

## **DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE EM DEFESA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS FUNDADAS EM COTAS SOCIOECONÔMICAS**

**Grace de Oliveira Benevides<sup>1</sup>**  
**Lenice S. Moreira de Moura<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

As ações afirmativas representam uma forma de se criar políticas institucionalizadas de combate à discriminação, tratando-se de um mecanismo de inclusão social que objetiva a distribuição dos bens da vida de maneira igualitária. Tem como uma de suas modalidades a discriminação positiva, que se materializa através da criação de cotas específicas para determinados grupos que necessitam da proteção estatal. O presente artigo científico, através do método indutivo de abordagem, visa analisar a constitucionalidade da criação de cotas para negros em concursos públicos à luz dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, devidamente albergados pela Constituição Federal de 1988, inquirindo-se a possibilidade de criação de cotas socioeconômicas com fulcro no combate às desigualdades sociais.

**Palavras-chave:** Ações afirmativas; cotas para negros; cotas socioeconômicas; concursos públicos; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade.

## **UNCONSTITUTIONALITY OF THE QUOTAS FOR BLACK PEOPLE IN PUBLIC APPOINTMENTS: AN ANALYSIS IN DEFENSE OF AFFIRMATIVE ACTION FOUNDED IN SOCIAL ECONOMICS QUOTAS.**

### **ABSTRACT**

Affirmative actions represent a form of institutionalized policies to combat discrimination, since it is a mechanism of social inclusion that objective the distribution of the goods of life in a equitably. Has as one of its modalities the positive discrimination, which is materialized through the creation of specific quotas for certain groups who need state protection. This scientific article, through the inductive approach aims to analyze the constitutionality of the creation of quotas for black people in public appointments in the light of the principles of Human Dignity and Equality, properly housed by the Federal Constitution of 1988, asking to possibility of creating socioeconomic quotas with the objective to combat social inequalities.

**Keywords:** Affirmative actions; quotas for black people; socioeconomic quotas; public appointments; principle of human dignity; principle of equality.

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN. E-mail: gbenevides@uol.com.br

<sup>2</sup> Professora Orientadora, Doutora em Ciências Sociais – UFRN, Mestre em Direito da Integração – UFSM, Especialista em Direito Empresarial e Tributário – UNISINOS, Coordenadora Científica do Curso de Direito do UNI/RN, Professora da Graduação e Pós-graduação da UNI/RN, Estácio/FAL. E-mail: leniceray@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

As ações afirmativas têm como objetivo gerar uma maior inclusão socioeconômica dos grupos que vivem à margem da sociedade, devido à falta de oportunidades criada, muitas vezes, pelo próprio Estado que deveria agir como garantidor das necessidades básicas de cada indivíduo, para que este possa viver dignamente. Desta forma, o Direito chancela a possibilidade de adoção de determinadas discriminações, também conhecidas como discriminações positivas.

Segundo Joaquim Barbosa (2003, p. 27), Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF,

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

Há, contudo, que se ter em mente que as políticas de cotas, como modalidade de ações afirmativas, somente serão tidas como legítimas se estiverem baseadas em critérios objetivos e constitucionalmente aceitos, evitando-se, assim, que grupos que não estão à margem da sociedade sejam protegidos, deixando-se de fora grupos que necessitam de fato de tal proteção.

O presente artigo, através do método indutivo de abordagem, busca analisar a constitucionalidade das ações afirmativas materializadas através de cotas para negros em concursos públicos. Inicialmente, será realizada uma decomposição do tema “ações afirmativas”, focando-se em conceito, objetivos, critérios e formas de implementação. Em seguida, passa-se à análise da impossibilidade da utilização da raça como um critério objetivo definidor da ação afirmativa, bem como à reflexão a respeito da possível aplicação de critérios genéticos, antropológicos e jurídicos de discriminação positiva que justifiquem a ação afirmativa, que neste último ter-se-á como referencial os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, devidamente albergados na Constituição Federal de 1988. Finalizando, abordar-se-á de forma específica a realidade dos concursos públicos e o projeto de lei nº 6738/13, que visa instituir cotas para negros em concursos públicos, concluindo-se

com a análise da criação de cotas socioeconômicas em substituição às cotas para negros como forma objetiva de concretização da ação afirmativa perseguida.

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS

### 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL

As ações afirmativas foram criadas nos Estados Unidos e tinham como objetivo a inclusão social de categorias historicamente discriminadas, tais como, discriminações relacionadas à raça, sexo ou origem nacional. O foco principal destas ações era a inclusão social e econômica dos negros, que inicialmente sofreram com longos anos de escravidão e depois com a segregação racial institucionalizada, ou seja, encapada pelo próprio Estado, e que ficou conhecida internacionalmente como “*separate but equal*”. Segundo Kaufmann (2007, p. 207), “a criação das ações afirmativas nos Estados Unidos decorreu de uma situação histórica e pontual, originada pela discriminação até então praticada naquele país [...]”.

A discriminação positiva perpetrada pelos Estados Unidos destinava-se a sanar um problema concreto de segregação racial, revertendo os prejuízos decorrentes de um sistema no qual as oportunidades de um melhor emprego, de estudar em melhores escolas eram, definitivamente, vedadas aos negros.

Por conseguinte, o termo “*affirmative action*” foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos quando da elaboração do documento intitulado Ato Nacional das Relações de Trabalho, ato este em que se proibia ao empregador instituir qualquer forma de repressão contra membros dos sindicatos. No entanto, a expressão “ação afirmativa”, com o sentido como hoje é utilizada, ocorreu pela primeira vez em uma ordem executiva norte-americana promulgada pelo Presidente John Kennedy em que o mesmo determinava que as entidades públicas selecionassem para seus quadros funcionais, “indivíduos desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencentes às mais diversas minorias” (BELLINTANI, 2006, p.45).

Kaufmann (2007, p. 171) ensina que “originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas”. Nesta época, o governo americano acreditava que apenas não apoiar a discriminação seria suficiente para que os negros fossem incluídos na sociedade branca americana. No entanto,

O governo estadunidense compreendeu, já então no governo de Richard Nixon (1969 – 1974), que não bastava o mero comprometimento oficial com as políticas de combate à discriminação. Era preciso fazer mais. Havia sido criadas as condições específicas e propícias para o desenvolvimento de uma política afirmativa inclusiva, por meio da qual se reconhecia a necessidade de serem adotadas medidas positivas para inserir os negros em determinados setores da sociedade, sob pena de, em assim não o fazendo, propiciar o surgimento da segunda guerra civil norte-americana (KAUFFMAN, 2007, p. 175).

