

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE COTAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Esther Louise Moreira de Azevêdo¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

O presente estudo refere-se à análise da Lei 12.990/2014, mais conhecida com a Lei de cotas para negros em concurso público, perante a Constituição Federal de 1988, visando elencar aspectos de (in)constitucionalidade a partir do cotejamento da concessão de cotas raciais para os negros e do princípio da igualdade. Dessa forma, buscou-se, mais especificamente, analisar os argumentos utilizados como justificativas para o tratamento desigual dispensado aos candidatos negros que concorrem ao certame e avaliar se o parâmetro racial que foi estabelecido como critério para a concessão do benefício não fere o princípio da isonomia presente no ordenamento jurídico vigente no país. Para tanto, escolheu-se a pesquisa bibliográfica para construir o aporte teórico sobre o qual se funda a discussão do tema.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Princípio da igualdade. Concurso público. Cotas raciais.

(UN)CONSTITUTIONALITY OF THE LAW ON QUOTAS FOR BLACK PEOPLE IN PUBLIC TENDERING FACING THE PRINCIPLE OF EQUALITY

ABSTRACT

This study refers to the analysis of the law 12.990/2014, known as Law on quotas for black people in public tendering, facing the Federal Constitution of 1998, aiming to list aspects of (un)constitutionality through the comparison between concession of racial quotas for black people at public service examination and the equality principle. Furthermore, it is specifically intended to analyze the arguments used to justify the uneven treatment offered to the black candidates who competes at the examination and to evaluate if the racial parameter set as a criterion for granting the benefit does not violate the principle equality. For this purpose, it was chosen bibliographical research to build the theoretical foundation upon which the discussion of the subject is based.

Keywords: Unconstitutionality. Equality Principle. Civil Service Examination. Racial Quotas.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: louisesther@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Email: beniciodesa@outlook.com

INTRODUÇÃO

Para que o convívio social harmonioso exista, é consenso que haja a organização dos vários segmentos da comunidade e o estabelecimento de regras para que a liberdade, a segurança e os direitos das pessoas sejam garantidos. Dessa forma, encontram-se elencados no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal alguns dos direitos, dentre eles, o princípio da igualdade, que garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país serem tratados como iguais perante a lei, além de instituir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sem que haja distinção de qualquer natureza.

Nessa perspectiva, torna-se relevante enfatizar que o objetivo principal deste estudo é cotejar a Lei 12.990/2014, que versa sobre as cotas raciais concedidas aos negros em concursos públicos, e o princípio da igualdade, procurando de modo mais específico analisar os argumentos utilizados para que a referida lei fosse criada, como também avaliar as justificativas trazidas para que o tratamento desigual fosse instituído e se o requisito “raça”, estabelecido como critério diferenciador, não fere o princípio fundamental da igualdade. Para a consecução dos objetivos optou-se por uma pesquisa bibliográfica como abordagem metodológica do tema proposto para análise. Dessa forma, pretende-se destacar que, mesmo sabendo que há várias possibilidades de análise que cotejem a (in)constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos, elegeu-se o princípio da igualdade como base do objeto de estudo.

Diante disso, na medida em que a Constituição é considerada como Lei Fundamental, tendo legitimada sua supremacia, todos os atos normativos precisam estar em consonância com seu ordenamento jurídico. Nesse aspecto, o princípio da igualdade, constituindo-se como um dos direitos basilares da referida Constituição, deve ser garantido e inviolável.

Assim sendo, considera-se fundamental a discussão sobre o tema “A (in)constitucionalidade da Lei de cotas raciais em concurso público frente ao princípio da igualdade”, tendo em vista que pretende trazer alguma contribuição no sentido de esclarecer uma questão tão controversa para a sociedade, com repercussões para os grupos de negros, brancos e pardos, como também para o mundo jurídico, uma vez que se coloca à prova o princípio fundamental da igualdade expresso na Constituição Federal de 1988. Todavia, é necessário esclarecer que há inúmeros estudos que contemplam o tema através de diferentes abordagens, na medida em que a própria natureza controversa do problema instiga sua análise.

Além disso, vale ressaltar a diferenciação de significados das expressões “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”, visando uma melhor compreensão do direito à igualdade, tendo em vista que esse princípio fornecerá subsídios para a análise que se pretende neste estudo. A primeira expressão refere-se ao legislador (proibido de incluir qualquer fator discriminativo) e a segunda dirige-se aos aplicadores do direito (que não devem usar tratamento discriminatório).

Para consecução dos objetivos propostos e apresentação dos resultados obtidos no estudo, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira: inicialmente foi feita uma análise principiológica dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que se caracterizam com os elementos centrais sobre os quais se desenvolveu a discussão. O propósito da construção dessa seção é apresentar a revisão de alguns aportes teóricos trazidos pelos doutrinadores, de modo que viessem alicerçar a análise pretendida. Para tanto, foram elencadas algumas noções preliminares a respeito desses direitos e garantias, trazendo um exame sucinto sobre definição de termos, tais como princípios, regras e normas, bem como suas implicações no ordenamento jurídico.

