

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

**SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS:
a Lei de Cotas nos Concursos Públicos**

por

Gianmarco Loures Ferreira

Brasília

2016

GIANMARCO LOURES FERREIRA

**SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS:
a Lei de Cotas nos Concursos Públicos**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Co-orientador: Prof. Dr. Evandro Piza Duarte

Brasília
2016

Ferreira, Gianmarco Loures, 1972 –

Sub-representação legal: a Lei de Cotas nos concursos públicos / Gianmarco Loures Ferreira.
– 2016.

222 f. ; 30 cm

Orientadores: Menelick de Carvalho Netto, Evandro Piza Duarte.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2016.

1. Ações Afirmativas. 2. Cotas Raciais. 3. Direito Constitucional. I. Carvalho Netto,
Menelick; Duarte, Evandro. II. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. III. Título.

SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: a Lei de Cotas nos Concursos Públicos

por

Gianmarco Loures Ferreira

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto – Orientador

Prof. Dr. Evandro Piza Duarte – Co-orientador

Prof. Dr. Adilson Moreira (Mackenzie-SP)

Prof.^a Dr.^a Ana Luiza Flauzina (UnB)

Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Farranha (UnB)

Brasília
2016

Para Debora, com muito amor

Agradecimentos

Este trabalho é fruto de anos de leituras esparsas, algumas tentativas frustradas de sua concretização, uma enorme vontade de fazer um estudo aprofundado sobre o tema das ações afirmativas e o apoio imenso de inúmeras pessoas que me são muito queridas.

Gostaria, inicialmente, de agradecer a meus pais, Erivan e Solange, por terem me permitido chegar até aqui. Mesmo não tendo meu pai visto de perto esta caminhada, creio que ele teria ficado feliz de me ver concluir um mestrado. Já minha mãe, que acompanhou todo o processo, sempre querendo saber como estava indo no curso e quando iria terminar e finalmente descansar um pouco, com certeza vibra comigo.

Minha mulher Debora foi – e é – essencial na minha vida, acadêmica inclusive. Apoiadora desde o início e com suas sugestões e críticas precisas, auxiliou-me desde a preparação do projeto até a elaboração das conclusões. Pela paciência por minhas ausências na realização desse sonho, obrigado, meu amor!

Ao meu querido filho Gabriel, por entender as dificuldades de um pai mestrando e a minha querida filha Cecília, por não entender estas dificuldades e querer brincar e cantar a todo momento! Vocês não me deixam esquecer que se o mestrado é importante, aproveitar a vida é essencial!

Também fundamentais para os rumos aqui chegados – embora isentos das responsabilidades pelos equívocos cometidos – meus orientadores Professores Menelick de Carvalho Netto e Evandro Duarte, que contribuíram com diferentes aspectos sobre o problema que eu jamais seria capaz de imaginar.

À professora Ana Luiza Flauzina e ao Pesquisador Santiago Varella pela leitura atenta do projeto de qualificação e pelas inúmeras sugestões para seu aperfeiçoamento.

Ao Professor Adilson Moreira pelo gentil acesso a sua tese de doutorado em Harvard e à Professora Ana Cláudia Farranha pelas indicações de leitura, contatos e relatórios essenciais a serem citados.

À Tatiana Silva, pela enorme paciência para explicar como decifrar o complexo mundo das estatísticas do IBGE.

Aos professores e às professoras do Programa de Pós-Graduação do Direito da UnB, pela acolhida, lições inesquecíveis e exemplos de luta e a todas e todos colegas das disciplinas

cursadas durante o programa e como aluno especial, pelas dicas, palavras de incentivo e debates durante e depois das aulas.

Agradeço, também, aos/às colegas da representação discente do Programa de Pós-Graduação do Direito, da UnB, especialmente na gestão em que estivemos lado a lado, discutindo as cotas na Pós, particularmente, Helga Martins, João Gabriel, John Razen, José Nunes, Karoline Martins, Luciana Coelho, Ludmila Correia, Maria Pia Guerra, Pedro Brandão, Rafael de Acypreste, Rafael de Deus, Raquel Santos, Roberta Amanajás e Talita Rampin. E, sem dúvida, aos/às representantes que se seguiram na luta para sua efetiva conclusão, entre muitos e muitas, Marcos Vinícius, Raissa Roussenq, Patrícia Becker, Bruna Portela e Naila Chaves. Sem esquecer, ainda, Poran Potiguara e Rayanne Cristine. Valeu, galera!

Aos/às colegas de entrada na antiga Linha de Pesquisa “O Direito Achado na Rua”, em especial, Ricardo Rotondano e Leonardo Santana, pelo auxílio mútuo e companheirismo.

Agradeço à Professora Janaina Penalva pela oportunidade de participação do Grupo de Estudos sobre Métodos de Pesquisa, pela riquíssima bibliografia trabalhada e pelas dicas essenciais que foram incorporadas neste trabalho.

A todos e a todas do Centro de Estudos de Discriminação e Desigualdade pelos inúmeros eventos de qualidade ímpar e pelo espaço privilegiado de debate.

Agradeço a amizade e apoio da amiga Ana Carolina Ogando e do meu caro amigo Rafael da Silva Pinto, às inúmeras seções-diálogos com Sílvia Roncador, à turma de Baltimore (em especial Márcio André e Roger Maioli) e a turma da Advocacia-Geral do Estado, já pedindo desculpas aos não citados aqui, mas que também me aguentaram estes anos todos!

Por fim, não tendo como nomear a todos e a todas apoiadoras dessa jornada, fica meu muito obrigado a cada um e a cada uma que contribuíram com uma palavra de incentivo, um desafio, uma crítica. Muito, muito obrigado mesmo!

Pode ser que os programas de admissão preferencial não criem, de fato, uma sociedade mais igualitária, pois é possível que não tenham os efeitos imaginados por seus advogados. Essa questão estratégica deveria estar no centro do debate sobre esses programas. Não devemos, porém, corromper esse debate imaginando que tais programas são injustos mesmo quando funcionam. Precisamos ter o cuidado de não usar a Cláusula de Igual Proteção para fraudar a igualdade.

(Ronald Dworkin, 2007b, p. 369)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é contribuir para a discussão sobre as políticas de ação afirmativa de recorte racial, no Brasil, como as cotas raciais em concursos públicos. O primeiro capítulo traça as múltiplas dimensões que configuram a discussão sobre raça, racismo, ações afirmativas e branquidade, recorrendo à perspectiva da Teoria Crítica da Raça, que fornece elementos para análise da desigualdade racial, negligenciados pelas teorias liberais. A partir desse enquadramento teórico, são analisados os discursos sobre raça e racismo no Poder Legislativo, em específicas tradições paradigmáticas, em três períodos históricos: a Constituinte de 1823, a Lei Afonso Arinos, de 1951, e a Constituinte de 1988. A seguir, no segundo capítulo, são examinadas as experiências brasileiras anteriores de cotas raciais no serviço público, bem como aprofunda-se o conhecimento acerca da Lei Federal nº 12.990, de 2014, que estabelece cotas raciais no serviço público federal (Lei de Cotas). No terceiro capítulo, a partir da análise da composição racial das diversas carreiras e cargos públicos federais, identificou-se três aspectos em que a Lei apresentaria limites ao combate à desigualdade racial: o percentual de vagas reservadas (quanto), as carreiras em que se aplicaria (onde) e a não abrangência dos cargos em comissão (quem). A partir dos dados levantados, concluiu-se pela existência de restrições na Lei de Cotas, que pode ser sintetizada no conceito proposto de sub-representação legal, em que aspectos previstos na lei, referentes a “quanto”, “onde” e “quem”, criam limites a esta política afirmativa. Assim, a lei mantém a proporção de pessoas que podem vir a ser beneficiadas por ela inferior à proporção deste mesmo grupo na população brasileira. Por fim, embora destaque a essencialidade das cotas raciais nos concursos públicos, o trabalho identifica as limitações da lei e procura agregar ao debate elementos que poderiam ser incorporados em sua modelagem.

Palavras chave: Ações afirmativas. Cotas raciais. Concursos públicos. Sub-representação

ABSTRACT

The aim of this work is to contribute to the debate on racial affirmative action, in Brazil, such as racial quotas in civil servant positions. The first chapter seeks to trace the multiple dimensions that configure the discussion about race, racism, affirmative action and whiteness, by relying upon the perspective of Critical Race Studies, which provides elements for analyzing racial inequality that is neglected by the liberal approach. Stemming from this theoretical framework, the speeches about race in the legislative branch are analyzed, in specific paradigmatic traditions, in three historical periods: the Constituent Assembly of 1823, the “Afonso Arinos” Law established in 1951, and the Constituent Assembly of 1988. Subsequently, chapter two examines Brazilian experiences before racial quotas in public services, as well as more fully explores the understanding of Law 12990, which established racial quotas for federal civil servant positions (“Lei de Cotas”). In the third chapter, based on the analysis of the racial composition of various federal careers and federal positions, three areas are identified in which the Law presents limits to challenging racial inequality: the percentage of reserved seats (how many), the careers to which the quota system applies (where) and the exclusion of “trust positions” (who). From the data collected, the study identified shortcomings of the quota system, which can be summarized by the proposed concept of legal underrepresentation, where certain aspects of the law referring to “how much”, “where” and “who” create limits for this affirmative public policy. Thus, it maintains the proportion of people who are likely to benefit from it lower than the proportion of this group in the Brazilian population. Finally, although the study highlights the essentiality of racial quotas in civil servant positions, it identifies the law’s limitations and seeks to contribute to the debate with elements that could be incorporated to its modeling.

Key words: Affirmative Action. Racial quotas. Civil servant positions. Underrepresentation.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
Capítulo I	16
Aspectos conceituais e históricos das relações raciais no Brasil	16
1 Conceitos base	16
1.1 “Raça”: ainda faz sentido?	17
1.2 Racismos nosso de cada dia	22
1.3 Branquidade e branquitude: superação do privilégio branco	27
1.4 E as ações afirmativas?	30
2. A discussão sobre “raça” no Brasil nos Paradigmas constitucionais	54
2.1. O Paradigma do Estado de Direito ou Liberal e a Constituinte de 1823	56
2.2. O Paradigma do Estado de Bem-Estar Social e a Lei Afonso Arinos.....	63
2.3 O Estado Democrático de Direito e a Constituinte de 1988	71
CAPÍTULO II	86
As cotas raciais no serviço público	86
1 Políticas sensíveis à “raça” no serviço público	86
1.1 Experiências de cotas raciais no serviço público	88
1.2 Projetos de Lei no Congresso.....	102
2. A Lei de Cotas	112
2.1 Antecedentes	112
2.2 - A justificação do projeto.....	113
2.3 O conteúdo do projeto e da Lei	114
2.4 - O processo legislativo.....	127
3. A Judicialização da Lei de Cotas	135
CAPÍTULO III	141
A Lei de Cotas e a sub-representação legal	141
1 Direito e estatísticas raciais.....	141
1.1 A devida cautela com as estatísticas raciais	142
1.2 O papel das estatísticas na elaboração de políticas antidiscriminatórias.....	145
2. Análise das estatísticas raciais na lei de cotas raciais em concursos públicos	148
2.1 “Quanto”: o percentual reservado de 20% das vagas oferecidas	149
2.2. “Onde” – distinção por carreiras	157

2.3 “Quem” - a não inclusão dos cargos em comissão como objeto de reserva de vagas.....	163
3. Um novo conceito para identificar os limites ao combate à desigualdade racial por meio das ações afirmativas.....	171
3.1 O que é sub-representação legal?.....	175
3.2 O papel da lei na permanência da sub-representação e a possibilidade de sua superação.....	180
CAPÍTULO IV	185
Se fosse possível concluir	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	192
APÊNDICE	207
APÊNDICE A – Mapa das Cotas Raciais no Serviço Público	208
ANEXOS	215
ANEXO A – LEI DE COTAS	216
ANEXO B – Estados e Municípios que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública	218

Lista de Quadros, Gráficos e Figuras

Quadros

Quadro 1 - Evolução das temáticas propostas na subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e minorias e a Redação Final aprovada.....	82
Quadro 2 - Municípios que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública - 2002-2004.....	95
Quadro 3 - Estados que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública - 2012-2015.....	101
Quadro 4 – PLs tratando da temática cotas raciais na Câmara dos Deputados.....	103
Quadro 5- Estatuto da Igualdade Racial: principais propostas	111
Quadro 6- Vagas em concursos públicos em universidades e institutos federais, por tipo e nível, segundo editais publicados em setembro de 2014 a abril de 2015.....	117
Quadro 7 – Emendas de Plenário, por nº, data, autoria e conteúdo	128
Quadro 8 - Relação dos Municípios X Percentual reservado em Lei X Margem da População local negra	155
Quadro 9 - “raça”/cor dos servidores que ingressam no serviço público federal por grupo-cargo - 2007 a 2012.	161
Quadro 10 – Quantitativo de ocupantes de cargos de direção e assessoramento superior (DAS), segundo a “raça”/cor, por nível de cargo – 2014	167

Figuras

Figura 1- Construção social da “raça” (<i>social construction of race</i>).....	20
Figura 2– Aspectos analisados na Lei de Cotas	148
Figura 3 – Distribuição do nível de escolaridade dos servidores do Poder Executivo, segundo a “raça”/cor – 2014	160
Figura 4 – Distribuição dos servidores do Poder Executivo, segundo a “raça”/Cor, por categoria do Cargo – 2014.	161
Figura 5 – Distribuição de Ocupantes de DAS, segundo a “raça”/Cor – 2014.....	168
Figura 6 – Distribuição por “raça”/Cor – Ocupantes de DAS x População Brasileira	169
Figura 7 – Distribuição dos ocupantes de DAS, segundo a “raça”/Cor, por nível do cargo – 2014.	170
Figura 8 – Distribuição de Cargos de DAS segundo a “raça”/cor, por nível de cargo e vínculo – 2014..	171
Figura 9 – Problemas identificados na Lei de Cotas.....	172