Para Joaquim Barbosa (2003, p. 27), após os Estados Unidos constatarem a “ineficácia de procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto”. Ou seja, as ações afirmativas deveriam criar igualdades de oportunidades, impondo cotas rígidas para que as minorias passassem a ter acesso a determinados setores relacionados ao mercado de trabalho, bem como às instituições educacionais.

No Brasil não existiu um sistema de segregação institucionalizado entre as raças, tal como ocorreu nos Estados Unidos, ou seja, após a abolição da escravidão nunca houve a segregação racial através de leis, decisões judiciais ou atos governamentais. Após os negros adquirirem sua liberdade, não houve restrições impostas pelo Estado para que eles ocupassem determinados cargos ou empregos, ou que frequentassem certos lugares. Sendo assim, a abolição não deu origem a conflitos sociais que fomentavam o ódio entre as raças, tal como ocorreu nos Estados Unidos.

Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 286), Ministra do Supremo Tribunal Federal - STF, esclarece que ação afirmativa trata-se de “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. E o que seria considerado como minoria? Importante destacar que nesta situação, necessariamente, minoria não terá o significado de menor número, a saber, não será utilizado no sentido quantitativo.

Quando se fala de ações afirmativas e analisam-se as minorias que precisam ser protegidas, tem-se, então, a palavra minoria diretamente relacionada ao grupo de pessoas que tem acesso ao menor número de direitos.

Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. [...] Antes, nesse caso, uma minoria pode bem

compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria (ROCHA, 1996, p. 285).

Para Kaufmann (2011, p. 221),

O problema é a definição do que venha a ser minoria apta à proteção estatal por meio de cotas. Reconhecer a existência de preconceito e de discriminação<sup>3</sup> em relação a determinado grupo é insuficiente para legitimar uma política estatal de integração forçada daquela minoria, senão deveríamos ser forçados a reconhecer a necessidade, em nosso sistema constitucional, de cotas para homossexuais, nordestinos, feios, Testemunhas de Jeová e obesos, dentre outras minorias que são alvo de preconceito e discriminação. O critério precisa ser objetivo e, sobretudo, revelar uma incapacidade efetiva do grupo beneficiado, como acontece com os deficientes físicos, os idosos e as gestantes.

Após a definição desta minoria desprivilegiada surge a necessidade de se criar ações afirmativas, que irão gerar discriminações legítimas, conhecidas como “discriminações positivas<sup>4</sup>”, que serão admitidas juridicamente quando “possuam o condão de beneficiar determinados indivíduos cujos caracteres ou fatos da vida impliquem que sofram ou tenham sofrido algum tipo de discriminação” (BELLINTANI, 2006, p.43).

Continua ainda a doutrinadora (KAUFMANN, 2007, p. 221),

A discriminação positiva pode ser definida como uma distinção jurídica de tratamento na qual o legislador, visando a reparar uma desigualdade de fato preexistente entre as pessoas, objetiva favorecer uma categoria de determinadas pessoas, em detrimento de outras, **desde que a título temporário.** (*grifos nossos*)

Neste sentido, “há que se deixar claro que é absurdo afirmar que toda discriminação é odiosa ou incompatível com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo” (Cruz *apud* BELLINTANI, 2006, p. 43). Muitas vezes, estabelecer diferenças é necessário e

---

<sup>3</sup> A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo 1º, conceituou o termo discriminação racial: Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

<sup>4</sup> Também conhecidas como discriminações inversas.

indispensável para que se garantam as proteções dadas ao cidadão, respeitando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao discriminar positivamente, o Estado cria mecanismos de inclusão social objetivando que os bens da vida sejam distribuídos de forma igualitária para todos os cidadãos. No entanto, ao criar uma discriminação positiva, ou seja, uma espécie de ação afirmativa, um prazo de duração deve ser estabelecido levando-se em consideração o atingimento das metas traçadas. Nenhum ação afirmativa pode ser implementada *ad eternum*, devendo ser temporária e resolutiva.

Importante destacar que nem todas as ações afirmativas resumem-se a discriminações positivas. “Nesses termos, pode-se dizer que todas as discriminações positivas são uma ação afirmativa, mas nem toda ação afirmativa consubstancia-se em uma discriminação positiva” (BELLINTANI, 2006, p. 54). Tem-se como exemplo de ações afirmativas que não representam discriminações positivas, o sistema criado pelo governo brasileiro conhecido como “Bolsa Família”<sup>5</sup>.

## 2.2 UMA ANÁLISE ACERCA DOS OBJETIVOS

María Ángeles Martín Vida (*apud* BELLINTANI, 2006, p. 55) ensina que as ações afirmativas têm como objetivo

Poner fin a la situación de desventaja que tiene su origen em uma historia pasada y continuada de discriminación em perjuicio de determinados colectivos, y mediatamente, la de reducir los niveles de desigualdade entre esos colectivos y el resto de la sociedad: em definitiva, la de alcanzar mayores cotas de igualdad real em el seno de esa comunidade, lo que a larga supondrá um beneficio para el conjunto de la misma<sup>6</sup>.

Nesse sentido, as ações afirmativas devem buscar como objetivos específicos:

- a) Suprimir os efeitos persistentes das discriminações sofridas pelas mais diversas minorias;
- b) Implantar maior representatividade das minorias discriminadas seja na área econômica, social, política e cultural da sociedade;

<sup>5</sup> O Programa Bolsa Família foi criado para apoiar as famílias mais pobres e garantir a elas o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde. O programa visa à inclusão social dessa faixa da população brasileira, por meio da transferência de renda e da garantia de acesso a serviços essenciais.

<sup>6</sup> Por fim a uma situação de desvantagem que tem sua origem em uma história passada e contínua de discriminação em prejuízo de determinados grupos, e mediatamente, reduzir os níveis de desigualdade entre esses grupos e o resto da sociedade; de forma definitiva, alcançar maiores cotas de igualdade real no seio da comunidade, o que pressupõe um benefício para o conjunto da mesma. (tradução livre)

c) E, por fim, alcançar uma igualdade real entre todos os cidadãos.

Apesar do peso que estes objetivos representam, na atualidade,

Questiona-se, assim, se eles têm por escopo tão-somente proporcionar a todos os cidadãos as mesmas oportunidades, ou seja, dar a todos as mesmas condições para concorrerem aos bens escassos da vida, ou se podem ir além, através da implementação de medidas que imponham uma verdadeira igualdade de resultados, através da reserva de uma parcela de tais bens para indivíduos pertencentes a categorias historicamente discriminadas (BELLINTANI, 2006, p. 57).

As ações afirmativas ou

Ações positivas, com vistas a obter uma igualdade substancial, podem ser de dois tipos: as que visam eliminar os obstáculos fáticos que impedem a igualdade de oportunidades (igualdade na partida); e as que buscam garantir uma igualdade de resultados (igualdade na chegada) (BELLINTANI, 2006, p. 58).

