sentido, nos termos do último grande Censo Judiciário, realizado em 2013, os dados alarmantes chamam atenção (isso sem levar em consideração o perfil desagregado de desembargadores de tribunais, que poderiam revelar uma representatividade ainda menor):

1. Enquanto 51% da população brasileira se autodeclara parda ou negra, estes são apenas 15% dos magistrados nas Justiças Estadual, Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar.
2. Alguns Tribunais de Justiça revelaram números particularmente preocupantes (% de magistrados negros): (a) Tribunal de Justiça de Goiás: 15,6%; (b) Tribunal de Justiça de Minas Gerais: 12%; (c) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: 8,2%; (d) Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: 6,6%; (e) Tribunal de Justiça do Paraná: 5,5%; (f) Tribunal de Justiça de São Paulo: 3,2%; (g) Tribunal de Justiça de Santa Catarina: 2,9%; (h) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: 1,7% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Enquanto marco instrumental de realização da igualdade substancial, a Lei n. 12.990/2014 obteve o reconhecimento sucessivo de diversos entes federados e órgãos essenciais à Justiça que compreenderam que o ideal de justiça distributiva, de reconhecimento e de diversidade é uma estratégia que atingiu diretamente os sujeitos-alvo, em superação à tendência de tratar a questão de forma genérica, abstrata e universal. Essa lei fortalece a efetividade do Estatuto da Igualdade Racial – Lei n. 12.288/2010, de modo a materializar a igualdade de oportunidades na reserva de vagas por critérios raciais em concursos públicos (COSTA, 2015, p. 12).

Portanto, é uma iniciativa que vislumbra resultados concretos sobre um grupo determinado e específico de sujeitos de direitos, o que permite a atuação reparatória do dano com maior eficiência, com amparo no incentivo do poder constituinte originário de evocar uma série de direitos para conferir maior dignidade a grupos específicos.

Todavia, o apoio à lei de cotas em concursos públicos não foi unânime e nem instantâneo. Tal como ocorreu com a lei de cotas raciais para ingresso em instituições federais de ensino superior, uma parcela da comunidade jurídica considerou que avançar com as ações afirmativas no mundo do trabalho seria inconstitucional, por desenvolver uma nova fórmula de

igualdade, diferente da traçada pelo Estado Democrático de Direito, bem como ineficiente, visto que proporcionaria a institucionalização de uma política autoritária e seletiva que prioriza o bem-estar social de alguns atores, em preterição de outros.

Outro fator que frequentemente sustenta as críticas pela inconstitucionalidade da lei é a meritocracia¹⁰, pois o padrão gerencial, empregado pelos considerados mais aptos, que se sustenta na eficiência geral da sociedade brasileira, teoricamente, seria incompatível com o oferecimento de privilégios para promover supostas discriminações positivas (SENHORAS, 2015, p. 5-6). Estes argumentos são rechaçados pela maioria dos autores, que se posicionam favoráveis à existência das cotas raciais e ao seu avanço para outras áreas.

Os autores favoráveis às cotas raciais sustentam que a adoção dessas reservas, em processos seletivos em universidades públicas ou em concursos públicos, representa um avanço salutar em matéria de direitos humanos, pois viabiliza a correção na velocidade certa de injustiças históricas, promove a pluralização dos atores sociais integrados no ensino público (tradicionalmente dominado por brancos ricos ou de classe média alta) e fornece meios para que o jovem preto ou pardo, que representa grande parte da população e, ao mesmo tempo, a parcela mais marginalizada, possua condições de competir no mercado de trabalho (público e privado) com os demais sujeitos. Além disso, os defensores desta espécie de ação afirmativa sustentam a importância delas como metas culturais de incentivo à integração, à diversidade e ao pluralismo (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 44). Após a adoção de política de cotas, os

¹⁰ Em um dos trabalhos desenvolvidos antes da implantação das cotas raciais em concursos públicos, por Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Altemar Coristante Pereira Júnior, já se demonstrava que o aprofundamento do debate sobre a matéria demandaria novo esforço. Posicionando-se contrários à política de cotas em concursos públicos, os autores afirmam que as ações afirmativas com o uso de cotas deveriam restringir-se ao acesso ao ensino superior público de educação. Não admitem a extensão da ação afirmativa para outros ramos, pois colocar-se-ia em risco a noção de meritocracia como valor atribuído pelo Estado Democrático de Direito e exigiria perceber esse sistema como a solução de todas as desigualdades e mazelas sociais. Cf. RODRIGUES; PEREIRA JÚNIOR, 2013.

resultados empíricos demonstram bons efeitos, reforçando a crença no instituto jurídico¹¹.

Em contrapartida, a doutrina minoritária aponta argumentos em sentido oposto¹². As ações afirmativas baseadas em cotas raciais nasceriam com um problema genético, pois não se define adequadamente a figura do negro. O Brasil é um país com elevado índice de miscigenação, e considerando que a aposição do atributo fenotípico assegura ao interessado um benefício competitivo em relação às outras pessoas, a primeira dificuldade estaria em estabelecer um procedimento justo para definir quem é negro.

O critério antropológico adotado é o da autodeclaração, de modo que é negro aquele que se autodeclara como tal. Este método é criticado pelos

¹¹ No Relatório de Pesquisa formulado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, lançado em 2016, sobre a reserva de vagas para negros na Administração Pública, os resultados empíricos têm demonstrado uma elevação gradual do número de negros em universidades públicas e em cargos da administração pública, sem qualquer efeito colateral para o desempenho satisfatório das atividades nos locais onde atuam. Inclusive, os pesquisadores asseveram que a legislação federal incentivou sobremaneira a adoção de inúmeros diplomas normativos que asseguraram a reserva de vagas com critérios raciais na administração pública dos municípios e dos Estados (ao menos 4 Estados e 46 municípios já dispunham, em 2016, de legislação específica sobre a matéria). O problema é a distribuição desigual das iniciativas adotadas, com predominância no Sudeste (40% dos casos) e Sul (54,3% da incidência), de modo que o Centro-Oeste e o Nordeste somados possuem apenas 5,7% das iniciativas de regulamentação da reserva de vagas dentro da administração pública. Além disso, em dez localidades, até 2016, subsistiram suspensões judiciais da legislação de cotas em concursos públicos, sobretudo em municípios, da ordem de 30% (3 suspensões por razões de ordem formal, como a iniciativa) e 70% (7 casos de suspensão por vício formal e material ou apenas material, pela recalcitrância em se reconhecer o respeito ao princípio da isonomia). Cf. IPEA, 2016, p. 25-37.

