



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
FACULDADE DE DIREITO

Leopoldo Henrique da Costa Vieira

**Confrontação do “modelo afirmativo social”, representado pela lei 12.711/2012, com o “modelo afirmativo racial”, representado pela lei 12.990/2014, através de uma perspectiva histórica comparada com outros países.**

Brasília

2015

Leopoldo Henrique da Costa Vieira

**Confrontação do “modelo afirmativo social”, representado pela lei 12.711/2012, com o “modelo afirmativo racial”, representado pela lei 12.990/2014, através de uma perspectiva histórica comparada com outros países.**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina Redação de Monografia na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Evandro Piza

Brasília

2015

Dedico esta Monografia ao meu Pai e à minha Mãe, pelo esforço, dedicação e estímulo dirigidos a minha pessoa, e que me proporcionaram alcançar o sonho de uma carreira jurídica.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente ao meu Senhor Jesus Cristo, que com sua Maravilhosa Graça sustenta a minha vida.

Aos meus pais pela dedicação e exemplo de vida, e que me levaram a buscar o êxito almejado.

Aos meus irmão Marcello e Filipe, que me proporcionaram o apoio para ir adiante na procura do aperfeiçoamento acadêmico.

Ao meu orientador Doutor e Professor Evandro Piza, pela tutoria e confiança a mim depositada.

Ao meu co-orientador Mestrando Marcos Queiroz, pelo apoio e solidariedade que direcionou a minha pessoa.

Aos meus professores e companheiros de curso de graduação pelo companheirismo e troca de experiências, dentro e fora de sala de aula.

**Confrontação do “modelo afirmativo social”, representado pela lei 12.711/2012, com o “modelo afirmativo racial”, representado pela lei 12.990/2014, através de uma perspectiva histórica comparada com outros países.**

Resumo: Trata-se de uma avaliação de como a lei 12.771/2012 e a lei 12.990/2014 são inseridas dentro das chamadas “Ações Afirmativas”, demonstrando-se através de uma perspectiva histórica, o delineamento do verdadeiro conceito desta política pública positiva. Busca-se, assim, identificar qual o critério dessas leis, o critério social da Lei 12.771 ou o critério étnico-racial da Lei 12.990, é o mais coerente com o paradigma das ações afirmativas.

Palavras-chaves: Ação Afirmativa. Concurso Público. Universidades. Constituição. Lei. 12.711. Lei 12.990. Reserva de vagas. Critérios étnicos-raciais. Modelo.

**Comparison of the "social affirmative model", represented by Law 12,711 / 2012, with the "racial affirmative model" represented by Law 12,990 / 2014, through a historical perspective compared to other countries.**

Summary: This is an evaluation of how the law 12.771 / 2012 and the Law 12.990 / 2014 are inserted into the so-called "Affirmative Action", demonstrating through a historical perspective, the design of the true concept of this positive public policy. The aim is to identify what is the criterion of those laws, the social criteria of Law 12,771 or the ethno-racial criteria of Law 12,990, is the most consistent with the paradigm of affirmative action.

Keywords: Affirmative Action. Public Tender. Universities. Constitution. Law. 12,711. Law 12,990. Reserve places. Ethnic and racial criteria. Model.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b> .....	9
<b>2. Noções de desigualdade material <i>versus</i> igualdade formal</b> .....	11
2.1. Noções da desigualdade étnico-racial brasileira.....	12
2.2. Ações afirmativas e o princípio da igualdade pela perspectiva dworkiana.....	19
<b>3. Ações afirmativas e sua trajetória histórica em outros países</b> .....	28
3.1. As bases históricas das ações afirmativas: conceituação fundamental desta política.....	28
3.2. Uma breve compreensão histórica da evolução das ações afirmativas nos EUA.....	32
<b>4. Ações afirmativas no Brasil</b> .....	39
4.1. Ações afirmativas no Brasil: início do reconhecimento das desigualdades raciais.....	40
4.2. Análise crítica da lei 12.711/2012: transmutação conceitual de uma política necessariamente universalista em uma ação emergencial positiva.....	46
4.3. Análise da lei 12.990/2014: perspectiva histórica, finalidade jurídica e mobilidade dentro das vagas para os negros.....	55

<b>5. Conclusão.....</b>	<b>61</b>
<b>6. Referências bibliográficas.....</b>	<b>67</b>



## 1. Introdução

No Brasil, atualmente, convivem simultaneamente dois tipos de leis principais de ações afirmativas. A lei 12.711, de 2012, que estabelece a reserva de vagas para estudantes de escolas públicas nas universidades públicas e a lei 12.990, de 2014, que reserva vagas para negros nos concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Federal. A primeira lei representa o modelo de “Ações Afirmativas Sociais” e a segunda lei representa o modelo de “Ações Afirmativas Étnico-raciais”. A pergunta principal que este presente trabalho faz é qual desses dois modelos estaria mais condizente e alinhado historicamente com os modelos de ações afirmativas que surgiram em outros países? É o modelo afirmativo social que predominou em outros países? Ou foi modelo afirmativo étnico-racial que foi o principal modelo que surgiu em outros países? Tal tema assume importante relevância diante das enormes desigualdades que existem em nosso país, principalmente com relação às desigualdades raciais.<sup>1</sup> A escolha de um modelo afirmativo que esteja mais coerente com modelos afirmativos de outros países que conseguiram diminuir efetivamente a desigualdade, significa a escolha de uma ação afirmativa potencialmente mais eficiente do que uma ação afirmativa que diverge da aplicação bem sucedida desta política por outros países.

Para se conhecer a verdadeira finalidade das ações afirmativas é necessária uma compreensão sobre sua origem histórica. Sobre a necessidade dessa compreensão histórica, Rafael de Freitas Shultz Ribeiro declara:

“Em não se tratando de modelos teóricos elaborados por alguns para posterior aplicação e implementação, mas sim de uma resposta espontânea do poder público às carências e aos crescentes anseios da sociedade, os conceitos dados às ações afirmativas atêm-se mais à conjuntura histórica e

---

<sup>1</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 7p.

às necessidades que cercaram seu surgimento do que propósitos gerais idealizados.”<sup>2</sup>

Nesta política pública, que passou por avanços e retrocessos para estabelecer uma nova reflexão na luta por direitos, busca-se conhecer um conceito essencial que percorre os diferentes modelos de ações afirmativas adotados. As ações afirmativas, tema já amplamente debatido, servem como ferramenta para se alcançar a um maior equilíbrio de oportunidades entre os diferentes grupos sociais. Mas qual é esse desequilíbrio e o seu fator gerador que esta ação busca corrigir? A resposta deste segundo questionamento é também fundamental para se traçar as diretrizes desse instituto jurídico que ganha força no ordenamento brasileiro em pleno século 21.

E, particularmente, como laboratório prático dessa atitude governamental que visa consolidar o sistema afirmativo como opção viável ao desenvolvimento do cidadão brasileiro em seu contexto social e étnico, está o ingresso de estudantes negros e índios nas universidades públicas brasileiras. É preciso questionar se tais políticas implantadas captaram a essência das ações afirmativas estadunidenses e de outros países, embora a forma de consecução tenha sido adequada ao nosso ordenamento jurídico. Essa política pública no ensino superior se opunha inicialmente a discriminação étnico-racial, porém, houve uma mudança de foco nesta política, que passou a ter o objetivo de diminuir principalmente a desigualdade econômica.

Em um processo paralelo ao que ocorreu nas universidades, serão adotadas as ações afirmativas nos concursos públicos. Tal política voltada para preenchimento de cargos estatais continuou com o objetivo principal de combater a discriminação racial. Constitui, dessa maneira, um modelo diferente do modelo adotado nas universidades.

---

<sup>2</sup>RIBEIRO, Rafael de Freitas Shultz. Estudos Sobre Ação Afirmativa. REVISTA SJRJ. Rio de Janeiro, V. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011. 168-169p.

Para responder essas questões, este trabalho mostrará inicialmente dados e informações que exibem as características da desigualdade no Brasil. Depois dessas informações serem apresentadas, será feita uma reflexão sobre a relação do “Princípio da Igualdade” com as ações afirmativas, através da perspectiva de Ronald Dworkin. Após essa reflexão, será feita uma exposição sobre as ações afirmativas nos principais países que a adotaram, com o objetivo de conhecer qual modelo afirmativo predominou nesses países. Então, será estudado a implantação das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro. Conhecendo-se as condições nas quais as políticas afirmativas foram introduzidas no Brasil, será feita uma análise da lei 12.711, de 2012, que resultou na nova configuração de vagas nas universidades públicas com ações previstas para alunos que estudam em escolas públicas e possuem uma baixa renda familiar. E, por fim, será feita uma análise da lei 12.990, publicada em 2014, prevendo a reserva de vagas para afrodescendentes nos concursos públicos do Executivo federal. Assim, se chegará à conclusão sobre qual dos modelos representados por essas leis, o modelo afirmativo que se utiliza principalmente de critérios econômicos ou o modelo afirmativo que se utiliza de critérios étnico-raciais, é o mais coerente com o paradigma das ações afirmativas.

## **2. Noções de desigualdade material *versus* igualdade formal**

Neste capítulo serão demonstradas noções da desigualdade social e racial brasileira. Será exposto também, através da perspectiva de Dworkin, como essa desigualdade se relaciona com o ideal de igualdade previsto na Constituição. E assim, busca-se compreender melhor como uma política afirmativa no Brasil pode agir em prol a essa diminuição do abismo social que certos grupos se encontram em nossa sociedade.

## 2.1. Noções da desigualdade étnico-racial brasileira

O instituto das ações afirmativas emerge em um quadro de desigualdades étnicas e sociais de relevância pública. Os dados e informações recebidos nos últimos anos demonstram que esse quadro de desequilíbrio entre diferentes grupos sociais ainda continua elevado.<sup>3</sup>

Nesse sentido, foi lançado em 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada a publicação intitulada “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça”, contendo pesquisas estatísticas que permitem dar uma noção de forma mais detalhada sobre a condição de hipossuficiência material de cidadãos no Brasil.

Tais pesquisas foram feitas por meio de uma abordagem multidimensional, o que possibilita entender aspectos diversos dessa realidade social.<sup>4</sup> E diante dos vários dados coletados nessa investigação social, o IPEA aponta:

“As desigualdades de gênero e raça são estruturantes da desigualdade social brasileira. Não há, nesta afirmação, qualquer novidade ou qualquer conteúdo que já não tenha sido insistentemente evidenciado pela sociedade civil organizada e, em especial, pelos movimentos negro, feminista e de mulheres, ao longo das últimas décadas. Inúmeras são as denúncias que apontam para as piores condições de vida de mulheres e negros, para as barreiras à participação igualitária em diversos campos da vida social e para as consequências que estas desigualdades e discriminações produzem não apenas para estes grupos específicos, mas para a sociedade como um todo.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004. 97p.

<sup>4</sup> SALAMA, Pierre; DESTREMAU, Blandine. O tamanho da pobreza. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda, 1999. 113-114p.

<sup>5</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 7p.

O IPEA destaca que essa diferença social, já denunciada várias vezes por diversos movimentos sociais, recai principalmente sobre o segmento feminino e o segmento afrodescendente, sendo as mulheres negras, por fazerem parte desses dois grupos, as principais afetadas por esse desequilíbrio estrutural na sociedade. Nesse sentido: *“Em 2009, 65,5% de mulheres ocupadas, com 16 anos ou mais, tinham pelo menos 9 anos de estudo, contra apenas 48,7% das mulheres negras. Há um fosso a ser superado que combina gênero, raça e educação formal. (Grifos nossos)”*<sup>6</sup>

Já foi argumentado que a situação de desigualdade do negro no Brasil seria apenas um desdobramento da sua inferioridade econômica, descartando-se o fator racial como produtor paralelo de desigualdades.<sup>7</sup> No entanto, o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada descarta completamente esta tese, considerando a raça dos negros como um fator produtor de desigualdades, independentemente da situação econômica:

*“Outra função importante das informações desenvolvidas sobre a questão racial é o de desnaturalizar a coincidência que equivocadamente se apresenta entre desigualdades sociais e desigualdades raciais, concebendo-se a questão racial como um mero subproduto da desigualdade socioeconômica.”*<sup>8</sup>

Joaquim Barbosa chamou esse grande abismo racial espelhado em desigualdades sociais de “Discriminação Estrutural”, podendo ser interpretado como uma das funções das ações afirmativas a inibição não apenas das discriminações do

---

<sup>6</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 21p.

<sup>7</sup> SILVA, Nelson do Valle. Extensão e natureza das desigualdades raciais no Brasil. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 37p.

<sup>8</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011.13p.

presente, mas eliminação também das discriminações do passado que tendem a se perpetuar.<sup>9</sup>

Portanto, a forma como a questão racial influencia na falta de oportunidades e criação de barreiras, indo além da pobreza, tornou-se nítida, sobretudo com novos dados obtidos em pesquisas recentes. Neste sentido, temos o exemplo do percentual de famílias que têm acesso aos serviços em 2009:

*“Não há diferenças significativas entre os domicílios chefiados por mulheres e por homens, no entanto, as diferenças referentes à raça/cor e à renda são visíveis. Enquanto entre a população branca em geral 77,1% dos domicílios contam com esgotamento sanitário adequado, apenas 60% da população negra dispõe do serviço. **Estes dados evidenciam que a questão do provimento de serviços sanitários básicos não se resume à situação de pobreza, tendo em vista que os piores indicadores se apresentam entre a população negra.**(Grifos nossos)”<sup>10</sup>*

As pessoas negras aparecem fragilizadas em praticamente todas as estáticas de comparação de desempenho. Os negros apresentam a menor expectativa de vida, as menores taxas de escolarização, as maiores porcentagens de desemprego. E cabe destacar também a diferença do rendimento em comparação com os brancos:

“Os negros apresentam, em média, 55% da renda percebida pelos brancos em 2009; no entanto, em 1995, a razão de renda era ainda menor (45%). A pirâmide social, esculpida pelas variáveis renda, sexo e raça, sofreu pequena alteração.”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto. Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56

<sup>10</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 31p.