Na sequência, foi realizada uma análise do princípio fundamental da igualdade contido na Lei Maior, especificando-se, a partir da declaração de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a diferenciação entre igualdade formal e material, assim como entre igualdade na lei e perante a lei. Nesse sentido, foram apontados também alguns dos fatores que precisam ser considerados para que princípio da igualdade não seja violado, a saber: 1) o fator discriminatório, 2) a existência de fundamento lógico entre o traço de desigualdade e o tratamento jurídico diferenciado e 3) a consonância com a Constituição. Além disso, ponderou-se que o referido princípio constitui-se como uma regra basilar e, para que haja excepcionalidade, faz-se necessária a apresentação de uma razão suficiente que legitime o tratamento desigual.

Em seguida, foram abordados os artigos da Lei 12.990/2014 juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que também se encontra na Constituição Federal de 1988, buscando analisar o real objetivo e funcionamento da lei citada. Foram apresentados aspectos inconstitucionais que trazem problema ao princípio isonômico em relação às cotas raciais no Brasil em concursos públicos, assim como alguns argumentos que pretendem justificar a concessão desse benefício aos negros. Finalmente, teceram-se as considerações finais nas quais são apontadas as razões pelas quais se entende que há inconstitucionalidade da lei, haja vista que fere o princípio da igualdade, como também apresentada à insuficiência dos argumentos de justificativa para que seja permitido um tratamento desigual aos negros.

2 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Considerando o objetivo de discutir a questão das cotas raciais em concurso público e atentando para a inter-relação entre os direitos fundamentais e o ato normativo a ser analisado, elaborou-se o presente capítulo, no qual será apresentada uma análise principiológica dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, buscaram-se aportes teóricos sobre os direitos fundamentais, haja vista a necessidade de trazer esclarecimentos de alguns aspectos ordenamento jurídico relevantes para compreender a discussão pleiteada. Assim sendo, a presente seção organizasse subdividida em dois tópicos, sendo o primeiro sobre as noções preliminares e o segundo sobre os direitos e garantias fundamentais.

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Embora o propósito deste estudo não seja realizar uma análise minuciosa acerca das teorias que se voltam para a definição de princípios, regras e normas, faz-se necessário um exame sucinto desses conceitos, haja vista que se pretende discutir, principalmente, sobre os direitos, garantias e princípios fundamentais.

O termo *princípio*, dependendo do contexto em que se utiliza, na vida prática ou em alguma área do conhecimento específico, pode assumir vários significados³, tais como: (a) momento inicial de uma existência; (b) aquilo que serve de alicerce para algo; (c) causa primeira; (d) regra, lei, preceito; (e) fonte ou causa de uma ação. Todas essas acepções são analógicas, uma vez que se referem ao início de alguma coisa.

No âmbito do Direito, os princípios são como um sistema de ideias, pensamentos e normas alinhados por uma ideia central ou por um pensamento-chave, ou até mesmo por uma baliza normativa, da qual todas as outras são derivadas, sendo reconduzidas e/ou subordinadas⁴. Sendo assim, os princípios são verdades estruturais de um sistema de

³ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico de Língua Portuguesa**. Objetiva, 2009.3.

⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

conhecimentos, aceitas por serem indubitáveis ou por já terem sido comprovadas, caracterizando-se como pressupostos⁵.

Os princípios fundamentam e dão consistência à construção do edifício do Direito, por isso, se forem injustos, conseqüentemente, o ordenamento jurídico também será injusto⁶.

Dessa forma, os princípios se constituem como diretrizes necessárias para o desenvolvimento do Estado, tendo em vista que demarcam o seu modo e seu modo de ser. Nesse sentido, refletem os valores presentes na obra legislativa vigente no país, representando a ideologia do legislador, bem como os postulados e os fins da sociedade. Além disso, são assim denominados porque se constituem como a base na qual se agregam os direitos básicos, que se qualificam como inalienáveis e imprescritíveis. Ademais, os referidos princípios visam à garantia da unidade da atual Constituição Federal Brasileira, bem como fundamentam a ação interpretativa do legislador e preservam o Estado Democrático do Direito⁷.

Primeiramente, é preciso esclarecer que nos estudos jurídicos tradicionais havia a preocupação de se conceituar princípios e normas, considerando-os com significados distintos, em que a definição de norma sobrepuja à ideia de princípios. Na teoria clássica, as regras e os princípios eram tidos como espécies de norma. Nesse sentido, a regra é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, enquanto os princípios, ao contrário, são genéricos, pois comportam uma série indefinida de aplicações. Sendo assim, a norma é entendida como gênero, do qual os princípios, as regras e os valores são espécies⁸. Dessa forma, tanto os princípios quanto as regras referem-se ao âmbito do dever-ser, sendo considerados, portanto, como normas⁹.

Com efeito, os princípios são concebidos como elemento central da ordem jurídica, uma vez que representam aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que os adota, sendo, atualmente, a sua característica mais importante a normatividade, pois são vistos pela teoria constitucional contemporânea como uma espécie do gênero norma jurídica, paralelamente às regras¹⁰.

Todavia, a distinção entre normas e princípios já se encontra superada, haja vista que a nova dogmática compreende que as normas jurídicas já estão classificadas como normas-

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303.

⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 16. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 234.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 506.

⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. RT, p. 66-67.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 286.

¹⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**, Barueri: Manole, 2003. p. 72.

princípios (maior teor de abstração e uma finalidade destacada no sistema) e normas-disposição (regras com eficácia restrita às situações específicas)¹¹.