¹² Edilson Vitorelli é um dos maiores defensores da concepção de que as cotas raciais em concursos públicos constituem um equívoco brasileiro. Por meio de uma revisão da matéria à luz da experiência norte-americana com políticas de ação afirmativa e por precedentes quanto às cotas no ensino superior, aduz que são formal e materialmente inconstitucionais quando inseridas no âmbito dos concursos públicos. Em síntese, as razões alegadas pelo autor são: (i) o concurso público é uma norma constitucional de grande valor e que representa um sistema de mérito, na medida em que possibilita a escolha dos melhores candidatos em condições iguais de participação; (ii) não se admite que o legislador infraconstitucional excepcione norma constitucional que tamanha envergadura, sob pena de abrir-se possibilidade para novas exceções, no futuro, com simples apego a embasamentos estatísticos e que não avaliam o nível de inclusão real; (iii) as cotas raciais não são a solução para o problema racial brasileiro, mas não resultado de uma análise insular de achados estatísticas e premissas teóricas discutíveis e que excluem outras tantas minorias, de igual modo, tão marginalizadas socialmente quanto os negros. Cf. VITORELLI, 2016.

contrários às ações afirmativas, pois, no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, não houve uma política pública institucional segregacionista após a abolição da escravatura, o que permitiu uma maior miscigenação racial da sociedade e, por consequência, a dificuldade de se encontrar o limiar sobre quando alguém “deixa de ser considerado negro para ser caracterizado branco” ou vice-versa.

Outro argumento crítico ultrapassado deve-se à vastidão do grupo populacional de negros atingidos, proporcionalmente à população nacional, o que não justificaria a adoção de medidas promocionais. Por último, pode-se destacar a sustentação dos autores pela fraude, diante uso da autodeclaração para acesso indevido às cotas com o objetivo de auferir vantagens competitivas em um certame, atraindo-se diversos indivíduos a se autodeclararem negros, quando de fato não o seriam.

É inelutável que uma parcela significativa dos argumentos elencados pelos autores contrários à adoção das cotas raciais foi relevante para fortalecer a legitimidade e a justiça do procedimento. A constatação de fraudes nas autodeclarações e a dificuldade antropológica de definir aquele que é negro ou não são fatos triviais. Por essa razão, as universidades públicas foram as primeiras a adotar políticas de heterorreconhecimento, com o uso de comissões de avaliação de autodeclaração.

Porém, tais procedimentos trouxeram novas críticas, por violação à isonomia. A razão é que os índices de judicialização dispararam para discutir a subjetividade e ausência de parâmetros para as ações, além de rediscussão de situações concretas escatológicas em pessoas com fenótipo muito similar, ou mesmo de gêmeos, para os quais a comissão de verificação, por exemplo, da Universidade de Brasília (e outras instituições) selou (selaram) destinos diferentes¹³, obtendo resultados distintos quando avaliadas pela comissão de avaliação.

¹³ Em 2007, os irmãos gêmeos idênticos Alan e Alex Teixeira da Cunha, filhos de pai negro e mãe branca, disputaram vaga no vestibular da Universidade de Brasília (UnB) por meio do

Em vista dos episódios de fraude e considerando que a atuação da comissão de avaliação é decisiva, uma vez que possui plenos poderes para anular a autodeclaração formulada por candidatos negros, dando a palavra final sobre a condição racial do indivíduo participante do certame, a melhor solução é conceber novos mecanismos procedimentais que dêem segurança ao certame. O receio da sobreposição da comissão de avaliação sobre a autodeclaração refletida é uma constatação fática, tendo em vista que o próprio Poder Judiciário passou a decidir determinados casos com amparo na análise visual de fotografias para determinar se candidato era, de fato, negro ou não¹⁴. Esta situação, invariavelmente elevou a insegurança jurídica dos

sistema de reserva de vagas para preenchimento por cotas raciais. Após a submissão de fotografias à comissão de avaliação de autodeclaração da universidade, Alan foi considerado negro, enquanto Alex, não. Após a repercussão negativa do caso, a Universidade de Brasília voltou atrás e decidiu incluir Alex como aluno cotista. Os irmãos gêmeos não lograram êxito no certame de 2007, entretanto abriram a discussão sobre a segurança jurídica e a legitimidade da comissão de verificação de critérios heteroreferentes. Este caso emblemático, portanto, foi símbolo das falhas do sistema de cotas raciais, pela ausência de critérios de heteroidentificação, e que desaguou na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade das cotas, em 2012, bem como analisou os limites das comissões de análise de veracidade das autodeclarações, para evitar abusos e fraudes. Cf. ESTADÃO, 2012.

¹⁴ Sobre a possibilidade de reanálise do parecer da comissão de avaliação pelo Poder Judiciário, com o uso de fotografias, em prejuízo à segurança jurídica, temos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.148.891-8. APELANTE: ESTADO DO PARANÁ. APELADO: ANDRÉ DE OLIVEIRA PROCHE. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. COTA RACIAL. SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003. ATO ILEGAL E ABUSIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO DE EXCLUSÃO EM RAZÃO DA FALTA DE EXPLICITACÃO DE QUAL REQUISITO O CANDIDATO DEIXOU DE ATENDER. FOTOGRAFIAS ACOSTADAS QUE PODEM INDICAR O CANDIDATO COMO PARDO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É possível ao Poder Judiciário analisar os fundamentos dos atos administrativos discriminatórios, a fim de averiguar não só a legalidade, mas também eventual violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique em afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. O controle judicial sobre os atos discricionários é justificável, em vista à necessidade de evitar o abuso de poder do administrador público, que deve ser submetido ao controle dos seus atos, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja para evitar arbitrariedades que, além de comprometerem o próprio Estado Democrático de Direito, ofendem princípios subjetivos. 2. Fixadas essas premissas, verifica-se que, na espécie, o ato administrativo objurgado ofende à

candidatos cotistas e aos demais concorrentes, que, por vezes, deixaram de concorrer às cotas a que teriam direito por receio de uma desclassificação arbitrária posterior¹⁵.

Por isso, há preocupações legítimas com a discricionariedade da avaliação do fenótipo por uma comissão externa, que demandam, ao menos, três aprimoramentos:

- (i) Padrões decisórios objetivos e claros: As comissões de avaliação devem oferecer padrões objetivos de orientação da declaração dos candidatos, de modo que o ele, ao preencher a autodeclaração, possa avaliar os riscos aos quais se submete se assim o fizer. A

razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme bem expôs a respeitável sentença, a fotografia acostada às fls. 19 revela que o impetrante é da cor parda, ao passo que sua família é da etnia negra, conforme certidões e demais fotografias. Tem-se daí que o ato coator é ilegal e viola direito líquido e certo, não restando alternativa senão negar provimento ao recurso. (4ª Câmara Cível, Relator Coimbra de Moura, Julgamento em 11 nov. 2014).