<sup>11</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 35p.

Mesmo pesando essas comprovações estatísticas desfavoráveis ao povo negro, pode-se auferir um crescimento recente deste grupo em curto período de tempo. No entanto, este incremento populacional não está atrelado a um crescimento demográfico, tal aumento ocorre em função da mudança na forma como as pessoas se veem:

“Em 1995, 44,9% dos brasileiros declaravam-se negros e, em 2009, este percentual subiu para 51,1%; enquanto a população de brancos caiu de 54,5% para 48,2% no mesmo período. Em 2009, entre os homens, o percentual de brancos é de 47%, e o de negros, 52%; por sua vez, o percentual entre mulheres brancas e negras é de 49,3% e 49,9%, respectivamente”<sup>12</sup>

Esta maior identificação com a identidade negra pode ser considerada uma consequência de políticas públicas, ações e campanhas do próprio movimento negro<sup>13</sup> para valorizar essa identidade em oposição ao racismo, uma vez que “ser negro” significaria exibir traços que lembram e remetem à derrota histórica dos povos africanos perante os exércitos coloniais e sua posterior escravização.<sup>14</sup> Por isso, muitas pessoas, mesmo possuindo esses traços, tendem a negar esta identificação como pretos e pardos em pesquisas. João Feres Júnior diz:

*“É claro que parte dessa “negação” da afrodescendência é produto da ideologia do branqueamento que é forte em nossa sociedade e do fato de que muitas pessoas, se dada a opção, preferem não se identificar com uma categoria que sofre discriminação, optando por outras formas supostamente menos “marcadas””*<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 17p.

<sup>13</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2002. 163p.

<sup>14</sup> SEGATO, Rita Laura. RAÇA É SIGNO. SÉRIE ANTROPOLOGICA. Brasília.2005. 4p.

<sup>15</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. 57p.

Mas uma mudança recentemente nesta postura pôde ser percebida, convergindo cada vez mais essa autoidentificação com as categorias brancos, pardos e pretos adotadas nos instrumentos de pesquisas. Se por um lado houve um pequeno aumento da identificação dos pretos e pardos no período analisado, por outro lado ocorreu uma pequena redução dessas taxas de desigualdades e na pobreza em geral. Também aconteceu um aumento na taxa de escolarização líquida, que mede a proporção de pessoas matriculadas no nível de ensino adequado para sua idade. Esse aumento na taxa de escolarização líquida ocorreu principalmente no ensino superior para todas as classificações consideradas, sendo tal melhoria associada às políticas de expansão de vagas nas universidades, ao Prouni e também às ações afirmativas. No entanto, apesar dessa pequena evolução aparente na educação universitária e outros dados, as desigualdades raciais continuam a limitar e determinar a trajetória dos jovens negros, permanecendo o abismo nas estatísticas:

*“Em 1995, a taxa de escolarização líquida no ensino superior – que mede a proporção de pessoas matriculadas no nível de ensino adequado para sua idade – era de 5,8%, chegando, em 2009, a 14,4%. Neste mesmo ano, esta taxa era de 21,3% entre a população branca, contra apenas 8,3% entre a população negra, chegando a apenas 6,9% entre os homens negros.”<sup>16</sup>*

Se ainda nas universidades a discrepância de dados continua relevante, mesmo após 10 anos de políticas inclusivas, é mais nítida tal desigualdade quando se analisa a taxa de desemprego para esta maioria racial excluída ao longo de séculos dos processos de inclusão no mercado de trabalho:

*“O desemprego é também uma realidade permeada de desigualdades de gênero e raça. Assim, a menor taxa de desemprego corresponde à dos homens brancos (5%), ao passo que a maior remete às mulheres negras (12%). No intervalo entre os extremos, encontram-se as mulheres brancas (9%) e os homens negros (7%)”*

---

<sup>16</sup>INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 21p.



*“Finalmente, a distribuição por setor de atividade é igualmente importante para qualificar o padrão de inserção da população no mercado. É possível verificar que o setor de serviços apresentou um aumento expressivo no período analisado, tanto para os homens, quanto para as mulheres ocupadas, embora seu detalhamento revele peculiaridades. Os dados evidenciam uma clara segmentação ocupacional, tanto relacionada ao gênero, quanto à raça. As mulheres, especialmente as negras, estão mais concentradas no setor de serviços sociais (cerca de 34% da mão de obra feminina), grupo que abarca os serviços de cuidado em sentido amplo (educação, saúde, serviços sociais e domésticos). Já os homens, sobretudo os negros, estão sobrerrepresentados na construção civil (em 2009, este setor empregava cerca de 13% dos homens e menos de 1% das mulheres).”<sup>17</sup>*

É possível identificar através dessas estatísticas que os empregos de menor prestígio social são relegados aos negros, que dominam em grande massa esses setores. E são empregos de menores rendas que reduzem a perspectiva de ascensão social. Esse acesso ao mercado de trabalho é essencial para o enfrentamento desta realidade discriminatória. Tal realidade é perceptível visualmente, não sendo necessários estudos aprofundados estatísticos para que o contexto do preconceito racial se evidencie. E essas posições sociais também tendem a reforçar o preconceito de que o negro é inferior intelectualmente.

Na prática, é comprovado que, diante de currículos idênticos, prefere-se a contratação do branco, e que, por exemplo, ao se procurar um inquilino para alugar um imóvel -havendo uma situação de igualdade, a não ser pela cor- é dado preferência também ao branco. No cotidiano é revelado, ao se visitar um shopping center, que nas lojas de produtos sofisticados, raros são os negros que se colocam como vendedores, o que se dirá como gerentes. Nos restaurantes, serviços que impliquem um contato direto com o cliente geralmente não são feitos por pessoas negras. Nos locais públicos onde são oferecidos serviços privados para o segmento

---

<sup>17</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 27p.

populacional mais rico na sociedade, a presença do negro restringe-se a atuação como manobristas, seguranças e etc.<sup>18</sup>

E outro dado interessante que pode ser auferido dessa pesquisa do IPEA é a exclusão digital da maior parte da população negra. Tal exclusão se torna importante, pois no ambiente competitivo dos concursos públicos, o acesso a diversos materiais de estudos e também ao conhecimento de editais se dá principalmente pelo meio digital. O IPEA relata que:

*“Para esta população, para a qual se verificam indicadores piores em todas as dimensões da vida sobre as quais esta publicação lança luz, adiciona-se a configuração de um “apartheid digital”, cujo desdobramento é uma estrutural exclusão em campos diversos relacionados à vida social. Permanecem intocadas para esta população negra e residente em áreas rurais as formas de sociabilidade, cidadania e **atuação na esfera pública**, que, de outro modo, a partir do acesso às novas tecnologias de informação e comunicação, seriam impulsionadas e potencializadas (Grifos realizados)”*

19

Diante dessas desigualdades, o IPEA chega à conclusão que políticas universais não estão sendo suficientes para a inclusão desses grupos discriminados, demandando-se uma nova forma específica de agir para esses grupos.

Busca-se então estudar essa nova atitude focada para determinados grupos excluídos de uma cidadania efetiva, procurando-se identificar como se pode operar juridicamente o alcance da igualdade material frente à igualdade formal no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>18</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. 5p. In: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001.

<sup>19</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 33p.

## 2.2. Ações afirmativas pela perspectiva dworkiana e sua relação com o princípio da igualdade.

De fato, muitos acadêmicos estão dispostos a defender o argumento de que as ações afirmativas violam a igualdade legal, no seu sentido estrito.<sup>20</sup> A partir dessa alegada igualdade, é construído também um conceito de mérito restrito, em prol da liberdade. Nesse sentido, Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Altemar Constante Pereira Júnior defendem:

*“Diante dessa noção de mérito defende-se a limitação das políticas de ações afirmativas no Brasil. Com exceção do acesso à universidade, a meritocracia deve ser mantida em sua essência. Dito de outro modo, no que tange à democratização racial do ensino superior – e tão somente nesse caso –, propõe-se que se revoguem as concepções tradicionais de mérito, substituindo-as por uma nova visão adequada à complexidade social e comprometida com os objetivos da Constituição. (grifos realizados)”<sup>21</sup>*

No entanto, algumas ponderações podem ser feitas, e tais questões seriam: é o objetivo da lei dar prioridade à liberdade e assim restringir o uso da igualdade somente à garantia da distribuição formal de direitos, ou as leis deveriam ir além e promover a igualdade de fato entre as pessoas? E também com relação com a igualdade material, a discriminação que promove o bem de alguém deve ser tratada da mesma forma, do ponto de vista moral, daquela discriminação que tem por finalidade sua ruína e opressão?

Esse aparente conflito entre a igualdade garantida por lei a todos os cidadãos e a promoção da igualdade material pelo Estado diante da desigualdade é

---

<sup>20</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010.167p.

<sup>21</sup> RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PEREIRA JÚNIOR, Altemar Constante. Implantação das cotas raciais nos concursos públicos-Um debate necessário. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 197, 2013. 17p.

um dos temas mais polêmicos e tortuosos do debate jurídico e constitucional.<sup>22</sup> Não cabe a este presente trabalho se estender profundamente nesta análise, e, por isso, focaremos na questão do enfrentamento da desigualdade racial pelo sistema jurídico, pois esta é a principal característica da desigualdade brasileira.

O doutrinador Ronald Dworkin se deparou com esta problemática no constitucionalismo norte-americano. Essas questões foram levantados por Bakke, em 1978, um estudante branco que foi reprovado no exame de admissão para Medicina, embora sua nota fosse suficiente para que ingressasse dentro das vagas, caso não houvesse um programa de ações afirmativas na Universidade da Califórnia. Bakke argumenta que os programas de ações afirmativas seriam inconstitucionais porque violariam o Direito à igualdade daqueles que não obtiveram vagas e também que o indivíduo deveria ser avaliado exclusivamente pelo mérito, sendo vedada, por conta da igualdade racial pregada nos EUA, qualquer tipo de discriminação, em face da cláusula de proteção.<sup>23</sup>

Diante de tais argumentos envolvendo o conceito de mérito, Dworkin expõe que existe uma consciência racial na sociedade americana que impede os afrodescendentes de serem tratados igualitariamente, ainda que possuam o “mérito” argumentado:

*“A sociedade norte- americana, hoje, é uma sociedade racialmente consciente; essa é a consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. Homens e mulheres, meninos e meninas negros não são livres para escolher por si mesmo em que papéis- ou como membros de quais grupos sociais – outros irão caracterizá-los. Eles são negros, e nenhum outro atributo de lealdade ou ambição irá influenciar*

---

<sup>22</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010. 168p.

<sup>23</sup> SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. Compensação Histórica Versus Discriminação Presente: Políticas De Ação Afirmativa Para Negros Na Perspectiva De Ronald Dworkin In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.2009. São Paulo 4-5p.

*tanto o modo como os outros irão vê-los ou tratá-los, e que tipo e dimensão de vida estarão abertos a eles.”<sup>24</sup>*

Assim, Dworkin defende a ideia de que o reduzido número de profissionais negros em profissões de prestígio ajuda a reforçar e dar continuidade, como causa e consequência, a este preconceito presente em todos os segmentos sociais. Os métodos de inclusão universal haviam falhado para a equiparação do povo negro estadunidense e única forma para se operar esta inclusão seria usar critérios racialmente explícitos. Com o uso desses critérios raciais, seria possível aumentar de forma eficiente o número de membros de certas raças nessas profissões e reduzir em longo prazo essa impressão negativa dos negros, que é traduzida por essa consciência racial.<sup>25</sup> O objetivo desses programas de ações afirmativas é justamente diminuir o preconceito e a discriminação, e não o de gerar segregação racial. Esse objetivo faz parte da escolha de uma sociedade que deseja ser verdadeiramente pluralista:

*“Dizem que, numa sociedade pluralista, a condição de membro de um grupo específico não pode ser usada como critério de inclusão ou exclusão de benefícios. Mas a condição de membro de um grupo, como questão antes de realidade social que de padrões formais de admissão, é hoje parte do que determina a inclusão ou exclusão para nós. Se devemos escolher entre uma sociedade realmente liberal e uma sociedade não liberal, que evita escrupulosamente critérios raciais formais, não podemos recorrer aos ideais do pluralismo liberal para preferir a segunda”<sup>26</sup>*

Porém, Bakke argumenta que, mesmo diante destes nobres objetivos e da eficácia dos programas de ações afirmativas para alcançá-los, o seu direito individual estaria sendo prejudicado. Dworkin questiona então que direito individual seria esse que estaria acima da escolha de uma nação em superar uma consciência racial preconceituosa? Ainda que esse direito individual possa ser interpretado no direito de ser avaliado pelo seu mérito ou não ser excluído por sua raça branca, esse

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 438p.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 437-438p.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 440-441p

tal “direito individual” flui para a ideia final de que ninguém deve sofrer com o preconceito ou o desprezo dos outros.<sup>27</sup> Assim, por ser o objetivo das ações afirmativas também o de evitar o preconceito e o desprezo, achar que existe um conflito entre estes programas e esse “direito individual” seria, para Dworkin, apenas confusão intelectual:

*“O que poderia ser esse direito? O argumento popular colocado com frequência nas páginas editoriais, é o de que Bakke tem direito de ser avaliado segundo o seu mérito. Ou que tem direito de ser avaliado, não como membro de um grupo social. Ou que tem direito, tanto quanto qualquer negro, de não ser sacrificado ou de ter uma oportunidade excluída apenas por causa de sua raça. Mas essas expressões capciosas são enganosas no caso porque, como a reflexão demonstra, o único princípio genuíno que descrevem é o de que ninguém deve sofrer com o preconceito ou o desprezo dos outros. E esse princípio não está absolutamente em jogo nesse caso. Apesar da opinião popular, a idéia de que o caso Bakke apresenta um conflito entre o objetivo social desejável e direitos individuais importantes é uma **confusão intelectual** (grifos nossos)”<sup>28</sup>*

Em complementação a esse raciocínio, Dworkin destaca que o conceito de mérito é relativo. Dentro dessa relatividade, não necessariamente um candidato aprovado em um teste cognitivo será o candidato melhor preparado ou um profissional mais valorizado na profissão de médico, por exemplo. Um candidato com uma nota menor poderia ter vantagens de solidariedade ou qualidades pessoais de educação que não poderiam ser demonstradas neste teste. Talvez uma entrevista pessoal fosse capaz de revelar estas características desejadas. Por não existir a definição de um “mérito abstrato”, até mesmo a condição de uma pessoa ser negra pode ser vista como mérito para Dworkin. Exemplificando-se mais uma vez, um médico negro nos EUA poderia obter mais empatia de um paciente negro, facilitando-se seu trabalho e aumentando sua eficiência como profissional, uma vez que médicos brancos podem ser vistos com desconfiança pelos afro-americanos. Nesse sentido:

---

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 444-445p

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 445p

*“Não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituem o “mérito” no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como “mérito” no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis irão capacitá-los a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento parece ser perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão – que a pele negra pode ser uma características socialmente útil dada as circunstâncias – com a idéia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor que outra.”<sup>29</sup>*

A verdadeira essência do problema enxergado por Dworkin é que os programas afirmativos não fazem uma distinção por considerar uma raça superior a outra, mas sim por buscar lutar contra esse imaginário, reconhecendo-se as desigualdades raciais na realidade social e as dificuldades de ações tradicionais em superar esse distanciamento racial. Existe dessa forma, para Dworkin, uma legitimidade moral nas ações afirmativas, estando em consonância tal legitimidade com os princípios da constituição norte-americana. Dessa forma, conclui Dworkin porque Bakke não foi admitido na Faculdade de Medicina: *“Em ambos os casos, está sendo excluído não por preconceito mas por causa de **um cálculo racional do uso socialmente mais benéfico de recursos limitados para a educação médica.**”* (grifos realizados)<sup>30</sup>

A consideração da discriminação e o preconceito que os negros sofrem na sociedade dentro desse “cálculo racional do uso socialmente mais benéfico de recursos limitados” é denominado por alguns doutrinadores como “Mérito Democrático”, de modo a proporcionar aos negros um maior equilíbrio na disputa diante da discriminação racial existente no meio social.<sup>31</sup> Então, respondendo a

---

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 446p.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 450p.

<sup>31</sup> REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007. 15-16p.

primeira pergunta, a lei pode sim promover a igualdade de fato entre os cidadãos diante de uma desigualdade histórica.

Essa justificativa moral dos programas afirmativos também será importante para Dworkin quando é feita a interpretação de uma lei ou regra que visa evitar distinção de uma pessoa por sua raça. Tal lei pode ser interpretada em um sentido neutro ou literal, de modo que absolutamente qualquer classificação racial tenha que ser retirada do sistema jurídico, ou tal lei pode ser interpretada para distinguir classificações raciais odiosas,<sup>32</sup> que subjugariam as pessoas às outras. A escolha interpretativa seria feita escolhendo-se qual das duas justificativas rivais seria superior do ponto de vista da “moralidade política”, optando-se assim pela justificativa da lei que estaria também mais de acordo com a constituição e o seu desenvolvimento. Para Dworkin, o constitucionalismo norte-americano aponta para a segunda interpretação da lei, devendo-se ser retirado do ordenamento jurídico apenas as classificações raciais odiosas, permanecendo assim apenas os critérios raciais que servem para promover igualdade:

*“A discriminação convencional praticada contra negros há séculos nos Estados Unidos, é errada. Mas por quê? É errada porque qualquer distinção baseada em raça é sempre inevitavelmente errada, mesmo quando usada para corrigir a desigualdade? Se é assim, seria correto, pela teoria da coerência da legislação, interpretar o título VII como declarando ilegais todas as distinções de tal tipo no emprego. Ou a discriminação tradicional é errada porque reflete preconceito e o desprezo por um grupo em desvantagem e, portanto, aumenta a desvantagem desse grupo?”*<sup>33</sup>

A reflexão de Dworkin é de suma importância para a interpretação do conceito de igualdade existente na Constituição brasileira e a possibilidade de compatibilização desse conceito com as ações afirmativas. De fato, desde os primórdios da Constituição de 1824, optava-se pela isonomia formal. A Constituição de 1891 previu, de forma categórica, que todos seriam iguais diante da lei,

---

<sup>32</sup>DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 474p.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 491-492p.



extinguindo-se na época os privilégios de nobreza e regalias inerentes. No entanto, a igualdade continuava a ser simplesmente formal.<sup>34</sup>

Na evolução constitucional brasileira, é possível até identificar pontos remanescentes de privilégios raciais, como na Constituição de 1934, na qual repudiava-se, teoricamente, a discriminação racial e ao mesmo tempo era prescrito a eugenia no sistema educacional e restrições étnicas na escolha de imigrantes. Está previsto também nas Constituições de 1967 e 1969, que o princípio da igualdade está alinhado com a proibição da discriminação em razão da raça e a punição ao preconceito racial, teoricamente, existe no ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

No entanto, essa realidade jurídica mudará com a Constituição de 1988. De acordo com Hédio Silva Jr., foi a Constituição Cidadã que deu bases para o repensar da isonomia formal diante da desigualdade racial:

“Neste contexto, a Constituição de 1988 representa um verdadeiro marco no tratamento político- jurídico da temática racial, como reflexo inclusive do crescimento da atuação do movimento negro.”<sup>36</sup>

Essa constituição de 1988 tem assim um papel ativo na proteção das minorias e maiorias discriminadas. São exemplos dessa atuação constitucional positiva: a criminalização do preconceito no art.5, inciso XLII; a oposição ao racismo na área das relações internacionais; a previsão no art.7, inciso XX, da integração da

---

<sup>34</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. In: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001. 1p.

<sup>35</sup> SILVA JR, Hédio. Do Racismo Legal Ao Princípio da Ação Afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 369p.

<sup>36</sup> SILVA JR, Hédio. Do Racismo Legal Ao Princípio da Ação Afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 370p.

mulher no mercado de trabalho; a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras; e a reserva de vagas para os deficientes em concurso público no art. 37, inciso VIII<sup>37</sup>. Nesse sentido, Evandro Piza evidencia a importância do reconhecimento constitucional do racismo como um passo importante no seu enfrentamento:

“Em primeiro lugar, as normas que proíbem o racismo têm também o condão de fazer conhecer a todos que ele é um fenômeno social (existente no Brasil) que pode e deve ser combatido e que, devido a sua gravidade e impacto social, deve ter tutela constitucional”<sup>38</sup>

Assim, a justificativa moral das ações afirmativas como instrumento ativo e legítimo de se combater o preconceito, encontrada no pensamento de Dworkin, é totalmente compatível com a redefinição dada pela Constituição de 1988 ao princípio da igualdade. Flávia Piovesan relembra também que o Brasil é signatário da “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial” desde 1965 e que essa Convenção já previa o uso de ações afirmativas:

“Pelas razões citadas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no art. 1º, § 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada “ação afirmativa”). Isso se concretizará mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações positivas constituem medidas de exceção que procuram compensar populações outrora vilipendiadas pelo preconceito.”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil

<sup>38</sup> DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior. A&C R. de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n.27, p. 61-107, jan./mar. 2007. 92p.

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Editora Jurua, 2008. 21p.

Para completar esse raciocínio, também está escrito no preâmbulo da Constituição Brasileira o indicativo de uma ação positiva para a consolidação de direitos<sup>40</sup>:

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como **valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”*  
(grifos realizados)<sup>41</sup>

Direitos individuais devem ser exercidos e garantidos a todos os brasileiros. E também os direitos coletivos de determinados grupos devem ser protegidos.<sup>42</sup> Dessa maneira, diante do reconhecimento do preconceito que alguns desses grupos sofrem é que as ações positivas podem ser pensadas. E, por fim, confirmando esse raciocínio, encontra-se a ADPF 186<sup>43</sup> que decidiu pela constitucionalidade dos programas de ação afirmativa. Essa ADPF consistiu na tentativa de impugnação desses programas no contexto universitário, mas houve o indeferimento do pedido de impugnação, reconhecendo-se as ações afirmativas como constitucionais. O contexto em que foi feita esta ADPF será visto mais adiante, no capítulo “Ações Afirmativas no Brasil”.

---

<sup>40</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, n.º 31. Brasília: jul./set. 1996, p. 288

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Editora Jurua, 2008. 18p.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Atos Que Instituíram Sistema De Reserva De Vagas Com Base Em Critério Étnico-Racial (Cotas) No Processo De Seleção Para Ingresso Em Instituição Pública De Ensino Superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, llii, 3º, Iv, 4º, Viii, 5º, I, li Xxxiii, Xli, Liv, 37, Caput, 205, 206, Caput, I, 207, Caput, E 208, V, Todos Da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186. Democratas - DEM Distrito Federal; Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade De Brasília; Centro De Seleção E De Promoção De eventos Da Universidade De Brasília -Cespe/Unb. Relator: Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012. 92p.

### **3. Ações afirmativas e sua trajetória histórica em outros países.**

No capítulo passado, foi demonstrado como a desigualdade, principalmente a desigualdade racial, está ainda em altos patamares ajudando a reforçar a discriminação que o negro sofre no Brasil. Segundo Dworkin, em um país que tem uma consciência racial que impede a mobilidade social de pessoas negras, a única forma para uma política afirmativa ajudar na superação dessa consciência racial será através de uma ação afirmativa que use critérios étnico-raciais explícitos. Dworkin, então, acredita em um papel ativo constitucional para a diminuição da desigualdade racial.

De forma a auxiliar a melhor compreensão sobre uma essência comum das ações afirmativas, será analisado as características das políticas afirmativas de outros países para se compreender se esses critérios étnico-raciais explícitos de Dworkin estiveram presentes nas ações afirmativas dessas nações ou se essas ações afirmativas não usaram desses critérios étnico-raciais explícitos, buscando combater principalmente a desigualdade econômica, e não a discriminação étnico-racial que grupos excluídos sofrem.

#### **3.1. As bases históricas das ações afirmativas: conceituação fundamental desta política.**

O primeiro país a desenvolver as ações afirmativas dentro de uma perspectiva constitucional foi a Índia,<sup>44</sup> buscando-se através de uma política de cotas, a ascensão social das castas inferiorizadas. Este sistema foi implantado na administração pública, nas instituições de ensino e nas assembleias legislativas. Assim é explanado por Partha Gosh a inserção do *Government of India Act*:

---

<sup>44</sup>FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. 46p.

*“A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do ‘Government of India Act’, de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das Scheduled Castes e das Scheduled Tribes (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante. A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição ‘impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das Scheduled Castes ou das Scheduled Tribes”*<sup>45</sup>

O idealizador desse sistema de cotas foi o intelectual indiano Bhimrao Ramji Ambedkar, líder do *dalits*, ou intocáveis da Índia, que desde 1920 lutava contra a desigualdade e discriminação étnica na Índia inerente ao sistema de castas. Ambedkar foi o responsável por inserir na Constituição da Índia independente, em 1948, a necessidade de cotas para os intocáveis (*dalits*) e os grupos tribais, nas instituições de ensino e no serviço público, para se superar milênios de exclusão e desigualdade.<sup>46</sup>

É ressaltado nessa política pública da Índia o propósito de coibir a discriminação e o preconceito, aplicando-se aos grupos particulares das castas, apesar de muitas vezes esse preconceito gerar também a exclusão econômica. Foi percebida a necessidade de se conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, diante de sua própria vulnerabilidade. Tal diferença passou a ser usada na promoção dos direitos<sup>47</sup> como forma de restaurar o equilíbrio.

---

<sup>45</sup> GOSH, Partha S. Positive Discrimination in Índia: A Political Analysis. Disponível em: [scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India](https://scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India).

<sup>46</sup> CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial e no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 184p.

<sup>47</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Editora Jurua, 2008. 21p.

As garantias implementadas por esta concepção de Estado persistem até hoje, formando a base para o desenvolvimento de todos os indivíduos.