Analizando alguns conceitos de princípios, considera-se que os doutrinadores são omissos no que se refere à normatividade que se constitui como um dos traços mais relevantes da doutrina contemporânea, pois acredita-se ser impossível compreender a natureza, a essência e os rumos constitucionais sem um aprofundamento acerca das funções dos princípios no ordenamento jurídico¹².

No que concerne aos princípios fundamentais, constituem-se como fundamentos da organização política do Estado, permitindo estabelecer se este será unitário ou federativo; republicano ou monárquico; presidencialista, parlamentarista ou democrático. Além disso, esses princípios formam um núcleo imodificável do sistema jurídico, haja vista que têm a função de limitadores das modificações constitucionais, bem como a força de expansão própria, sendo passíveis de desdobramentos em outros princípios, com ampla integração infraconstitucional¹³.

Nessa perspectiva, os princípios constitucionais favorecem a união e harmonia da ordem jurídica, pois agrupam as várias partes da Constituição, minimizando os conflitos entre normas. Destaca-se ainda que, se observados a partir de uma visão de conjunto, esses princípios atribuem coerência ao sistema como um todo, conferindo-lhe força sobre as normas constitucionais.

Os princípios constitucionais gerais referem-se às especificações dos princípios fundamentais e, por sua vez, se ligam aos princípios que têm como tarefa definir os direitos¹⁴.

Os princípios fundamentais são normas-matriz, pois incorporam decisões políticas essenciais que foram tomadas pelo constituinte através da criação do documento constitucional. Ademais, os princípios gerais do direito instituem uma teoria geral do Direito Constitucional, uma vez que abrangem conceitos, objetos e relações que podem ser estudados separadamente da dogmática jurídico-constitucional.

Outro aspecto relevante que precisa ser destacado diz respeito à função prática dos referidos princípios no ordenamento jurídico constitucional, apontando as suas finalidades, a saber: servir de base para as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte; expressar valores que inspiram a criação ou reorganização de determinado Estado; formar o

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 262.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 506- 507.

alicerce e traçar as diretrizes das instituições, dando-lhe o impulso vital; constituir-se como o fio condutor dos diversos segmentos da Lei Maior, conferindo-lhe unidade no sistema normativo. Por outro lado, a dimensão operativa dos princípios serve para condicionar a atuação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) na interpretação e aplicação de normas jurídicas vigentes¹⁵.

No tocante às regras, a vanguarda assume uma posição sobre o estudo analítico dos princípios, pois considera que não existe entre princípio e regra jurídica apenas uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Desse modo, regra e princípio têm em comum o caráter de generalidade, mas a generalidade daquela é diversa da deste. Assim, a generalidade da regra reside no fato de que é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao passo que este é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações¹⁶.

A regra é especial na medida em que não regula senão tais atos ou fatos, ou seja, ela é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, o que já não ocorre com os princípios, que são capazes de abranger uma série de situações jurídicas¹⁷.

2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Refletir sobre direitos e garantias fundamentais requer a busca de aportes teóricos que alicercem a discussão a partir da definição dos termos direitos fundamentais e garantias. Os primeiros se constituem como um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem ao indivíduo uma convivência pacífica, digna, livre e igualitária, sendo ainda considerados como bens e vantagens assegurados aos cidadãos pela Lei Maior. Já as garantias são instrumentos jurídicos por meio dos quais esses direitos são praticados, além de ser um limitador dos poderes pertencentes ao Estado¹⁸.

No que se diz respeito à diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, aqueles possuem como objeto um bem peculiar da pessoa, isto é, a liberdade, a honra, a vida, por exemplo, enquanto as garantias fundamentais asseveram ao indivíduo a capacidade de impor

¹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 97.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 63.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 112.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 531.

que os Poderes Públicos conservem os direitos fundamentais¹⁹. Ou seja, as garantias não declaram os direitos, porém possuem o objetivo de acautelar a violação desses direitos²⁰.

Apesar das diferenças existentes entre direitos e garantias fundamentais, ambos possuem alguns aspectos em comum, haja vista que apresentam aplicabilidade imediata, como está assegurado no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal²¹.

A Constituição Federal de 1988, em seu TÍTULO II, classifica os direitos e garantias fundamentais, separando-os em: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos. Assim sendo, o presente estudo focalizará nos direitos individuais e coletivos, mais especificamente no direito à igualdade, que consiste em tratar todos perante a lei de forma igualitária, conforme será apresentado no tópico a seguir.

3 DIREITOS À IGUALDADE

Na contemporaneidade, considera-se o direito à igualdade como o mais relevante de todos os direitos fundamentais para a área do Direito Constitucional, já que materializa a liberdade propalada pela herança clássica, tornando-se o eixo norteador a partir do qual toda concepção estrutural de Estado democrático se alicerça²².

Nesse sentido, percebe-se que a igualdade torna-se um critério magno que possui alto valor na interpretação da Lei Maior, em questões que envolvem os direitos sociais. Portanto, a igualdade passa a ser o mais vasto dos princípios constitucionais, não havendo recanto em que ela não seja impositiva²³.

Nos estudos clássicos aristotélicos, encontra-se a declaração de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Todavia, para alguns doutrinadores, esse posicionamento refere-se a uma regra hipotética que não satisfaz, pois não é capaz de informar quando ou como distinguir os desiguais dos iguais²⁴.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66.

²¹ Artigo 5º, § 1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 183.

²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454.

Nesse aspecto, seria necessária a definição de critérios que pudessem legitimamente separar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas, fazendo-se necessário determinar quais seriam os elementos ou situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual.