Logo, percebe-se que a problemática central girará em torno desta questão, analisando-se a criação de cotas para negros em concursos públicos, buscando identificar se o ideal a ser alcançado é de uma política que crie igualdade de oportunidades, ou uma política que crie uma igualdade de resultados. A primeira (igualdade de oportunidade) visa à eliminação de obstáculos econômicos, sociais e culturais; a segunda (igualdade de resultado) visa alcançar um resultado através de preferências e cotas para determinado grupo.

## 2.3 CLASSIFICAÇÃO

Segundo María Ángeles Martín Vida (apud BELLINTANI, 2006, p. 72), as ações afirmativas são classificadas em três grupos:

- a. Medidas que concedem ao membro marginalizado uma pontuação extra em decorrência da sua condição, a qual é somada aos seus méritos quando participa de algum tipo de seleção ou concorre a um dos bens escassos da vida;
- b. Medidas de desempate que implicam que quando houver empate entre dois indivíduos, sendo que um deles pertence a um grupo desprivilegiado socialmente, preferir-se-á este ao outro.
- c. Medidas de “discriminação inversa em sentido estrito” onde não haverá uma exigência de ponderar o mérito dos concorrentes, pois os

indivíduos considerados discriminados possuem um determinado percentual de vagas reservadas para eles. Para que tenham acesso a estas vagas devem atingir apenas um grau mínimo de conhecimento.

Percebe-se que nos itens “a” e “b” a característica do indivíduo que o faz ser discriminado socialmente é levada em consideração, sem se olvidar de levar em conta também o princípio do mérito. No entanto, Bellintani (2006, p. 72) levanta questões importantes a serem observadas:

Dúvidas subsistem, contudo, quanto à justiça de tal medida, pois pode ocorrer que, em alguns casos, não obstante o fato de o indivíduo selecionado o ter sido em decorrência do seu sexo ou tom da sua pele, em verdade, um outro, considerado de uma categoria privilegiada de pessoas de pessoas, tenha passado por maiores dificuldades ou circunstâncias da vida muito mais penosas que aqueles indivíduo que, **genericamente**, pertence a uma categoria desprivilegiada. A falha de tais mecanismos seria, portanto, a de não levar em conta as situações concretas da vida de cada candidato, caso sejam aplicados automaticamente. (*grifos nossos*)

No item “c” não se leva em consideração a capacitação dos indivíduos, simplesmente “destinam-se os bens da vida escassos àqueles que genericamente são considerados como insertos nas categorias socialmente discriminadas” (BELLINTANI, 2006, p. 73).

## 2.4 UMA ANÁLISE ACERCA DAS MODALIDADES E CRITÉRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO

Segundo Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 53)

As ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do Poder Executivo, com o apoio, vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; do Poder Judiciário, que além de opor a sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros Poderes, concebe e implementa, ele próprio, medidas de igual natureza; e pela iniciativa privada.

O Poder Executivo institui ações afirmativas quando implementa políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades. Bellintani (2006, p. 68) cita como exemplo a destinação de recursos orçamentários para as mais diversas instituições, e que, em

contrapartida, o Poder Executivo exige desses parceiros a adoção de políticas de ação afirmativa.

Já as ações afirmativas oriundas do Poder Judiciário são decisões judiciais de caráter reparador, visto que o julgador analisa o caso concreto, e a depender da situação, concede alguma medida reparadora, tal como uma indenização. No caso do Poder Legislativo, este deve implantar ações afirmativas através da criação de leis que beneficiem as minorias discriminadas.

Não obstante a regra seja a implantação de ações afirmativas através da iniciativa dos Poderes Públicos, existe a possibilidade de essas medidas serem adotadas pelas entidades privadas [...]. Essas ações, instituídas pelos entes privados, são os denominados “mecanismos voluntários” (BELLINTANI, 2006, p. 68).

Hodiernamente, o Brasil adota o modelo de Estado do bem-estar social em que a ideia de integração das minorias, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais prevalecem em relação ao individual, defendido pelo Estado Liberal. O grande problema é definir quais os critérios devem ser utilizados para se determinar as minorias que devem ser protegidas pelo Estado, pois é sabido que definir a minoria depende de uma análise do contexto histórico, social e político do nosso país.

Joaquim Falcão (*apud* Gomes, 2003, p. 50) alega que “a dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional”. Segundo Joaquim Barbosa Gomes (2003, p. 51),

O autor apresenta solução ao problema, afirmando que a justificação do estabelecimento da diferença seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade legal concedida e igualdade socioeconômica pretendida.

Sem dúvida, os critérios acima estabelecidos são um ótimo ponto de partida para o estabelecimento de ações afirmativas no Brasil. Porém, falta ao Direito Brasileiro um maior conhecimento das modalidades e técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do *sistema de cotas*, ***mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.*** (grifos nossos)

Em contraponto, Kaufmann (2007) afirma que apesar de ser contra as cotas raciais por entendê-las inconstitucionais, isto não quer dizer que qualquer ação afirmativa para outras minorias seja inconstitucional. No entanto, no Direito brasileiro, a análise das ações afirmativas para negros deve ser feita a partir do contexto histórico nacional, visando a combater as razões que efetivamente impediram e impedem o negro de se integrar socialmente.

Se for levado em consideração apenas a discriminação ou o preconceito, estar-se-á esquecendo de analisar se este preconceito/discriminação atua como força contrária ao desenvolvimento destas minorias. Ou seja, o negro não acessa determinados bens da vida por que é negro, ou por que ele é pobre?

Para Gomes (2003, p. 34),

No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. A educação é a mais importante dentre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável, institucionaliza mecanismos sutis através dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que nega não poder oferecer à generalidade dos cidadãos. Com efeito, o Estado financia, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. [...] Essa forma de exclusão orquestrada e disciplinada pela lei produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos.

Resta claro, então, que para se definir o que seja uma minoria apta à proteção estatal por meio de cotas, “o ***critério precisa ser objetivo*** e, sobretudo, revelar uma incapacidade efetiva do grupo beneficiado, como acontece com os deficientes físicos, os idosos e as

gestantes” (KAUFFMAN, 2007, p. 54). Observa-se que nos dias de hoje, a desigualdade existente no Brasil não decorre do racismo, pois, segundo Yvone Maggie, “a pobreza no Brasil tem todas as cores”. Sendo assim, o que limita o desenvolvimento e o crescimento de uma pessoa, não é a sua cor, e sim sua desigualdade socioeconômica, que impedirá que ela tenha acesso aos meios necessários para galgar novos horizontes.