Seguindo um caminho parecido, a Malásia, que se tornou independente em 1957, adotou, em 1971, um amplo sistema afirmativo voltado para a população originária conhecida como os *bumiputeras*, que são os malaios que compõem a população originária e majoritária do país. Mesmo compondo a maioria, os *bumiputeras* foram excluídos do poder e da riqueza nacional, que ficou concentrada nas mãos das minorias chinesas e indiana. Criou-se então mais um sistema afirmativo na Malásia, com as cotas parecidas com as cotas indianas. O sistema afirmativo malásio inclui acesso privilegiado à educação e ao serviço público, dentro de um plano nacional de metas de desenvolvimento econômico e social. Após 30 anos de cotas, a igualdade étnica no país já se encontra dentro de níveis aceitáveis.<sup>48</sup>

Outro país que ficou conhecido pelo seu sistema discriminatório foi a África do Sul. Desde o desmantelamento do Apartheid, em 1994, os negros vêm progredindo cada vez mais e conquistando espaço público. No entanto, a riqueza continua concentrada entre a população branca, e os negros aparecem sobrerrepresentados entre os segmentos mais pobres.<sup>49</sup>

Apesar da abolição da segregação do Apartheid, ainda restou uma forte desigualdade entre as instituições educacionais historicamente brancas e negras. Assim, foram feitas muitas fusões dessas instituições para tentar romper com os padrões históricos de desigualdades. E procurando-se deixar o passado segregacionista para trás, a África do Sul ingressou na lista dos países que adotaram as ações afirmativas, estabelecendo metas raciais, abrangendo o corpo docente, discente e de servidores, com o objetivo de “transformar” as universidades

---

<sup>48</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial e no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 185p.

<sup>49</sup> SILVA, Graziella Moraes Dias da. *Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul*. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, p.131-165, nov. 2006. 137p.

e assegurar a diversidade étnica e racial em todos os seus departamentos.<sup>50</sup> A justificação principal do instituto na África do Sul está na reparação feita aos negros pelas décadas de Apartheid, diante do sofrimento e discriminação que a população negra sofreu, sendo uma política de discriminação positiva, focada em grupo específico da população.

De acordo com Joaquim Barbosa, essa superação desse passado histórico de discriminação se torna inviável sem uma atitude de caráter reparadora de comportamentos preconceituoso,:

*“As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”<sup>51</sup>.*

Uma análise das ações afirmativas nesses três países, que implementaram de forma eficaz as ações afirmativas, demonstra que prevaleceram os critérios étnico-raciais sobre os critérios econômicos para auxiliar seus cidadãos a superaram o contexto discriminatório em que se encontravam. Assim, será analisada brevemente a seguir como a ação afirmativa se desenvolveu no seio da luta pelos direitos civis dos negros nos EUA. Essa análise comparativa embasará as ferramentas críticas para a avaliação das leis 12.711/2012 e 12.990/2014. Embora tal política tenha sido adotada em diversos outros países, os EUA foram uma das principais nações para o amadurecimento das ações afirmativas, por isso a escolha deste país como modelo principal a ser estudado nessa compreensão histórica desta política. Nesse sentido, declara João Feres Jr., que é a “*É a experiência norte-*

---

<sup>50</sup>SILVA, Graziella Moraes Dias da. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, p.131-165, nov. 2006. 137p.

<sup>51</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In. SANTOS, Sales Augusto dos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. BRASÍLIA: Coleção de Educação para Todos. 2007. 51p

*americana, e não a indiana, a mais significativa para o caso da ação afirmativa no Brasil.*<sup>52</sup>

### **3.2. Uma breve compreensão histórica da evolução das ações afirmativas nos EUA.**

As ações afirmativas foram introduzidas de forma sistemática pelos Estados Unidos da América em torno de 1960.<sup>53</sup> A questão racial sempre foi um dos obstáculos à consolidação da democracia norte-americana. Antes da Guerra Civil, o regime escravocrata era considerado legal, embora não houvesse expressamente sua menção na Constituição Americana. Sobre isso, Abrahan Lincoln manifestou-se: *“a palavra escravidão ocultou-se na Constituição, exatamente como um homem angustiado oculta um tumor ou um câncer, que ele não ousa extirpar de imediato, com receio de sangrar até a morte”.*<sup>54</sup>

Após a abolição da escravidão, as leis escravistas deram lugar às leis de discriminações raciais, o que levou os negros a lutarem novamente pelos seus direitos. Mesmo com a discriminação racial proibida constitucionalmente com a aprovação da XIV Emenda Constitucional, predominava a doutrina “separados mais iguais”<sup>55</sup>, que fundamentava a discriminação legal por meio de várias leis estaduais. Essas leis regiam as condutas dos cidadãos no cotidiano, proibindo negros de

---

<sup>52</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. 47-48p.

<sup>53</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. 47-48p.

<sup>54</sup> MACIEL, Álvaro dos Santos. O delineamento histórico das ações afirmativas. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, n. 752. 1p.

<sup>55</sup> RUSSEL, Paullete Granberry. Ação afirmativa e iniciativas de promoção da diversidade na educação superior americana: o envolvimento das instituições na criação de ambientes inclusivos de aprendizagem. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006. 207p.



frequentarem certos estabelecimentos onde os brancos transitavam e diversas outras atitudes discriminatórias.

As insatisfações do povo negro americano culminaram na luta pelos direitos civis. Martin Luther King Jr., no seu discurso emblemático em Washington, declarou as seguintes palavras que retratavam bem a situação dos negros, um século depois da abolição da escravidão:

*“Cem anos atrás, um grande americano (Abraham Lincoln), na qual estamos sob sua simbólica sombra, assinou a Proclamação de Emancipação. Esse importante decreto veio como um grande farol de esperança para milhões de escravos negros que tinham murchados nas chamas da injustiça. Ele veio como uma alvorada para terminar a longa noite de seus cativos. Mas de cem anos depois, o Negro ainda não é livre. Cem anos depois, a vida do Negro ainda é tristemente inválida pelas algemas da segregação e as cadeias de discriminação. Cem anos depois, o Negro vive em uma ilha só de pobreza no meio de um vasto oceano de prosperidade material. Cem anos depois, o Negro ainda adocece nos cantos da sociedade americana e se encontram exilados em sua própria terra. Assim, nós viemos aqui hoje para dramatizar sua vergonhosa condição.”*<sup>56</sup>

Diante de tais anseios legítimos da população negra, as várias segregações que existiam entre brancos e negros na sociedade estadunidense tornaram-se insustentáveis. E no caso paradigmático de *Brown versus Board of Education of Topeka* (1954), a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional a discriminação racial nas escolas públicas dos EUA, iniciando uma nova relação do governo norte-americano no campo dos direitos civis.<sup>57</sup> E assim, foi aprovada, em 1964, a “Lei dos

---

<sup>56</sup> KING JR., Martin Luther. Eu tenho um sonho. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/desejos/sonhos/dream.htm>>

<sup>57</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa, 2004. 123p.

Direitos Civis”<sup>58</sup>, que determinava o fim da separação racial nas acomodações públicas, empregos, educação e estabelecimentos privados.

A partir da conquista histórica da “Lei dos Direitos Civis”, foi implementada, em 1965, a elaboração da ordem executiva nº 11.246<sup>59</sup> que consolidou nos EUA o conceito de “Ação Afirmativa”, com a prescrição de que fossem tomadas “ações afirmativas” para contratar, sem distinção de raça, religião e origem nacional, sendo mais tarde adicionado o sexo como elementos nas quais não se pode fazer discriminação ao trabalhador. O caráter combativo a discriminação é projetado.

Depois as ações afirmativas assumirão novos contornos, com a incorporação de metas numéricas, proporcionais à participação populacional dos grupos minoritários. Em 1971, a Suprema Corte, no caso *Griggs versus Duke Power Co.*, ratificou as regulamentações rígidas das Comissões de Oportunidade e Emprego, que restringiam os procedimentos de admissão e promoção que prejudicassem desproporcionalmente as minorias. Tais comissões afastavam, assim, os requisitos e testes que não tivessem relação necessária com as tarefas a serem exercidas no emprego. Por exemplo, a rejeição de um teste que exigisse um curso de etiqueta, tradicionalmente frequentado na época por pessoas brancas, quando para o trabalho a ser executado não era necessária tal formação.<sup>60</sup> Historicamente, as primeiras medidas de ações afirmativas para os negros acontecerão então na área trabalhista, nos Estados Unidos. Em contextos trabalhistas tendem a ocorrer uma maior visibilidade do preconceito manifestado na falta de funcionários. Tal tendência também ocorre no mercado de trabalho brasileiro.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004. 125p.

<sup>59</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004. 122p.

<sup>60</sup> DA SILVA, Jorge. “Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder”. In: VOGEL, Arno (Org.). *Trabalhando com a diversidade no PLANFOR: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: FLACSO Brasil / MTE, 2000, pp. 5 – 67.

<sup>61</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa, 2004. 83p.

Continuando a análise da evolução do conceito, encontra-se o caso *Regents of University California v. Bakke* (1978), já citado no capítulo anterior. Neste julgado, a Suprema Corte Americana anulou um determinado número de vagas que estavam reservadas previamente a minorias étnicas. O entendimento da Instância Máxima foi estabelecer que o critério de raça não poderia ser o fator determinante e exclusivo na admissão da Faculdade de Medicina da Universidade<sup>62</sup>. Em sintonia a esse entendimento, a Suprema Corte entendeu que embora a raça não seja o fator determinante de aprovação de um candidato nas Universidades Americanas, pertencer a um grupo racial discriminado é completamente plausível como um dos critérios de admissão, podendo ser levado em conta para promover a diversidade almejada pelas ações afirmativas. Nisto destacou o Ministro Powell, relator do processo: *“Em tal programa de admissões, a fator racial ou étnico pode ser considerado com um plus (um fator positivo) no dossiê de um determinado candidato [...]”*.<sup>63</sup>

Assim, a Corte Americana reconheceu a constitucionalidade das Ações Afirmativas para o ingresso de grupos minoritários, porém vedou a aplicação de ações afirmativas que fixassem um número determinado de vagas para os estudantes minoritários. Ronald Dworkin faz uma forte crítica a essa decisão, alegando que ambas as formas de aplicação do instituto afirmativo, seja através de uma política de cotas ou através de uma política cuja raça acrescenta uma vantagem ao candidato, são legítimas:

*“Se um candidato compete por todas ou apenas por parte de suas vagas, o privilégio de chamar a atenção para outras qualificações não diminui em nada o peso ou a injustiça dessa desvantagem, se é que é injusta. Se a desvantagem não viola seus direitos em um programa flexível, uma exclusão parcial não viola seus direitos em um sistemas de quotas. A desvantagem e exclusão parcial são apenas meios diferentes de aplicar as mesmas classificações fundamentais. Em princípio, afetam um candidato branco exatamente da mesma maneira – reduzindo suas chances gerais – e*

---

<sup>62</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial e no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 181-182p.

<sup>63</sup> MACIEL, Álvaro dos Santos. O delineamento histórico das ações afirmativas. *Boletim Jurídico*, Uberaba, MG, n. 752. 2-3p.

*nenhuma é, em nenhum sentido importante, mais “individualizada” que a outra. A questão não é (como Powell uma vez sugere) que a faculdade implementa um sistema flexível pode transformá-lo veladamente em um programa de quotas. A questão é, antes, que não há nenhuma diferença do ponto de vista dos direitos individuais, entre os dois sistemas.”*<sup>64</sup>

É preciso ponderar que o Supremo Tribunal Federal do Brasil decidiu a questão com relação a uma maioria excluída na ADPF 186, conforme já foi demonstrado nas estatísticas do IPEA, diferente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que com relação aos negros decidiram com relação a um grupo minoritário.<sup>65</sup>

Em outro julgamento das ações afirmativas estadunidenses relacionadas ao mercado de trabalho da *United Steelworkers v. Weber* (1979), no qual os negros estavam seriamente mal representados na força do trabalho da fábrica da Kaiser Aluminum Company, em Gramercy, Louisiana, no qual Brian Weber, um trabalhador branco era empregado. Não havia quase nenhum negro nas posições de gerências ou ofícios qualificados na fábrica. A Kaiser então, de livre e espontânea vontade, entrou em acordo com o seu sindicato para estabelecer um programa de treinamento para funções qualificadas, na qual seriam admitidos empregados já contratados segundo o tempo de casa e com uma implantação de política afirmativa no programa de treinamento, admitindo-se um empregado negro para cada branco contratado, até que a proporção de trabalhadores negros qualificados fosse igual à proporção de negros no total da força de trabalho de região de Gramercy.<sup>66</sup>

Foi alegado por Weber que tal ação afirmativa seria inconstitucional, pois a Lei de Direito Civis proibiria qualquer prática discriminatória. A Suprema Corte decidiu a favor da Kaiser e do sindicato, estabelecendo o precedente de que ações afirmativas iniciadas espontaneamente pela iniciativa privada eram válidas de acordo

---

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 462p.

<sup>65</sup> ANDREWS, George Reid. O negro no Brasil e nos Estados Unidos. Revista Lua Nova, São Paulo, vol.2, no.1, Jun 1985. 1-2p.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 472p.

com lei. As empresas estariam livres para tomar medidas positivas, uma vez constatada a desigualdade racial.<sup>67</sup>

Outros casos continuaram a influir e delimitar cada vez mais a ideia das ações afirmativas nos EUA, como o *City of Richmond v. Croson* (1989) e o caso da *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995), nos quais ratificaram-se que a implementação de medidas reparatórias baseadas no critério de escrutínio estrito para o uso raça persiste devido à continuação das práticas racistas. E por fim, tem-se os casos *Gratz v. Bollinger* e *Grutter v. Bollinger* (2003), onde foram questionado os programas de admissão da graduação da Universidade de Michigan. Após esses julgados, ficou ainda decidido pela Suprema Corte Americana, que a raça pode ainda ser usada como critério de admissão como modo de garantir a diversidade na sala de aula.<sup>68</sup> Novos rumos podem guiar as Ações Afirmativas nos EUA depois dos casos *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*. João Feres Junior descreve sobre essa nova tendência conservadora para limitar ou mesmo retirar essas ações afirmativas: “Além das restrições impostas pela Suprema Corte, vários estados importantes como Califórnia, Texas e Florida, usando de sua autonomia federativa, baniram as políticas afirmativas.”