Com base nos pensamentos aristotélicos, que vincula a igualdade à ideia de justiça, a igualdade passa a conservar o caráter meramente formal. Sendo assim, uma forma diversificada de tratamento dado aos escravos e aos senhores era considerada justa²⁵. A mesma noção ocorre, atualmente, em relação às contribuições do imposto de renda, tendo em vista que os percentuais são cobrados a partir do montante que cada contribuinte recebe (Igualdade formal), como também no que se refere ao sistema de cotas para compensar as desigualdades (Igualdade substancial).

Todavia, se há uma concepção de democracia constitucional, então as decisões coletivas precisam considerar todos os indivíduos da comunidade com direito a igual consideração e respeito²⁶.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º *caput*²⁷, consagrou o direito à igualdade com o objetivo de oferecer aos cidadãos brasileiros, como também aos estrangeiros residentes no país, um tratamento igualitário perante a lei, sem nenhuma distinção de qualquer natureza.

Contudo, o princípio da igualdade formal, considerado como postulado racional, prático e universal que proclama um tratamento idêntico para todos que se encontram numa mesma situação ou condição, passou a ser complementado pela igualdade material²⁸, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida²⁹.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade, além de procurar proteger a igualdade real, material ou substancial, busca resguardar a igualdade formal, haja vista que a real é uma concretização da formal³⁰.

Assim sendo, a igualdade *perante a lei* se confunde com a *isonomia formal*, seguindo a lógica de que a lei e sua aplicação tratam todos de forma igualitária, sem levar em conta as diferenças de cada grupo. Além disso, a igualdade material constitui-se de regras que proíbem

²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 215.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

²⁷ “Artigo 5º *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONU, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional Positivo. 12. ed. rev, ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 526-527.

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 560.

distinções fundadas em certos fatores, como, por exemplo, a regra que veda a diferença de salários entre homens e mulheres³¹.

No que concerne à diferenciação dessas expressões, a Constituição Federal vigente tenta juntar os dois tipos de igualdade, não se limitando apenas em versar sobre a isonomia formal, isto é, a isonomia perante a lei, pois a Lei Maior também menciona a igualdade entre homens e mulheres, além de vedar a distinção de qualquer natureza e forma de discriminação.

Para um melhor entendimento do direito à igualdade, é necessário que se faça uma análise que contemple a diferença dos significados das expressões “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”, haja vista que essa distinção difere, muitas vezes, daquela apreendida pelo Direito estrangeiro. No tocante a essa diferenciação, é preciso esclarecer que a primeira expressão é uma exigência dedicada ao legislador, na qual ele é proibido de incluir no processo legislativo qualquer fator de cunho discriminatório. Já a segunda expressão seria destinada aos aplicadores do Direito, isto é, aos poderes executivo e legislativo, que, ao desempenharem a função de aplicação da norma legal, não utilizem tratamento seletivo ou discriminatório³².

Vale deixar claro ainda que a “igualdade na lei” não é apenas dirigida ao Legislativo, mas também aos outros dois poderes, tendo em vista que já existe entendimento consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que a “igualdade perante” a lei, no Brasil, tem o sentido que no exterior se dá à expressão “igualdade na lei”, isto é, o princípio da igualdade dirige-se aos três poderes: legislativo, executivo e judiciário³³. Assim, o princípio da igualdade destaca três finalidades limitadoras, sendo elas: a limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular³⁴.

A partir do entendimento contido na Constituição Federal de 1988 de que o princípio da igualdade prevê para todos os cidadãos o direito ao tratamento idêntico pela lei, em conformidade com os critérios alicerçados no ordenamento jurídico, constata-se que qualquer forma de discriminação é vedada. Desse modo, o Texto Constitucional pretendeu colocar a isonomia como um princípio que condiciona todos os direitos³⁵.

Nesse aspecto, se surgir uma situação que requeira uma diferenciação arbitrária e se não for possível encontrar um fundamento razoável que decorra da natureza das coisas, ou

³¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 213 - 217.

³² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 300 - 301.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2013, p. 217.

³⁴ STF – Pleno – MI nº58/DF – Rel. p/Acordão Min. Celso de Mello, *Diário da justiça*, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 183.

uma razão objetiva e evidente para essa diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei, será necessária a apresentação de uma justificativa.

Nessa perspectiva, a igualdade de tratamento é uma regra que somente poderá ser excepcionada quando houver uma razão suficiente para tanto e a cláusula geral do princípio da igualdade requerer a formulação de argumentos que legitimem e defendam o tratamento desigual. Além disso, existe uma definição do dever de tratamento igual que assevera que se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório³⁶.

Ainda, é preciso considerar alguns aspectos nas diferenciações, haja vista que, se forem infringidos, mesmo de modo isolado, acabam por violar o princípio da igualdade.

Assim, elencam-se três critérios como fatores que precisam ser observados, quais sejam: 1) fator discriminatório (a lei não pode ser tão específica a ponto de singularizar, no presente e definitivamente, um indivíduo a ser albergado pelo regime diferenciado); 2) verificação da existência de fundamento lógico entre o traço de desigualdade escolhido e o tratamento jurídico diferenciado (investigar se há justificativa racional, tendo em vista o elemento desigualador eleito, para atribuir tratamento jurídico diferenciado, construído em prol da desigualdade afirmada); e, por fim, 3) o fator consonância dessa correlação com os interesses do sistema constitucional (que se refere à imprescindibilidade da correlação entre a situação discriminada e a consequência jurídica diferenciada ser condizente com interesses constitucionalmente protegidos).