### **3 A IMPOSSIBILIDADE DA RAÇA COMO CRITÉRIO OBJETIVO PARA DEFINIR UMA AÇÃO AFIRMATIVA**

#### **3.1 A IMPOSSIBILIDADE GENÉTICA**

Segundo Kaufmann (2007), o vocábulo “raça” é utilizado nas mais diferentes formas: terá o sentido de fenótipo quando revelar um conjunto de características físicas; poderá significar uma região específica do planeta (raça africana, raça oriental, raça ocidental); e ainda poderá ter um sentido biológico.

Para Pena (2009, p. 135), “um conceito claro de raça nunca foi estabelecido com clareza pela biologia ou etnologia” visto que desde o início, a noção de “raça” foi importada do senso comum para a ciência. Tal posicionamento é hoje confirmado pelas atuais pesquisas científicas, que demonstram claramente, através do mapeamento do genoma humano, ser impossível a divisão dos homens em raças.

O sueco Carl Linnaeus (1707 – 1778), segundo Pena (2009, p. 142), foi o primeiro cientista a dividir a humanidade em raças. Esta divisão era feita com base na diferença morfológica que ele encontrava nas populações que eram analisadas, criando a primeira divisão taxonômica da espécie humana, formada por quatro raças principais: *homo sapiens europaeus* (branco, sério e forte); *homo sapiens asiaticus* (amarelo, melancólico, avaro); *homo sapiens afer* (negro, impassível, preguiçoso); *homo sapiens americanus* (vermelho, mal-humorado, violento).

Conforme Boyle (apud KAUFMANN, 2007, p. 238):

Reconhecemos hoje que a classificação biológica de seres humanos em raças e hierarquias raciais – no topo da qual obviamente estaria a raça branca – era produto da pseudociência do século XIX. No momento em que nós mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que só há uma raça – a raça humana.

Importante destacar que a UNESCO, desde a década de 1970, já havia adotado e proclamado o entendimento de que não seria possível classificar os homens de acordo com critérios biológicos, quando em 27/11/1978 aprovou a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, determinando em seu artigo 1º, §1º que “todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nasceram iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”. E continua em seu artigo 2º, §1º afirmando que

Toda teoria que invoque uma superioridade ou uma inferioridade intrínseca de grupos raciais ou étnicos que dê a uns o direito de dominar ou de eliminar os demais, presumidamente inferiores, ou que faça juízos de valor baseados na diferença racial, carece de fundamento científico e é contrária aos princípios morais étnicos da humanidade.

Da análise desta Declaração, deflui-se que “os principais pilares defendidos gravitavam em torno do fato de que a raça é mais um mito social do que um fato científico e que a capacidade mental é a mesma em todas as raças”. (PENA, 2009, p. 143).

Retomando a análise do genoma humano, é importante destacar que “estudos em DNA demonstram que cada ser humano é genomicamente diferente de todos os outros da Terra, com exceção de gêmeos idênticos” (PENA 2009, p. 146). Por conseguinte, afirma Pena (2009, p. 147) “pode ser aparentemente fácil distinguir fenotipicamente um europeu de um africano ou de um asiático, mas tal facilidade desaparece completamente quando procuramos evidências dessas diferenças “raciais” no genoma das pessoas”.

Conforme Pena, em seu relatório intitulado “Da Inexistência das Raças e suas Consequências para a Sociedade Brasileira” (2009, p. 156):

A proposta para o século 21 é o abandono dos dois modelos prévios e a adoção de um novo paradigma de estrutura da diversidade humana, o modelo Genômico/Individual. Este paradigma, o único biologicamente coerente, vê a espécie humana dividida, não em raças ou populações, mas em seis bilhões de Indivíduos, com graus diferentes de parentesco em suas várias linhagens genealógicas. Grafei a palavra “Indivíduo” com maiúscula para enfatizar a referência a uma pessoa só, distinta de um grupo, com um genoma singular e uma história de vida particular. Neste paradigma, a noção de raças se esvanece como fumaça. Este terceiro e novo modelo, que valoriza cada pessoa individualmente, ao invés de focalizar populações, está solidamente alicerçado nos avanços da genética moderna apresentada acima, que incluem a demonstração genética e molecular da individualidade genômica humana e a comprovação genética e paleontológica da origem única e recente da humanidade moderna na África.

Conforme demonstrado em linhas gerais, o conceito “raça” não representa um critério objetivo e concreto que possa ser utilizado como parâmetro para definição de ações afirmativas, pois como bem definiu Guimarães (apud KAUFMANN, 2007, p. 239) raças são “construtos sociais, formas de identidade baseadas numa ideia biológica errônea, mas eficaz, socialmente, para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios”.

A concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego, deve ser o guia para que ações afirmativas sejam implantadas (Barbosa, 2003). Para tanto, apenas critérios inquestionavelmente objetivos devem ser utilizados, e como não é possível definir raças, geneticamente falando, tem-se, então, que este critério não representa um critério objetivo, como é exigido quando da criação de uma ação afirmativa. E ainda assim, se este for o critério utilizado, como será possível identificar quem é negro ou não? E se apenas a “raça negra” é levada em consideração para definir uma ação afirmativa que tem como escopo implantar maior representatividade das minorias, como ficarão os brancos, pobres e que se encontram à margem dos critérios utilizados para definição de ações afirmativas?

### 3.2 A IMPOSSIBILIDADE ANTROPOLÓGICA

Conforme demonstrado em passagem anterior, a genética não é capaz de identificar claramente quem são aqueles que pertencem à “raça negra”. Mesmo assim, políticas de ações afirmativas buscam reduzir as discriminações sofridas por aqueles que fazem parte de tal grupo, criando cotas que legalizam privilégios até então não reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

Reforçando a tese da inexistência de raças, sabidamente, Gilberto Freyre em sua obra intitulada *Casa Grande & Senzala* (1933, p. 478) descreveu que

Todo brasileiro, mesmo alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...] a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. [...] Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo, em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra.

Importante destacar que no Brasil, após a escravidão, nunca houve uma sistema de segregação institucional entre as raças, tal como ocorreu nos Estados Unidos, na África do

Sul, em Ruanda e na Índia. Nestes países, havia uma divisão da sociedade em “grupos de sangue” e as leis eram criadas para reafirmarem tal separação. Afirma Kaufmann (2007, p. 212) que no Brasil a identidade nacional se baseia em uma noção total de mestiçagem, e que “a pouca representatividade dos negros no Brasil decorreu de uma complexidade de fatores que não podem ser resumidos apenas à discriminação pela cor da pele”.