Concluindo esta breve análise evolutiva das ações afirmativas estadunidenses e os instrumentos que lhe são inerentes, mesmo com a grande transformação deste instituto jurídico, com suas contínuas mudanças em suas formas de aplicação, sendo posteriormente aplicado para outros grupos minoritários além dos afro-americanos, essas políticas afirmativas não mudaram sua natureza em combater as discriminações e preconceitos inevitáveis em uma sociedade multicultural.

---

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 473-474p

<sup>68</sup> FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006.

Durante várias décadas de instalação e revisão dessa política, foi mantido o foco particular da ação afirmativa de combater o preconceito e a desigualdade racial enraizada em todos os setores da sociedade, promovendo-se assim a diversidade, não tendo sido o foco principal dessas políticas ao longo da história americana reduzir a desigualdade econômica, apesar ter ocorrido a diminuição da desigualdade econômica indiretamente por ter sido reduzida a desigualdade racial.

Quando se faz a comparação da desigualdade racial entre EUA e Brasil, ao longo desse período em que as políticas afirmativas foram sendo construídas nos EUA, diferentemente do Brasil, os dados mostraram a superioridade dos EUA em equiparar as diferenças raciais. Até 1950, o Brasil apresentava números melhores, mas ocorreu uma inversão na comparação desses dados, mostrando-se atualmente uma maior desigualdade racial no Brasil. Carlos Medeiros apresenta no seu livro “Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos.” o relato de George Reid Andrews, em seu artigo intitulado “Desigualdade racial no Brasil e nos Estados Unidos: uma comparação estatística”, nesse artigo George confirma:

Claramente, uma transição importante ocorreu entre 1950 e 1980. Enquanto muitas medidas de desigualdade racial declinaram acentuadamente nos Estados Unidos, as mesmas medidas no Brasil tenderam a permanecer estáveis ou, de fato, em alguns casos- mais notadamente o da distribuição ocupacional- a aumentar.<sup>69</sup>

Assim, o combate exclusivo às desigualdades econômicas pode manter a problemática do preconceito intacta. Romper com paradigmas discriminatórios mediante uma atuação positiva foi a essencialidade deste instituto nos Estados Unidos.

Concluindo-se neste capítulo pela presença de critérios raciais explícitos, ao longo de toda a evolução das ações afirmativas, também nos EUA, o

---

<sup>69</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004. 81p.

questionamento que esse trabalho agora apresentará é por qual motivo essa essência das ações afirmativas em proteger grupos étnico-raciais fragilizados não foi adotada como finalidade principal na consolidação da lei 12.711, que trata das ações afirmativas nas universidades brasileiras.

#### **4. Ações afirmativas no Brasil**

No capítulo passado foi confirmado que o modelo afirmativo com critérios étnico-raciais explícitos predominou nos vários países que adotaram a ação afirmativa: A Índia buscou proteger o grupo étnico dos *dalits*, a Malásia buscou integrar os *bumiputeras*, e a África do Sul e EUA procuraram e ainda buscam afirmar a presença dos negros em suas instituições públicas.

Neste presente capítulo, as condições históricas e o contexto em que surgiram as ações afirmativas nas universidades públicas e nos concursos públicos serão compreendidos. Será enfatizado principalmente o processo de adoção das ações nas universidades por conta da mudança de rumo que ocorreu nas políticas afirmativas nessas instituições. E, por fim, serão analisadas a lei 12.711, de 2012, e a lei 12.990, de 2014.

##### **4.1. Ações afirmativas no Brasil: início do reconhecimento das desigualdades raciais.**

As discussões sobre as desigualdades raciais no Brasil, que se consolidaram no final da década de 80<sup>70</sup>, ganharam força e reconhecimento notório com assinatura do então Presidente Fernando Henrique Cardoso do Decreto Presidencial de 20 de novembro de 1995. Este Decreto criou o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra.<sup>71</sup> Após a criação do “Mito da Democracia Racial”, que buscava mascarar os conflitos étnico-raciais existentes, alegando uma falsa miscigenação entre raças que gerava uma “convivência” harmônica<sup>72</sup>, FHC se tornou o primeiro presidente na história da República Federativa do Brasil a reconhecer oficialmente a existência de desigualdades raciais.  
73

Mas os anseios por uma política mais eficaz e combativa a este problema já eram cobradas.<sup>74</sup> Como tentativa válida de introduzir pioneiramente uma política de ação afirmativa, vale destacar a atuação do intelectual negro e antigo Deputado Federal Abdias do Nascimento. Ele criou o primeiro projeto de lei com mecanismos positivos para dar maior inclusão à população negra.

Cabe aqui expor parte do Projeto de Lei nº 1332, do ano de 1983:

---

<sup>70</sup> NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 227p.

<sup>71</sup> NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 229p

<sup>72</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2002.139p.

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Otto Vinicius Agra. In: AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO POLÍTICA. Salvador: X SEMOC – Semana de Mobilização Científica da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. 2007. Salvador. p.1-12.

<sup>74</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2002. 160p.



“[...] Este Projeto de Lei estabelece mecanismos de compensação do afro-brasileiro após séculos de discriminação, entre elas a reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; 40% de empregos na iniciativa privada e incentivo às empresas que contribuírem para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática da imagem positiva da família afro-brasileira, bem como a história das civilizações africanas e do africano no Brasil.”<sup>75</sup>

Este é um dos primeiros projetos para a adoção das ações afirmativas voltadas para cargos públicos. Baseia-se no instrumento da reserva de vagas que garante a entrada de uma quantidade percentual mínima de negros qualificados.

A consciência afirmativa, embora incipiente, era nessa época prejudicada pela visão formal das políticas públicas, que buscavam resolver problemas de forma universalista, focando-se exclusivamente no problema econômico e não no problema racial. Depois de amplos debates, em fóruns nacionais e internacionais, tendo como exemplo a “III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata”,<sup>76</sup> começou-se conceber políticas notadamente com o objetivo de combater a discriminação racial, que continua gerando enormes discrepâncias estatísticas nos índices de desenvolvimento humano entre negros e brancos, como já foi demonstrado anteriormente.

Por fim, essas discussões e pressões por medidas efetivas viraram realidade com a adoção de medidas paliativas de inclusão positivas. Um marco para tais medidas foi a instituição da política de inclusão na Universidade Estadual do Rio de

---

<sup>75</sup> Projeto de Lei 3.196, de 1984. Dispões sobre ação compensatória, visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo artigo 153, parágrafo primeiro, da constituição da república. Disponível em : < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=879CBB32F62989492DDAABE338120CE6.proposicoesWeb2?codteor=1162303&filename=Avulso+-PL+3196/1984](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=879CBB32F62989492DDAABE338120CE6.proposicoesWeb2?codteor=1162303&filename=Avulso+-PL+3196/1984) > Acesso em : 18 jun, 2015.

<sup>76</sup> PAIXÃO, Marcelo. Manifesto Anti-Racista: idéias em prol de uma utopia chamada Brasil. Rio de Janeiro: editora dpa, 2005. 153p.

Janeiro e na Universidade Estadual da Bahia<sup>77</sup>. Tal processo de mudança começou em 2002-2003, quando foram adotadas as primeiras políticas por decretos de leis estaduais no Estado do Rio de Janeiro. É preciso ressaltar que essa experiência foi iniciada por um movimento externo à universidade, podendo-se dizer que tal decisão foi contra inicialmente ao “Princípio da Autonomia Universitária”. Ocorreu, portanto, nas Universidades Estaduais o começo do processo de implantação das ações afirmativas, ainda que tenha sido em um primeiro momento imposto pelo Legislativo.<sup>78</sup>

Outro ponto importante a ser destacado é que a maioria das Universidades aderiu ao critério afirmativo principal da exigência da matrícula do aluno em escola pública combinado com outros critérios.<sup>79</sup> Especificamente, com relação ao grupo de estudantes negros, Angela Paiva e outros pesquisadores no livro “Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas”, lançado em 2010, relata que das instituições pesquisadas:

*“No que diz respeito aos programas destinados a beneficiar estudantes negros, observamos que, desse total de 79 instituições, 36 adotaram ações afirmativas para esse grupo, sendo 33 por meio do sistema de cotas e três por meio de pontuação adicional. Também observamos que 19 instituições têm vagas reservadas somente para indígenas. Predominam entre as instituições o sistema de autodeclaração da cor/raça”*

A Universidade de Brasília se tornou um exemplo pioneiro no uso das ações afirmativas, adotando o sistema de reserva de vagas em 2003.<sup>80</sup> Das Universidades Federais, a UnB foi a primeira a adotar um desenho afirmativo somente para negros sem estar vinculado à escola pública. Na década de 1990, houve um caso notável

---

<sup>77</sup> SEGATO, Rita Laura. RAÇA É SIGNO. SÉRIE ANTROPOLOGICA. Brasília.2005. p.2.

<sup>78</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010 p.85

<sup>79</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010 p.93

<sup>80</sup> CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial e no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 17p.

de racismo contra um aluno da pós-graduação que mobilizou parte da academia da universidade. O “caso Ari”, nome do estudante negro que foi reprovado no doutorado no primeiro semestre, depois de ter passado em terceiro lugar na admissão ao programa, tal caso foi considerado a motivação para a mobilização e para a sensibilização de professores na universidade. E por fim, essa constatação de um ato racismo no *campus* levou um grupo de professores a se organizar, sendo bem-sucedidos em fazer os gestores que estavam à frente da administração pensassem em ações efetivas de mudanças no *campus*.<sup>81</sup>

Esse caso do estudante de doutorado na UnB demonstra como o preconceito racial pode tirar oportunidades de jovens negros, independentemente de serem cotistas ou não, ricos ou pobres. Assim, a UnB adotou um modelo diferenciado das demais ações afirmativas em outras universidades brasileiras, pois o seu modelo era voltado para o combate da discriminação racial, reconhecendo-se que esse problema pode afetar o cidadão negro, não importando sua renda material. Angela Paiva faz a constatação, através de entrevista com vários gestores universitários, de que houve uma enorme dificuldade em se discutir uma política de inclusão estritamente racial nas comissões formadas e nos conselhos universitários e acabou predominando nessas discussões a aprovação de medidas de inclusão social, ou seja, ações voltadas para os alunos de escola pública. Para se incluir uma política para negros, muitos gestores condicionaram essa política à frequência em escolas públicas, pois não seriam aprovadas se houvesse apenas o critério racial.<sup>82</sup> Foi uma questão de estratégia vincular as ações inclusivas para negros aos fatores sociais ou então esta inclusão seria rejeitada.

Diante dessa resistência para aprovar políticas apenas para negros, é importante o relato do Gestor da Universidade Federal do Paraná, que teve sua identidade preservada pela pesquisa. Este gestor estava presente no processo de implantação das ações afirmativas na UFPR e assim confessa o gestor:

---

<sup>81</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010 p.93

<sup>82</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010. 93p.

“(....)Tem-se que ter o processo político estratégico de todos os jeitos, e percebemos que fazer uma proposta para o negro não chegaria a lugar nenhum. Era preciso uma proposta que fosse mais legítima para uma população que é racista e que não vê a população negra tendo qualquer problema a não ser sua incompetência, que não o deixa chegar a lugar nenhum. É isso que todo mundo pensa dos negros. Então, desde o primeiro momento já pensávamos em fazer uma proposta de inclusão racial e social”<sup>83</sup>

Assim, essa estratégia optada pelos gestores será consolidada mais tarde na lei 12.711/2012, que será analisada com mais detalhes adiante.