¹⁵ Sobre a possibilidade de reanálise do parecer da comissão de avaliação pelo Poder Judiciário, com o uso de fotografias, em prejuízo à segurança jurídica, temos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.148.891-8. APELANTE: ESTADO DO PARANÁ. APELADO: ANDRÉ DE OLIVEIRA PROCHE. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. COTA RACIAL. SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003. ATO ILEGAL E ABUSIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO DE EXCLUSÃO EM RAZÃO DA FALTA DE EXPLICITAÇÃO DE QUAL REQUISITO O CANDIDATO DEIXOU DE ATENDER. FOTOGRAFIAS ACOSTADAS QUE PODEM INDICAR O CANDIDATO COMO PARDO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É possível ao Poder Judiciário analisar os fundamentos dos atos administrativos discriminatórios, a fim de averiguar não só a legalidade, mas também eventual violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique em afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. O controle judicial sobre os atos discricionários é justificável, em vista à necessidade de evitar o abuso de poder do administrador público, que deve ser submetido ao controle dos seus atos, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja para evitar arbitrariedades que, além de comprometerem o próprio Estado Democrático de Direito, ofendem princípios subjetivos. 2. Fixadas essas premissas, verifica-se que, na espécie, o ato administrativo objurgado ofende à razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme bem expôs a respeitável sentença, a fotografia acostada às fls. 19 revela que o impetrante é da cor parda, ao passo que sua família é da etnia negra, conforme certidões e demais fotografias. Tem-se daí que o ato coator é ilegal e viola direito líquido e certo, não restando alternativa senão negar provimento ao recurso. (4ª Câmara Cível, Relator Coimbra de Moura, Julgamento em 11 nov. 2014).

insegurança macula o princípio da confiança e reside no percentual elevado de diferença entre a autodeclaração do candidato e a avaliação de heteroverificação, que chega a 21% do total de inscritos para ocupar a vaga como cotista. Isso significa que uma a cada cinco pessoas acaba excluída do certame, mesmo que não tenha atuado de má-fé e nem possua fenótipo que dê espaço para desacordos razoáveis sobre ser ou não preto ou pardo (VITORELLI, 2017, p. 109). Logo, um procedimento que não explicita pormenorizadamente seus critérios beira à arbitrariedade.

- (ii) Fundamentação das decisões: que as decisões proferidas pelas comissões de verificação sejam suficientemente fundamentadas, de modo a viabilizar um controle jurídico mais efetivo sobre as condicionantes decisórias da comissão. O quadro atual permite a transferência do subjetivismo para as comissões de recursos administrativos e para o Poder Judiciário, bem como é insincero sobre os parâmetros de fato considerados pelos examinadores. Não se pode negar que toda decisão que modifique uma situação jurídica deve publicizar os parâmetros institucionais utilizados para fundamentar a decisão final.
- (iii) Fortalecimento do controle social: a necessidade de melhoria e ampliação do controle social é antídoto para eliminar a vulnerabilidade do sistema de cotas com decisões injustas e paternalistas, bem como permitir a fraude no interior da própria comissão (*v.g.*, conluio entre candidatos e a comissão de avaliação de autodeclaração). Se a prática em qualquer certame é a realização transparência, os atos administrativos das comissões também devem se sujeitar à publicidade e ao controle social.

Uma decisão fundamentada, íntegra e coerente, e com critérios preestabelecidos minora a utilização exacerbada do Judiciário para rever a decisão tomada em âmbito administrativo e projeta positivamente o princípio da igualdade.

5. Interpretação judicial das cotas raciais em processos seletivos: a atuação do Poder Judiciário

A influência do Poder Judiciário – por meio do Supremo Tribunal Federal ou pelos juízes de primeiro e segundo grau – sobre a constitucionalidade ou acerca de critérios de legalidade em casos concretos está presente em diversos exemplos. O primeiro caso emblemático levado à Suprema Corte sobre a adoção das políticas de ação afirmativa foi o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Nesta ação, após ampla discussão pública, o plenário do Supremo Tribunal Federal considerou válidos os atos normativos emanados pela Universidade de Brasília (UnB), bem como por dois órgãos a ela vinculados, quais sejam, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB (CEPE) e o Centro de Promoção de Eventos da UnB (CESPE). Estes atos administrativos fixaram diretrizes para disponibilização, durante dez anos, de 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos da UnB, bem como um pequeno número de vagas, por 10 anos, para índios de todos os Estados brasileiros, além de oferecer bolsas e moradia aos estudantes indígenas e negros carentes¹⁶.

Os atos acerca do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial, no âmbito do processo de seleção para ingresso em instituição

¹⁶ Cabe ao Poder Judiciário o controle das condutas humanas em face de regras morais? Para discutir esta questão e o tema da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa, Jessé Torres compreende que o escrutínio das condutas deve ser feito de modo mais amplo possível à luz de princípios e valores constitucionais. Cf. PEREIRA JÚNIOR, 2012.

pública de ensino superior, foram impugnados na ADPF por suposta ofensa aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal.

A pretensão do autor na mencionada arguição era desconstituir tais atos, de modo que utilizou como fundamento a existência de inúmeras decisões de primeira e segunda instância, na seara federal e estadual, que decidiam de modo divergente sobre a constitucionalidade ou não de atos normativos e administrativos emanados pelas universidades.

Para afirmar, no mérito, que a discriminação existente no Brasil não possui substância racial, mas sim social, sustentou: que a adoção de políticas afirmativas raciais não seria necessária no Brasil; que dependeria de análise de outros valores históricos, culturais, sociais, econômicos e políticos do povo; que não há exclusão pelo simples fato de ser negro; que mesmo a opção escravocrata se deu por motivação lucrativa e não por origem na cor; que a intensa miscigenação brasileira inadmitte um sistema binário de classificação por raças (branco e preto), o que torna a situação mais complexa; que as cotas geram ofensa arbitrária ao princípio da igualdade e discriminação perversa em relação aos brancos, bem como aos próprios negros, os quais seriam submetidos a um tribunal racial institucionalizado no seio universitário para definir aquele que é ou não negro; e que não haveria um conceito propriamente dito de raça.

Dentre os princípios, valores e direitos em jogo, portanto, destacam-se: a dignidade da pessoa humana; o princípio da não-intervenção; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer formas de discriminação; o princípio da igualdade, em seus desdobramentos formal e material; os princípios da administração pública, sobretudo, a legalidade; o direito à educação e à igualdade de condições de acesso e permanência na escola; o direito à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial universitária; e o dever

do Estado de garantia aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística.

Em vista das alegações do autor, foram prestadas informações pelas autoridades que emanaram os atos impugnados, de manifestação da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União e das contribuições do debate social, inclusive em audiência pública. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a compreensão a ser dada aos direitos em jogo deveria ser a que segue.