Figura 10 – Sub-representação legal na Lei de Cotas 175

Gráfico

Gráfico 1 – Distribuição dos servidores por níveis de escolaridade segundo grupos de “raça” 159

Lista de Abreviaturas

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação de Declaração de Constitucionalidade

ADPF – Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental

ANC – Assembleia Nacional Constituinte

BB – Banco do Brasil

CAS – Comissão de Assuntos Sociais da Câmara dos Deputados

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados

CDHM – Comissão de Direitos Humanos e Minorias

CJST – Conselho Superior da Justiça do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNPIR – Conselho Nacional de Igualdade Racial

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DAS – Direção e Assessoramento Superior

DPU – Defensoria Pública da União

EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes

EIRA – Estatuto da Igualdade Racial

EMP – Emenda de Plenário

FIES – Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IFMA – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão

IFSP – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo

MPF – Ministério Público Federal

MRE – Ministério de Relações Exteriores

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEA – População Economicamente Ativa

PFL – Partido da Frente Liberal

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PNAA – Programa Nacional de Ações Afirmativas
ProUni – Programa Universidade para Todos
PSD – Partido Social Democrático
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
PT – Partido dos Trabalhadores
REQ – Requerimento
RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SDD – Partido Solidariedade
SEPPIR – Secretaria de Promoção de Políticas de Igualdade Racial
SIAPE – Sistema Nacional de Administração de Pessoal Federal
SPAA – Secretaria de Políticas de Ações Afirmativas
STF – Supremo Tribunal Federal
TEN – Teatro Experimental do Negro
TRF – Tribunal Regional Federal
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UDN – União Democrática Nacional
UHC – União dos Homens de Cor
UNB – Universidade de Brasília
UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a discussão de desigualdade racial no Brasil, a partir da análise de uma política pública elaborada para o combate dos efeitos da discriminação racial, qual seja, as ações afirmativas sensíveis à “raça”¹, em especial as cotas raciais nos serviços públicos federais, Lei Federal nº 12.990, de 9.06.2014, chamada Lei de Cotas.

A partir da pergunta: “as cotas raciais, como previstas na Lei de Cotas, contribuem para a redução ou apenas mantém a sub-representação² da população negra³ nos espaços públicos em disputa?” passou-se ao estudo dos elementos que auxiliam a compreender esta relação: (i) conceitos básicos, (ii) a legislação nacional sobre ações afirmativas e (iii) o enfrentamento dessas questões no âmbito do Poder Legislativo. Optou-se, também, pela abordagem metodológica de estudo de caso (YIN, 2015), referente à Lei de Cotas, e a análise de conteúdo (BARDIN, 1977) a ela relacionado. Dessa análise, chegou-se à conclusão que pode ser sintetizada num conceito, como proposto por Becker (2007), de sub-representação legal, em que aspectos referentes a “quanto”, “onde” e “quem”, criam grandes limites a esta política afirmativa.

Adotou-se como marco teórico a Teoria Crítica do Direito (ZUBERI, 2001; DELGADO; STEFANCIC, 2001; ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008), a qual, de acordo com Solarzano, Ceja e Yosso, (2000, p. 663) apresenta cinco princípios compartilhados por seus teóricos: (a) papel central dos conceitos de “raça” e racismo; (b) o desafio à ideologia dominante; (c) o compromisso com a justiça social; (d) a centralidade do conhecimento experimental e (e) a adoção de uma perspectiva interdisciplinar.

Embora a realidade brasileira tenha claramente contornos diferentes em relação à norte-americana, Silva e Pires (2015, pp. 66-67) identificam determinados aspectos da Teoria Crítica da Raça úteis ao enfrentamento do “mito da democracia racial”, ainda presente nas

¹ O alerta de Frankenberg (2004, p. 307) de que Gilroy (1991) utiliza ‘raça’ sistematicamente entre aspas, a fim de lembrar a seus leitores sobre a irrealidade e a instabilidade do termo foi aqui acolhida, passando, dessa forma a ser grafado ao longo de todo o trabalho.

² Conforme Osório (2006, p. 54): “Por sub-representação deve-se entender a situação em que a proporção de pessoas de um grupo na população de interesse, no caso o serviço público civil, é inferior à proporção observada nas populações de referência”.

³ Sem adentrar na discussão sobre os termos negro, preto, pardo, moreno, etc., adotou-se, ao longo do estudo o termo negro, nos moldes como utilizado no censo do IBGE, isto é, as pessoas que se autodeclararam preto ou pardo para os quesitos cor ou “raça”. As exceções a esta regra, quando utilizadas classificações diferentes do IBGE, serão ressaltadas no texto.

discussões sobre ações afirmativas e, em especial, cotas raciais, a justificar sua utilização no presente trabalho, quais sejam:

(a) a ideia do racismo, não como evento extraordinário, mas como característica estrutural da sociedade; (b) crença na meritocracia e na exclusão de negros das posições de poder, acreditando na neutralidade do grupo dominante: sem afastar-se de tal premissa, a sociedade brasileira, em sua grande parte, defende a adoção da igualdade formal, de forma descontextualizada, que é fundada historicamente em uma lógica justificadora da inferioridade de pretos e mestiços, contribuindo para a manutenção de padrões de hierarquização racial; e (c) a noção de construção social da raça, ou seja, são as relações sociais que racializam os grupos minoritários independente de características biológicas e o que influencia esta percepção é a ideologia racial na qual está inserida aquela sociedade: no Brasil, o marco da democracia racial foi a noção de que quanto mais branco melhor e quanto mais preto pior (GUIMARÃES, 2009:51).

Também vários aspectos de manifestação da desigualdade racial são questionados pela Teoria Crítica da Raça, sendo característicos da hierarquização racial no Brasil, como exemplo diretamente relacionado a este estudo, “a ausência de negros em profissões e cargos socialmente compreendidos como de prestígio (executivos, médicos, professores universitários, juízes, etc.)” (SILVA, PIRES, 2015, p. 68).

Por fim, a perspectiva da Teoria Crítica da Raça vai ao encontro de duas perspectivas epistemológicas coloridas⁴, desenvolvidas na literatura nacional, como o quilombismo, de Abdias Nascimento (1980) e a amefricanidade, de Lélia Gonzalez (1988), com a vantagem de “agrupar em um mesmo modelo de investigação [...] dimensões [...] vistas isoladamente” (SILVA, PIRES, 2015, p. 72), além de não apresentar os mesmos limites identificados em algumas correntes liberais (ROSENFELD, 1991), em que aspectos como a construção social da “raça” e branquidade são desconsiderados.

O trabalho está organizado em quatro capítulos, sendo o primeiro conceitual e histórico; o segundo, com uma abordagem também histórica e com investigação já na Lei de Cotas; o terceiro, em que se aprofundam as análises em pontos específicos da Lei e propõe-se o conceito de sub-representação legal e o último, a título de conclusão.

De início, no primeiro capítulo, estabeleceu-se alguns parâmetros conceituais que irão orientar as análises e conclusões chegadas. A primeira parte do trabalho, portanto, apresenta

⁴ Para uma discussão de epistemologias coloridas, na tradição americana, ver: SCHEURICH, J. J.; YOUNG, M. D. 1997. Coloring epistemologies: are our research epistemologies racially biased. *Educational Researcher*, vol. 26, nº 4, pp. 4-16; na tradição brasileira: NASCIMENTO, E. L. 2009. *Afrocentricidade*: uma abordagem epistemológica inovadora. São Paulo: Selo Negro.

os conceitos de “raça”, como uma construção social – não biológica – que é uma forma de classificação baseada numa atitude negativa frente a certos grupos; “racismo”, em suas três dimensões: (i) como uma concepção de “raças” biológico (racialismo); (ii) uma atitude moral de tratar de modo diferente os membros de diferentes “raças” e (iii) uma posição estrutural de desigualdade social entre as “raças”; “branquidade”, como um lugar de vantagem estrutural nas sociedades estruturas na dominação racial, e, por fim, “ações afirmativas”, abordada como (i) um conjunto de políticas públicas; (ii) que visa a combater à discriminação; (iii) para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação passada e (iv) a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais.

Em seguida, passa-se a abordar estes termos dentro dos três paradigmas do direito constitucional (CARVALHO NETTO, 2003, 2004, 2005), o do Estado Liberal, com o surgimento do indivíduo livre e proprietário como uma abstração e a atuação mínima do Estado, com regramentos formais e igualmente abstratos; o do Estado do Bem-Estar Social, no qual, ao mesmo tempo em que busca a materialização dos direitos anteriormente formais, mantém a exclusão de participação dos destinatários das normas; e o do Estado Democrático de Direito, em que o direito à igualdade passa a ser ressignificado como direito à diferença e é valorizada a participação cidadã.

Embora possível várias abordagens da discussão racial dentro desses paradigmas, optou-se pela exemplificação da permanência da discussão racial do ponto de vista dos discursos parlamentares e de sua produção legislativa. É sabido que todo discurso se dirige a uma plateia e, no caso de questões raciais, os interlocutores diretos são os movimentos sociais negros, mas, sem desconsiderar sua importância, dado os limites desse estudo, manteve-se o foco no Poder Legislativo.

Quanto aos momentos e produções legislativas pinçadas na história brasileira de trato com a questão racial, foram selecionados três “momentos democráticos” (IGLÉSIAS *apud* ALMEIDA, 2011, p. 168), três oportunidades de ruptura ou continuidade, em que os conceitos de “raça”, racismo, ações afirmativas e branquidade, estiveram presentes de forma bastante patente. Tais “momentos decisivos” (COSTA, 2014) estão, também, de certa forma, ligados aos grandes processos históricos de formação da nação brasileira e intercruzamento discursivo e ideológico da ideia de “raça” com outros conceitos de hierarquia, como sugerido por Guimarães (2009), o que demonstra a pertinência dessa escolha.

O primeiro momento, dentro de um paradigma de Estado Liberal, são as discussões sobre a cidadania da pessoa negra na Constituinte de 1823, que mesmo tendo sido dissolvida apresenta o ideário de época sobre a “questão negra” – isto é como lidar com uma maioria negra, num país que se pretendia branco. O segundo momento, já no paradigma do Estado de Bem-Estar Social, aborda-se a aprovação da lei que criminaliza o preconceito racial, Lei nº 1.390, de 1951, chamada Lei Afonso Arinos, e, por fim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o foco é na Constituinte de 1987-1988, com a transição democrática e a participação popular intensa na elaboração dos direitos de cidadania e, em especial, da população negra.

Em cada período e produção legislativa será destacada a persistência de determinada “solução concreta” do quebra-cabeças social, conforme apresentado por KUHN (1998), mesmo em diferentes condições paradigmáticas, um modelo formal, abstrato e universal de enfrentamento da desigualdade racial, com a positivação no direito, mas com a manutenção da branquidade como um valor superior, hierarquizante dos grupos sociais classificados como negros.

Já no segundo capítulo, faz-se um histórico das primeiras experiências de cotas raciais no serviço público, tomando dois pontos de inflexão nessa política: a conferência de Durban, realizada em 2001, e o julgamento da ADPF nº 186, em 2012. São, assim, identificadas medidas pontuais na década de 1930 e a primeira geração de projetos de ações afirmativas, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, que, mesmo frustrados em sua concreção, lançou as bases – e os problemas – para seu aprofundamento a partir do Governo de Luiz Inácio Lula da Silva e Governo Dilma Rousseff, além das diversas experiências locais, em Estados e Municípios, sobre o tema.

Mantendo, ainda, um olhar no Poder Legislativo, fez-se um levantamento de todos os projetos de lei que abarcassem o tema de cotas raciais no serviço público, ainda que não convertidos em lei e, nas hipóteses em que convertidos, seus limites, como um exame preparatório para o estudo de caso da Lei de Cotas. Esse vem logo em seguida, com um detalhamento desde os antecedentes ao Projeto de Lei nº 6.738, de 2013, que resultou na Lei, até o processo legislativo em cada uma de suas etapas, concluindo com a análise de seus dispositivos. Por fim, dá-se notícia sobre a judicialização da Lei de Cotas e os principais pontos apontados para sua suposta inconstitucionalidade ou em reforço de sua constitucionalidade, com análise tanto da decisão proferida pelo Juiz do Trabalho da 13ª Região, que afastou a norma num

caso concreto, quanto da Ação Direta de Constitucionalidade – ADC nº 41, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em janeiro de 2016, no Supremo Tribunal Federal, pedindo a declaração da constitucionalidade da Lei.

Na sequência, chega-se ao terceiro capítulo, em que estão as conclusões dessa pesquisa. Numa primeira parte, discute-se o papel do direito ao lidar com políticas antidiscriminatórias e o uso que se faz das estatísticas raciais para embasá-las. Percebe-se uma persistência de respostas universais e abstratas do direito a questões que merecem um tratamento particular e clamam por contexto (DELGADO, STEFANCIC, 2001) e que é agravada quando se utilizam estatísticas raciais essencializando a “raça”, como se fosse um dado da realidade (ZUBERI, 2001), ao mesmo tempo em que se justifica a indispensabilidade de algum grau de mensuração para o desenvolvimento dessas políticas de recorte racial.

Ao se observar, portanto, a modelagem da política de cotas raciais em concursos públicos, chega-se a três questões essenciais que são mal respondidas pela lei: “quanto”, “onde” e “quem”. Tais questões correspondem à discussão sobre o percentual de vagas reservadas (quanto); a ausência de distinção de reserva por carreiras (onde) e a não inclusão dos cargos em comissão (quem). A resposta a estas perguntas passa pela análise dos levantamentos feitos no Sistema de Administração de Pessoal Federal – SIAPE, em que os dados de composição e distribuição na carreira são desagregados por “raça” ou cor, a partir do censo racial feito pelo próprio Poder Executivo Federal, com base na autodeclaração de seus servidores.