Ligeiramente diferente do modelo americano, por conta da forma de acesso dos candidatos através do vestibular, mas mantendo-se o ideal da luta contra a discriminação racial, o modelo da UnB por se ater apenas ao critério étnico-racial combinado com as provas de conhecimento, chegou a ser questionado perante o Supremo Tribunal Federal, na APDF 186/DF impetrada pelo DEM.<sup>84</sup>, defendendo-se a inconstitucionalidade desse sistema de reserva de vagas. O STF, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido veiculado pelo DEM. O Ministro Relator do caso, Ricardo Lewandowski, na parte dispositiva de seu voto, julgou:

“PARTE DISPOSITIVA Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de

---

<sup>83</sup> PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010. 94p.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Atos Que Instituíram Sistema De Reserva De Vagas Com Base Em Critério Étnico-Racial (Cotas) No Processo De Seleção Para Ingresso Em Instituição Pública De Ensino Superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, Iii, 3º, Iv, 4º, Viii, 5º, I, Ii Xxxiii, Xli, Liv, 37, Caput, 205, 206, Caput, I, 207, Caput, E 208, V, Todos Da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186. Democratas - DEM Distrito Federal; Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade De Brasília; Centro De Seleção E De Promoção De eventos Da Universidade De Brasília -Cespe/Unb. Relator: Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012. 11p.

seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF. <sup>85</sup>

Assim, foi considerado o sistema de reserva de vagas baseado em critérios étnico-raciais um instrumento válido no ordenamento jurídico brasileiro, consoante ao seu caráter paliativo e temporário, embasando assim as demais ações afirmativas que possam surgir com critérios étnico-raciais no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a possibilidade dessa ADPF se referir a outras ações, como a reserva de vagas nos concursos públicos, relata o Ministro Lewandowski:

“Ademais, a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País” <sup>86</sup>

Os benefícios ganhos com a adoção desse modelo foram auferidos no seminário “10 Anos de Cotas na UnB: Memória e Reflexão”, no ano de 2013<sup>87</sup>. Neste seminário foi exposto ao público o sucesso da política afirmativa da Universidade de

---

<sup>85</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Atos Que Instituíram Sistema De Reserva De Vagas Com Base Em Critério Étnico-Racial (Cotas) No Processo De Seleção Para Ingresso Em Instituição Pública De Ensino Superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, lli, 3º, Iv, 4º, Viii, 5º, I, li Xxxiii, Xli, Liv, 37, Caput, 205, 206, Caput, I, 207, Caput, E 208, V, Todos Da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186. Democratas - DEM Distrito Federal; Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade De Brasília; Centro De Seleção E De Promoção De eventos Da Universidade De Brasília -Cespe/Unb. Relator: Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012. 92p.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Atos Que Instituíram Sistema De Reserva De Vagas Com Base Em Critério Étnico-Racial (Cotas) No Processo De Seleção Para Ingresso Em Instituição Pública De Ensino Superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, lli, 3º, Iv, 4º, Viii, 5º, I, li Xxxiii, Xli, Liv, 37, Caput, 205, 206, Caput, I, 207, Caput, E 208, V, Todos Da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186. Democratas - DEM Distrito Federal; Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade De Brasília; Centro De Seleção E De Promoção De eventos Da Universidade De Brasília -Cespe/Unb. Relator: Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012. 48p.

<sup>87</sup> TAVARES, Ádli. Dez anos de cotas na UnB. Disponível em:<<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7806>> Acesso em: 18 jun 2015

Brasília, com a superação das expectativas do programa. No entanto, é importante ressaltar que houve uma mudança posterior nesse modelo afirmativo da UnB que foi celebrado nesse seminário, estando essa universidade, atualmente, também submetida ao modelo afirmativo concretizado pela lei 12.711 de 2012.

No Brasil, por tanto, é questionável se as ações afirmativas nas universidades têm como foco, de forma geral, diminuir a exclusão racial, havendo um foco maior na exclusão econômica, diferente de modelos afirmativos de outros países. Dessa maneira, se procurará analisar a seguir, a razão pela qual política afirmativa implantada pela Lei 12.711/2012 pode seguir um caminho diferente das demais ações afirmativas.

#### **4.2. Análise crítica da lei 12.711/2012: transmutação conceitual de uma política necessariamente universalista em uma ação emergencial positiva.**

Antes de analisar propriamente a forma com que esta lei opera, é necessário entender quais direitos serão tutelados. Sua disposição inicial é: *“Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.”*<sup>88</sup>

Então, trata-se de um instituto jurídico que tem como objeto material a entrada de estudantes oriundos de escolas públicas nas universidades e instituições superiores, mediante a reserva obrigatória de 50% dessas vagas, de acordo com o artigo 1º da lei. No parágrafo único, do artigo 1º, prescreve que metade dessas vagas, ou seja, 25 % das vagas totais sejam reservadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo. Ambos os critérios são eminentemente econômicos. O artigo 4º da lei também prevê esta mesma reserva

---

<sup>88</sup> BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 2012, p.1

de vagas para as instituições federais de ensino técnico de nível médio, em seus respectivos concursos seletivo:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.<sup>89</sup>

Só depois de obedecidos esses requisitos, é que o artigo 3º e 5º irá dispor de um preenchimento das vagas obedecendo a proporção, no mínimo, igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está situada a Universidade ou Ensino Técnico de Nível Médio, segundo dados do IBGE.

Mas por que o professor Kabengele Munanga, pesquisador na área de antropologia, no seminário “10 Anos de Cotas na UnB: Memória e Reflexão”, se referiu então a lei 12.711/2012 como um retrocesso nas ações afirmativas?<sup>90</sup> Porque como foi demonstrado historicamente, a consolidação do conceito das ações afirmativas centrou-se no combate à discriminação de grupos minoritários e majoritários excluídos historicamente. A discriminação étnico-racial atua independentemente de fatores econômicos, pois o racismo e o preconceito atuam de

---

<sup>89</sup> BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 2012, p.1

<sup>90</sup> TAVARES, Ádria. Dez anos de cotas na UnB. Disponível em:<<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7806>> Acesso em: 18 jun 2015

forma não-racional,<sup>91</sup> não importando a situação financeira dos membros do grupo étnico-racial.

Esta preocupação com esse fator discriminatório que vai além das condições econômicas do agente passivo, vítima da exclusão racial, foi exposta na elaboração do sistema de reserva de vagas na UnB:

*“Enfim, não é mais possível, em 2002, continuar discutindo a questão da ausência dos negros do ensino superior como se o assunto girasse exclusivamente em torno de qualificação e mérito pessoal. Nós, membros da comunidade acadêmica que nos guiamos pelas evidências da pesquisa empírica, possuímos agora conhecimento objetivo de que os negros estão ausentes da universidade como consequência de um mecanismo estrutural de privilegiar os brancos. **E onde há privilégio racial não há universalismo.** Diante disso, ou modificamos nossos critérios de acesso para inverter esse mecanismo automático de favorecimento aos brancos, ou contribuiremos - agora sem a desculpa do desconhecimento - para a perpetuação da exclusão secular do negro do ensino superior no Brasil. Ricardo Henriques, pesquisador do IPEA, expressa essa mesma angústia com uma veemência maior: “Esses dados mostram que, para que as diferenças não se mantenham, as políticas sociais precisam tratar os desiguais como desiguais. Tratar todo mundo por igual é cinismo”.*<sup>92</sup> (grifos realizados)

Por colocar a problematização da exclusão em fatores essencialmente econômicos, a Lei 12.711, pretendendo ser uma “Ação Afirmativa” é justamente contraditória a este conceito jurídico, que no Brasil foi construído inicialmente visando combater principalmente o racismo e o preconceito, e não a desigualdade econômica. Mas alguns dirão que tal lei prevê percentuais isonômicos para a população negra, parda e indígena de acordo com o último censo do IBGE, dentro

---

<sup>91</sup> BOBBIO, Noberto. Elogio da Serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Editora Unesp, 2000. 103p.

<sup>92</sup> CARVALHO, José Jorge de. SEGATO, Rita Laura. Uma Proposta De Cotas Para Estudantes Negros Na Universidade De Brasília. Brasília: CEPE. 2002. 19p.



dessa “inclusão” econômica. Mas é justamente nesse ponto da lei, por mera implicação lógica, que é ressaltado o caráter universalista de tal medida legal.

As medidas afirmativas tradicionais de reserva de vagas tem a intenção de aumentar urgentemente a entrada dessas minorias, diante da imensa “desigualdade racial” (reconhecida desde o Decreto Presidencial de 1995) ainda que tenha que adotar percentuais “desiguais”, uma vez que os grupos minoritários foram tratados desigualmente ao longo de séculos. Por isso, as ações afirmativas são temporárias,<sup>93</sup> buscando-se romper rapidamente com a configuração que privilegia uma raça ou etnia naquele ambiente social.

José Jorge de Carvalho alerta para os riscos de se criar uma política afirmativa com cunho social, podendo-se ser mantida ou até mesmo agravada a desigualdade racial com este tipo de política:

**“Se abriremos cotas para pobres, portanto, independente de sua cor, na verdade estaremos contribuindo para a reprodução ou até mesmo a intensificação da desigualdade dentro desses segmento dos pobres brasileiros.** No ponto diferencial em que o branco pobre está em melhores condições, abrir-se-á ainda mais a vantagem dessa parcela da população, que poderá utilizar desse novo capital cultural na busca de uma melhor posição no mercado de trabalho. Se fizermos isso, estaremos no mínimo postergando ou até mesmo piorando a desigualdade racial brasileira, Ou seja, faremos uma ação afirmativa de classe às expensas de continuar discriminando os negros, cientes de que o fazemos. Tal é a dificuldade que muitos de nós temos em compreender este problema (por tanto tempo silenciado ou insuficientemente discutido), que chegamos a pensar em propor, 144 anos após a abolição da escravidão, que os negros continuem pagando o ônus de uma mínima redistribuição de privilégios entre brancos.”  
(grifos realizados)

---

<sup>93</sup> RIBEIRO, Rafael de Freitas Shultz. Estudos Sobre Ação Afirmativa. REVISTA SJRJ. Rio de Janeiro, V. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011. 11p.

Quando se é feita a leitura da Lei 12.711/2012, o receio de José Carvalho com a aplicação desta política tem o potencial de ser confirmado. A lei declara no artigo 3º:

Art. 3o Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1o desta Lei **serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição**, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).<sup>94</sup>

Segundo esse dispositivo, dentro das vagas oferecidas para escolas públicas e estudantes de baixa renda, deve haver vagas para “pretos, pardos e indígenas” de acordo com a quantidade que esta população é registrada, segundo o último censo do IBGE, que é o quantitativo mínimo para essas vagas. O problema é que a lei não fala expressamente no termo “reservas de vagas” para essas populações étnicas, pois é a reserva de vagas que possibilita aos pretos, pardos e indígenas, de escolas públicas e baixa renda, com notas maiores que os brancos de escolas públicas e baixa renda, ingressarem nos lugares desses brancos. A lei usa o termo “proporção” em vez de “reserva de vagas”, uma mudança simples que influencia na aplicação da lei. Não é previsto expressamente, por tanto, qualquer mobilidade para os pretos, pardos e indígenas dentro das vagas sociais, podendo conduzir a uma interpretação de que as pessoas que se identificarem com essas classificações vão concorrer apenas nessas vagas de acordo com os dados do IBGE e os brancos concorreriam às demais vagas. Essa interpretação pode gerar discrepâncias.

Gera discrepâncias porque as estatísticas apontam que o número de pretos e pardos, estudando em escolas públicas, é bem superior ao número de brancos, estudando em escolas públicas. Assim, para fins de entendimento, pode ocorrer uma situação hipotética na qual o IBGE registre que a porcentagem de pretos e pardos

---

<sup>94</sup> BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 2012, p.1

naquela unidade da Federação seja de 45 %.<sup>95</sup> Então essa será a porcentagem mínima que precisa ser aplicada nas vagas destinadas às escolas públicas da lei 12.711/2012. Mas vamos supor que o real número percentual de pretos e pardos, presentes nas escolas públicas, que podem concorrer a estas vagas seja de 65%, por serem os negros a maioria entre os hipossuficientes.

Então sendo ofertado, hipoteticamente, 20 vagas para alunos de escolas públicas, pela proporção do IBGE para pretos e pardos no nosso exemplo, 9 vagas (45%) estariam disponíveis para esse grupo hipossuficiente e as outras 11 (55%) vagas seriam dispostas para outros alunos que não se autodeclararam nessas classificações, sendo dessa maneira predominantemente brancos. Se os pretos e pardos são, pelo nosso exemplo hipotético, 65 % da população que concorrerá às vagas de escola pública e os brancos constituem os outros 35%, haveria uma concorrência maior para os negros do que para os brancos. Em um espaço amostral de 1000 pessoas, 650 (65 % de 1000) pretos e pardos de escola públicas concorreriam apenas a 9 vagas e 350 (35% de 1000) brancos de escola públicas concorreriam a 11 vagas. Uma demanda aproximada, nesse exemplo hipotético, para pretos e pardos de 72 pessoas concorrendo por 1 vaga e uma demanda aproximada de 32 pessoas brancas concorrendo por 1 vaga. Ficaria configurado, na prática, um sistema afirmativo que privilegiaria brancos hipossuficientes em relação aos negros hipossuficientes, porque a lei esqueceu-se de trazer esse mecanismo expresso de mobilidade para os negros dentro das vagas sociais. A possível aplicação da lei desta forma poderia até mesmo agravar a desigualdade racial, conforme previu José de Carvalho, constituindo-se, dessa maneira, na primeira ação afirmativa, em comparação a outros países, a ter estas consequências graves.

Porém, tal lei expõe a mobilidade de alunos entre as vagas somente na hipótese do parágrafo único do artigo 3º, prevendo a transição apenas no sentido contrário, caso os pretos, pardos e indígenas não preencham todas as vagas destinadas a eles, essas vagas poderiam ser ocupadas também por alunos que não

---

<sup>95</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004 85p.

se declararem como pretos, pardos e indígenas. Não houve omissão da lei na previsão de mobilidade de alunos brancos de escolas públicas:

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.<sup>96</sup>

E para completar, essa Lei exclui da sua ação tutelar o jovem negro que não estudou em escolas públicas. Isso é a prova inequívoca que o seu alvo principal é a exclusão econômica, dando uma caracterização diferente à Lei 12.711 das demais ações afirmativas, segundo a narrativa histórica desta política inclusiva.