Em relação ao princípio da igualdade, entendeu que não basta que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. A isonomia material deve ser perseguida por políticas públicas e iniciativas concretas direcionadas à inclusão e ao reconhecimento de grupos desfavorecidos. Assim, além da justiça compensatória em virtude de razões históricas, a justiça distributiva assume importante papel no estímulo ao pluralismo, na superação de estereótipos e no combate ao preconceito. Assim, ao lado do direito à igualdade, existe o direito à diferença, que deve servir para a afirmação e promoção de direitos, bem como a necessidade de converter um direito em verdadeira igualdade de possibilidades.

Além disso, o STF deduziu que, ao dispor sobre a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência, no art. 37, a Constituição clarifica a intenção precípua do legislador de reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas que proporcionem superioridade jurídica, como as políticas de ação afirmativa. Se isso é admissível para determinados grupos, outros grupos marginalizados também podem ser albergados pela principiologia constitucional. Não se furta a isso que as políticas de ação afirmativa apenas são legítimas, proporcionais e razoáveis ao se ampararem na transitoriedade.

A Corte inferiu também que, ao afirmar a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios que norteiam o ensino, a Constituição de 1988 pretendeu temperar o rigor do cotejo de mérito

dos candidatos com o princípio da igualdade material para o acesso à universidade. O mérito não deve ser aferido por uma ótica linear, mas também em virtude de suas condições de vida numa sociedade com nítida desigualdade étnico-racial. O postulado da garantia da autonomia universitária deixa assente o papel amplo das instituições de ensino de transpassarem a mera produção e transmissão de conhecimento, para serem locais de desenvolvimento de alternativas que privilegiem o pluralismo e a concretização da justiça social.

Além disso, o dever do Estado com a educação, efetivado mediante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística deve passar por um filtro de igualdade, fraternidade e pluralismo que imponham uma desigualação inicial entre os candidatos a uma vaga na universidade a fim de compensar as injustiças cometidas em face da população negra e indígena. As universidades são centros integradores que contemplam a alteridade, espaços de desmistificação de preconceitos sociais em relação ao outro e de construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente homogênea, compatível com o mundo globalizado.

Diante do exposto, ao colacionar os argumentos lançados quanto aos direitos, princípios e valores fundamentais envolvidos quanto às cotas raciais, resta patente o propósito do STF em amparar as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília, na medida em que visam promover um ambiente plural e diversificado, em superação às disparidades sociais históricas. Ademais, estariam assentadas na proporcionalidade e razoabilidade das soluções empregadas e seriam transitórias e sujeitas a revisões periódicas para identificar a efetividade da medida, em perfeita compatibilidade com a realização do princípio da dignidade humana.

A decisão ocorreu antes da edição da Lei Federal n. 12.711/2012 (BRASIL, 2014b), em julgamento plenário realizado em abril de 2012, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram acompanhar o voto do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, por unanimidade, para julgar

improcedente a ação ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), declarando constitucional a política de cotas, implantada pela UnB em 2004, que reservou 20% das vagas para candidatos negros e indígenas, prevista para vigorar por um prazo determinado de dez anos.

Àquela altura, a Lei Federal n. 12.711/2012, que consolidou a reserva de vagas por razões étnico-raciais em concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação em instituições federais de ensino, ainda não havia sido editada. Apesar de o julgamento ter ocorrido em 26 de abril de 2012, apenas em outubro de 2014 o acórdão de julgamento foi publicado.

A contenda retornou ao Supremo Tribunal Federal¹⁷ quando a União decidiu editar a Lei n. 12.990/2014, na qual reservou 20% do número de vagas em concursos públicos para os autodeclarados negros (pretos e pardos). Para a análise, o Supremo Tribunal Federal retomou diversos dos argumentos já apreciados na ADPF n. 186 e se restringiu à apreciação da constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos em suas especificidades.

Em junho de 2017, a Suprema Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 41 (BRASIL, 2016) para assentar, por unanimidade, a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014. A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e contou com a presença de *amici curiae*, especificamente, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA e a EDUCAFRO – Educação Cidadania de Afrodescendentes e Carentes. A decisão do Supremo suscitou 3 principais razões para declarar de constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014.

¹⁷ A recente adoção das cotas em concursos públicos retomou a discussão acerca da legitimidade da expansão da aplicação de cotas. A análise da cumulação das políticas públicas provenientes das Leis n° 12.711/2012 e n° 12.990/2014, à luz do princípio da proporcionalidade, formulada por Bruna Prando Oligini e Cristhian Magnus De Marco, buscou identificar que a atuação positiva do Estado tanto na reserva de vagas a negros nas universidades públicas e em concursos públicos federais são perfeitamente acumuláveis, pois isoladamente as políticas públicas para ingresso no ensino superior não são suficientes para sanar as desigualdades. Cf. OLIGINI; DE MARCO, 2016.

A primeira razão é que a discriminação positiva criada pela norma questionada é perfeitamente compatível com o princípio da igualdade. Num país em que o racismo é estrutural e institucionalizado é legítimo que o Parlamento considere mecanismos para resgatar a distribuição isonômica de bens da vida, em atenção à igualdade material.

O segundo motivo é a admissibilidade de coexistência entre o princípio da igualdade material e os princípios do concurso público e da eficiência administrativa, de modo que nenhum deles se anula pela ação do outro. Isso porque o candidato à vaga proporcionada pela política pública não é investido no cargo sem que tenha alcançado a nota mínima necessária para que seja considerado apto. O uso do critério racional como mecanismo adicional de seleção no certame proporcionou a criação de ambientes plurais e o acesso do público-alvo da política pública, mas que concorreram e mostraram-se habilitadas à investidura no cargo.

Por fim, o terceiro fundamento para a constitucionalidade da norma é o de que há cumprimento categórico do princípio da proporcionalidade, posto que (i) não são todos os cargos ou empregos públicos que exigem o requisito de curso superior; (ii) ainda que haja tal exigência, nem todos os beneficiários no certame público o foram nas universidades públicas; e (iii) ainda que o concorrente tenha utilizado o sistema de cotas para ingressar no ensino superior, outros fatores impõem a aplicação da medida, pois não se deve considerar que o acesso à educação superior é o único fator capaz de debelar o racismo institucional. O acesso ao mercado de trabalho é outro gargalo que reproduz um quadro de racismo sistemático.

Na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia silenciar sobre a eventual instituição de mecanismos para coibir fraudes praticadas pelos candidatos. Por isso, o tribunal considerou constitucional a utilização de critérios adicionais de heteroidentificação, como a autodeclaração presencial perante a comissão do certame, em substituição ao ato individual do candidato. Os novos mecanismos suplementares deverão

obedecer à dignidade humana e garantir o contraditório e a ampla defesa, antevendo-se, inclusive, que a atuação do Poder Judiciário deverá ser autocontida e adstrita aos limites definidos no concurso público.