Neste mesmo sentido, a antropóloga Yvonne Maggie (2009), em seu artigo intitulado “razões para não inscrever a raça na lei”, declara que a criação apenas de cotas raciais não promove a inclusão social uma vez que “a pobreza no Brasil tem todas as cores”. E continua afirmando que são as diferenças de renda, com todas as privações e carências associadas a elas, e não de cor, que limitam o acesso desses grupos a terem uma maior representatividade na sociedade brasileira. A questão não é proteger apenas o negro, a questão circunda na proteção dos menos favorecidos, e aqui estão inclusos negros, brancos, mestiços, mulatos, enfim, qualquer cor de pele.

Importante ressaltar que para Maggie (2005, p. 288 e 290)

O Brasil, ao longo do século XX, lutou desesperadamente para extinguir a marca que o racismo do século XIX imprimiu sobre o nosso povo. Foi o modernismo que com todas as suas imperfeições lutou pela instituição de um outro paradigma no qual a “raça” não marcava indelevelmente os indivíduos.

Tentamos, no Brasil, ao longo do século XX, construir uma sociedade na qual os indivíduos podiam transitar entre marcas ou até mesmo não se pensar a partir delas. O que essas políticas estão propondo é o fim dessa possibilidade e o início de uma marcação muito rígida de indivíduos, que não poderão mais dizer que, tão-somente, pertencem à raça humana.

Outrossim, Maggie e Fry (2004, p. 77) destacam que “não se vence o racismo celebrando o conceito de “raça”, sem o qual, evidentemente, o racismo não pode existir”. Quando ações afirmativas, que criam cotas raciais, se tornam uma política do Estado, “ninguém escapa à obrigação de se submeter à classificação racial bipolar”, causando um impacto sobre a sociedade que agora terá que ser classificada entre “brancos” e “negros”.

A crença na raça é o artigo de fé do racismo. A fabricação de “raças oficiais” e a distribuição seletiva de privilégios segundo rótulos de raça inocula na circulação sanguínea da sociedade o veneno do racismo, com seu cortejo de rancores e ódios. No Brasil, representaria uma revisão radical de nossa identidade nacional e a renúncia à utopia possível da universalização da cidadania efetiva. (MAGGIE, 2009, p. 204)

Inegavelmente, os problemas racial e social no Brasil caminham juntos. Não é possível criar formas de proteção apenas para negros, visto que pobres também precisam desta proteção, e este grupo, não resta dúvidas, será composto em sua maioria de negros pobres, mas também haverá brancos pobres.

É fato que no Brasil nenhuma pessoa deixará de entrar em uma universidade ou de passar em um concurso devido a sua cor de pele, deixará sim de entrar na universidade ou de passar em um concurso porque não teve uma boa escola. O problema está na escola de qualidade que falta à grande maioria da população, que tem todas as cores e não apenas a cor negra. Segundo Góes (2004, p.3) “critérios raciais não podem influir no destino dos indivíduos, pois não passam de preconceitos tolos, nascidos da ignorância e da imperfeição humana”.

### 3.3 A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

Segundo Câmara (1999, p.111),

se deve considerar juridicamente impossível a demanda quando o pedido ou a causa de pedir sejam vedados pelo ordenamento jurídico, não podendo o Estado-juiz, ainda que os fatos narrados na inicial tenham efetivamente ocorrido, prestar a tutela jurisdicional pretendida.

Realizando um paralelo de tal definição com o tema abordado no presente artigo, verifica-se que as ações afirmativas devem ter por escopo o respeito à normatividade jurídica brasileira, adotando critérios que sejam condizentes com os preceitos constitucionais, sob pena de assim não agindo, serem declaradas inconstitucionais e, por conseguinte, impedidas de serem realizadas.

Com o propósito de realizar uma análise da possibilidade jurídica ou não de criação de cotas para negros em concursos públicos, o presente subcapítulo buscará analisar a constitucionalidade de tal criação sob o prisma dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade.

Aduz a Constituição Federal de 1998, em seu artigo 1º, inciso III, que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a proteção à dignidade da pessoa humana. Segundo Bulos (2011, p. 502)

Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. [...] Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.

Sob o mesmo ponto de vista, Miranda (2000, p. 180) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que faz “da pessoa o fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>7</sup>, partindo de diretrizes básicas, quais sejam:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
  - b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
  - c) **A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;**
  - d) **Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;**
  - e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
  - f) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
  - g) **Só a dignidade justifica a procura de qualidade de vida;**
  - h) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. (MIRANDA, 2000, p. 183) (*grifos nossos*)

Fazendo uma interpretação da alínea “c” acima descrita, observa-se que o princípio ora em análise pertence “ao homem” e “a mulher”, e não “ao branco” e ao “preto”. Ou seja, independentemente de cor, todos merecem a proteção estatal. E mais, analisando-se os incisos “d” e “g” acima descritos, verifica-se que este princípio busca proteger a todos indistintamente, sem esquecer que aqueles mais vulneráveis deverão ter atenção especial por

---

<sup>7</sup> Mendes, citando Sarlet, afirma que o Brasil “ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte acabou por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal””. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p. 104).

parte do Estado, visando atingir, como descrito no item “g”, a qualidade de vida buscada por todos os seres humanos. Sendo assim, as ações afirmativas ao serem criadas devem buscar critérios objetivos, que atendam a todo o grupo que de fato necessita de proteção estatal para que possa atingir a qualidade de vida buscada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como já explanado anteriormente, a utilização apenas do critério “raça” não representa, por si só, um critério objetivo digno de proteção estatal, visto que permitiria que o Estado empreendesse forças para proteger uma parte deste grupo que não mais necessita de proteção. No Brasil, resta claro que quem precisa de proteção não é apenas o negro, quem precisa desta proteção é a população pobre, cuja maioria é formada por negros, mas como já relatado, “a pobreza tem todas as cores”.

Neste sentido, a teoria da Justiça Distributiva, que defende à redistribuição de direitos, benefícios e obrigações pelos membros da sociedade, visando alcançar a promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária, não poderá jamais olvidar-se do princípio da Dignidade Pessoa Humana, devendo este servir de bússola para a sua aplicação, levando em conta, sempre, “todos” os que precisam da proteção estatal, visto que a Constituição Federal do Brasil de 1988, traz como objetivos fundamentais da República (artigo 3º), dentre outros, erradicar a pobreza e a marginalização, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Luño (apud BULOS, 2011, p. 502), o princípio da Dignidade da Pessoa Humana atua em três dimensões:

1ª) dimensão fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2ª) dimensão orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; e 3ª) dimensão crítica – serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas.

Na dimensão orientadora, bem como na dimensão crítica, observa-se que será considerada ilegítima qualquer disposição normativa que fuja ao que determina a Carta Maior, que como visto anteriormente, tem como objetivos fundamentais, dentre outros, erradicar a pobreza sem nenhum tipo de preconceito. Consequentemente, criação de cotas para negros descumpra o que está previsto na Constituição. Por outro lado, se as cotas forem criadas utilizando como critério a classe social, ocorrerá o cumprimento do que prevê a Carta Magna,

e tanto brancos, como negros, como qualquer pessoa de qualquer outra cor, estarão sob o manto protetivo da Constituição Federal.