A partir dos resultados obtidos, verifica-se que o percentual de vagas de 20% (vinte por cento) é pequeno, levando em conta três aspectos. O primeiro aspecto, refere-se à própria desconsideração de que “raça” é um conceito socialmente construído (DUARTE, 2009; PIRES, 2015; ZUBERI, 2001; DELGADO, STEFANCIC, 2001), assim como a autoidentificação é socialmente condicionada (SOVIK, 2004; JAMES, 2008; PIZA, ROSEMBERG, 1998). À medida que se fixa um número, deixa-se de considerar a variação do número de pessoas que se autodeclaram negras e que tem aumentado em proporção superior à taxa de natalidade (SOARES, 2008), o que demonstra que a identidade negra tem sido valorizada e assumida, recomendando alterações constantes nos percentuais de vagas reservadas. O segundo aspecto, é o do “politicamente possível”, que se apresenta como decorrência da própria sub-representação negra nas instâncias políticas deliberativas. E, o terceiro, quanto ao próprio percentual de 20% (vinte por cento), pequeno, levando em conta um número distante da representação da sociedade

brasileira, de acordo com dados estatísticos coletados, mesmo que seu parâmetro seja firmado com base no número de pessoas negras já no serviço público. Isto porque, à medida que não constam informações sobre como se chegou a esta composição, este número pode impactar muito pouco na composição dos quadros da administração pública.

Já em relação a quais carreiras, o estudo demonstra que se por um lado há sub-representação de negros e negras em determinadas carreiras, em outras há sobre-representação (SILVA, SILVA, 2014). Esta distribuição desequilibrada, no entanto, mantém uma relação muito próxima com a estratificação social que se reflete na hierarquização do serviço público, sendo que, nas carreiras que exigem maior qualificação e, em consequência, recebem maior remuneração, a população negra apresenta-se quase ausente, ao passo que nas carreiras com menor formação exigida e, como corolário, com remuneração inferior, há presença maciça de negros e negras. Essa percepção, que não passa distante da realidade de quem estuda o Poder Público, é desconsiderada quando se adota, ainda numa lógica formal e abstrata, uma resposta universal e descontextualizada à reserva de vagas em todas as carreiras federais e que, ao fim, mesmo que se venha a preencher todo o percentual de 20%, como hoje ainda previsto e, em regra, não ocorre (este percentual gira em torno de 15%, conforme dados do SEPPIR, de 2015), muito pouca alteração haverá no perfil da administração pública e na percepção do público em geral de que se vive num país apenas branco.

Por fim, a exclusão dos cargos em comissão é também um dos grandes problemas da lei de cotas raciais. Conforme o levantamento de dados, é possível verificar que não é apenas porque os brancos detêm maior escolaridade e estão em carreiras mais valorizadas, que se apresenta proporcional a intensa chefia, coordenação e assessoramento apenas por brancos, mesmo quando a carreira é composta por um grande número de pessoas negras. Uma questão que de pronto se apresenta é, uma vez mais e ainda, a branquidade. À medida que os cargos são de confiança, isto é, de livre nomeação por quem detém esta competência, há uma resistência aparente à incorporação de pessoas negras, ou seja, aquelas que fogem ao estereótipo de homem branco nesses cargos com mais poder. O sistema de favores e benefícios recíprocos da branquidade, mostra-se muito forte nesses símbolos de poder e um efetivo combate à desigualdade e estratificação racial passa pela modificação dessas hierarquias (ONU, 2016a).

Com base nos resultados obtidos é possível concluir que a lei de cotas raciais nos concursos públicos, à medida que reserva um percentual de vagas para negros e negras, muito

aquém de sua representação na sociedade, além de buscar dar uma resposta universal, sem considerar aquelas carreiras em que a representação negra se mostra mais defasada, e não abarcar os cargos em comissão, em que a hierarquização do serviço público se afirma, cria uma situação de sub-representação legal, que é um conceito que se propõe, com o seguinte conteúdo: “uma situação criada pela legislação que ao eleger certos critérios em detrimento de outros, no que se refere a quanto, onde e quem, mantém a proporção de pessoas que podem vir a ser beneficiadas por esta política inferior à proporção deste mesmo grupo na população brasileira”.

Aqui o papel da lei na permanência da sub-representação é destacado como decorrência do direito como assegurador dos privilégios da branquidade, o que remete à concepção gramsciana de revolução passiva, em que há uma apropriação seletiva pelas elites das demandas populares (fase da renovação) de forma a controlar seus efeitos, para que não haja uma radical transformação social (fase da restauração) (GRAMSCI, 2002).

Autores destacam a solução pelo alto de várias questões ligada ao povo negro, como a abolição da escravatura (MOURA, 1988a, 1988b) ou a criminalização do preconceito racial (BERTÚLIO, 1989). Mas o conceito proposto aponta outra tendência ao buscar verificar que tais soluções ocorrem também fora dos momentos mais radicais da história brasileira. Isto porque quando se apresenta a possibilidade – ou o risco – do incremento da população negra em estratos sociais de maior *status*, ressurge uma ideia muito arraigada no imaginário nacional do ideal de branquidade e na própria “ausência” da raça branca em se perceber como beneficiária de um sistema de exclusões.

Este é um aspecto abordado pela Teoria Crítica da Raça (DELGADO; STEFANCIC, 1997), norte em todo este trabalho, estudos de multiculturalismo (WARE, 2004a) e psicologia social (BENTO, 2002), mas ainda pouco explorado no âmbito do direito em solo brasileiro e que merece um estudo mais aprofundado, tanto, no sentido da superação dos limites do próprio direito, como meio de emancipação racial, como na crítica a essa mesma teoria e seus possíveis limites, para explicar o fenômeno nacional.

Capítulo I

Aspectos conceituais e históricos das relações raciais no Brasil

“Os conceitos e noções nunca são inocentes e empregando as noções do adversário para lhe retorquir conferimos-lhes legitimidade e permitimos a sua persistência”.
(Poulantzas, 1972, p. 12)

Nesse capítulo, estabelecem-se alguns parâmetros conceituais que irão orientar as análises que serão feitas. A primeira parte do trabalho, portanto, apresenta os conceitos de “raça”, racismo, branquidade e ações afirmativas. Em seguida, passa-se a abordar estes termos dentro dos três paradigmas do direito constitucional (o do Estado Liberal, o do Estado do Bem-Estar Social, e o do Estado Democrático de Direito), em que será feita a discussão racial do ponto de vista dos discursos parlamentares e de sua produção legislativa selecionada de cada período.

1 Conceitos base

Ao se deparar com determinados conceitos, o cientista social deve ter uma postura crítica, levando em conta que há duas formas de encará-los, abordando-os, do ponto de vista de uma postura realista ou nominalista. Conforme Guimarães (2009, p. 21):

‘Realismo’ é a teoria segundo a qual os conceitos científicos reproduzem entidades realmente existentes numa suposta realidade concreta, exterior e objetiva, seja aos valores, seja à observação do cientista. Ao contrário, ‘nominalismo’ é a doutrina segundo a qual os conceitos têm existência apenas enquanto tais, ainda que se refiram a fenômenos e fatos reais.

O risco de qualquer perspectiva realista de um conceito é desconsiderar que a linguagem permeia as relações humanas e é carregada de sentidos, valores e ideologias. Assim, mesmo conceitos neutros não se relacionam imediatamente com o seu objeto e, por isso, podem mascarar, ou antes, buscar naturalizar certas situações que apenas existem como linguagem. Por isso, optou-se pela construção dos conceitos, ao invés de definições mais concisas, tendo em

conta “a vinculação do conceito ao contexto e para o fato de que [todo] conceito ser construído em processos históricos” (SOVIK, 2004, p. 364).

1.1 “Raça”: ainda faz sentido?

O termo “raça” possui acepções várias, desde “ ‘parentesco de sangue’, de laços familiares, de unidade tribal, de origem pura ‘sem misturas’” (ARENDDT, 2012, p. 243), “heranças físicas permanentes entre os vários grupos humanos”, conforme Cuvier (*apud* SCHWARCZ, 1993, p. 63) e, só mais recentemente, “efeitos inerentes de várias estruturas – relações de produção e mercado” (GILROY, 1991, p. 16), “um fenômeno cultural” (*idem*) e um construto social (DELGADO, STEFANCIC, 2001; ZUBERI, BONILLA-SILVA, 2008; SIMSON, 2014).

A emergência de uma noção de “raça” – ainda que sem o uso do termo – esteve ligada à origem das povos e nações (SCHWARCZ, 1993, p. 62), numa tentativa de identificar, no direito de conquista, as diferenças entre povos superiores (vencedores) e inferiores (vencidos) (ARENDDT, 2012, p. 237 e seguintes), bem como um “subproduto do processo de expansão europeia iniciado no século XV e conhecido pela alcunha de ‘descobrimientos’ [invasões, na verdade]” (MEDEIROS, 2004, p. 33). Num momento seguinte, já durante o século XVIII, uma reflexão mais estruturada sobre a diferença entre os homens, fruto da observação da diversidade dos povos, ganha força, muito em razão da influência do humanismo e ilustração¹.

A partir do século XIX, é que mais autores apontam o nascimento do termo “raça” (BANTON, 1991; GUIMARÃES, 2009; SCHWARCZ, 1993) para pensar sobre a origem do homem. Duas correntes teóricas aglutinavam os autores. De um lado, uma visão monogenista, que acreditava ser a humanidade una, embora os povos pudessem estar em diferentes níveis, e, de outro, uma visão poligenista, que acreditava em vários “centros de criação, que corresponderiam, por sua vez, às diferenças raciais observadas” (SCHWARCZ, 1993, p. 64). Nessa última perspectiva é que “raça” passa a ser concebida como um “tipo”, referindo-se às várias espécies de seres humanos, distintas tanto física, quanto mentalmente. Nota-se, ainda, com

¹ Para estes primórdios, ver Schwarcz (1993).

o desenvolvimento das ciências biológicas, esta se apresenta como uma concepção científica² sobre a origem dos seres humanos.

Com a teoria evolucionista de Darwin, em meados do século XIX, estas duas correntes passam a se valer de seus supostos para hierarquizar “raças” e povos. Enquanto os monogenistas acreditam em diferentes níveis mentais e morais dos povos, os poligenistas identificam variadas espécies com heranças e aptidões diferentes.

Diversas doutrinas e “ciências” se originam desse debate, como a etnografia cultural, o darwinismo social, a antropologia cultural ou etnografia social e que cunham novos sentidos para desigualdade e diferença, conforme Schwarcz (1993, p. 81):

A noção de desigualdade implicaria a continuidade da concepção humanista de uma unidade indivisível, somente marcada por dissimilaridades acidentais e contingentes. As diversidades existentes entre os homens seriam apenas transitórias e remediáveis pela ação do tempo ou modificáveis mediante o contato cultural. Já o conceito de diferença levaria à sugestão de que existiriam espécies humanas ontologicamente diversas, as quais não compartilhariam de uma única linha de desenvolvimento. As diferenças observadas na humanidade seriam, portanto, definitivas e irreparáveis, transformando-se a igualdade em um problema ilusório.

Essas concepções de naturalização da diferença viam a “raça” como um conceito realista, determinante não só de características físicas como morais, isto é, de capacidade mental dos povos, e tiveram sucesso no mundo científico, influenciando tanto políticos quanto pensadores brasileiros³. Além disso, como justificativa política, servia de suporte teórico para o desenvolvimento de um racismo científico, que possibilitava o tratamento diferenciado dado pelas nações “desenvolvidas” às nações tidas por “primitivas”.

Esse pensamento sobre “raça”, que ditou o comportamento das nações durante o colonialismo e o imperialismo, só começa a sofrer abalos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), pelos anos 1950, quando a UNESCO passa a reunir cientistas de diversas áreas para revisar o campo de estudos sobre “raça”, os quais chegam às conclusões de que “raça” é um

² Vale aqui a ressalva de Arendt (2012, p. 235): “A culpa não é da ciência em si, mas de certos cientistas não menos hipnotizados pelas ideologias que os seus concidadãos menos cultos”.

³ Para um levantamento de 1870 a 1930, ver Schwarcz (1993). A influência de Arthur Gobineau, autor do “Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas”, em D. Pedro II é destacada por Santos de Souza (2013). Já para a relação entre o autoritarismo e seus fundamentos raciais, ver Duarte, 2009 (p. 598-647). Nina Rodrigues merece relevo, em razão de suas obras “Os mestiços brasileiros” (1890), “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil” (1894), “Nêgres crimineis au Brésil” (1895), “Animismo fetichista dos negros bahianos” (1896), “Métissage, dégénérescence et crime” (1899), “Contribuição ao estudo dos índices osteométricos dos membros na identificação da raça negra” (1903), “A Troia Negra” (1903), “O problema da raça negra na America Portuguesa” (1903), “Os africanos no Brasil” (1903), entre outros.

conceito limitado para classificar os seres humanos, podendo ser substituído, com vantagens, pela noção de população e que a diversidade genética no interior dos mesmos não difere significativamente, em termos estatísticos, daquela encontrada entre grupos distintos (HIERNAUX, 1965 *apud* GUIMARÃES, 2009, p. 23-24).

Isto significava, portanto, que as diferenças entre os povos, atribuídas à “raça” perdiam sua validade científica, de matriz biológica, possibilitando que fossem interpretadas como construções socioculturais. Essa superação do conteúdo biológico da “raça” ganhou, mais recentemente, um reforço a partir dos estudos de genética, que comprovam que o ser humano é uma “raça” única (PENA, BORTOLINI, 2004). Em razão disso, cientistas sociais passaram a se dividir quanto a manutenção ou não do uso da “raça” ou sua substituição pelo termo etnia.