Além destes limites, a Supremo Tribunal Federal fixou parâmetros para garantir a segurança jurídica da competição, sendo eles: (a) a garantia dos percentuais mínimos de reserva em todas as fases do certame; (b) a extensão destas vagas para todas aquelas oferecidas durante a vigência no concurso e não somente para as pronunciadas no edital de abertura; (c) a vedação de fracionamento de vagas com a mesma exigência de especialização com o intuito de burlar a política de cotas (nos casos de concursos com mais de 2 vagas); e (d) a produção de efeitos jurídicos, para qualquer fim de direito, decorrente da ordem de classificação obtida para nomeação às vagas, durante a carreira funcional do cotista.

Em síntese, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, defendeu a compatibilidade do texto da lei federal em face da Constituição. Ressaltou que, a despeito das divergências acerca do emprego de políticas raciais, é legítima a ingerência do Poder Executivo federal no cumprimento de seu dever de reparar erros estruturais e institucionais do Estado brasileiro, em virtude de seu passado escravocrata. Ressaltou, ainda, a necessidade de remédios temporários e excepcionais para mitigar os efeitos de um racismo persistente e que, ainda velado, incentiva a desigualdade social e a exclusão de ambientes de poder dificilmente alcançáveis simplesmente pela igualdade perante a lei.

Isto posto, a tese de julgamento fixou a constitucionalidade da 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. Ademais, considerou 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 (BRASIL, 2016).

Independentemente da palavra final do Supremo Tribunal Federal, muitas demandas foram ajuizadas para discutir questões específicas relacionadas às comissões de verificação do fenótipo, criadas para confirmar ou não a autodeclaração efetuada previamente pelo candidato no ato de inscrição ao concurso público. Não se discute a importância das comissões para combater fraudes e declarações falsas, no entanto o poder de eliminar definitivamente o candidato dos certames sobre resistência nos tribunais¹⁸. E,

¹⁸ Para demonstrar como as soluções jurídicas, tomadas nas demandas judiciais, quanto à decisão da comissão de verificação sobre a autodeclaração efetuada pelo candidato, podem ser elencados ao menos dois precedentes ilustrativos da controvérsia. O primeiro deles reforça a regularidade na avaliação da Comissão, bem como ratifica os poderes desta:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF-4. APELAÇÃO CÍVEL 5004656-48.2015.404.7110 RS. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. REGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. 1. O Edital é claro ao adotar o fenótipo – e não o genótipo – para a análise do grupo racial. Portanto, não se pode falar em arbitrariedade na decisão da Comissão de Verificação de Autodeclaração, que, seguindo os termos estritos dos dispositivos mencionados, procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos. 2. A autodeclaração não é critério absoluto, sob pena de se subverterem os objetivos da lei de privilegiar a inclusão das pessoas menos favorecidas sejam por questões sociais ou econômicas ou por outro fator de discriminação. (3ª Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Julgamento em 27 set. 2016).

O segundo julgado é ainda mais recorrente, posto que, na maioria das vezes, os editais conferem o poder à Comissão de Verificação para, diante da não confirmação da autodeclaração, excluírem os candidatos do certame. A prática corrente tem sido de prolação de decisões que não excluem a candidata cuja autodeclaração não foi aceita, quando ausente má-fé, pois do contrário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, vejamos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. APELAÇÕES CÍVEIS 20160110340034 DF 0008837-16.2016.8.07.0001. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. LEI N. 12.990/2014. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AUTODECLARAÇÃO. ELIMINAÇÃO DA CANDIDATA. FALSIDADE DE DECLARAÇÃO. NÃO VERIFICADA MÁ-FÉ. REALOCAÇÃO NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. REDISTRIBUIÇÃO DE HONORÁRIOS. 1. A penalidade de eliminação do concurso público prevista no parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.990/14, em caso de constatação de falsidade na declaração de preto/pardo, tem como objetivo coibir atos fraudulentos de candidatos que buscam se beneficiar da política de cotas raciais indevidamente. 2. O fato da candidata ter ingressado anteriormente em universidade federal pública pelo sistema de cotas raciais, bem como pelo fato de ser filha de mulher negra, gera a expectativa legítima de fazer jus à política cotista, de modo que não pode ser inferida sua má-fé, para fins de eliminação do certame. 3. Não constatado o objetivo espúrio de fraudar o concurso público ao se autodeclarar negra/parda, não se justifica a eliminação do certame, devendo a candidata figurar na lista de ampla concorrência, caso a nota obtida lhe permita.

mesmo após a nomeação do candidato, essas comissões possuem a prerrogativa de anular o ato após processo administrativo regular.

Não havia um respaldo jurídico que previsse detalhadamente os métodos de aferição da veracidade da autodeclaração, de modo que o procedimento padeceria de um vício de subjetividade e insegurança jurídica. Após a Portaria Normativa n. 4/2018, gestada pelo Ministério dos Direitos Humanos, essas antigas controvérsias deverão ser reduzidas, de modo a estabilizar a jurisprudência dos tribunais sobre o tema.

6. Novos desafios à efetividade da política de cotas raciais: avanços, procedimentos e a Portaria Normativa n. 4/2018

A exclusão sistemática em razão da raça e da origem étnica, ao largo dos séculos, alocou indivíduos e grupos minoritários a uma injusta dubiedade: estão à margem da esfera de direitos, mas no centro da esfera de deveres. O desequilíbrio não foi apenas cultural, mas também social, político, econômico, o que propiciou a formação de classes de cidadãos. O cientista político José Murilo de Carvalho ilustra a desagregação social entre cidadãos de primeira, segunda e terceira classes¹⁹, um fenômeno que, dentre outros fatores, conecta-

4. Apelações conhecidas e parcialmente providas. (1ª Turma Cível, Relatora Simone Lucindo, Julgamento em 24 de mai. 2017).

¹⁹ A narrativa da história de José Murilo de Carvalho para desvanecer o descolamento entre o gentílico “brasileiro” e a alcunha de direitos “cidadania” é um retrato da estratificação policialesca, por ordem de direitos, os cidadãos de primeira, segunda e terceira classe. Como analogia ao uso metafórico de “A Revolução dos Bichos”, de George Orwell, situação na qual os porcos tomam o poder e detêm soberania sobre todos os demais animais da fazenda, no Brasil, há três níveis concretamente hierárquicos. O cidadão de primeira classe é o “doutor”, ciente e esclarecido de seus direitos, com condições materiais e psicossociais de lutar pela sua aplicação. Muitas vezes, seus direitos já são naturalmente cumpridos pelas instituições de Estado, em deferência a atitudes como “sabe com quem você está falando?” ou “quem você pensa que é?”. O segundo é o “crente” ou pobre honesto, cujos direitos são violados ou respeitados a depender de uma avaliação concreta de cada caso pela política. São cidadãos que, a rigor, não possuem conhecimento exato de seus direitos e nem detêm condições materiais ou intelectuais para fazê-los valer em nome próprio. A terceira e última classe de cidadãos são os “macumbeiros” ou pobres das grandes cidades, sem carteira assinada, mendigos, meninos de rua, analfabetos ou com educação deficiente. Estes possuem seus direitos desrespeitados sistematicamente. Cf. CARVALHO, 1999.

se ao critério racial e que requer uma quebra da mentalidade de outrora para instalar instrumentos de inclusão e indução à diversidade.