Desse modo, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, ao critério especificador, em desconformidade ou em contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos nesse ordenamento³⁷.

Assim sendo, conclui-se que o ordenamento jurídico deverá ser compatível com o princípio isonômico, na medida em que eleger racionalmente um fator de discriminação fundamentado com a situação peculiar diferenciada construída, de forma que observe os interesses constitucionais.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE DA LEI DE COTAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 407-408.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-22.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, constituiu o Brasil como uma forma republicana de governo. Além disso, esse mesmo artigo consagrou em seus cinco incisos os fundamentos do Estado Democrático do Direito da República Federativa Brasileira, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político³⁸. A partir desse dispositivo legal e do propósito desta seção, que é analisar a lei de cotas raciais, busca-se trazer um breve exame sobre o princípio da dignidade humana e sua relação com a referida lei.

Inicialmente, destaca-se que o princípio da dignidade humana é como um vetor que agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, consagrando-se como um imperativo de justiça social. Vale salientar ainda que o citado princípio possui um valor constitucional supremo que consubstancia o espaço integrador da moral dos seres humanos, independentemente de raça, credo, origem, cor e *status* social, além de trazer um conteúdo que reúne valores espirituais, tais como a liberdade de ser, de pensar e de criar, bem como valores materiais que se referem a renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.

Desse modo, pode-se entender que a dignidade humana reflete um conjunto de valores incorporados ao patrimônio do homem e aceitá-lo significa colocar-se contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão³⁹. Percebe-se, portanto, que o princípio da dignidade do homem assume papel importante, haja vista que é tido como a mola propulsora dos direitos fundamentais na Constituição da República.

Todavia, é preciso refletir que a formulação de um conceito incontestável de dignidade da pessoa humana pode trazer efeitos deveras prejudiciais, pois alguns direitos defendidos por um determinado número de pessoas poderão estar em desacordo com os direitos almejados por outra gama da sociedade, sendo um conceito completamente subjetivo, uma vez que cada um defende seu direito⁴⁰. Nesse sentido, essa dignidade não deve ser considerada apenas inerente à natureza do ser humano, pois possui um sentido cultural, na medida em que é fruto de muito trabalho através de várias gerações. Assim, a dignidade da pessoa humana não apresenta um conceito universal e fixo, e dificilmente existirá uma fórmula que a represente

³⁸ VADE MECUM SARAIVA. CURÍIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (colaboradores). 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 7.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 509.

⁴⁰ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

de modo universal e perene, tendo em vista que será alvo permanente de reconstruções e repactuações quanto ao seu significado e conteúdo⁴¹.

Mesmo assim, vale ressaltar, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em alguns importantes documentos pertencentes ao Direito Internacional, como na Carta das Nações Unidas, no Estatuto da Unesco (1945), na própria Declaração dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e na Constituição da Europa. Nessa perspectiva, constata-se que os textos inseridos em tais documentos recorrem a esse princípio, traduzindo-o como uma reação às violações cometidas na Segunda Guerra Mundial, contendo, portanto, uma dimensão que vislumbra um futuro que se torne compatível com a dignidade da pessoa⁴².

Além dessas considerações, é relevante apontar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos configura-se como o estatuto da liberdade dos povos e nela o direito à dignidade do ser humano precisa ser resguardado. Todavia, esse documento requer dos países meios para cumprir as regras estabelecidas, de forma que possa salvaguardar os direitos fundamentais e construir uma consciência nacional na qual se compreenda que esses direitos sejam invioláveis⁴³.

Esse princípio da dignidade, no âmbito do Direito Constitucional, encontra-se modelado em inúmeros ordenamentos jurídicos, provando que o homem é o centro e o fundamento das sociedades modernas. Por esse motivo, a dignidade humana passa, na atividade de interpretação do Texto Maior de 1988, a ser entendida como um sobreprincípio que se equipara aos princípios da legalidade, da liberdade de profissão, da moralidade administrativa, dentre outros. Na República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) anuem relevância à Dignidade Humana, impingindo-a como força jurídica inata ao homem, demonstrando o seu caráter instrumental. Além disso, seu conteúdo jurídico incorpora questões relativas às liberdades públicas, circunscrevendo aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais que envolvem o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, educacionais e culturais.

É preciso considerar, também, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estende-se em três dimensões, a saber: a) dimensão fundamentadora, a qual se constitui como o núcleo de todo sistema jurídico-positivo; b) dimensão orientadora, que tem a função de estabelecer metas predeterminadas, que tornam ilegítima qualquer disposição

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

normativa contrária ou que seja obstáculo para a consecução dos objetivos enunciados no sistema axiológico constitucional; e c) dimensão crítica, cujo propósito é servir de critério aferidor à legitimidade das manifestações legislativas.

Nessa perspectiva, em muitos casos, a preservação da dignidade humana foi um dos princípios invocados para coibir prisão cautelar abusiva, garantir o respeito e a proteção do indivíduo contra a exposição a humilhações, proibir o racismo e a tortura, conceder prisão domiciliar, entre outros⁴⁴.