Ora, ainda que “raça” não exista, como tão fortemente impregnado na ideologia de dominação que a desenvolveu como um conceito realista, não deixa de produzir efeitos concretos, à medida que distinções e hierarquizações sociais ainda são feitas com base na ideia de “raças”. Nesse sentido, vale ressaltar a discussão havida no âmbito do STF, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2-RS, em que, nos termos do relator para o acórdão⁴, Min. Maurício Corrêa, restou consignado:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (BRASIL, 2003)

Eis o que leva alguns autores a preferir o termo “racialismo”, como

[...] doutrina segundo a qual ‘há características hereditárias, partilhadas por membros de nossa espécie, que nos permitem dividi-la num pequeno número de raças, de tal modo que todos os membros de uma raça partilhem entre si certos traços e tendências que não são partilhados com membros de nenhuma outra raça. Esses traços e tendências característicos de uma raça constituem, na perspectiva racialista, uma espécie de essência racial; [essa essência] ultrapassa as características morfológicas visíveis – cor da pele, tipo de cabelo, feições faciais – com base nas quais fazemos nossas classificações formais’ (Appiah, 1992 *apud* GUIMARÃES, 2009, p. 29-30).

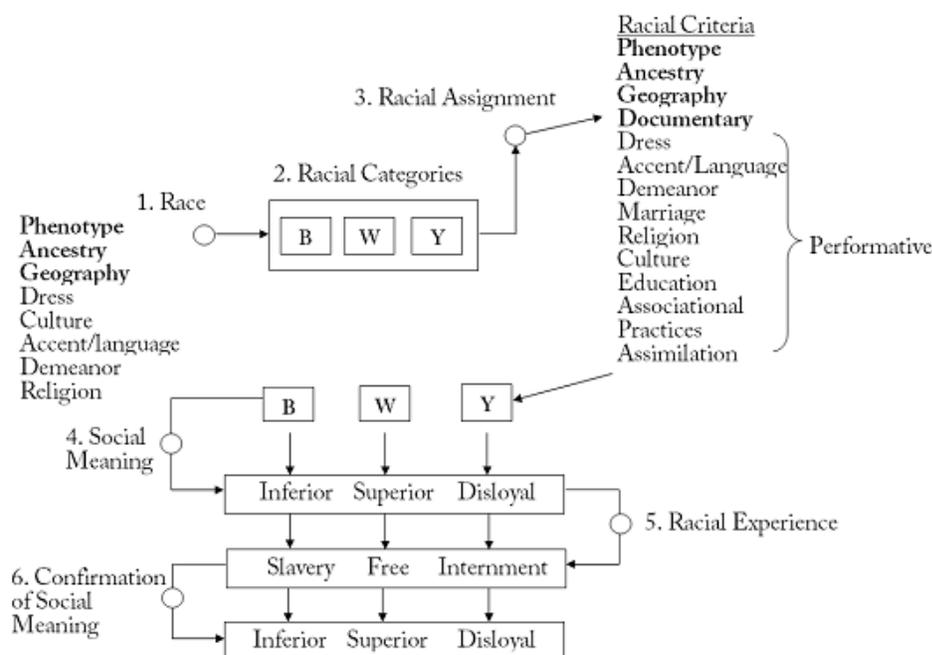
A ‘essência’ de que Appiah trata, no entanto, deve ser relativizada para fugir aos

⁴ O Min. Moreira Alves, relator originário, havia concluído que por não serem os judeus uma raça, não poderiam ser vítimas de racismo. Para uma completa análise dos votos proferidos, ver DUARTE (2009, pp. 245-291).

aspectos puramente biológicos, como destacado por Guimarães (2009, p. 30), para quem “essa ‘essência’ é definida pela cultura, utilizando-se diferentes regras para traçar filiação e pertença grupal, a depender do contexto histórico, demográfico e social”. Ou seja, o autor resgata o aspecto sociológico do conceito mesmo de racismo, destacando que às marcas físicas, sempre se associam valores morais, culturais e intelectuais.

É nesse sentido que a “raça” como construto social tem sido tratada no âmbito da Teoria Crítica da Raça. Simson (2014, pp. 527-532) propõe uma abordagem esquemática desse processo de construção racial, a partir da seguinte figura:

Figura 1- Construção social da “raça” (*social construction of race*)



De acordo com o autor, no primeiro passo (*1. Race*) busca-se dar conteúdo a “essa coisa que chamamos *raça*” (*ibidem*, p. 528), em que se identificam diferentes dimensões, que incluem “fenótipo, ascendência, vestuário, cultura, sotaque, religião, e mais elementos da pessoa de quem a raça está sendo determinada”⁵ (*ibidem*, pp. 528-529). Os passos dois (*2. Racial Categories*) e três (*3. Racial Criteria*) “descrevem o processo pelo qual indivíduos, então,

⁵ No original: “*race along different dimensions, which include the phenotype, ancestry, dress, culture, accent, religion, and more of a person whose race is being determined*”.

utilizam suas impressões sobre a raça de outra pessoa para distribuir esta pessoa em uma das diferentes categorias raciais enumeradas por um processo de atribuição racial”⁶ (*idem*). Esta atribuição racial, assim como o aspecto em que a pessoa se apresenta (*performative aspect*) se liga ao passo quatro (4. *Social Meaning*) em que, “em sentido amplo, a hierarquia racial [...] desenvolve um padrão que associa branquidade com superioridade e domínio, negritude com inferioridade e falta de valor e identidade asiática com desconfiança e eterno estrangeiro”⁷ (*ibidem*, p. 530-531). O passo cinco (5. *Racial Experience*) corresponde às particulares experiências raciais que membros de certas categorias raciais vivenciam, como decorrência da hierarquia racial existente nas sociedades, como é exemplo a escravização de pessoas negras: “uma vez que a sociedade [...] atribui o sentido de inferioridade à negritude, a escravidão tornou-se não apenas uma possibilidade, mas também uma opção desejável, inclusive para suas vítimas, do ponto de vista da sociedade branca”⁸ (*idem*). Já o passo seis (6. *Confirmation of Social Meaning*) “representa a etapa final no círculo vicioso da construção social da hierarquização racial em que as experiências raciais de determinadas categorias raciais confirmam a existência dos sentidos que a ela são atribuídos”⁹ (*ibidem*, p. 532).

De qualquer sorte, hoje, é possível pensar em “raça”? Mesmo como um conceito socialmente construído? Entende-se que sim, uma vez que o seu uso ainda faz sentido por possibilitar “dar uma realidade social” (GUIMARÃES, 2009, p. 27) para seu combate, pois “Se não for a ‘raça’, a que atribuir as discriminações que somente se tornam inteligíveis pela ideia de ‘raça’? (*idem*). A percepção da atual necessidade de se pensar sobre “raça” é também apontado por Angela James (2008, p. 32), para quem

Ainda que raça seja um fenômeno dinâmico enraizado em lutas políticas, ela é comumente observada como características fixas de populações humanas; embora ela não exista em termos de biologia humana, as pessoas rotineiramente olham para o corpo humano em busca de evidências a respeito de sua identidade racial; mesmo sendo uma ficção biológica, ela é, não obstante, um fato social.

⁶ No original: “Steps 2 and 3 describe the process by which individuals then use their impression of another person’s race to sort that person into one of a number of different racial categories through the process of racial assignment”.

⁷ No original: “In the broadest sense, the racial hierarchy [...] developed a framework that associates whiteness with superiority and dominance, blackness with inferiority and lack of worth, and Asian identity with disloyalty and perpetual foreignness”.

⁸ No original: “once American society ascribed the meaning of inferiority to blackness, slavery became not only a possibility but also a desirable option, even for its victims, in the eyes of white society”.

⁹ No original: “Step 6 represents the final step in the vicious circle of the social construction of racial hierarchy in which the racial experience of members of particular racial categories confirm existing racial meanings”.

“Raça” é útil, portanto, como um conceito sociológico que possibilita uma unificação de discurso para sua superação. A não utilização do termo não fará com que o problema racial, a estratificação racial e a discriminação racial deixem de existir. Mesmo com a óbvia constatação de que “raça” não exista, ainda é válido o alerta feito pelos teóricos raciais críticos: “‘consciência racial’ não significa que nós [os críticos] essencializamos a raça. Ser consciente da raça é estar ciente do sistema de estratificação racial e reconhecer os atos de sobrevivência e criatividade marginalizados pela hierarquia racial”¹⁰ (ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 333).

1.2 Racismos nosso de cada dia

Conforme alerta Guimarães (2009, p. 51), a análise do racismo brasileiro deve observar três grandes processos históricos: 1º) a formação da nação brasileira; 2º) o intercruzamento discursivo e ideológico da ideia de “raça” com conceitos como classe, *status* e gênero; e 3º) as transformações da ordem socioeconômica e seus efeitos regionais.

As raízes do racismo, assim, datam do período da invasão¹¹ das Américas pelos europeus, no século XV e com o nascimento da modernidade, que resulta desse encontro da Europa com o “outro” não-europeu, com o objetivo de controlá-lo, vencê-lo e violentá-lo (DUSSEL, 1993). O choque entre culturas tão diferentes deu-se de maneira assimétrica, hierarquizada, em que uma cultura e um povo que se considerava superior, o europeu, deveria se impor a uma cultura e um povo considerado inferior, inventados e negados em sua subjetividade.

Todo o processo de colonização nas Américas dá-se dessa maneira, em que para além da matança pura e simples, há a conquista, com a negação do “outro”, incorporado que é “como instrumento, como oprimido, como encomendado, como assalariado (nas futuras fazendas), ou como africano escravizado (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais)” (DUSSEL, 1993, p. 43). E, no âmbito do mito da modernidade que se instala, a dominação do

¹⁰ No original: “[...] ‘race conscious’ does not mean we essentialize race. To be race conscious is to be aware of the system of racial stratification, and to recognize the acts of survival and creativity of those marginalizes by the racial hierarchy”.

¹¹ O estudo se vale da advertência de Ribeiro (2014, p. 39), de que a “chegada dos europeus em terras brasileiras deve ser definido como invasão (e não descobrimento, a considerar que aqui já viviam os indígenas”. Nesse sentido, Jacob Gorender, 2010. *O escravismo colonial*. São Paulo: Perseu Abramo e Mário Maestri, 1994. *O escravismo no Brasil*. São Paulo: Atual.

“outro”, com toda sorte de violência, é feita sob alegação de que é feita em benefício desse subordinado, vitimando o “bárbaro”, a fim de o civilizar¹².

Surge daí o pretense complexo de dependência do colonizado (FANON, 2008), em que o racismo colonial – que não difere de outros racismos – cria esta inferioridade dos cativos, nativos ou negros escravizados: “é o racista que cria o inferiorizado” (*ibidem*, p. 90), à medida que estabelece uma “sociedade que torna possível seu complexo de inferioridade, em uma sociedade cuja consistência depende da manutenção desse complexo, em uma sociedade que afirma a superioridade de uma raça [branca]” (*ibidem*, p. 95).

Toda ciência nacional, até a década de 1930, abraça o racismo científico, com a crença na superioridade da “raça” branca e, por conseguinte, em razão da presença dos “africanos”, a inferioridade de um povo mestiço, como o brasileiro, responsável pelo atraso do país¹³.

A crítica pessimista em relação ao povo mestiço, além de expressar o pensamento “racial” científico da época, apresenta também uma lógica criticada por Moura (1988b, p. 18) e que deve permanecer como um alerta ao pesquisador: “a subserviência do colonizado aos padrões ditos científicos das metrópoles dominadoras”, em que “o mestiço era considerado inferior. Não tinha apelação diante das conclusões da ciência” (*idem*). A única saída que se apresentava, portanto, era o embranquecimento, isto é, a introdução de mais pessoas identificadas como brancas (europeus) para melhoria do padrão nacional¹⁴.

A política de embranquecimento, que deita raízes mesmo antes da independência¹⁵,

¹² Nesse sentido é a fala de Dussel (1993, p. 75-75): “De maneira que a dominação (guerra, violência) que é exercida sobre o Outro é, na realidade, emancipação, “utilidade”, “bem” do bárbaro que se civiliza, que se desenvolve ou “moderniza”. Nisto consiste o ‘mito da modernidade’, em vitimar o inocente (o Outro) declarando-o causa culpável de sua própria vitimação e atribuindo-se ao sujeito moderno [europeu] plena inocência com respeito ao ato sacrificial. Por último, o sofrimento do conquistado (colonizado, subdesenvolvido) será o sacrifício ou o custo necessário da modernização”.

¹³ . Nas palavras de um dos mais destacados cientistas nacionais a teorizar sobre as “raças”, (RODRIGUES, 1957, p. 155): “Destes dous principios fundamentaes - a herança pela larga transmissão dos caracteres das raças inferiores a que dá lugar, e o mestiçamento, pelo desequilíbrio ou antes pelo equilíbrio mental instavel que acarreta -, decorre, me parece, a explicação facil e natural da nossa psychologia de povo mestiço”.

¹⁴ (GUIMARÃES, 2009) identifica a contradição do projeto imigrante, uma vez que a regra de transmissão pelo sangue variava em relação à concepção racista preponderante de que haveria com a miscigenação, a degenerência de um povo, e não, o seu aprimoramento (*ibidem*, p. 30), o que o leva o autor a identificar um racismo brasileiro para quem “o sangue branco purificava, diluía e exterminava o negro, abrindo, assim, a possibilidade para que os mestiços se elevassem ao estágio civilizado” (*ibidem*, p. 53).