O abismo na ocupação de territórios de poder entre os grupos sociais classificados em razão do parâmetro racial foi avaliado no início das primeiras ações afirmativas adotadas pelo Brasil, por meio de coleta de dados realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Instituto Sindical Interamericano e Estados Sócio-Econômicos (Dieese) (IPEA, 2000).

Neste período de instalação e disseminação das ações afirmativas, verificou-se que, no mercado de trabalho, nos anos 2000, os negros foram o grupo populacional com os maiores índices de desemprego e instabilidade ocupacional, com jornadas acima da média nacional e salários piores relativamente aos brancos que executavam as mesmas funções e num período de tempo equivalente. Numa análise desagregada e qualitativa, os estudos evidenciaram que os postos de trabalho ocupados por negros eram mais precários do que aqueles destinados a outros grupos. No círculo universitário público e privado, apenas alarmantes 2% dos estudantes eram autodeclarados afrodescendentes, comparativamente aos demais frequentadores dos espaços educacionais de ensino superior (PIOVESAN, 2005, p. 50-51).

A democracia plena depende da aptidão de gozo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais por todos os indivíduos. Por isso, é inafastável o debate sobre o desafio da efetividade da isonomia, que importa o compromisso ético com os direitos humanos e a eliminação de todas as formas de discriminação, dentre elas, as étnico-raciais, seja por reprimir condutas avessas à dignidade, ou por animar estratégias especiais e temporárias que abreviem o descompasso de um processo histórico pouco preocupado com a construção da igualdade racial.

Neste compasso, o legado de exclusão não pode padecer da mesma lentidão que legou ao Brasil o título de último país do mundo ocidental a livrar-se da escravidão, em 1888. A urgência das medidas antidiscriminação não podem ganhar o mesmo enalço do atraso histórico brasileiro em

demandas pela isonomia. Os negros são parcela significativa da composição étnica nacional, ultrapassam metade da população, e tem pressa na realização de direitos fundamentais, no enaltecimento como protagonistas de seu próprio destino e cidadãos plenos em direitos e liberdades (PIOVESAN, 2005, p. 52).

Como bom espectador, é inelutável reconhecer os avanços obtidos pelo andar do tempo, o que não retira a obrigação de acompanhar os obstáculos não vencidos²⁰ (*v.g.*, a baixa ocupação de cargos em novos concursos por negros e a subjetividade de critérios) e outros que têm sido equacionados (*v.g.*, criação da comissão de heteroidentificação) no âmbito da reserva de vagas aos afrodescendentes nos certames públicos.

No campo dos entraves persistentes, verifica-se que, apesar das novas regras para a reserva de vagas em concursos públicos, a ocupação por negros nos novos certames está abaixo da média prevista na lei de cotas (20%). Segundo o monitoramento promovido pela extinta Secretaria de Promoção de Políticas da Igualdade Racial (SEPPIR) do Ministério dos Direitos Humanos logo no primeiro ano de vigência da Lei n. 12.990/2014, com o uso da mesma metodologia aplicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificou-se que, no total, foram ofertadas 4.177 vagas no serviço público federal. Deste total, a legislação determina a destinação de 20%, equivalente a 835 vagas, a negros. Entretanto, o cotejo com a realidade revela que somente 638 das 835 vagas foram preenchidas por negros por meio do uso de ações afirmativas, o que corresponde a 15,3% do total de vagas, abaixo dos 20% pretendidos pela lei.

A principal razão apontada para a defasagem de 4,7% do percentual de vagas destinadas a afrodescendentes é uma limitação material, isto é, a lei

²⁰ Antônio Gomes Costa Neto constatou que as ações afirmativas por meio do programa de cotas no Poder Executivo federal podem se revelar um plano governamental frágil, com risco de comprometer outras políticas públicas em favor da população negra, devido à falta de monitoramento preciso e exame periódico da implementação da política. Cf. COSTA NETO, 2016.

somente se aplica aos casos em que o número de vagas ofertadas for superior a três. É comum que os concursos ofertem um número reduzido de vagas, entre uma e duas, para o preenchimento de cargos públicos e que, por essa razão, inviabilizam a incidência plena da norma de ação afirmativa.

Em espaços como as universidades, por exemplo, os números podem ser mais alarmantes, visto que, em regra, os certames para provimento de cargos de professor, além de demandarem um alto grau de especialização (o que a política ainda não conseguiu obter plenamente), o outro fator de exclusão é um número pequeno de vagas e que impede a incidência do percentual determinado pela Lei n. 12.990/2014.

Embora as desigualdades de acesso em razão da cor tenham decaído, os índices denotam que a velocidade ainda não é a ideal. No ano de 2015, o IBGE apontou que 53% da população era autodeclarada negra e, no mesmo ano da pesquisa, o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do governo federal (Siape) revelou que tão somente 32,3% dos servidores eram pretos ou pardos. Apesar das discrepâncias serem alarmantes já nos dados globais, o que se verifica é que o abismo é maior em carreiras com postos específicos.

Assim como na magistratura, os percentuais para os cargos de diplomata e auditor fiscal denotam uma presença de afrodescendentes ainda menor, respectivamente, por volta de 5,9% e 12,3% do total²¹. A desproporção

²¹ Em fevereiro de 2014, com o apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva analisaram, à luz das desigualdades raciais no mundo do trabalho e das experiências de cotas em nível estadual e municipal, o Projeto de Lei (PL) 6738/2013, que viria a se tornar a Lei n° 12.990/2014, que reservou 20% das vagas em concursos públicos federais para negros. O racismo é base estruturante das desigualdades no país e se reflete não apenas no campo educacional, em que os negros tinham em média 7 anos de estudo, ante mais de 10 entre brancos no ano de 2012, mas também no mundo do trabalho. Segundo dados do PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2012), as mulheres negras, com o mesmo nível educacional, possuíam rendimentos correspondentes a apenas 40% daquele auferido por homens brancos. Esses números denotam o racismo que atua, senão de forma direta, pela manifestação velada e nebulosa. Entre as carreiras públicas, a ocupação por raça/cor em diversos cargos demonstram a grave disparidade, vejamos: cargos na defensoria pública (19,5% de ocupação por negros), carreira de fiscal do trabalho (16,6%), cargos de nível superior em agências reguladoras (15,6%), cargos de Advogado da União

acentua-se nos cargos mais cobiçados, que oferecem uma remuneração maior, com requisito de nível superior, e que guardam uma ocupação 3 vezes menor de negros do que por brancos. A ocupação dos pretos e pardos dos cargos comissionados não fogem a esta regra, de modo que são apenas 27% do total.