Esta Lei tenta problematizar novamente a discriminação étnico-racial como reflexo da exclusão econômica, quando na verdade, foi o processo discriminatório que historicamente levou a exclusão econômica da maioria dos brasileiros.<sup>97</sup>

Deve haver sim a inclusão social do aluno mais pobre no Ensino Superior. E devido ao ensino público ser notoriamente deficiente, precisa-se descobrir soluções para que os estudantes de escolas públicas possam ter condições de disputar vagas nos vestibulares de ensino superior. No entanto, esse problema social é diferente do problema racial que existe no Brasil. Então foi criado algo inédito, que não existiu em outros países, que são as “cotas sociais”, pois, como já foi afirmado, na Índia, nos Estados Unidos, na África do Sul e em outros países, houve o reconhecimento da discriminação étnico-racial por conta de uma história de dominação de um grupo étnico-racial sobre o outro. Daí a necessidade de uma ação para afirmar a presença dessas raças e etnias nas universidades, serviços públicos e mercado de trabalho.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 2012, p.1

<sup>97</sup> MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa,2004. 97p.

Quando o Brasil buscou seguir este mesmo caminho, muitos ainda não aceitavam a ideia de que realmente existia discriminação racial no país. Em uma pesquisa feita com as elites brasileiras, mostrou-se que os cidadãos mais abastados são contra qualquer tipo de ação afirmativa voltada para mulheres e grupos étnico-raciais, utilizando-se do argumento que isso seria equivalente ao racismo “reverso”.<sup>98</sup> Sobre essa dificuldade de solidariedade com movimentos minoritários, assim descreve Rafael de Freitas Shultz Ribeiro.

“O problema tem início quando os indivíduos são chamados a dispor de seu patrimônio ou abrir mão de seus direitos nos benefícios de alguém individualmente ou de algum grupo social específico. Não há de se negar que socialmente são respeitados os benefícios dados, por exemplo, às gestantes, aos deficientes e aos idosos: afinal, todos podem eventualmente estar ou ver familiares nessas situações. Entretanto, quando se trata de pessoa ou de pessoas que os demais julgam diferentes – como se nunca pudessem estar na mesma posição, como é o caso dos negros ou homossexuais- , qualquer atitude fraterna soa como caridade, e não como movimento comum de uma sociedade democrática construída sobre os pilares da liberdade, igualdade e fraternidade.”<sup>99</sup>

Então é identificável um desvio de propósito. E para evitar-se a uma política de inclusão racial, começou-se a discutir que deveriam ser cotas sociais e não raciais. O “Modelo Afirmativo Social” parece surgir como um anti-projeto para impedir a concretização do “Modelo Afirmativo Racial”. Mas os dados e estatísticas demonstram que mesmo entre aqueles considerados “pobres”, podendo assim ser beneficiados pela Lei 12.711, existe um grande abismo racial no segmento dos desfavorecidos economicamente. Novamente, segundo os dados do IPEA:

“e a população negra segue sub-representada entre os mais ricos e sobre-representada entre os mais pobres: em 2009, no primeiro décimo da

---

<sup>98</sup> REIS, Elisa & MOORE, Mick (eds.). (2005), *Elite perceptions of poverty & inequality*. Londres, Zed Books.

<sup>99</sup> RIBEIRO, Rafael de Freitas Shultz. Estudos Sobre Ação Afirmativa. REVISTA SJRJ. Rio de Janeiro, V. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011 p21.

distribuição (10% mais pobres da população), os negros correspondiam a 72%.”<sup>100</sup>

A situação da “Discriminação Estrutural Étnico-Racial” permanece entre os mais pobres mesmo quando se trata de uma ação voltada para este segmento da sociedade. Procura-se manter a imagem já desgastada e inexistente da democracia racial, esvaziando-se a importância de uma política afirmativa racial que ajuda a consolidar a luta contra o racismo.<sup>101</sup> Talvez o ideal seja então criar políticas paralelas, já que as ações afirmativas raciais e as ações afirmativas sociais buscam atender finalidades jurídicas diferentes. Outro caminho que também pode ser tomado para melhorar a aplicação da lei 12.711/2012 seria a inclusão, de forma explícita, de uma mobilidade dentro das vagas reservadas para os estudantes que se autodeclararem pretos, pardos e indígenas; oriundos de escolas públicas. Estariam, assim, presentes os “Critérios Raciais Explícitos” de Dworkin, com a inclusão dessa cláusula de mobilidade na lei 12.711/2012, quando os estudantes negros tirarem nota maior que os estudantes brancos. É um erro juntar os dois conceitos sem uma reflexão, subordinando o objetivo de uma política a outro objetivo. Não se pode diminuir a importância da luta contra a discriminação racial com relação ao objetivo da diminuição da desigualdade econômica. Em uma análise histórica da evolução do conceito das ações afirmativas, não aconteceu esse tipo de subordinação de demandas, mantendo-se o foco étnico-racial como o principal em uma ação afirmativa exatamente por se conceber tal ação como temporária e específica a um grupo discriminado.<sup>102</sup>

Concluindo-se que as ações afirmativas de cunho eminentemente social retiram o foco da diminuição da desigualdade racial, será feita agora a análise da Lei 12.990/2014.

---

<sup>100</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. p35

<sup>101</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2002. 163p.

<sup>102</sup> RIBEIRO, Rafael de Freitas Shultz. Estudos Sobre Ação Afirmativa. REVISTA SJRJ. Rio de Janeiro, V. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011

### **4.3. Análise da lei 12.990/2014: perspectiva histórica, finalidade jurídica e mobilidade dentro das vagas para os negros.**

O processo que assentou as bases para a concretização da lei 12.990, de 2014, começou no âmbito municipal, evoluindo para a esfera pública estadual, e só depois se consolidou na lei federal. Semelhante às ações afirmativas que começaram primeiro nas universidades estaduais para depois serem implantadas nas universidades federais.

O primeiro Município que aprovou uma lei para reservar vagas específicas aos negros na Administração Pública foi o município de Jundiaí-SP, no ano de 2002. Depois, em Cubatão-SP, foi criada uma lei para assegurar 20% de vagas oferecidas em concursos públicos para negros na Prefeitura, Poder Legislativo e Autarquias Municipais.<sup>103</sup> Outras cidades de São Paulo acompanharão o exemplo de Jundiaí.

Com relação aos Estados, as ações positivas no serviço público se concretizaram, no dia 24 de dezembro de 2003, no Estado do Paraná. A lei nº 14.274 definiu a reserva de vagas no valor de 10% para os afrodescendentes no âmbito desse estado.<sup>104</sup>

E por fim, todo esse processo resultará na lei de federal 12.990 de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da

---

<sup>103</sup> REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007. 16p.

<sup>104</sup> REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007. 17p.

administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.<sup>105</sup>

Estes 20%, para uma política inclusiva étnica-racial, é considerado uma boa porcentagem, segundo as palavras de José Jorge de Carvalho:

“Ainda assim, 20 % de vagas representa um passo inicial, pequeno mas firme, nessa meta de integração entre negros e brancos nos cargos de maior influência social e como parte do processo de reparação do enorme débito da sociedade brasileira para com os negros.”<sup>106</sup>

Segundo o primeiro parágrafo do artigo 1º da lei, essa reserva deve ocorrer sempre que os números de vagas oferecidas for igual ou superior a 3. Complementando esta regra, o segundo parágrafo estabelece que:

“Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).”<sup>107</sup>

Assim, em uma hipótese em que ocorra o fracionamento, por exemplo, com o oferecimento de 13 vagas, 20% desse número, daria o valor de 2,6 vagas. Pela

---

<sup>105</sup>BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

<sup>106</sup> CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial e no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 51p.

<sup>107</sup>BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3



prescrição do segundo parágrafo, seria feita a aproximação para cima esse número de vagas reservadas aos negros para 3. Se fossem 11 vagas, 20% desse número, resultaria no valor de 2,2. Então, seria aproximado para baixo esse número de vagas reservadas, estabelecendo-se o número final de 2 vagas para negros nessa hipótese.

Para esclarecer qualquer dúvidas, o § 3º estabelece que o total de vagas, estipulado para reserva dos negros, deve vir especificado em cada edital, para cada cargo ou emprego público oferecido.

O artigo 2º da lei estabelece que o critério para concorrer a reserva de vagas se faz por autodeclaração, com a identificação como preto ou pardo segundo o quesito de cor ou raça usado pelo IBGE.<sup>108</sup> Segundo Daniela Ikawa:

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, **essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo.** Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.<sup>109</sup> (grifos realizados)

---

<sup>108</sup> BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

<sup>109</sup> IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 129-130 p.

É melhor que ocorra essa primeira identificação segundo o critério de autodeclaração, mas outros métodos podem ser usados para se auferir essa identificação. A lei considera essa possibilidade, ao estabelecer punição para candidatos que façam uma falsa autodeclaração, segundo o parágrafo único do artigo 2º:

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Então pelo fato do concurso público exigir um julgamento objetivo<sup>110</sup>, pois ao artigo fala claramente nesse “processo administrativo”, o critério para que ocorra essa possível ratificação da autodeclaração, nos casos de dúvida, pode ser exposto no edital, evitando-se dessa maneira dúvidas com relação a esse processo administrativo.

Continuando a análise, no artigo 3º é que será encontrada a principal diferença da Lei 12.990 de 2014 para a Lei 12.711 de 2012 :

*“Art. 3o Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.”*

É expresso na lei, eliminando a chance de qualquer dúvida, que não se trata propriamente de um sistema de “cotas”,<sup>111</sup> que limitaria assim a entrada de estudantes negros ao limite percentual estabelecido na cota. Ocorre na lei 12.990, de forma explícita, um sistema de reserva de vagas, permitindo a mobilidade das

---

<sup>110</sup>ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 591p.

<sup>111</sup> DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior. A&C R. de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n.27, p. 61-107, jan./mar. 2007 66p.

peças negras que alcancem notas superiores e ainda garante um percentual mínimo de entrada de pretos e pardos qualificados. Como já foi dito, a lei 12.711 não contém esta previsão expressa de mobilidade, podendo conduzir a adoção de uma política onde os negros concorrerão apenas às vagas destinadas segundo dados do IBGE, dentro desse sistema afirmativo social, o que, por sua vez, pode gerar o potencialmente uma ação afirmativa que, na prática, gera privilégios aos brancos de escolas públicas com relação aos negros e indígenas oriundos de escolas públicas.

E os parágrafos do artigo 3º detalham bem a implementação dessa reserva de vagas:

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.<sup>112</sup>

Percebe-se que a prescrição do artigo 3º, § 3º da lei 12.990 é semelhante a prescrição do parágrafo único do artigo 3º da lei 12.711, na qual é prevista a mobilidade daqueles que não são pardos e pretos para as vagas reservadas aos negros, caso não ocorra o seu preenchimento.

---

<sup>112</sup> BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

O artigo 4º estabelece que as nomeações dos candidatos respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade de vagas, a candidatos com deficiência e a candidatos negros.<sup>113</sup> O edital da Anatel,<sup>114</sup> primeiro concurso realizado em conformidade com a lei 12.990, exemplifica bem como é feito esse processo de alternância e proporcionalidade, considerando claramente em um número possíveis de 52ª vagas oferecidas para o Cargo de Técnico Administrativo- Especialidade: Administração, a reserva, obedecendo a proporção e alternância, de 10 vagas para negros e 3 vagas para deficientes. Nessa alternância desse exemplo, a gestão poderia convocar 1 candidato com deficiência, seguindo-se à convocação 2-3 candidatos negros.

E, por fim, o artigo 6º estabelece um prazo temporário de 10 anos para esta lei, o mesmo prazo previsto no art. 7 da lei 12.711 de 2012.

Então pode se considerar que o principal objetivo da lei 12.990 é a busca da equiparação de uma maioria racial excluída e discriminada, estando esse objetivo alinhado com a política de ações afirmativas que surgiram em outras nações.

## **5. Conclusão**

---

<sup>113</sup> BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

<sup>114</sup> BRASIL. AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Edital de abertura do concurso público para provimento de vagas em cargos de nível superior e nível médio. Edital nº 1, de 25 de junho de 2014.

Fazendo-se uma revisão dos capítulos anteriores, foi visto que é constada a negação de oportunidades iguais aos negros no país. Esta negação de oportunidades continua se reproduzindo. Conforme foi demonstrado, a maioria da população negra não tem acesso à educação, à moradia digna, ao trabalho e à qualificação profissional, entre outros direitos constitucionais.<sup>115</sup> É evidente as múltiplas formas<sup>116</sup> das desigualdades raciais. Sobre a origem das desigualdades materiais se encontrarem no sistema discriminatório que as antecedeu, assim expõe Paulo Thadeu Gomes da Silva :

Dessa maneira, forçoso é reconhecer que, num primeiro momento, o Estado brasileiro, ao instituir oficialmente uma ordem de escravidão e permitir a existência de direito real de um homem sobre outro apenas por sua raça supostamente ser superior, produz um prejuízo moral que, com o passar do tempo e com a manutenção dessa ordem injusta, traz consigo um prejuízo material. Assim, há a produção da desigualdade racial e posteriormente a social<sup>117</sup>

E diante do abismo de desigualdades raciais criado pela escravidão, houve sua perpetuação durante décadas, falhando o ordenamento jurídico em trazer um equilíbrio para esta maioria negra que suporta os efeitos negativos desse passado de subordinação legalizada.

Desde a Constituição de 1824, constituição outorgada em plena escravidão, as Constituições declaram solenemente a igualdade de todos perante a lei. Havia, no entanto, a exclusão dos escravos nesta constituição citada, pois eram

---

<sup>115</sup> REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007. 11p.

<sup>116</sup> SALAMA, Pierre; DESTREMAU, Blandine. O tamanho da pobreza. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda, 1999. 115p.