Ou seja, “a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988 consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais” [...] (BULOS, 2011, p. 502). Portanto, a sua observância é obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, “devido à força centrípeta que possui” (BULOS, 2011, p. 502).

No Brasil, segundo Mendes (2009), é significativo o esforço para a concretização desse princípio, seja no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário, apesar de o Brasil ser um país em que as dificuldades materiais e socioculturais transbordam e dificultam a busca pela efetiva realização do princípio Dignidade da Pessoa Humana. Importante ressaltar que a análise ora realizada não tem como objetivo negar a existência de preconceitos com pessoas de cor de negra, ela busca tão somente identificar um critério que atenda o princípio da dignidade da pessoa humana em sua completude, sem deixar de fora aquele que por não ter a cor negra, não terá a proteção estatal.

Visto a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, partir-se-á para a análise do princípio da Igualdade, princípio este que

resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). (ROCHA, 1996, p. 289)

A igualdade é entendida como equilíbrio, harmonia, eliminação de excessos e defeitos dentro de uma sociedade, e várias vezes ela é confundida com o próprio conceito de justiça. Segundo Bellintani (2006, p. 7), “o princípio da igualdade possui várias acepções, as quais foram surgindo ao longo do tempo, de acordo com as necessidades sociais de cada época, dando-lhe caráter abrangente e plurissignificativo da atualidade”.

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem

diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. (SILVA, 1997, p. 211)

Canotilho (2002, p. 381) ao analisar o duplo aspecto ao qual o princípio da igualdade está vinculado, ensina que

Este princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderá subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

A partir desse duplo aspecto, assegura Barbosa ao citar o jurista português Guilherme Dray, que a fase da igualdade perante a lei foi superada pela fase da igualdade na lei (2003, p. 18 e 19):

a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos **socialmente** privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdades de condições. (*grifos nossos*)

Resta claro que não se pode apenas conceber o princípio da igualdade em seu sentido negativo (ou igualdade formal), ou seja, limitando a proibição de discriminações ou privilégios. A necessidade de se atingir uma verdadeira igualdade fez com que este princípio adquirisse um direcionamento muito mais social, no sentido de que políticas devem ser criadas visando promover uma igualdade material entre os cidadãos, sendo esta a igualdade em seu sentido positivo.

Para se alcançar uma sociedade mais humana e mais justa, não basta apenas haver uma igualdade de oportunidades, pois em muitas situações haverá a necessidade de se

implementar políticas que tenham o condão de inserir no cotidiano discriminações positivas, buscando privilegiar grupos que vivam à margem da sociedade, gerando assim uma igualdade de resultados.

A realidade brasileira ainda apresenta sérios problemas sociais, gerando constantes desigualdades que dificultam o acesso aos bens constitucionalmente protegidos. Consoante ensina Rocha (1996, p. 284),

do salário à internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.

Por consequência das desigualdades existentes no mundo contemporâneo, o princípio da igualdade, em seu sentido material, permite que haja diferenciações de tratamento criadas pelo legislador, sendo consideradas lícitas àquelas que não contrariem o princípio da dignidade da pessoa humana e que sejam compatíveis com o Estado de Direito Democrático.

Diante de tudo exposto, de acordo com o princípio da igualdade, resta claro a constitucionalidade da criação de ações afirmativas que busquem proteger grupos socialmente discriminados e menos favorecidos, sem, no entanto, esquecer a adoção de um critério eminentemente objetivo para que não se crie discriminações reversas. Somente a ação afirmativa, vale dizer, “a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos” (BARBOSA, 2003, p. 41)

Dividir as pessoas em raças, como no caso das cotas para negros em concursos públicos, para que o princípio da igualdade material seja exercitado é totalmente equivocado, visto que resulta na promoção da desigualdade, quando busca promover uma igualdade social e econômica apenas entre aqueles que estão “selecionados” como negros, deixando todos os outros que possuem outras cores, mas que vivem igualmente à margem da sociedade, fora do campo de aplicação de ações afirmativas que buscam implementar uma sociedade mais justa.

Segundo Kamel (2006), embora exista no Brasil o racismo, e isto é fato, o preconceito maior é contra os pobres. Ele cita como exemplo o caso do negro que dirige um carro de luxo. Este negro é imediatamente confundido com o motorista do carro, no entanto, assim que o mal entendido é desfeito, “um tapete vermelho se estende para a vítima”. Ou seja,

o negro foi muito mais vítima do classismo do que do racismo propriamente dito. Já em outros países, o negro, mesmo rico, continuaria a ser discriminado. Ele alerta, no entanto, que isto não torna o classismo menos odioso que o racismo. Apenas serve para demonstrar que, no Brasil, o que se deve buscar é a erradicação da pobreza, pois junto com ela, virá o respeito aos negros.

Diante de tudo posto, resta clarividente que a criação de cotas para negros em concursos públicos é uma norma veiculadora de desequiparação ilícita e inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material quando exclui os brancos pobres da possibilidade de acessarem os concursos públicos através de ações afirmativas.

## **4 CONCURSOS PÚBLICOS E AÇÕES AFIRMATIVAS**

### **4.1 CONCURSOS PÚBLICOS E O PROJETO DE LEI Nº 6.738/2013**

Prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso II, que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego [...]”.

Segundo Carvalho Filho (1999, p. 438),

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Afirma o mesmo doutrinador que o concurso público baseia-se em três postulados fundamentais, quais sejam, o princípio da igualdade, o princípio da moralidade e o princípio da competição, sendo o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, “porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos os melhores candidatos” (CARVALHO FILHO, 1999, p. 439).

Não obstante a realização de certames públicos visarem à escolha dos melhores candidatos, o constituinte originário, no artigo 37, inciso VIII da Carta Magna de 1988, previu uma modalidade de ação afirmativa objetivando proteger os portadores de necessidades

especiais, asseverando que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Salienta Bellintani (2006, p. 92) que

apesar de ser assim, o mérito jamais poderá deixar de ser considerado, mesmo que secundariamente, sob pena de serem selecionados indivíduos totalmente despreparados, que ao invés de contribuírem para implantar uma maior diversidade e multiculturalismo social, terminem por inviabilizar o andamento normal de uma empresa ou impliquem a redução substancial da qualidade das instituições de ensino.

Importante frisar que a ação afirmativa prevista no artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, representa uma ação que busca uma igualdade de resultados, baseada em um critério totalmente objetivo<sup>8</sup>, devidamente regulamentado pelo Decreto nº. 3298/99, que determinada em seus artigos 3º e 4º quais as pessoas que serão beneficiadas com tal proteção. Trata-se de uma ação que tem a finalidade compensatória, de cunho redistributivo, no sentido de fornecer a este grupo de pessoas uma forma de alcançar os bens escassos da vida.