A análise detida de dados desagregados (SENADO FEDERAL, 2017) das mais diversas carreiras e formas de ingresso no serviço público permitem o combate pontual às disfunções que atingem, sobretudo, os cargos superiores e que permanecem materialmente inacessíveis para parcela significativa dos afrodescendentes (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018b).

Sob outra perspectiva, pairam problemas quanto à autodeclaração dos candidatos negros, embora esta seja elencada como um dos fatores que reforçou a efetividade das cotas raciais em concursos públicos. A legitimidade dessa política de ação afirmativa é frequentemente abalada com escândalos e fraudes na reserva de vagas. Em razão disso, o Ministério dos Direitos Humanos editou a Portaria Normativa n. 4/2018, que regulamentou o processo de heteroidentificação, enquanto procedimento complementar à autodeclaração dos candidatos negros que prestassem concursos públicos federais pleiteando o uso de cotas. Essa iniciativa estatal atendeu a uma demanda da sociedade civil e dos próprios movimentos negros para validar a lisura da política pública (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018b).

A Portaria Normativa n. 4/2018 consiste em iniciativa promovida pelo Ministério dos Direitos Humanos, que determina a confirmação da autodeclaração do candidato, por terceiros, quanto às informações sobre a cor

(15,0%), cargos de Procurador da Fazenda Nacional (14,2%), Oficial de chancelaria (13,3%), cargos de Auditor da Receita Federal (12,3%), cargos de nível superior de desenvolvimento tecnológico (9,3%) e cargos da CVM/SUSEP (6,3%). Os dados apontam que a presença da população negra é muito mais reduzida em carreiras mais valorizadas, sobretudo as de nível superior, e que oferecem maior remuneração. Em cargos de nível médio, a participação de negros aumenta. Portanto, trata-se de uma desigualdade que deve ser enfrentada, de modo a reverter a disparidade não somente nos setores mais baixos do mundo do trabalho, mas também uniformizando-se o índice de representatividade nos mais diversos setores da sociedade. Cf. SILVA; SILVA, 2014, p. 2-19.

da pele declarada. O texto regulamentar foi produzido a partir de dados de monitoramento de ações afirmativas em cotas raciais obtidos e sistematizados pela Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Em resumo, a avaliação da autodeclaração analisa o fenótipo do candidato por uma comissão de heteroidentificação, formada por cidadãos de reputação ilibada, que tenham experiência na temática da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, além de terem se capacitado para fim por meio de oficinas oferecidas pelo Estado. Da avaliação deve ser exarado um parecer motivado que confirme ou negue a autodeclaração formulada pelo candidato afrodescendente no ato de inscrição ao certame (BRASIL, 2018).

Edilson Vitorelli manifestou preocupação com barreiras procedimentais, em antecipação à edição da Portaria Normativa n. 4/2018, com observações que permanecem válidas até que esteja comprovada a eficácia do procedimento regulamentado. A prevenção de fraudes e a adequada identificação dos beneficiários estão no cerne da produção de resultados que legitimam as cotas raciais na sociedade. No ponto de vista do autor, a objetividade da avaliação e a clareza no controle público são fundamentais à segurança jurídica do processo seletivo, de modo que as políticas de heterorreconhecimento racial alcancem seus objetivos sem gerar constrangimentos e perda de legitimidade que, a tanto custo e gradativamente obteve (VITORELLI, 2017).

O modelo procedimental pode ser aperfeiçoado a partir de 3 alternativas processuais. A primeira delas é o emprego de critérios claros de comparação fenotípica. A segunda é a garantia de fundamentação suficiente e transparente das decisões emanadas das comissões de avaliação das autodeclarações. A terceira é o fortalecimento de padrões de controle social sobre as listas de aprovados aos certames.

As políticas promocionais do direito fundamental à igualdade são um fato jurídico constitucional. Inclusive, o *status* constitucional já foi ratificado pela Suprema Corte brasileira. No Brasil, foram bem-sucedidas no ambiente

universitário. Isso não se pode dizer de sua implementação nas seleções de concursos públicos. Isso não desconstitui a necessidade de discutir reformas no procedimento mais adequado de seleção de afrodescendentes em concursos públicos, que resguardem a segurança jurídica de todos os cotistas, bem como a probidade e a equidade do sistema, de modo a evitar tanto quanto possível que novas interferências do Judiciário possam tornar o sistema ainda mais severo ou disfuncional, devido à submissão ao talante do magistrado deste ou daquele caso. A Portaria Normativa n. 4/2018, que veio aperfeiçoar o instituto jurídico em comento, é uma iniciativa do governo federal, mas que serve como instrumento de persuasão para que outros órgãos independentes e os demais entes federativos possam uniformemente adotar em prol do avanço da política de cotas.

Uma dificuldade que segue sem resposta legal é a relativa à exclusão definitiva do concurso dos candidatos reprovados pela comissão de heteroidentificação. O ponto controvertido tenta avaliar se é ou não proporcional que o candidato de boa-fé seja eliminado definitivamente por decisão discricionária da comissão de verificação, de modo que venha a perder a oportunidade de permanecer na disputa de qualquer outro tipo residual e amplo de vaga, como os casos de cotas para baixa renda ou as vagas para ampla concorrência.

Neste artigo, o intuito foi esboçar as novas possibilidades e desafios, a partir de pontos específicos que permanecem nebulosos ou que criam distorções que neutralizam o efeito desejado pela política de cotas raciais. Deste modo, discutiu-se como aprimorar a realização da isonomia no âmbito da reserva de cotas em certames públicos, evitando-se a ingerência, hoje frequente e desordenada, do Judiciário, além de proporcionar caminhos e velocidade à legitimação e ao fortalecimento da luta contra a discriminação racial, bem como implantar um modelo que congloba reparação e reconhecimento, para que o respeito à diversidade, a inclusão e a pluralidade

não sejam apenas horizontes inalcançáveis, mas um ponto realizável da construção democrática e valorização de todas as dimensões da igualdade.

7. Conclusão

A premissa inicial do artigo é que as políticas afirmativas, dentre as quais estão as cotas étnico-raciais, consubstanciam ações de caráter público ou privado, empregadas para promover duas finalidades: (i) a reparatória, uma vez que o seu advento permite recompor o atraso do racismo estrutural, do segregacionismo e da submissão social herdados por muitos séculos de subjugação escrava; e (ii) de promoção célere dos direitos humanos, da efetividade da igualdade material e dos direitos fundamentais, além do reconhecimento do direito à diferença.