<sup>117</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. A ação afirmativa e o Direito: um meio para se eliminar a exclusão social decorrente da discriminação racial. Faculdades Integradas de Campo Grande. Departamento de Ciências Jurídicas, Ciência e Direito – Revista Jurídica da FIC-UNAES, v. 1, n. 1, 1998. 133-134p.

considerados propriedade.<sup>118</sup> No entanto, quando foi instituída a Constituição de 1891, prevendo a igualdade formal para todos, as desigualdades sociais e raciais foram mantidas em patamares altíssimos. Sobre a ausência dessa real inclusão, mesmo existindo leis que criminalizam a discriminação, assim afirma Flavia Piosevan:

O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem debaixo de um consistente padrão de violência e preconceito.<sup>119</sup>

Outros países que experimentaram processos semelhantes de exclusão étnico-racial ao longo de sua história procuraram adotar medidas mais incisivas para garantir a inclusão de fato dessa parte da sociedade discriminada, não se limitando a igualdade formal que predominou ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro. Para José Jorge de Carvalho, as ações afirmativas são apenas mecanismos legais e legítimos que surgiram para compensar experiências históricas negativas de discriminação desses países:

“Ressaltamos que o sistema de cotas não é nenhuma panaceia universal que resolverá definitivamente o problema da desigualdade racial no Brasil. Trata-se apenas um mecanismo legal e legítimo, entre vários utilizados em muitos países do mundo, para compensar experiências históricas negativas de discriminação, injustiças e opressões sofridas por minorias, grupos étnicos ou mesmo povos inteiros. Estados Unidos, Canadá, Índia, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia, Malásia, entre outros, tem desenvolvido modelos específicos de ações reparatórias, em caráter temporário, tomando em conta necessidades concretas de ajuste de contas

---

<sup>118</sup> SILVA JR, Hédio Do Racismo Legal Ao Princípio da Ação Afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000. 368p.

<sup>119</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Editora Juruá, 2008. 21p.

com seu passado como nações em busca de uma convivência mais justa e mais pacífica.”<sup>120</sup>

No entanto, tais tipos de políticas não foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro. E a sociedade brasileira passou a funcionar como um sistema que se autorregula de modo a reproduzir constantemente a mesma desigualdade racial. Foi possível perceber, em alguns momentos na história brasileira, uma certa melhoria na situação socioeconômica. Porém, a mudança no quadro racial continuou bastante restrita.<sup>121</sup> Mas a possibilidade de uma mudança efetiva nessa mobilidade racial veio com a Constituição de 1988 e o seu papel ativo como protetora de grupos discriminados. Nessa cobrança por uma nova postura, Marco Aurélio afirma: “*É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação.*”<sup>122</sup>

Assim, veio o processo de transformação, com a adoção de ações afirmativas nas universidades em 2002-2003.<sup>123</sup> No projeto inicial, de acordo com a pesquisa de campo conduzida por Angela Randolpho Paiva<sup>124</sup>, havia a intenção para a maioria dos gestores de adotar as reservas de vagas para negros utilizando-se dos “critérios raciais explícitos” de Dworkin<sup>125</sup>. No entanto, a especificidade da questão racial acabou-se perdendo no debate e a maioria das pessoas começou a argumentar que seria melhor considerar apenas indicadores sociais. O foco passou

---

<sup>120</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial e no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 39p.

<sup>121</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial e no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 35p.

<sup>122</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas*. In: *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001. 7p.

<sup>123</sup> PAIVA, Angela Randolpho. *Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas*. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010. 85p.

<sup>124</sup> PAIVA, Angela Randolpho. *Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas*. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010. 83p.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 441-442p.

a ser socioeconômico<sup>126</sup>, diferentemente de todos os outros países que utilizaram as ações afirmativas com a preocupação principal com os indicadores étnico-raciais.

Assim, esses vários projetos de ações afirmativas predominantemente sociais vão ser consolidados na lei 12.711 de 2012. A influência da ideologia de Gilberto Freyre<sup>127</sup> que nega o preconceito continuou a predominar até mesmo em um sistema de ações afirmativas. E como já foi dito, uma vez definida as vagas destinadas a reserva para pretos, pardos e indígenas, segundos os dados do IBGE, a lei 12.711 não prevê a mobilidade desses grupos hipossuficientes para as outras vagas reservadas às escolas públicas. Porém, a lei prevê claramente no artigo 3, parágrafo único, a mobilidade de estudantes brancos de escolas públicas para as vagas destinadas aos pretos, pardos e indígenas, caso esta vagas não sejam preenchidas completamente. Faltou na lei 12.711 à cláusula principal encontrada no artigo 3º da lei 12.990 que define essa mobilidade para os concorrentes negros: *“Art. 3o Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.”*<sup>128</sup>

Essa ausência dessa previsão expressa de mobilidade para estudantes pretos, pardos e indígenas pode resultar, na prática, em um mecanismo de desigualdade racial. A existência de mecanismos de exclusão na educação já foi argumentada pelo professor José de Jorge Carvalho para explicar a gritante diferença da média de frequência escolar entre estudantes brancos e negros:

Essa inversão das expectativas nos leva a supor que o discurso dos brancos na escola brasileira deve ter sido sempre bifurcado: uma posição explícita de

---

<sup>126</sup> SILVA, Graziella Moraes Dias da. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, p.131-165, nov. 2006.

<sup>127</sup> PAIXÃO, Marcelo. *Manifesto Anti-Racista: idéias em prol de uma utopia chamada Brasil*. Rio de Janeiro: editora dpa, 2005.45-46p.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3



integração racial disfarçava um acionamento sistemático e constante de dispositivos de inibição e cerceamento da tentativa do negro de usufruir dos mesmos benefícios a eles concedidos.<sup>129</sup>

Então é preciso um acompanhamento especial no desenvolvimento da aplicação dessa lei e submetê-la a uma “investigação rigorosa”, termo que Dworkin usa para se analisar políticas duvidosas que podem potencialmente aumentar a desigualdade racial,<sup>130</sup> para evitar a composição de algum mecanismo de privilégio racial dos brancos que estudam em escolas públicas com relação aos negros que estudam em escolas públicas.

Concluindo, este presente trabalho defende que o verdadeiro paradigma das ações afirmativas brasileiras, como política que visa reduzir a desigualdade racial, está presente na lei de reserva de vagas para negros nos concursos públicos do Poder Executivo Federal e não na lei de cotas das Universidades. No “Modelo Afirmativo Racial”, representado pela lei 12.990 de 2014, é possível encontrar esse verdadeiro alinhamento e concordância com as políticas de ações afirmativas de outros países. É preciso uma política específica com “critérios raciais explícitos”<sup>131</sup> para lutar contra essa consciência racial que existe no Brasil e utilizar políticas diferentes para outros problemas socioeconômicos, conforme afirma Evandro Piza:

De igual modo, não se pode falar em “brancos pobres” atingidos pelas políticas públicas destinadas a combater o racismo pela simples razão de que os brancos nunca foram visados por políticas discriminatórias em função da sua aparência branca, mas, ao contrário, puderam beneficiar-se dos valores conferidos a “branquidade” em nosso país. Isso não quer dizer que indivíduos reconhecidos socialmente como brancos não sejam pobres. São pobres e merecem políticas públicas de combate à pobreza da mesma forma que as mulheres merecem políticas públicas de combate às desigualdades de gênero. Dito de outra forma, as políticas destinadas às mulheres não excluem o mérito das políticas destinadas aos pobres ou aos deficientes ou aos negros. Os pobres são vítimas da indiferença do Estado, mas não do reconhecimento da situação de desvantagem por outro grupo social. A

---

<sup>129</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão Étnica e Racial e no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006. 33p.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 468p.

<sup>131</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes. 2001. 437-438p.

tentativa de opor “brancos pobres” e negros revela apenas mais um capítulo triste do racismo em nosso país.”<sup>132</sup>

Assim, havendo uma expansão da atuação das ações afirmativas, na qual a reserva de vagas em instituições públicas é apenas uma das técnicas dessas ações<sup>133</sup>, o modelo afirmativo expresso pela lei 12.990, que é o modelo semelhante ao que existia na UnB, declarado constitucional pela ADPF 165<sup>134</sup>, é o mais indicado a ser usado como fonte de inspiração para outras ações afirmativas.

---

<sup>132</sup> DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior. A&C R. de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n.27, p. 61-107, jan./mar. 2007. 104p.

<sup>133</sup> REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007. 7p.

<sup>134</sup> BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

## **6. Referencias bibliográficas:**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANDREWS, George Reid. O negro no Brasil e nos Estados Unidos. Revista Lua Nova, São Paulo, vol.2, no.1, Jun 1985.

BOBBIO, Noberto. Elogio da Serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

BRASIL. AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Edital de abertura do concurso público para provimento de vagas em cargos de nível superior e nível médio. Edital nº 1, de 25 de junho de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 ago. 2012, p.1

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.109, 10 jun. 2014. Seção 1, p.3

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. Atos Que Instituíram Sistema De Reserva De Vagas Com Base Em Critério Étnico-Racial (Cotas) No Processo De Seleção Para Ingresso Em Instituição Pública De Ensino Superior. Alegada Ofensa Aos Arts. 1º, Caput, Iii, 3º, Iv, 4º, Viii, 5º, I, Ii Xxxiii, Xli, Liv, 37, Caput, 205, 206, Caput, I, 207, Caput, E 208, V, Todos Da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. ADPF 186. Democratas

- DEM Distrito Federal; Conselho De Ensino, Pesquisa E Extensão Da Universidade De Brasília – CEPE; Reitor Da Universidade De Brasília; Centro De Seleção E De Promoção De eventos Da Universidade De Brasília -Cespe/Unb. Relator: Ricardo Lewandowski. DJ, 26 abr. 2012.

CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial e no Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

DA SILVA, Jorge. “Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder”. In: VOGEL, Arno (Org.). Trabalhando com a diversidade no PLANFOR: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: FLACSO Brasil / MTE, 2000.

DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afro-descendentes) no ensino superior. A&C R. de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n.27, p. 61-107, jan./mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes. 2001

FERES JÚNIOR, João. Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa. In: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006.

FIGUEIREDO, Otto Vinicius Agra. In: AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO POLÍTICA. Salvador: X SEMOC – Semana de Mobilização Científica da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. 2007. Salvador.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In. SANTOS, Sales Augusto dos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. BRASÍLIA: Coleção de Educação para Todos. 2007.

GOSH, Partha S. Positive Discrimination in Índia: A Political Analysis. Disponível em: [scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India](https://www.scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India).

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn. Tirando a máscara: Ensaio sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2000.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. 1ª ed. São Paulo: editora 34, 2002.

IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011.

KING JR., Martin Luther. Eu tenho um sonho. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/desejos/sonhos/dream.htm> >

MACIEL, Álvaro dos Santos. O delineamento histórico das ações afirmativas. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, n. 752.

MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça: legislações e relações raciais, Brasil- Estados Unidos. Rio de Janeiro: editora Dpa, 2004.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. In: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001.

PAIVA, Angela Randolpho. Entre dados e fatos: ação afirmativa nas universidades públicas. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio, pallas, 2010.

PAIXÃO, Marcelo. Manifesto Anti-Racista: idéias em prol de uma utopia chamada Brasil. Rio de Janeiro: editora dpa, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Editora Jurua, 2008.

Projeto de Lei 3.196, de 1984. Dispões sobre ação compensatória, visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo artigo 153, parágrafo primeiro, da constituição da república. Disponível em : < [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=879CBB32F62989492DDAABE338120CE6.proposicoesWeb2?codteor=1162303&filename=Avulso+-PL+3196/1984](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=879CBB32F62989492DDAABE338120CE6.proposicoesWeb2?codteor=1162303&filename=Avulso+-PL+3196/1984) > Acesso em : 18 jun, 2015.

REIS, Elisa & MOORE, Mick (eds.). (2005), Elite perceptions of poverty & inequality. Londres, Zed Books.

REZENDE, Vanessa Elkhoury. Ação Afirmativa E Concurso Público: Reserva De Cotas Para Os Afro-Brasileiros. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, Campo Grande, n. 12, 2007.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Shultz. Estudos Sobre Ação Afirmativa. REVISTA SJRJ. Rio de Janeiro, V. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, n.º 31. Brasília: jul./set. 1996.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PEREIRA JÚNIOR, Altamar Constante. Implantação das cotas raciais nos concursos públicos-Um debate necessário. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 197, 2013.

RUSSEL, Paullete Granberry. Ação afirmativa e iniciativas de promoção da diversidade na educação superior americana: o envolvimento das instituições na criação de ambientes inclusivos de aprendizagem. In: FERES JÚNIOR, João;

ZONINSEIN, Jonas. Ação Afirmativa e Universidade: Experiências Nacionais Comparadas. Brasília: Editora UnB, 2006.

SALAMA, Pierre; DESTREMAU, Blandine. O tamanho da pobreza. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda, 1999.

SEGATO, Rita Laura. RAÇA É SIGNO. SÉRIE ANTROPOLOGICA. Brasília.2005.

SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. Compensação Histórica Versus Discriminação Presente: Políticas De Ação Afirmativa Para Negros Na Perspectiva De Ronald Dworkin In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009. São Paulo.

SILVA, Graziella Moraes Dias da. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, p.131-165, nov. 2006.

SILVA JR, Hédio; Direito e Igualdade Racial – Aspectos constitucionais, civis e penais. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. A ação afirmativa e o Direito: um meio para se eliminar a exclusão social decorrente da discriminação racial. Faculdades Integradas de Campo Grande. Departamento de Ciências Jurídicas, Ciência e Direito – Revista Jurídica da FIC-UNAES, v. 1, n. 1, 1998.