Tomando por base esse princípio, o legislador procurou garanti-lo e materializá-lo através da criação da Lei ordinária de n. 12.990/2014, cujo teor versa sobre a reserva para os negros de um percentual de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista controladas pela União, isto é, da administração pública direta e indireta, respectivamente⁴⁵.

Todavia, nos parágrafos e artigos expressos na referida lei, encontram-se elencadas algumas condições que precisam ser atendidas para a concessão das vagas destinadas à minoria negra. Dentre essas condições, ganha destaque a exigência de constar expressamente nos editais dos concursos públicos, especificando-se o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido⁴⁶. Contudo, para os editais publicados anteriormente à entrada em vigor da citada lei, não haverá a necessidade de sua retificação para aplicabilidade da reserva destinada aos negros⁴⁷.

Além disso, a reserva de vagas será aplicada desde que no concurso público as vagas oferecidas sejam iguais ou superiores a 03 (três). Assim sendo, entende-se que se o concurso oferecer apenas duas vagas fica inviabilizada a reserva de vagas para o contingente negro da população⁴⁸.

De igual forma, encontram-se especificadas as condições para os candidatos negros que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição, tendo que obedecer ao quesito raça estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Vale salientar que, nos casos de declaração falsa por parte do candidato, este será eliminado do concurso e,

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 509.

⁴⁵ LEI 12.990/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

⁴⁶ Artigo 1º, § 3º da Lei 12.990/14.

⁴⁷ Artigo 6º, parágrafo único da Lei 12.990/14.

⁴⁸ Artigo 1º, § 2º da Lei 12.990/14.

em caso de já ter ocorrido a nomeação, será aberto um processo administrativo no qual será objetivada a anulação do ato de admissão, assegurando-se o direito da ampla defesa⁴⁹.

Com relação à concorrência, os candidatos negros concorreram concomitantemente às vagas reservadas e às destinadas à ampla concorrência, obedecendo à ordem de sua classificação no concurso. Nesse sentido, os candidatos negros aprovados dentro dos números de vagas da ampla concorrência não serão computados no preenchimento das vagas de reservas, como também no caso de desistência do candidato negro, aprovado em vaga de reserva, outro candidato negro, posteriormente classificado, preencherá a vaga. No caso de não haver aprovação de candidatos negros para ocupar as vagas de reserva, estas serão remanejadas para ampla concorrência e abarcadas pelos candidatos aprovados, observando-se necessariamente a ordem de classificação⁵⁰.

No tocante à nomeação dos candidatos aprovados no concurso, a lei determina que deverão ser respeitados os critérios de alternância e proporcionalidade que considerem a relação entre o total de número de vagas e as reservas para candidatos negros, além dos candidatos com deficiências⁵¹.

No que se refere à vigência da referida lei, esta terá o prazo de 10 (dez) anos, desde o dia da sua publicação no Diário Oficial da União⁵², que ocorreu em 9 de junho de 2014.

A partir da análise dessa lei, na qual ficam estabelecidas vantagens para uma parte específica da população, haja vista que o referido dispositivo legal garante a concessão de cotas em concursos públicos para as pessoas negras, bem como de sua relação com o direito fundamental da igualdade, proceder-se-á no capítulo seguinte uma discussão relativa à inconstitucionalidade da citada lei perante o ordenamento jurídico vigente no país.

5 ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA LEI DAS COTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Atentando-se para a problemática do presente estudo, que se refere à discussão de alguns aspectos sobre a inconstitucionalidade da lei de cotas para concursos públicos, faz-se necessária a retomada de elementos teóricos levantados nas seções anteriores, tais como os direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade, além dos dispositivos legais

⁴⁹ Artigo 2º, parágrafo único da Lei 12.990/14.

⁵⁰ Artigo 3º da Lei 12.990/14.

⁵¹ Artigo 4º da Lei 12.990/14.

⁵² Artigo 6º, *caput* da Lei 12.990/14.

contidos na Lei 12.990/2014 e sua relação com os princípios da dignidade da pessoa humana, haja vista que o propósito é elencar argumentos que sustentem a defesa de que a referida lei fere a supremacia das normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 inicia-se dispondo em seus artigos os direitos e garantias fundamentais, que, por sua vez, proclamam que os indivíduos são todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade⁵³.

Nesse sentido, observa-se a existência do Direito Constitucional, cujo objeto constitui um sistema de regras que orienta a organização do Estado, assim como institui os direitos fundamentais dos indivíduos para com o Estado. Além disso, constata-se que, no direito atual, os poderes do Estado são ordenados em função das demandas da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos.

Dessa forma, os direitos individuais são tratados com grande amplitude, indo além dos direitos de cidadania e envolvendo os direitos sociais⁵⁴, que desde a Constituição de 1934 compõem a base teórica e positiva da modalidade de Estado social brasileiro, tornando-se elementos para a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram⁵⁵.

É preciso salientar que a vigente Constituição de 1988 é soberana dentro do ordenamento jurídico, por essa razão, todas as demais leis e atos normativos precisam adequar-se a ela, tendo em vista o seu princípio da supremacia, o qual gera o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados à Lei Maior do Estado.