Neste contexto, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei nº. 6.738/2013, que visa reservar aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diversamente da ação afirmativa que objetiva proteger os portadores de necessidades especiais, tal projeto de lei apresenta uma série de inconstitucionalidades que merecem ser discutidas.

Segundo Joaquim Falcão (*apud* Gomes, 2003, p. 50), para que uma ação afirmativa seja considerada constitucional, alguns critérios precisam ser cumpridos, observando-se sempre a razoabilidade, demonstrando a mesma ter uma motivação objetiva, racional e suficiente. Neste sentido,

a) *A diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais.* Assim, analisando-se a Constituição Brasileira, observa-se, claramente, em seu artigo 3º, incisos III e IV que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

---

<sup>8</sup> Ensina Rocha (1996, p. 292) que “a definição de critérios de admissão dos portadores de deficiência para a execução da ação constitucionalmente determinada é entregue ao legislador, na forma disposta na norma em foco, pois cada cargo ou emprego tem suas peculiaridades, que precisam ser confrontadas com algumas particulares condições dos postulantes do direito preferencial.”

dentre outros, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ou seja, o critério raça demonstra estar totalmente em descompasso com o que preleciona a Carta Magna, pois o objetivo maior é reduzir a pobreza, que como analisado anteriormente, tem todas as cores ou raças.

b) *Ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação.* Conforme demonstrado no capítulo 2 desta pesquisa, não é possível determinar claramente quem é negro ou não, seja por critério genético, seja por critério antropológico. Por conseguinte, a edição de uma lei sem a especificidade exigida em face da minoria que se pretende proteger, cujo desiderato é a implementação de uma ação afirmativa, já nasce eivada de nulidade. Importante ressaltar, ainda, que o projeto supracitado estabelece em seu artigo 2º, como critério de definição raça, a mera manifestação do interessado, ou seja, basta a “autodeclaração” para definir quem será considerado negro ou não<sup>9</sup>. Logo, não há qualquer elemento de especificidade que distingue os indivíduos beneficiados pela norma e, sim, uma afirmação cognitiva do indivíduo no que diz respeito à definição de sua raça.

c) *Ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexos causal entre a prioridade legal concedida e igualdade socioeconômica pretendida.* Então, quando se trata de ações afirmativas, não basta o pertencimento a determinado grupo, outros critérios devem ser associados para que não haja proteção àquele indivíduo que não necessita, deixando-se de lado quem de fato deveria estar protegido sob o manto da ação afirmativa. Em suma, se é utilizado apenas o critério raça, deixando de lado outros critérios, como por exemplo, o critério socioeconômico, fatidicamente haverá casos em que a proteção será concedida a pessoas que dela não precisavam, deixando de lado, por exemplo, um branco pobre que não foi protegido pela lei por ter nascido com a “pele branca”, mas que se sujeita diariamente as misérias destinadas àqueles que vivem à margem da sociedade.

## 4.2 COTAS SOCIOECONÔMICAS

Como visto, o grande diferencial que deve ser respeitado ao se implementar uma ação afirmativa é o fato de que ela deve se pautar em um critério objetivo para o afastamento das injustiças eventualmente geradas. Esta definição do critério objetivo é algo

<sup>9</sup> Projeto de Lei 6738/2013: artigo 2º - Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE.

imprescindível, pois somente por meio dele é possível alcançar a justiça ao proteger determinado bem à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Para John Rawls (2008), a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, e uma sociedade justa teria dois pressupostos: a) igualdade de oportunidade a todos em condições de igualdade plena; b) e os benefícios dessa sociedade justa devem ser distribuídos, preferencialmente, aos integrantes menos privilegiados da sociedade, pois para que ocorra a justiça social, é necessário amparar os desvalidos.

Segundo Pinheiro (2013, p. 102),

a partir da construção do modelo de justiça proposto por Rawls, alicerçado na igualdade equitativa entre os homens, nas liberdades individuais, bem como na justa oportunidade, é que se faz necessária a elaboração de políticas públicas, com a finalidade de assegurar justa oportunidade aos menos favorecidos socialmente, estruturando a sociedade mediante ações afirmativas.

Então, levando-se em consideração a teoria da justiça descrita por Rawls, as ações afirmativas deverão estar alicerçadas sobre pilares sólidos, que tenham como foco a criação de políticas públicas, que busquem assegurar a justa oportunidade aos menos favorecidos socialmente. Com tal premissa, resta demonstrado que a criação de cotas para negros em concursos públicos afronta de maneira aviltante a Constituição, quando se procura proteger exclusivamente a raça negra, esquecendo-se peremptoriamente da classe social mais vulnerável, que são os pobres, em cuja necessidade de tutela estatal é bem maior. Aliás, dentro deste grupo (pobres) os negros estarão presentes em sua maioria.

Neste sentido, Rawls (2008, p. 29) em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, ensina que “define-se o bem independentemente do justo e, então, define-se o justo como aquilo que eleva o bem ao máximo. Mais precisamente, justas são as instituições e os atos que, dentre as alternativas disponíveis, produzem o bem maior”. Então, se o objetivo é buscar o bem maior, o alcance da ação afirmativa deve levar em consideração uma minoria apta à proteção estatal, desde que a minoria escolhida represente um grande número de pessoas que mereçam estar sob o manto protetivo do Estado. Sendo assim, se ao criar cotas socioeconômicas em concursos públicos, ao invés de adotar cotas para negros, o resultado alcançado for a produção de um bem maior, ter-se-á, conforme a teoria defendida por John Rawls, atingido a justiça tão almejada pelo Direito.