¹⁵ Conforme (AZEVEDO, 1987), escritos de 1810, de Antonio Vellozo de Oliveira, já sugerem uma política de concessão de terras a nacionais e europeus pobres (de preferência, famílias), como essencial para a formação de uma

ganha forças nos anos 1870 (AZEVEDO, 1987), com projetos imigrantistas, que visavam à “substituição física [da pessoa escravizada] pelo imigrante tanto na agricultura como nas diversas atividades urbanas” (*ibidem*, p. 60). No entanto, a preocupação com a mão-de-obra reveste-se de um projeto mais de cunho “racial” do que meramente econômico, vez que:

[...] ao assumirem a ideia da inferioridade racial de grande parte da população brasileira, estes autores [reformadores sociais] inclinaram-se a tratar da transição para o trabalho livre quase que exclusivamente do ângulo do imigrante, já que consideravam negros e mestiços incapazes de interiorizar sentimentos civilizados sem que antes as virtudes étnicas dos trabalhadores brancos os impregnassem, quer por seu exemplo moralizador, quer pelos cruzamentos inter-raciais. (*idem*, p. 62)

A partir daí uma dupla política de embranquecimento tem início, de um lado, a vinda de imigrantes europeus¹⁶, custeados pelo Estado, de outro, o aumento da repressão às pessoas negras e, em especial, da taxaço das pessoas escravizadas^{17 18}.

O embranquecimento possui outro aspecto não menos dramático de demonstração de racismo, que é “a concordância das pessoas de cor em renegar sua ancestralidade africana ou indígena” e assim, serem absorvidos e integrados na nação brasileira (GUIMARÃES, 2009, p. 55). É o que Nogueira (2006) identifica como, no caso do preconceito de marca¹⁹, a ideologia assimilacionista, com o abandono da herança cultural afro, como vestimentas, penteados e mesmo religião, também abordado no âmbito da Teoria Crítica da Raça como *passing* com o “esforço para se desracializar e se apresentar como branco” (DELGADO, STEFANCIC, 2001, p.

“população homogênea e integrada num todo social” (*ibidem*, p. 37). No mesmo sentido é a manifestação de Maciel da Costa, em 1821, apelando para a imigração de trabalhadores europeus (*ibidem*, p. 40).

¹⁶ (SKIDMORE, 2012) (p. 206) estima que entre 1887 a 1914 entraram no Brasil 2,7 milhões de imigrantes, compostos, majoritariamente de italianos, seguidos de portugueses e espanhóis e, de longe, por alemães. Mais da metade teria ficado no estado de São Paulo.

¹⁷ Conforme adverte (FRANKENBERG, 2004) (p. 317), o discurso que se utiliza da referência a “escravo” ou “escrava”, como uma qualidade intrínseca, espelha o discurso do próprio senhor de escravos. Daí a cautela em se utilizar o termo “pessoa escravizada”, que reflete apenas a situação dela naquele momento.

¹⁸ Conforme (AZEVEDO, 1987) (p. 167), ao exemplificar com a Lei nº 28, de 9 de março de 1884, da Província de São Paulo destaca suas linhas essenciais, quais sejam, “a concessão de auxílio apenas aos imigrantes europeus - incluindo-se os das ilhas Canárias e Açores - que juntamente com suas famílias se destinassem às atividades agrícolas, quer como colonos, quer como pequenos proprietários. Quanto à sustentação destas despesas com a imigração, isto ficaria por conta de toda a população, proprietária ou não, abrindo-se créditos especiais”.

¹⁹ Conforme Nogueira (2006, p. 292): “Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certos grupos étnicos para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem”.

61).

Ao lado do embranquecimento, a “democracia racial” surge, ainda, como uma nota característica do racismo brasileiro. Esse mito que até hoje deita raízes nos debates sobre relações raciais no Brasil – especialmente quando se discutem as ações afirmativas (DUARTE, 2009; MOREIRA, 2010, p. 4; PAIXÃO, 2014, p. 92) – deve ser entendido, na concepção clássica proposta por Gilberto Freyre, em sua obra *Casa Grande e Senzala*²⁰, de que “a miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que doutro modo se teria conservado enorme” (FREYRE, 1987, p. LX). Surge, aí, um mito de fundação da sociedade brasileira, em que ao lado do tom valorativo do negro e do índio, desponta o verdadeiro herói: o colonizador português, “comandante da montagem da civilização brasileira” (PAIXÃO, 2014, p. 47).

Para Theodoro (2014, p. 211),

A ideia de democracia racial enfatizava a dimensão positiva da mestiçagem, em torno da qual teria se constituído a unidade racial e cultural do povo brasileiro, propiciando uma convivência harmônica que permitiria ao país escapar dos problemas raciais observados em outros países.

Essa suposta convivência harmônica, entretanto, resultou conforme Moura (1988b, p. 61) da construção ideológica que vinculava um fato biológico, a miscigenação, com um fato sociopolítico, a democratização, tentando sintetizar dois processos absolutamente independentes:

Esse gradiente étnico que caracteriza a população brasileira, não cria, portanto, um relacionamento democrático e igualitário, já que está subordinado a uma escala de valores que vê no branco o modelo superior, no negro o inferior e as demais nuances de miscigenação mais consideradas, íntegras, ou socialmente condenadas, repelidas, à medida que se aproximam ou distanciam de um desses polos considerados o positivo e o negativo, o superior e o inferior nessa escala cromática. (*idem*).

De fato, o mito da democracia racial, embora tenha “ajudado o Brasil – e os brasileiros socialmente brancos – a ter uma imagem mais positiva de si mesmo” (PAIXÃO, 2014, p. 97), serviu apenas como uma ideologia, com resquícios da mesma ideologia racista de fundo científico, visando à eliminação do negro, como uma categoria social, assim como à eliminação da própria questão racial, uma vez que transfere para o plano mítico o caráter nacional das três “raças” que o formam (DUARTE, 2009, p. 490).

O silenciamento público sobre as questões raciais, que negavam os fatos de discriminação racial e as desigualdades raciais, no entanto, não eram seguidas por políticas públicas capazes de alterar a situação de marginalização a que estava relegada a população negra (GUIMARÃES, 2009, p. 66). Assim, o mito da democracia racial torna-se “insuportável para todos e insustentável pelos fatos” (*ibidem*, p. 67). A denúncia sistemática pelos movimentos negros ganha força e o desmentir do mito se faz necessário, justamente quando mais se mostra desejável para outros países a adoção do modelo brasileiro. É, nesse contexto que surgem os estudos da escola paulista, na década de 1950, encomendados pela UNESCO, para entender os “segredos” do Brasil. As conclusões a que Fernandes (2008) chegara de que o racismo era muito difundido na sociedade brasileira “surpreenderam seus patrocinadores por constituírem a primeira contestação de peso à imagem de democracia racial no Brasil, levando a uma primeira ruptura clara com as ideias de Freyre” (TELLES, 2003, p. 59).

Ainda quando se combate uma face do racismo, outra parece emergir. Assim é que o trabalho de Roger Bastide e Florestan Fernandes (2008), já em 1957, mesmo demonstrando os problemas da democracia racial, acaba por reforçar um aspecto de subordinação da população negra (FERNANDES, 2008), ao “culpar os próprios negros pelos efeitos sociais e psicológicos da escravidão, dada sua inabilidade em competir com os brancos no recém-industrializado mercado brasileiro” (TELLES, 2003, p. 59). A concepção de que o racismo desapareceria com o desenvolvimento do capitalismo, pressupunha que o negro seria “plenamente integrado psicologicamente e mentalmente à ordem competitiva” (PAIXÃO, 2014, p. 330).

O problema dessa abordagem, como aponta Moura (1988b, p. 115), é que “as implicações e relacionamentos entre o negro e os seus estudos não vão além daquelas que existem entre a realidade estudada e a verificação da eficiência das suas hipóteses de trabalho”, mantendo-se uma concepção acadêmica cristalizada em ideologia das ciências sociais que estudavam os negros, sem qualquer influência em seu cotidiano (*ibidem*, p. 116).

Atento a estas considerações, ao longo desse estudo, racismo será tomado em três dimensões, conforme Guimarães (2009, p. 65-66): “uma concepção de raças biológicas (racialismo); uma atitude moral em tratar de modo diferente membros de diferentes raças; e uma

²⁰ Conforme Azevedo (1987, p. 255), no entanto, a ideologia de democracia racial nasce muito antes que Freyre, com a concepção paradisíaca do Brasil, como um país escravista sem preconceitos raciais, veiculada tanto por imigrantistas, quanto por abolicionistas.

posição estrutural de desigualdade social entre as raças”.

1.3 Branquidade e branquitude: superação do privilégio branco

Embora “raça” e racismo sejam termos já correntes, bem como a discussão sobre embranquecimento, assimilação, miscigenação, os termos branquidade e branquitude, aparecem como um tema de pesquisa mais recente, como “uma abordagem relativamente nova do estudo das causas e efeitos da profunda divisão social nas diferentes tradições disciplinares” (WARE, 2004b, p. 8), por se debruçar sobre os traços da identidade racial do branco (BENTO, 2002, p. 29).

A divergência entre os termos branquidade e branquitude, no entanto, são carregados de sentido²¹. Se na língua inglesa *white studies* e *whiteness* sejam utilizados no mesmo sentido, para investigar os diferentes tipos de racismo e a racialização apenas dos não-brancos (WARE, 2004b, p. 9), no Brasil, há profundas distinções, como propõe (PIZA, 2005) :

Ainda que necessite amadurecer em muito esta proposta, sugere-se aqui que branquitude seja pensada como uma identidade branca negativa, ou seja, um movimento de negação da supremacia branca enquanto expressão de humanidade. Em oposição à branquidade (termo que está ligado também a negritude²², no que se refere aos negros), branquitude é um movimento de reflexão a partir e para fora de nossa própria experiência enquanto brancos. É o questionamento consciente do preconceito e da discriminação que pode levar a uma ação política antirracista.

Ou seja, branquitude é um segundo momento de conscientização da pessoa branca em relação à sua “raça” e dos privilégios indevidos que por este motivo faria jus, gerando a necessidade de sua superação; branquidade, por outro lado, seria a reafirmação do direito ao privilégio pelo fato de ser uma pessoa branca²³. Não há, no entanto, uniformidade na sua utilização, como aponta Moreira (2012) , sendo que, a partir de 2004, data do lançamento da

²¹ Nesse sentido, conferir além de Bento (2002), Piza (2005), Cardoso (2010) e Moreira (2012) , ainda, CARDOSO, L. 2011. O branco-objeto: O movimento negro situando a branquitude. In: *Instrumento: R. Est. Pesq. Educ. Juiz de Fora*, v. 13, n. 1, jan/jun e SOVIK, L. 2005. Por que tenho razão: branquitude, estudos culturais e a vontade de verdade acadêmica. In: *Contemporânea*, vol. 3, nº 2, p. 159-180, jul/dez.

²² Conforme Piza (2005): “Negritude foi um termo utilizado pelo movimento negro das décadas entre 20 e 30, que reivindica a inclusão do negro na sociedade branca através da negação de sua origem e por um comportamento ditado e aprovado por brancos. Negritude refere-se a "parecer" branco para ser aceito entre brancos. Opõe-se ao movimento negro contemporâneo que busca compor uma identidade negra - negritude - como um conjunto de valores positivos existentes tanto nos indivíduos, quanto na cultura quanto na sociedade, a partir de um ponto de vista negro e de combate à discriminação e ao racismo”.

tradução do livro de Ware no Brasil, “Branquidade: identidade branca e multiculturalismo”, há uma convergência de sentidos, em que branquidade é vista, às vezes, como branquitude.

Feita esta observação inicial, passa-se a uma breve análise histórica de seu desenvolvimento. Cardoso (2010) aponta como pioneiros nessa abordagem os estudos de W. B. Du Bois, em 1935, *Black Reconstruction in The United States*²⁴, e Franz Fanon, em 1952, com a publicação de *Pele Negra, Máscara Branca*²⁵. No mesmo sentido, Moreira (2012) ressalta que, na tradição norte-americana, os estudos críticos da branquidade (*critical white studies*) ganham relevo apenas no início dos anos 1990²⁶.

No Brasil, branquidade aparece numa fala de Gilberto Freyre, em 1962, como uma crítica a essa tomada de posição que contraria o mito da democracia racial (CARDOSO, 2010, p. 56), mas fica mais patente, no atual uso, com que SOVIK (2004, p. 364) identifica em escritos de Ramos (1995), sobre a patologia social do “branco” brasileiro, em que aponta uma excelência estética da brancura, como parte do processo de espoliação²⁷; em Muniz Sodré, ao identificar na civilização europeia o modelo das elites e em Kabengele Munanga, que identifica na cor uma categoria herdada da colonização. Mais recentemente, a partir de 2000, ganha relevo os estudos na área de psicologia social, com Carone e Bento (2002).

²³ Na tradição norte-americana estaria mais próximo à supremacia branca, *White supremacy*. Esta confusão é também apontada por FRANKENBERG (2004, p. 323).

²⁴ Conforme Cardoso (2010), “Nesse livro Du Bois analisará o trabalhador branco norte-americano do século XIX. Esse trabalhador mesmo quando recebia um salário baixo era compensado com um “salário público e psicológico” que resultava em ganhos reais, por exemplo, os brancos independentes de classe social tinham trânsito livre: tinham acesso as funções públicas; os policiais eram retirados das suas fileiras; os prédios das escolas dos seus filhos eram os melhores da região, os tribunais dependiam do seu voto e geralmente tratava-os cordialmente”.

²⁵ Conforme Moreira (2012), “Nesta obra Fanon propõe uma análise da relação entre o negro e o branco, mostrando como um vê o outro, a necessidade instaurada no negro de ser branco, enquanto, por outro lado, o branco assume a condição de único ser humano. Mostrando como as identidades raciais acabam por criar limitações para que o indivíduo alcance a condição humana”. A edição brasileira mais recente disponível é FANON, F. 2008. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA.

²⁶ Diversos dos artigos e excertos publicados na obra organizada por Ware (2004a), apontam a relevância dos trabalhos de David R. Roediger, como “The wages of whiteness: race and the making of the American working class” (1991) e “Towards the abolition of whiteness” (1995). Para uma coletânea mais ampla da produção norte-americana, ver Delgado e Stefancic (ed.). 1997. *Critical White Studies: looking behind the mirror*. Philadelphia: Temple University.