Com base nesse princípio, a Constituição encontra-se no nível mais elevado do Direito Positivo, que a considera rainha de todas as leis e atos normativos, sendo, portanto, um parâmetro fundamental do Estado. Devido a essa supremacia da Lei das Leis, os atos legislativos, administrativos e jurídicos deverão estar submetidos à atual Constituição brasileira, que mostra sua força em todos os segmentos do ordenamento jurídico, não permitindo, assim, que sua magnitude seja agredida⁵⁶ e exigindo, também, o cumprimento rigoroso de suas normas constitucionais.

É preciso destacar, ainda, que os direitos fundamentais recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo considerados imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, tendo em vista que são direitos unicamente alteráveis por intermédio

⁵³ VADE MECUM SARAIVA. CURÍA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (colaboradores). 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 8.

⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 342-343.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 592.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

de lei que se constitua como emenda à Constituição. Desse modo, percebe-se que os direitos e garantias recebem uma proteção incontestável, vedando ao poder constituinte derivado a introdução de qualquer emenda que tenda a suprimi-los⁵⁷, conforme assevera a própria Constituição em seu artigo 60, § 4º, inciso IV⁵⁸.

Nessa perspectiva, os direitos e garantias individuais passam a ter o caráter de cláusula pétrea, haja vista que este não tem o objetivo de proteger certos dispositivos constitucionais, mas sim os princípios neles contidos, sendo assim, esse caráter tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o projeto básico da Constituição Federal. Desse modo, os princípios que o próprio constituinte originário denominou de fundamentais, contidos no título inaugural da Constituição da República, devem ser considerados inalteráveis⁵⁹, como é o caso do Direito à Igualdade⁶⁰.

No que se refere ao conteúdo da Lei 12.990/2014, que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, encontram-se aspectos de inconstitucionalidade, tendo em vista que esse ato do Poder Legislativo contraria o princípio da igualdade contido no texto constitucional (inconstitucionalidade material), quando reserva um percentual de 20% (vinte por cento) das vagas para pessoas negras em concurso público. Todavia, o princípio da igualdade perante a lei configura-se como uma eficácia distinta, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional não deve ser aceita, caso não demonstre compatibilidade com o que a Norma Suprema proclama.

Pautando-se no princípio da igualdade, a aplicação da lei e de atos normativos deve primar pela forma igualitária de tratar os indivíduos, haja vista que se encontra entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem estabelecimento de diferenciações quanto ao sexo, à religião, às convicções filosóficas ou políticas, à raça e à classe social⁶¹.

Nesse sentido, a desigualdade configura-se quando a norma referente às cotas raciais dispensa um tratamento específico e diferenciado às pessoas negras, considerando que o legislador precisa conformar a lei, obedecendo aos limites constitucionais presentes no ordenamento jurídico pátrio, pois, ao contrariá-los, estará ferindo o Direito Fundamental da igualdade, tornando-se a lei materialmente inconstitucional⁶².

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 575-592.

⁵⁸ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tende a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123-124.

⁶⁰ Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

⁶¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 225.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONU, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 783.

No que concerne à fundamentação da referida lei, o princípio da dignidade da pessoa humana não é tido como um princípio absoluto, mas um princípio relativo como outro qualquer, uma vez que em certas condições poderá ser aplicado em diferentes medidas. Logo, sua prevalência em maior ou menor grau pressupõe determinadas condições nas quais existam razões jurídicas e constitucionais que o coloquem numa posição nuclear em face de todos os outros princípios⁶³.

Com base nisso, a referida lei possui um vício material, que diz respeito ao seu conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, de forma que origina um embate com as regras e os princípios contidos na Constituição.

Assim sendo, a Lei 12.990/2014 enquadra-se na conhecida inconstitucionalidade material que abarca tanto o conflito do direito do ato legislativo como o parâmetro constitucional, quanto à aferição do desvio do poder ou do excesso de poder legislativo⁶⁴, ou seja, esse tipo de inconstitucionalidade demonstra uma incompatibilidade de conteúdo referente à lei e à Constituição, pouco importando se o procedimento de elaboração da lei foi considerado legal.

No que tange à inconstitucionalidade material –substancial ou intrínseca – da Lei 12.990/2014, é entendida também como uma espécie de ilegalidade, tendo em vista que desacata o conteúdo da Constituição de 1988, além de transgredir a lei das leis. Dessa maneira, a partir do instante em que a ideia de direito e de justiça contida na Constituição pretere a ideia de igualdade, conseqüentemente, como no caso em questão, a ideia de igualdade é esquecida e, assim, desrespeitada, havendo a inconstitucionalidade da lei, tendo em vista que a liberdade do legislador é limitada pela Constituição Federal de 1988⁶⁵.

Nesse aspecto, retorna-se novamente ao princípio da supremacia da Constituição, que possui caráter notavelmente rígido, pois assume o decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal, uma vez que nenhum dos poderes, isto é, Legislativo, Executivo e Judiciário, pode contrariar ou transgredir os princípios e os preceitos básicos contidos na Lei das Leis, tendo em vista que corre o risco de o órgão do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica⁶⁶.

Nessa perspectiva, ocorre a incontestável supremacia da lei constitucional sobre os demais atos normativos, compondo-se assim uma hierarquia jurídica que organiza, a partir da norma constitucional, as normas inferiores, tais como, leis, decretos, regulamentos etc.,

⁶³ ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1018.

⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 146.