Na primeira parte, assinaram-se a semântica e as origens históricas das políticas de ações afirmativas, de modo a engendrar um caminho que as direcionem à era dos direitos humanos. Além disso, foi explorada a íntima relação entre o princípio da igualdade e as cotas étnico-raciais, de modo que se percorre uma trajetória filosófica e sociológica, a fim de respaldar a evolução do direito positivo brasileiro quanto ao tema. O enfoque no princípio da igualdade material decorre na dinâmica internacional de resignificação da igualdade meramente formal. O Brasil não esteve alheio a esta dinâmica e emprestou o fundamento da isonomia para as políticas públicas que visam eliminar as graves desigualdades econômicas e sociais, a partir do fundamento da isonomia. Alguns avanços foram notados, porém inúmeros problemas persistem.

A produção de normas jurídicas protetivas dos direitos da população negra é um resultado positivo e disruptivo de ultrapassar um passado de discriminação endêmica. Evidentemente que não se romantiza a situação atual, porém não se podem desconsiderar os avanços jurídicos imbuídos de um espírito progressista e emancipacionista, que ultrapassou as margens da

tradicional política proibitiva contra o preconceito de cor. A pauta inclusiva legou um passo adiante na construção de ações afirmativas, tais como as cotas étnico-raciais, e que visam oferecer uma terceira via para solucionar as graves violações a direitos humanos da população negra.

O Estatuto da Igualdade Racional – Lei n. 12.990/2014 – estampa os passos mais modernos quanto às políticas de cotas raciais no Brasil. Como toda política corajosa e ousada para os padrões brasileiros, a reserva de vagas para negros na ocupação de cargos e funções públicas no âmbito federal, as divergências suscitaram intensos debates no Judiciário, a ponto de demandar o pronunciamento pela constitucionalidade da legislação mencionada, suscitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. A Suprema Corte não apenas consolidou a presunção de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, como também trouxe novos parâmetros a serem observados para a reserva adequada de vagas para negros e pardos nos processos de seleção para cargos e empregos públicos do Poder Executivo federal.

A tenacidade da doutrina e da jurisprudência em produzir uma política promocional de cotas raciais justa e ponderada, com senso de temporariedade e excepcionalidade, revelam que o duelo por direitos não é um espaço trivial. Entretanto, o sucesso das ações afirmativas no ensino público e, em seguida, em concursos para provimento de cargos e funções públicas na administração federal demonstram o compromisso das instituições de Estado para enfraquecer o mito da democracia racial e mudar o quadro cotidiano de exclusão social em diversos ambientes, como o do trabalho, da pesquisa e da convivência.

Conclui-se que o empenho na efetivação de direitos fundamentais e do princípio da igualdade produziu avanços notáveis. No entanto, não é incomum a continuidade de nichos de exclusão, que reforçam as demandas por novos instrumentos e procedimentos que incrementem a justiça social e elidam as inconsistências residuais provocadas por três destacados motivos: (i) os problemas oriundos de comissões de verificação de autodeclaração com

procedimentos e performances aquém dos pretendidos; (ii) a vagueza dos editais de concursos, que ainda se pautam fortemente na subjetividade e inconsistência aos critérios adotados; e (iii) a fraqueza de um incipiente controle social que garanta a realização máxima do princípio da igualdade a partir de ações submetidas ao filtro da proporcionalidade.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/25701>>. Acesso em: 27 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12990.htm. Acesso em: 01 fev. 2023.
- BRASIL. **Portaria Normativa n. 4, de 6 abril de 2018**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTzC2Mb/content/id/9714349/do1-2018-04-10-portaria-normativa-n-4-de-6-de-abril-de-2018-9714345. Acesso em: 01 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Requerente: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. DJe 20 out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 41. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Despacho publicado em 02 fev. 2016. DJe 02 fev. 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro Cidadão? *In*: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história política. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Cotas raciais para concurso de ingresso na magistratura (CNJ). **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 363-373, set./dez. 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Cotas para negros em concursos para juiz são adotadas em quase todo país**. Censo Judiciário – Justiça Estadual 2013, mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84376-cotas-para-negros-em-concursos-para-juiz-sao-adotadas-em-quase-todo-pais>. Acesso em: 26 set. 2018.
- COSTA, Namba Akegawa. Aplicação da Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas nos concursos públicos da União. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 27, n. 5-6, p. 11-17, mai./jun. 2015.
- COSTA NETO, Antonio Gomes da. Ações afirmativas na Administração Pública Federal: a política multicultural da lei de cotas no serviço público. **Revista Educação Pública**, Rio de Janeiro, 30 ago. 2016.
- ESTADÃO. Para UnB, um era branco e outro, negro. **O Estado de S. Paulo**, 28 out. 2012. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-unb-um-era-branco-e-outro-negro-imp-,951965>. Acesso em: 27 set. 2018.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. *In*: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel

(coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-190.

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, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.38, n. 151, p.129-152, jul./set. 2001.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Políticas sociais**: acompanhamento e análise. Capítulo 8 – Igualdade Racial. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2000.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reserva de vagas para negros na Administração Pública**: Relatório de Pesquisa. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2016.

OLIGINI, Bruna Prando; DE MARCO, Cristhian Magnus. Ações afirmativas: análise da cumulação das políticas públicas à luz da proporcionalidade. **Diálogos sobre Direito e Justiça**. Coletânea (orgs. Cristhian Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva e Orides Mezzaroba). Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. p. 39-84.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Cotas raciais**: procedimento de heteroidentificação em concurso público é regulamentado. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, abr. 2018. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/cotas-raciais-procedimento-de-heteroidentificacao-em-concurso-publico-e-regulamentado>. Acesso em: 26 set. 2018.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Lei de cotas garante o ingresso de 638 negros no serviço público em um ano**. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, abr. 2018. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/lei-de-cotas-garante-o-ingresso-de-638-negros-no-servico-publico-em-um-ano>. Acesso em: 26 set. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Supremo Tribunal Federal (STF): Políticas de cotas, regra moral e justiça. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 315-359, maio/ago. 2012.

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

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PEREIRA JÚNIOR, Altemar Constante. Implantação das cotas raciais nos concursos públicos: Um debate necessário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 50, n. 197, jan./mar. 2013.

SENADO FEDERAL. Especial Cidadania – Lei de Cotas em concurso é julgada constitucional, mas ainda motiva ações, **Agência Senado**, jul. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/lei-de-cotas-em-concurso-e-julgada-constitucional-mas-ainda-motiva-acoas>. Acesso em: 26 set. 2018.

SENHORAS, Elói Martins. Debates sobre a discriminação positiva na Lei de Cotas em concursos públicos. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 9-17, abr. 2015.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos**: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Nota Técnica IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada n. 17. Brasília: IPEA, 2014.

VEGNERS, Erika Camargo. Joaquim B. Barbosa Gomes – Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito Como Instrumento de Transformação Social. **Revista Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 4, n. 6, p. 218-221, 2004.

VITORELLI, Edilson. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, maio 2016.

VITORELLI, Edilson. Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 95-124, maio/ago. 2017.

Artigo recebido em: 27/03/2020.

Aceito para publicação em: 12/07/2022.