²⁷ Para Ramos (1995, p. 220): “Para garantir a espoliação, a minoria dominante de origem europeia recorria não somente à força, à violência, mas a um sistema de pseudojustificações, de estereótipos, ou a processos de domesticação psicológica. A afirmação dogmática da excelência da brancura ou a degradação estética da cor negra era um dos suportes psicológicos da espoliação. Esse mesmo fato, porém, passou a ser patológico em situações diversas, como as de hoje, em que o processo de miscigenação e de capilaridade social absorveu, na massa das pessoas pigmentadas, larga margem dos que podiam proclamar-se brancos outrora, e em que não há mais, entre nós, coincidência de raça e de classe”.

Partindo dessa constatação e da necessidade de aprofundar sobre os aspectos de manifestação da branquidade, colhe-se de Frankenberg (2004, p. 312-313) a seguinte caracterização:

1. A branquidade é um lugar de vantagem estrutural nas sociedades estruturadas na dominação racial.
2. A branquidade é um ‘ponto de vista’, um lugar a partir do qual nos vemos e vemos os outros e as ordens nacionais e globais.
3. A branquidade é um *locus* de elaboração de uma gama de práticas e identidades culturais, muitas vezes não marcadas e não denominadas, ou denominadas como nacionais ou ‘normativas’, em vez de especificamente raciais.
4. A branquidade é comumente redenominada ou deslocada dentro das denominações étnicas ou de classe.
5. Muitas vezes, a inclusão na categoria ‘branco’ é uma questão controvertida e, em diferentes épocas e lugares, alguns tipos de branquidade são marcadores de fronteiras da própria categoria.
6. Como lugar de privilégio, a branquidade não é absoluta, mas atravessada por uma gama de outros eixos de privilégio ou subordinação relativos; estes não apagam nem tornam irrelevante o privilégio racial, mas o modulam ou modificam.
7. A branquidade é produto da história e é uma categoria relacional. Como outras localizações raciais, não tem significado intrínseco, mas apenas significados socialmente construídos. Nessas condições, os significados da branquidade têm camadas complexas e variam localmente e entre os locais; além disso, seus significados podem parecer simultaneamente maleáveis e inflexíveis.
8. O caráter relacional e socialmente construído da branquidade não significa, convém enfatizar, que esse e outros lugares raciais sejam irrealis em seus efeitos materiais e discursivos.

No mesmo sentido, aliás, numa abordagem mais sintética, Moreira (2013) aponta:

Como um padrão cultural que cria a negritude como sua oposição radial, a branquidade tem funcionado como a base da racialização que cria uma hierarquia de cor, a qual atribui diferentes formas de privilégio social de acordo com a posição dos indivíduos na escala de cores. Aqueles classificados como brancos tem acesso a uma série de privilégios sociais que se mantêm na maior parte das vezes inacessível aos indivíduos situados próximos ao lado oposto desse espectro de cores.

Dessas duas concepções, identificam-se vários termos comuns na discussão sobre “raça” e racismo, como a questão da vantagem ou desvantagem, em sociedades racialmente estruturadas, bem como sua plasticidade, a depender do local e época, além de deter um significado apenas socialmente construído. Não é por menos essa proximidade, considerando que todos esses aspectos são o resultado da época das colonizações e do projeto racial a que estavam vinculadas. Da mesma forma, a autora (FRANKENBERG, 2004, p. 317) destaca que “podemos aprender muito sobre a branquidade indagando como as pessoas brancas retratam as pessoas de cor”, no mesmo sentido, aliás, do que diz Ribeiro (2014, p. 42), que “para entender a realidade nacional, é

necessário o aprofundamento dos conhecimentos sobre os processos de colonização e escravização”.

Nesse sentido, há uma tendência em se estudar o legado da escravidão apenas como uma desigualdade desfavorável ao negro, sem se levar em conta que, sendo o regime escravista era uma relação que envolvia dois seguimentos da sociedade, negros e brancos, mas, quanto aos últimos pouco se dá conta das vantagens auferidas desse regime. Bento (2002, p. 27) aponta como a herança branca da escravidão é silenciada: “Na verdade, o legado da escravidão para o branco é um assunto que o país não quer discutir, pois os brancos saíram da escravidão com uma herança simbólica e concreta extremamente positiva, fruto da apropriação do trabalho de quatro séculos de outro grupo”.

Essa vantagem auferida pela branquidade, além disso, impacta diretamente nas práticas antirracistas, à medida que ao reputar a “questão negra” como um interesse exclusivo da população negra, além de silenciar a respeito do papel dos brancos na manutenção das desigualdades raciais, ainda vê com desconfiança políticas reparatórias, como as ações afirmativas (*idem*).

Mas qual a vantagem de se estudar este tema, uma vez que seus termos se encontram, certa forma, implícitos nos estudos sobre “raça” e racismo? Uma proposta por Sovik (2004), p. 384) parece conter uma adequada justificativa:

O interesse em analisar a branquidade não é de traçar o perfil de um grupo populacional até então ignorado, mas de entender como, há tanto tempo, não se prestou atenção aos valores que o definem. O estudo da branquidade pode esclarecer as formas mais cordiais, menos explícitas do racismo brasileiro, as maneiras de suavizar os contornos de categorias raciais enquanto se mantém as portas fechadas para afrodescendentes.

Busca-se, assim, em última análise, um “antirracismo mais amplo” e “capaz de abarcar um novo senso comum multirracial que seja mais equânime” (Frankenberg, 2004, p. 322). Esse o desafio ao se debruçar, uma vez mais, sobre o tema das ações afirmativas, como se pretende no presente estudo.

1.4 E as ações afirmativas?

Embora as ações afirmativas configurem uma espécie de discriminação ao estabelecer um tratamento preferencial a um determinado grupo, não se encontram no âmbito da

ilicitude, vez que visam a cumprir uma função de justiça distributiva (BELLINTANI, 2006, p. 63) ou redistributiva (GOMES, 2003, p. 27; LEAL, 2009, p. 128); concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana (SOUZA CRUZ, 2005, p. 140); o direito fundamental de igualdade (ROCHA, 1996; SILVA JÚNIOR, 2000), além de não apresentar nenhum óbice moral no sentido de não ser degradante ou injusta (HELLMAN, 2008) e respeitar “o direito de todos os membros da comunidade de serem tratados como iguais” (DWORKIN, 2007a, p. 368-369).

Sobressai, ainda, sua função antidiscriminatória (RIOS, 2008), com a consequente ampliação dos direitos a prestações, numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (CANOTILHO, 2003, p. 410).

A doutrina estrangeira (FISCUS, 1992; DWORKIN, 1985, ROSENFELD, 1991) ao abordar o tema das ações afirmativas (*affirmative action*), mesmo que com diferentes fundamentos, tende a as posicionar num contexto de igualdade (*equal treatment ou treatment as equal*) e, por conseguinte, como um direito individual, ainda que levando em conta seu aspecto coletivo, de grupo minoritário (FISS, 1976; SUNSTEIN, 1994).

Além disso, visam as ações afirmativas a promover a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo (GOMES, 2003, p. 30; DWORKIN, 2007a, p. 371; DUARTE, 2011), proporcionando, assim, um aprendizado amplo pela simples interação entre grupos com características físicas, sociais e culturais diferentes (BOWEN; BOK, 1998; DWORKIN, 2002, p. 386), ao mesmo tempo em que promovem “a maior diversidade social de grupos sub-representados em certos sociais” (JACCOUD, 2009, p. 137).

Para ficar apenas com uma definição, tome-se a de GOMES (2003, p. 37):

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

Os elementos que merecem destaque nessa definição são (i) tratar-se de um conjunto de políticas públicas; (ii) visar ao combate à discriminação; (iii) para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação passada e (iv) concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais.

1.4.1 Ações Afirmativas como política pública

Ora, por se tratar de um conjunto de políticas públicas, as ações afirmativas não devem ser tratadas como medidas isoladas ou restrita a um plano de determinado governo. A “realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1997, p. 91) exige mais das políticas públicas. Por isso, faz sentido a ponderação de Theodoro (2014, p. 211) de que somente no início do século XXI, com o enfrentamento da desigualdade racial sendo, de fato, concebida como imprescindível para consolidação da democracia plena é que as ações afirmativas de cunho racial ganharam o *status* de política pública.

Antes disso, na gestão do Presidente José Sarney²⁸ (1985 a 1990), a criação da Fundação Cultural Palmares (1988), em que destacou a “supervalorização do caráter marcadamente cultural da realidade negra brasileira” (RIBEIRO, 2014, p. 293), não obstante sua importância (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 18), não pode ser tomada como uma efetiva política pública, embora já possa figurar como uma das primeiras tentativas (TELLES, 2003, p. 70). Da mesma forma, as medidas propostas durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2002), como o Plano Nacional de Direitos Humanos e a criação do Grupo Temático de Trabalho sobre Discriminação Racial, que foram “mais simbólicas do que efetivas” (OSÓRIO, 2006, p. 19), além de terem “acab[ado] juntamente [com] o governo que as criou” (*ibidem*, p. 44).

Já no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003 a 2010), Ribeiro (2014, p. 293) destaca que “houve um salto para a ampliação das políticas de igualdade racial”. Desse período são exemplos a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), a criação do Conselho Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (CNPPIR) e a realização das Conferências Nacionais de Promoção da Igualdade Racial (CONAPIR).

Por fim, no governo da Presidenta Dilma Rousseff (2011 até a atualidade), houve uma sensível consolidação das ações afirmativas, principalmente em razão de dois eventos: o julgamento pelo STF da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas (ADPF

²⁸ Telles (2005, p. 71) destaca que “Em 1985, logo após se encontrar com líderes afro-brasileiros, apesar de seu hesitante apoio à democracia racial, o Presidente José Sarney propôs, mas nunca implementou, o Conselho Negro de Ação Compensatória”. Caso houvesse sido implementado, talvez fosse possível falar em uma política pública de combate à desigualdade racial ainda no século XX, no Brasil”.

nº 186) e do Programa Universidade para Todos – ProUni²⁹ (ADI 3330) e a aprovação da lei de cotas nas instituições federais de ensino (Lei Federal nº 12.711, de 2012) (FERES JÚNIOR; DAFLON; CAMPOS, 2012).

Este aparato institucional e legal, ao qual se acresce o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal nº 12.288, de 2010), tem possibilitado uma importante inflexão no trato da questão racial, como destaca Theodoro (2014, p. 206):

Da instituição e disseminação de cotas para acesso às universidades públicas à adoção de uma legislação nacional na forma abrangente de um Estatuto da Igualdade Racial, passando pela criação de organismos estatais específicos para operar as políticas públicas para a promoção da Igualdade Racial, um conjunto de inovações políticas e institucionais foi levado a cabo nos últimos dez anos e marcou uma nova etapa no enfrentamento do tema racial no país.

Vale ressaltar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, os cidadãos e beneficiários das políticas devem ser considerada como agente dinâmico na própria produção das políticas públicas, assim, tanto a iniciativa do Presidente José Sarney, quanto a do Presidente Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, foram respostas, respectivamente, aos líderes afro-brasileiros, em 1985 (TELLES, 2003, p. 71), aos milhares de presentes na Marcha de Zumbi, em 1995 (OSÓRIO, 2006, p. 19) e aos “anseios do movimento social”, que conseguiu inserir na campanha eleitoral o Programa Brasil sem Racismo, em 2002 (RIBEIRO, 2014, p. 168). Em suma, como ressaltam Jaccoud e Beghin (2002, p. 12), “os avanços obtidos até o momento em benefício da população afrodescendente são resultado de conquistas do Movimento Negro”. Já Telles (2003, p. 322) aponta que o Movimento Negro conseguiu desacreditar a ideologia da democracia racial; mudou o pensamento sobre quem é branco e engajou o governo brasileiro na discussão de políticas públicas sobre o racismo”. Conforme Munanga (2005, p. 53), ainda, o Movimento Negro, “mesmo sem utilizar as palavras cotas e ação afirmativa, sempre reivindicou políticas específicas que pudessem reduzir as desigualdades e colocar o negro em pé de igualdade com o branco”.

Outro aspecto relevante na consideração das ações afirmativas como uma política pública é a sua interconexão com o conceito de equidade, em razão das limitações da noção

²⁹ O PROUNI foi criado pela Medida Provisória nº 213, de 10.09.2004, convertida na Lei nº 11.096, de 13.01.2005, além da isenção das mensalidades em instituições privadas de ensino, também há um sistema de oferta de bolsas, beneficiando estudantes egressos do ensino médio nas escolas públicas ou bolsistas da rede particular, que comprovem renda familiar per capita inferior a três salários mínimos, com reservas de cotas para deficientes físicos, pretos, pardos e indígenas (FERES JÚNIOR, DAFLON, 2012, p. 34-35).

clássica de igualdade. Conforme Farranha (2014, p. 180-181),

Enquanto a igualdade refere-se à ausência de privilégios e remonta elementos presentes na afirmação dos princípios iluministas, a equidade liga-se às condições para o exercício do direito, ou seja, parte-se da perspectiva de que a sociedade moderna, apesar dos avanços em direção à quebra de privilégios, é desigual.

Assim, de acordo com a autora, a equidade transcende a fórmula “todos são iguais perante a lei”, estabelecendo mecanismos que alterem a situação de desigualdade (*idem*). A vinculação da concepção de equidade com as ações afirmativas é então destacada, à medida que tal concepção “redesenha o espaço de atuação do Estado” (*ibidem*, p. 182), por trazer para o debate político a visibilidade e o reconhecimento, não somente atingindo a todos, mas, também, considerando que “todos são muitos, diferentes e múltiplos” (*idem*). Essa percepção de redefinição da estrutura do Estado, com vista ao atendimento de um conceito de justiça como equidade, também pode ser percebida no pensamento de John Rawls³⁰ (2002, p. 109),

A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base de referência para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas ou privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não é necessário que os homens se resignem a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável acima do controle humano, mas um padrão de ação humana.