⁶⁶ STF, ADIn 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17-4-2001.

havendo, ainda, uma correspondência de hierarquia de órgãos. Logo, a consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da Constituição como a mais alta expressão jurídica da soberania e, por essa razão, o órgão legislativo não poderá introduzir no ordenamento jurídico leis contrárias às disposições constitucionais, pois essas leis seriam consideradas nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com o ordenamento pátrio⁶⁷.

Portanto, no tocante à observância da supremacia da Constituição Federal de 1988, com relação à aplicação dos direitos fundamentais, a lei das cotas raciais concedidas a pessoas negras em concurso público torna-se inconstitucional, haja vista que a isonomia expressa no princípio da igualdade deverá ser obedecida para que seja garantida a real e efetiva aplicação dos dispositivos legais contidos no Texto Constitucional.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar alguns aspectos que se referem à inconstitucionalidade das cotas raciais para concursos públicos, as quais foram materializadas pela Lei 12.990/2014, sob a perspectiva do princípio fundamental da igualdade. Vale salientar que, ao longo da exposição, tomou-se como ponto relevante para discussão a defesa do princípio da isonomia, haja vista que se configura como um dos pilares da Constituição Federal de 1988, expresso em seu artigo 5º *caput*, que afirma que todas as pessoas residentes no Brasil, sendo elas brasileiras ou estrangeiras, são iguais perante a lei e por isso é assegurado de forma igual, isto é, sem haver nenhuma distinção de qualquer natureza, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Por esse motivo, procurou-se demonstrar que, mesmo havendo situações em que se tenha admitido tratamentos distintos entre as pessoas, alegando-se o princípio da dignidade humana, a doutrina entende que essa discriminação apresenta também limites nítidos, tendo em vista que a Constituição proclama que os indivíduos são todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, além de atentar para a existência da supremacia da Lei Maior.

Nessa perspectiva, afirmou-se que a legitimidade de um tratamento desigual somente seria possível quando houvesse razões suficientes e plausíveis, fazendo-se necessária e crucial a análise sobre a existência ou não de interdependência entre os elementos de discriminação e a concessão de benefícios provenientes dessa diferenciação. Desse modo, reafirma-se que na concepção de democracia constitucional os indivíduos devem ter direitos iguais. Nesse caso, a

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 303-304.

justificativa provém daqueles que defendem o tratamento desigual, pois a regra é o princípio da igualdade.

Os defensores da lei de cotas raciais para concurso público argumentam que a concessão de tal benefício deve-se ao fato de que os negros, no período colonial, sofreram grande discriminação, sendo a edição dessa lei uma forma de reparar os danos causados e de compensá-los pelas injustiças cometidas no período da escravidão. Todavia, a apresentação desse argumento de reparação mostra-se insuficiente para a aplicação da já citada lei, tendo em vista que a escravidão foi um fator econômico, e não racial. Além disso, a genética já comprovou que a cor de pele é um elemento incapaz de indicar a exata genealogia de uma pessoa. Assim, pessoas brancas, na atualidade, também poderiam ser descendentes de escravos, bem como os negros, de donos de escravos.

No caso específico da participação dos negros em concurso público, levando-se em conta o argumento da inclusão social no qual os negros teriam menos chances de aprovação, a argumentação mostra-se novamente enfraquecida, haja vista que no processo de escolarização, em nenhum dos níveis, a saber, infantil, fundamental, médio e superior, negros ou brancos não foram privilegiados, pois os conhecimentos veiculados no contexto escolar foram ensinados a todos os alunos indistintamente. Assim, se todos os negros e brancos igualmente pobres tiveram o mesmo acesso ao processo de ensino e aprendizagem e as mesmas dificuldades para alcançar mérito em um concurso público, certamente não será a raça o elemento de diferenciação que o impediria de obter sucesso no certame.

Portanto, as justificativas elencadas para a criação da referida Lei 12.990/2014 e para alicerçar a discriminação estabelecida pelas cotas raciais mostraram-se insuficientes para correlacionar o requisito “raça” com o benefício de 20% (vinte por cento) de vagas em concurso público (negros) ou o benefício para os demais concorrentes (brancos), de modo que o Estado pudesse instituir uma recompensa a um grupo social, distanciando-se do princípio da igualdade constante no texto da Constituição, bem como fugindo do princípio da supremacia constitucional do país.

Assim sendo, entende-se que qualquer ato normativo que infrinja os princípios fundamentais da Constituição Federal hoje vigente no Brasil deve ser considerado como inconstitucional, em virtude de não poder afastar-se daquilo que foi instituído pela referida constituinte. Daí que, se houve na elaboração do texto da Lei Maior a pretensão de estabelecer objetivos fundamentais e garantias para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, não se pode relegar os dispositivos legais nela contidos.

Em suma, se os princípios constitucionais são considerados o cerne do ordenamento jurídico, constituindo-se como a condição de possibilidade do conteúdo normativo das regras, não se pode negar sua força cogente, pois, se assim fizer, nega-se a própria essência da Constituição Federal.

Portanto, como não existem razões plausíveis capazes de justificar perante o princípio da igualdade a concessão de cotas raciais aos negros em concursos públicos, prevalecerá a argumentação de que, sem uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório, obedecendo-se as prescrições contidas na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 28 set. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional Positivo. 12. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa (2009).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 16. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONU, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Pleno – MI n. 58/DF – Rel. p/Acordão Min. Celso de Mello. **Diário da justiça**, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580.

VADE MECUM SARAIVA. CURÍA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (colaboradores). 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.