Esta justiça está alicerçada na Teoria da Justiça Distributiva, que diz respeito, segundo Kaufmann (2007, p. 225), “à redistribuição de direitos, benefícios e obrigações pelos membros da sociedade”, ou seja, é a “promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária”. E arremata Rawls (2008, p.416) que

Do ponto de vista da teoria da justiça, o dever natural mais importante é apoiar e promover instituições justas. Esse dever tem duas partes: primeiro, devemos fazer nossa parte e obedecer às instituições justas existentes que nos dizem respeito; segundo, devemos cooperar na criação de instituições justas quando elas não existem, pelo menos quando podemos fazê-lo sem grande ônus pessoal. ***Decorre daí que, se a estrutura básica da sociedade for justa, ou tão justa quanto for razoável esperar nas circunstâncias, todos têm um dever natural de fazer o que se lhes exige.*** (grifos nossos)

A instituição de cotas socioeconômicas, em contraste com as cotas para negros, irá alcançar de maneira eficaz os três objetivos principais traçados para implementação de uma ação afirmativa, quais sejam:

- a) Suprimir os efeitos das discriminações sofridas pelas minorias, sendo fundamental que haja uma verdadeira transformação na sociedade, através da conscientização dos seus indivíduos de que todos os seres são iguais entre si, não havendo nenhuma característica extrínseca pessoal que justifique a dominação ou superioridade de alguns em relação aos seus comuns;
- b) Implantar maior representatividade das minorias: Segundo dados do Pnad/IBGE publicados no relatório Comunicações IPEA nr. 159 – Duas décadas de desigualdade e pobreza no Brasil medidas pelo Pnad/IBGE – no ano de 2012 (p. 36), o percentual de pobres negros ou pardos no Brasil era de 55%, contra 45% de outras cores. Diante de tais dados, resta claro que a minoria a ser protegida é aquela composta por POBRES e não composta por negros ou pardos, visto que apesar de serem maioria no grupo dos pobres, ainda restam 45% de pobres que necessitam também da proteção estatal.
- c) Alcançar a igualdade real entre todos: sendo este o foco principal, e segundo Rocha (1996, p. 295):

por ela revela-se não apenas um marco equivocado da discriminação havida no passado em relação a determinados grupos sociais, mas, principalmente, uma transformação presente que marca um novo sinal de perspectivas futuras, firmadas sobre uma concepção nova, engajada e eficaz do princípio da igualdade jurídica. A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse

momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos, oportunidades gerais para obtenção das condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e coordenação de todos - a ação afirmativa reconstrói o tecido social, introduzindo propostas novas a convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna.

Enfim, a verdadeira e constitucional ação afirmativa de inclusão social de grupo marginalizado é aquela que institui cotas socioeconômicas para o ingresso no serviço público, com a adoção de critério objetivo para sua definição e implementação, proporcionando, satisfatoriamente, a compensação histórica Estatal pelos longos anos de omissão e desamparo ao referido grupo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao implementar uma ação afirmativa o Estado visa alcançar a construção de uma sociedade mais solidária, buscando a justiça e a igualdade. Segundo Barbosa (2003, p. 37) “o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional”.

No entanto, conforme exposto no presente artigo, é condição *sine qua non* para constitucionalidade de uma ação afirmativa, que esta venha pautada em um critério eminentemente objetivo. Sendo assim, restou comprovado que a instituição de cotas para negros em concursos públicos representa uma ação afirmativa inconstitucional, visto que:

- a) A ciência genética já certificou, através da análise do genoma humano, a impossibilidade de definir objetivamente quem seja negro ou não, tornando inviável a instituição de cotas com base neste critério, pois não há objetividade exigida quando da instituição de uma ação afirmativa;
- b) Segundo análises antropológicas, a pobreza no Brasil tem todas as cores, e são as diferenças de renda e não de cor, que limitam o acesso aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal;
- c) Reza a Carta Magna que dentre os seus objetivos fundamentais consta a erradicação da pobreza e da marginalização, através da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo assim,

para que haja respeito a estes objetivos fundamentais, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, dever-se-á utilizar um critério objetivo que atenda às exigências previstas no Texto Maior, buscando-se, como ensina Rawls em sua Teoria da Justiça, a elevação do bem que se quer proteger ao máximo, evitando-se uma desequiparação ilícita e inconstitucional ao se proteger grupos que não necessitam de proteção estatal, deixando desamparados outros grupos que necessitam de fato da proteção estatal;

- d) Ao se utilizar apenas o critério raça, olvidando-se de outros critérios que são claramente objetivos, como por exemplo, o critério socioeconômico, fatidicamente haverá casos em que a proteção será concedida à pessoa que dela não precisa, pois não vive à margem da sociedade, deixando de lado, por exemplo, um branco pobre que não foi protegido pela lei por ter nascido com a “pele branca”, mas que se sujeita diariamente as misérias sociais e econômicas em similitude a parte da raça negra.

Diante destas observações, restou demonstrado que o critério socioeconômico para criação de cotas em concursos públicos é mais eficiente e objetivo, frente ao critério da raça, na medida em que ao se criar políticas assistenciais para os pobres, os negros pobres também serão alcançados. As cotas socioeconômicas, então, atingiriam o ponto certo do problema que é ser pobre e não o fato de ser negro, uma vez que a pobreza, no Brasil, atua como o grande filtro para o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em: 01/03/2014.

BRASIL. **Duas décadas de desigualdade e pobreza no Brasil medidas pela Pnad/IBGE**. Comunicado IPEA Nº 159 – 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/131001\\_comunicadoipea159.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/131001_comunicadoipea159.pdf). Acessado em 10/04/14.

BRASIL. **Projeto de lei 6738/2013** – Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013). Acessado em: 09/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: edição comemorativa**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6º ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. – Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. In: SANTIAGO, Silviano (coord.). **Intérpretes do Brasil**, vol. 2. Rio de Janeiro, Nova Aguillar, 2000.

GÓES, José Roberto Pinto de. Cotas, um remédio que é veneno. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, p. 3, 13/abr/2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.php?id=17707>. Acessado 28/02/14.

GOMES, Joaquim 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 Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas in **Ações Afirmativas. Políticas Públicas contra Desigualdades Raciais**. SANTOS, Renato Emerson do, e LOBATO, Fátima (orgs) - Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 15-57.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2006.

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

MAGGIE, Yvone. **Cotas para negros e índios em concursos públicos**. Disponível em: <http://g1.globo.com/platb/yvonnemaggie/2011/07/20/cotas-para-negros-e-indios-em-concursos-publicos/>. Acessado em 28/02/14.

MAGGIE, Yvone. Políticas de cotas e o vestibular da UNB ou a marca que cria sociedades divididas. **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, ano 11, nr. 23, jan/jun 2005. p. 286-291. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a29v1123.pdf>. Acessado em: 28/02/14.

MAGGIE, Yvone e FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. **Estudos Avançados**, nr. 18, 2004. p. 67-80. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n50/a08v1850.pdf> . Acessado em: 28/02/14.

MAGGIE, Yvonne; LAMOUNIER, Bolivar; MAGNON, Demétrio; e GÓES, José R.P.

**Razões para não inscrever a raça na lei.** Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4º ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PENA, Sérgio D.J. **Da inexistência das raças e suas consequências para a sociedade brasileira.** Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>

PINHEIRO, Regis Gonçalves. A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, nr. 59, jan/abr.2013. p. 100 a 108. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1684/1708>. Acessado em: 03/03/2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF, ano 33, nº 131. Julho/Setembro de 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>. Acessado em: 17/08/13.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 14ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

UNESCO. **Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais.** 1978. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%A2ncia-e-Cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html>