As ações afirmativas como política pública, portanto, ao se relacionar diretamente com o critério de equidade, possibilita redimensionar a atuação do Estado para que este não reproduza, simplesmente, o padrão de distribuição de poder e confinamento de determinados grupos em situações subalternas, possibilitando uma nova estrutura de funcionamento, como é o caso objeto desse estudo de cotas raciais nos concursos públicos, cumprindo o papel identificado por Theodoro (2008a, p. 167): “[...] políticas públicas, mediante as quais o Estado se faz presente, consolidando direitos, desfazendo iniquidades, fortalecendo a coesão social e mesmo obstruindo ciclos viciosos de reprodução de desigualdades”.

Para cumprir tão elevado objetivo, num contexto complexo de desigualdade racial,

³⁰ Vale a ressalva, feita por Robert S. Taylor (2009) de que Rawls jamais tocou no tema das ações afirmativas, bem como seus principais intérpretes também dedicaram muito pouca atenção ao tema. No entanto, Taylor se propõe a identificar, diretamente da obra “Uma Teoria da Justiça”, elementos que auxiliem na defesa e no desenho dessa política.

uma política pública não pode ficar restrita a “ações que possam ser implementadas por um núcleo específico da ação pública”, sendo necessário uma estratégia múltipla e integrada (JACCOUD, 2008, p. 161), que leve em conta a necessidade de uma modelagem complexa da política (FURTADO, SAKOWSKI, TÓVOLI, 2015), conjugando-se os diferentes impactos das específicas cotas raciais na educação superior³¹, as cotas nas instituições federais de ensino (Lei 12.711), os efeitos do ProUni e do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES³² nas instituições privadas (FERES JÚNIOR, DAFLON, CAMPOS, 2012).

Nesse sentido é que se faz necessária, da mesma sorte, uma complexa estrutura de avaliação da política, como abordado por Farranha (2014, p. 185)

Avaliar aspectos da equidade em políticas públicas possibilita não somente reconhecer os resultados de uma determinada intervenção, mas pode levar a um conjunto de questões que buscam compreender que tipo de alterações foram alcançadas e até que ponto elas se sustentam.

A autora propõe abordar a avaliação de políticas públicas como um processo formativo, em que se busca não apenas medir os resultados alcançados, bem como compreender como e por quais motivos se chegou àquele resultado (*idem*). Para se chegar a tais respostas, uma específica metodologia deve ser desenvolvida, levando-se em conta questões de investigação da política a ser avaliada³³ (*ibidem*, p. 188), os instrumentos necessários para tal levantamento³⁴ (*ibidem*, p. 189), a identificação das dimensões a serem avaliadas³⁵ (*ibidem*, p. 191), bem como os indicadores a serem desenvolvidos em cada uma dessas dimensões³⁶ (*ibidem*, p. 194).

Especialmente em relação às ações afirmativas sensíveis à “raça”, quando efetivadas

³¹ Como as cotas exclusivamente raciais para pretos e pardos. Para uma visão dos diferentes tipos de programas de ações afirmativas e dos beneficiários, ver *Mapa Interativo das Ações Afirmativas no Brasil*. Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/dados/mapa-das-acoes-afirmativas.html>>. Acesso em 3.03.2016.

³² O FIES financia o estudante em escolas privadas por meio de empréstimo a ser pago depois da graduação dos beneficiários (GUIMARÃES, 2007, p. 13).

³³ A autora lista as seguintes questões, ao lidar com equidade no trabalho: Quais os aspectos que vêm norteando o processo de construção do programa? Como o programa se estruturou? Qual o desenho institucional? Quais os parceiros? Que elementos estão contidos no plano de ação? Qual o contexto de desigualdade no qual o programa se desenhou? Como identificar e medir elementos relacionados aos impactos produzidos pelo programa? Quais as sinergias existentes entre um determinado programa de promoção de equidade e o conjunto de programas de um Ministério, Secretaria, departamentos no âmbito das organizações, etc.? E qual a sustentabilidade dos programas de promoção de equidade?

³⁴ Como questionários, entrevistas, grupo focal, etc.

³⁵ Tais como relevância, eficácia, resultado, efetividade e sustentabilidade, entre possíveis outros.

³⁶ Por exemplo, numa dimensão de relevância, seria possível propor os seguintes indicadores: nº de ações implementadas pelos programas; nº de beneficiários; sistematização das informações acerca do perfil dos beneficiários e impressões sobre a relevância do programa para os beneficiários, entre outros.

na forma de reserva de vagas (cotas), a avaliação da política mostra-se essencial. A uma, por que a complexidade do enfrentamento da desigualdade racial assim o exige (JACCOUD, 2008; THEODORO, 2008a) em razão de lidar com fenômenos como racismo institucional, discriminação racial, branquidade e “cultura”. A duas, por que a transitoriedade de uma ação afirmativa é lhe um traço configurador: uma vez atingido o objetivo visado ela torna-se desnecessária. A três, para manutenção de um diálogo com os múltiplos públicos envolvidos, “em um processo que privilegie os aprendizados institucionais” (FARRANHA, 2014, p. 187), sem o que, perderia a sua dimensão redistributiva³⁷ (*ibidem*, p. 183).

Como adiante se verá, o aspecto de avaliação das cotas raciais nos concursos públicos é um problema ainda não solucionado.

1.4.2 Ações Afirmativas e o combate à discriminação

As ações afirmativas, como dito, têm ainda por objetivo combater a discriminação racial. E, como destacam Jaccoud e Beghin (2002, p. 37), na desigualdade racial identificam-se diferentes fenômenos, quais sejam, o racismo, o preconceito e a discriminação racial.

Para além das considerações já tecidas sobre o sentido do termo racismo, no capítulo I, pode-se acrescer, como específico, sob o aspecto jurídico, a Declaração sobre Raças e Preconceitos Raciais, proclamada em 27 de novembro de 1978 pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas pela Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, que dispõe, no art. 2.º, item 2:

O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas em preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a ideia falaz de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentares, e de práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos antissociais; obstaculiza o desenvolvimento de suas vítimas, perverte aqueles que o praticam, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.

³⁷ Não sendo o escopo do presente estudo a discussão sobre redistribuição ou reconhecimento, remete-se a pessoa interessada às discussões entre Nancy Fraser e Axel Honneth. A propósito: HONNETH, A. 2003. Capítulo V. in: *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Ed. 34. FRASER, N. 1995. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘postsocialist’ age. *New Left Review* I/212. HONNETH, A. 2001. Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society. *Theory, Culture & Society*, Vol. 18 (2-3).

Já o conceito de preconceito liga-se a:

[...] percepções endógenas de um indivíduo, constituídas a partir de seu processo educacional e vivencial relativamente a pessoas ou grupos de pessoas que se diferenciam por possuírem características fenotípicas distintas, ou por serem originárias de outro país, ou nação, por serem de outra etnia, por possuírem algum tipo de deficiência física ou mental, ou por serem de outro sexo. (VIEIRA JÚNIOR, 2006, p. 27).

Ainda com Santos (2001, p. 83), “o preconceito racial ocorre quando uma pessoa ou mesmo um grupo sofre uma atitude negativa por parte de alguém que tem como padrão de referência o próprio grupo racial”.

Por fim, a discriminação racial, de acordo com a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, seria:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condições) de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

É importante a diferenciação destes vários fenômenos³⁸, em razão da forma de seu possível enfrentamento, sendo que o foco recai, invariavelmente na discriminação, como explica Santos (2001, pp. 82-83):

Tanto o preconceito racial quanto o racismo não se confundem com a discriminação porque esta só acontece à medida que um e/ou outro se manifestam. O preconceito e o racismo são atitudes. São modos de ver certas pessoas ou grupos raciais. Quando ocorre uma ação, uma manifestação, um comportamento de forma a prejudicar, é que se diz que houve discriminação. Enfim, quando o racista ou preconceituoso externaliza a sua atitude, agora transformada em manifestação, ocorre a discriminação.

Ainda, qualificando a discriminação, a doutrina faz a distinção entre discriminação direta ou individual (BERTÚLIO, 1989) e indireta (CARLOS, 2004; JACCOUD; BEGHIN, 2002; SILVA JÚNIOR, 2001; SILVA JÚNIOR, 2002; RIOS, 2008; GOMES, 2001; VARELLA, 2009), bem como discriminação institucional (BENTO, 2000; BERTÚLIO, 1989; RIOS, 2008; JACCOUD; BEGHIN, 2002).

³⁸ Embora não trabalhado mais a fundo, é necessário considerar ainda, a presença do estereótipo, isto é, “construções indesejáveis porque rígidas, resistentes à educação e [...] uma forma de raciocínio que representa um ‘desvio de

Conforme Jaccoud e Beghin (2002, p. 39): “A discriminação racial direta seria aquela derivada de atos concretos de discriminação, em que o discriminado é excluído expressamente em razão de sua cor”. Já a discriminação indireta, “a forma mais perversa de discriminação” (*ibidem*, p. 40), no dizer de Varella (2009, p. 21):

Tal tipo de discriminação não é oriunda de manifestações expressas de ódio ou segregação raciais [discriminação direta], mas de práticas administrativas, empresariais, de leis, normas ou de políticas públicas, aparentemente neutras, porém dotadas de potencial discriminatório, pois geram efeitos desproporcionais e injustos em prejuízo de grupos identificáveis por características adscritas, como o grupo de negros. (esclarecimentos acrescidos).

Por fim, o racismo institucional, como espécie de discriminação indireta (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 40), conforme BENTO (2000, p. 21): “[...] é aquela que ocorre independentemente do fato de a pessoa ter ou não preconceito aberto ou uma intenção de discriminar”. Como consequência, por não ser a intenção o foco, “o que interessa são os efeitos de sua ação”, mensurável pelas “taxas de negros [...] nos diferentes postos de trabalho da empresa” (*idem*).

Estabelecidas estas premissas iniciais, passa-se a demonstrar como cada espécie de discriminação racial (direta e indireta), bem como os fenômenos a elas ligados (preconceito e racismo), demanda um enfrentamento específico. Afinal, como alerta Silva Jr. (2001, p. 68):

Por óbvio, tratar como sinônimos os termos preconceito e discriminação pode implicar não apenas numa perigosa e totalitária devassa na esfera da liberdade individual, como também - o que é mais frequente e perverso - na omissão estatal pura e simples face à discriminação, motivada, entre outras razões, pela indefinição dos limites, do papel e dos instrumentos estatais destinados ao enfrentamento da discriminação e à promoção da igualdade.

É com base nessa percepção que merece destaque a clássica distinção feita por Norberto Bobbio (1995a) entre controle repressivo, persuasivo e premonitivo, conforme sintetizado por Ferraz Jr. (1995, p. 15):

[...] o Direito como instrumento de controle social em termos de controle coativo, nos moldes tradicionais, observa, contudo, o aparecimento do controle persuasivo e premonitivo. Se no primeiro (coativo) a ênfase está na repressão e na prevenção de condutas, no segundo (persuasivo) a ênfase está no condicionamento da ação desejada e no terceiro (premonitivo) até mesmo no processo de evitar que conflitos possam sequer ocorrer.

inteligência’, tendo como veículos mais comuns a linguagem, as imagens, a publicidade, a propaganda, os livros didáticos, personagens de telenovelas, etc.” (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 23).

Nesse sentido, o controle repressivo de discriminação racial, no Brasil, remonta à Lei Afonso Arinos em que a tutela na esfera penal recai para as práticas de discriminação racial direta, vindo tal normativo a ser substituído pela Lei Caó (Lei Federal nº 7.716, de 1989).

Bertúlio (1989, p. CLXXVII), no entanto, ressalta que no período de 1940 a 1988, em pesquisa ao banco de dados do Congresso Nacional, identificou trinta e quatro projetos de cuja ementa se referia a discriminação racial, racismo, preconceito de cor ou de “raça”. Dessas, apenas oito se transformaram em norma, sendo que destas oito, as únicas leis foram: Lei nº 1.351, de 1951 (Lei Afonso Arinos); a Lei nº 7.437, 1985 (inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de “raça”, de cor, de sexo ou de estado civil) e a Lei nº 7.716, de 1989 (define os crimes resultantes de preconceito de “raça” ou de cor). Ou seja, apenas foram aprovadas leis criminais, nenhuma política pública de apoio ou promoção à população negra. E, assim, dava-se por “ ‘missão cumprida’ já que a história das políticas governamentais brasileiras não registra casos de ação específica do estado frente à situação de discriminação e marginalidade dos negros brasileiros” (*idem*).

A problemática do excessivo foco na legislação repressiva é identificada por Silva Júnior (2001, p. 61 - 80) nas próprias limitações dessa técnica, uma vez que a efetiva consideração da discriminação como infração legal, passadas tantas décadas da primeira lei sancionadora, sua “ocorrência e a impunidade que a reveste permanecem intactas”, principalmente porque “a técnica de força tende a atacar apenas o resultado (a discriminação) sem tocar nas causas (o preconceito, o estereótipo, a intolerância, o racismo)”.

Daí a importância das ações afirmativas como ações compensatórias (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 43-44), em que são levadas a efeito “políticas públicas [...] que têm como objetivo afirmar os princípios da igualdade e da cidadania, reconhecer e valorizar a pluralidade étnica que marca a sociedade brasileira e valorizar a comunidade afro-brasileira”.

Conforme Guimarães (2009, p. 201-204), um dos efeitos diretos de combate à desigualdade resultante das ações afirmativas é a desracialização de elites meritocráticas. O princípio do mérito, por muitos brandido como um valor absoluto, cuja observância, por si seria suficiente para conduzir à igualdade, no Brasil, assim como os chamados “dotes intelectuais” são “empanado por desigualdades raciais e de classe”. Afinal, como questiona Duarte (2012, p. 84):

“Como falar em mérito se havia vantagens na trajetória³⁹ de alguns indivíduos que eram decorrentes das distinções perpetuadas à custa da desigualdade de riqueza ou de outras condições sociais? ”. O resultado disso é a formação de elites exclusivamente pertencentes a uma classe dominante esmagadoramente branca.

Muito embora as ações afirmativas, nesse aspecto, venham beneficiar apenas os poucos indivíduos das classes minoritárias, dotados de formação suficiente para alcançar postos de poder chave, no curto e médio prazo, seus efeitos são de “formação de classes médias ou burguesias negras”⁴⁰ (GUIMARÃES, 2009, p. 204). Isso, por si, já seria um poderoso combate à discriminação, à medida que, no Brasil, a ausência de pessoas negras nos estratos mais ricos da sociedade (HENRIQUES, 2001; SOARES, 2008), marca a profunda desigualdade racial em que se vive, embora não seja esse o aspecto defendido nesse estudo, em razão de seus limites.

Therborn (2010, p. 147), pensando numa lógica mundial, mas cujas reflexões cabem com perfeição ao caso da sociedade brasileira, aponta:

A desigualdade pode ser produzida de quatro formas básicas. Primeiro, há o *distanciamento* - algumas pessoas estão correndo à frente e/ou outros estão ficando para trás. Segundo, há o mecanismo de *exclusão* - através do qual uma barreira é erguida tornando impossível, ou pelo menos mais difícil, para certas categorias de pessoas alcançarem uma vida boa. Terceiro, as instituições da *hierarquia* significam que as sociedades e as organizações são constituídas como escadas, com algumas pessoas empoleiradas em cima e outras embaixo. Por fim, há a *exploração*, por meio da qual as riquezas dos ricos derivam do trabalho árduo e da subjugação dos pobres e desfavorecidos. (itálicos originais)

As ações afirmativas, assim, combatem exatamente estas quatro formas de desigualdade. Por meio da inclusão de representantes da população negra em espaços até então exclusivamente brancos, como é o caso da educação e do mercado de trabalho mais bem remunerado, abrandam-se o distanciamento existente entre brancos e negros, possibilitando a

³⁹ Para uma discussão sobre mérito de partida e mérito de trajetória, ver CARVALHO, J. J. 2006. Inclusão étnica e racial no Brasil : a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar e SANTOS, S.A. 2003. Ação afirmativa e mérito individual. In. SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (orgs.). 2003. *Ações afirmativas* : políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A.

⁴⁰ Pode-se, no entanto, relativizar os efeitos desse benefício restrito aos poucos que ascendem, lembrando as controvérsias no âmbito da Teoria Crítica da Raça sobre as correntes idealistas e realistas ou deterministas econômicas (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. 17). Enquanto a primeira defende que racismo e discriminação é uma questão de pensamento, categorização mental e discurso, a segunda relaciona racismo à alocação de privilégios e *status*. Aplicando essas duas correntes – não antagônicas, mas complementares – percebe-se as limitações de que pensar apenas em representações de alguns negros nos estratos mais ricos. Conquanto a geração de modelos positivos não possa ser descartada, a manutenção de um número muito superior nas classes sociais menos

ambos a mesma formação intelectual e profissional de qualidade.

No caso, da exclusão a uma “vida boa” a que se refere Therborn (2010), a desigualdade racial priva a população negra, não só dos recursos financeiros para tanto, dada a baixa remuneração e miséria a que estão mais sujeitos os não-brancos (SOARES, 2008), mas também de recursos como educação (BRASIL, 2010b) e mesmo saúde (SANTOS, 2011). A atuação das ações afirmativas, portanto, promovem o combate à exclusão com o aumento da representação da população negra em diferentes setores da vida econômica, política, institucional, cultural e social (JACCOUD; BEGHIN, 2002).

Quanto ao combate à hierarquia, a discriminação racial é uma das mais sensíveis formas do fenômeno do “teto de vidro” (*glass ceiling*) (PIZA, 2000, p. 99) em que são estabelecidas barreiras invisíveis para que membros de minorias ascendam aos cargos mais elevados das empresas, no mercado de trabalho, permanecendo em funções subalternas, o que pode ser visto também como a exploração, a que Therborn (2010) faz referência. Nesse sentido, as ações afirmativas atuam com a quebra desse parâmetro, uma vez mais, pela simples inclusão de representantes negros e negras nesses meios excludentes.

Em suma, diversas formas de desigualdade, fundadas na discriminação racial são atacadas pelas ações afirmativas, principalmente na espécie de promoção, como as cotas raciais. Para além da formação de uma elite desracializada, como proposto por Guimarães (2009, p. 203), Feres Júnior e Daflon (2015) demonstram que o caráter social que informa as políticas de ação afirmativa adotadas no Brasil, principalmente a Lei Federal nº 12.711, de 2012, possuem mecanismos de impedir que apenas os já favorecidos economicamente, pertencentes à população negra, sejam beneficiados, a partir da inclusão de critério socioeconômico como requisito para seu acesso. O argumento, em si, no entanto, é muito controvertido, à medida que, mais uma vez reconecta as discussões sobre desigualdade racial e desigualdade social⁴¹.

Outro ponto, talvez menos considerado na discussão brasileira, mas profundamente

favorecidas pode mitigar a pequena inclusão obtida. Essa questão será retornada ao se discutir a questão dos cargos em comissão.

⁴¹ Conforme SOVIK (2004, p. 369): “O fato de que classe e raça nascem como gêmeos na escravidão, é destacada. As barreiras de classe – muitas vezes entendidas, até hoje, como mais tratáveis e sujeitas à resolução ‘científica’ ou política – são colocadas em perspectiva de sua histórica vinculação às barreiras erguidas pelo racismo”.

caro no debate internacional (BOWEN; BOK, 1998)⁴² e que não pode ser menosprezado é o aspecto subjetivo das ações afirmativas, isto é, o quanto o aspecto da discriminação e o do preconceito, ínsito à desigualdade racial, é também combatido por meio das ações afirmativas.

Ronald Dworkin (2002), ao se perguntar: “ações afirmativas funcionam?”, baseia-se justamente no estudo de longa duração levados a efeito por William G. Bowen, que foi presidente da Universidade de Princeton, e Derek Bok, ex-presidente da Universidade de Harvard, que com base em estudos de mais de 80.000 (oitenta mil) estudantes, oriundos de 26 instituições de ensino, durante os anos de 1951, 1976 e 1989, demonstraram, amplamente, os efeitos positivos das ações afirmativas “em carreiras importantes, para os próprios estudantes e formados, para seus colegas e universidades, bem como para as relações raciais no país inteiro”⁴³ (*ibidem*, p. 388).

Diferentemente do sempre propalado aumento da tensão racial, as ações afirmativas, à medida que colocam lado a lado brancos e negros, produz um impacto que transcende os benefícios individuais de seus destinatários diretos. Bowen e Bok (1998) demonstram com vastos dados estatísticos o quanto a inclusão de representantes de minorias melhora o processo educacional de todos. Os efeitos, portanto, vão desde o aumento da participação em atividades de voluntariado, de ambos os grupos – mas, especialmente, de homens negros – tais como as tradicionalmente ligadas às funções estudantis (levantamento de fundos, recrutamento, etc.), bem como atividades artísticas, culturais e programas de preservação do meio-ambiente (*ibidem*, p. 155 a 192). Lideranças negras surgem praticamente em todas as áreas (*ibidem*, p. 168) e, com isso, servem de exemplo para aqueles e aquelas que, se ainda não ascenderam a esse ponto, certamente passam a vislumbrar a possibilidade de ocupação daquele posto.

Para os brancos e brancas há também um aspecto positivo na presença de negros e negras em locais e posições que tradicionalmente lhes foram historicamente negados por romper com estereótipos naturalizados de desigualdade e, principalmente, por minar o que Guimarães (2009, p. 204) chama de “suspeição da vítima”⁴⁴, em que “discriminam-se e agridem-se pessoas

⁴² Apesar da valiosa contribuição de Bowen e Bok para dissimular o sucesso das ações afirmativas, seu raciocínio ainda é metodologicamente complicado ao estabelecer uma relação causal entre o sucesso das pessoas negras e a necessidade das ações afirmativas. Ver, nesse sentido, ZUBERI (2001, p. 132).

⁴³ No original: “*They have done so in an attempt to chart the consequences affirmative action has actually had, over its now substantial carrier, for individual students and graduates, for their colleges and universities, and for race relations in the country as a whole*”

⁴⁴ Para uma profunda discussão da suspeição da vítima, na criminologia, ver RAMOS, S; MUSUMECI, L. (org.)

de quem se esperam condutas criminosas ou comportamentos sociais ou culturais desviantes”.

Do ponto de vista do mercado de trabalho, a superação da suspeição da vítima está ligada à capacidade de trabalhar (*working with*) ou se relacionar (*getting along with*) com pessoas de diferentes grupos raciais/etnias e culturas. Isto por que:

À medida que a população do país se torna mais racialmente diversa, e os brancos [...] veem seu *status* de maioria dominante ruir, a necessidade de trabalhar de maneira eficaz com indivíduos de outras raças irá se tornar uma realidade crescentemente inescapável para *todo* grupo racial. (BOWEN; BOK, 1998, p. 223)⁴⁵ (itálico original)

E a presença de pessoas negras nesses espaços, promovido pelas ações afirmativas, desafiam velhos estereótipos suspeitos, e, assim, contribuem de forma importante para a superação da desigualdade. No entanto, como se verá mais adiante, é fundamental que a representação não se dê exclusivamente em postos subalternos, pois, ao invés de superar os estereótipos, tal estratificação pode reforça-los.

1.4.3 Ações Afirmativas e efeitos presentes da discriminação passada

Embora haja controvérsia sobre os efeitos compensatórios das ações afirmativas quando remetem à discriminação passada (SOUZA CRUZ, 2005, p. 137-140), esta política pública passa a ser constitucionalmente adequada, quando há efeitos presentes adversos que remetem a privações passadas (ROSENFELD, 1991, p. 332). E, no caso do Brasil, não há como falar de privações presentes da população negra sem falar em escravidão. Como bem alerta Hélio Santos (2001, p. 86), por mais breve que seja a abordagem que se faça sobre a escravidão “ela nos auxiliará a entender como chegamos até aqui”.

350 anos de escravidão no Brasil, um país com quase 500 anos⁴⁶ de história econômica, é ainda hoje a causa do desemprego e subemprego da população negra, pois

Levando-se ainda em conta o fato de que a escravidão durara três séculos e meio, pode-

2005. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

⁴⁵ No original: “As the population of the country becomes ever more racially diverse, and as white Americans see their dominant majority status erode, the need to work effectively with individuals of other races will become an increasingly inescapable reality to members of every racial group”.

⁴⁶ Santos (2002) nos sugere a contagem a partir do início da colonização, por volta dos anos 30, do século XVI, e, não, da “invasão”, em 1500.

se calcular que para cada 4 anos de trabalho, apenas 1 ocorreu sob o signo do trabalho livre. Isto é: tem-se 75% de tempo de escravismo e só 25% de tempo de trabalho livre! Todos têm de convir: é muito tempo de trabalho escravo. Esse fato [...] marcou profundamente a forma pela qual as relações humanas se dão no Brasil. (*ibidem*, p. 87)

Entraram no Brasil talvez mais de 5 milhões⁴⁷ de escravos (BANCO, 2015), sendo “pés e mãos dos senhores”⁴⁸, uma vez que se ocupavam das atividades extrativas, da mineração, dos serviços domésticos nas cidades e casas grandes em geral, sendo empregados como escravos de ganho ou como soldados, escravos do Estado, dos conventos e igrejas ou como reprodutores (MOURA, 1988a, p. 20-21). Tratados juridicamente como coisa, “sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, privado de todos os direitos, e não tem representação alguma” (MALHEIROS, 1976, p. 35), submetido aos maiores rigores do trabalho extenuante, trabalhando de 14 a 18 horas por dia, “morrerão todos em sete anos em média” (CHIAVENATO, 2012, p. 107). Conforme sintetiza Santos (2002, p. 84): “O combustível que foi queimado para legitimar a escravidão colonial, antes de qualquer outro, foi o racismo”.

E a transição para a liberdade, com a abolição da escravatura, em nada diminui a tragicidade dessa conta, à medida que, a Lei Áurea⁴⁹, em seus lacônicos dois dispositivos, nada dispôs sobre como lidar com a população negra recém liberta. Em consequência, “mais de setecentas mil pessoas (aproximadamente 5% da população da época) foram colocadas à disposição de um mercado de trabalho fictício” (SANTOS, 2002, p. 86). Para se ter a dimensão do impacto desse volume de pessoas desempregadas, Hélio Santos traça um paralelo entre este percentual de desempregados (5%) com a população brasileira apurada pelo IBGE nos anos de 1991, o que corresponderia a cerca de 7 milhões de pessoas sem trabalho e sem qualquer tipo de apoio da noite para o dia. Logo, “parte importante do desemprego estrutural brasileiro nasce daí”.

Nas palavras de Fernandes (2008, p. 29):

A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias

⁴⁷ Esses números sofrem de uma imensa imprecisão. Moura (1988, p. 49), aponta que “Rocha Pombo estima em quinze milhões o montante de negros entrados pelos diversos portos durante a escravidão, número que Tanay acha exageradíssimo. Renato Mendonça cifra-o em quatro milhões oitocentos e trinta mil”.

⁴⁸ A expressão original é de André João Antonil. *Cultura e Opulência do Brasil por sua drogas e minas* V ed. Taunay, S. Paulo - Rio, 1837 [1923], popularizando-se pelo seu uso na obra de Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala*.

⁴⁹ Para uma mais completo abordagem do processo que culmina na abolição, ver ALONSO, A. 2015. *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1968-88)*. São Paulo: Companhia das Letras.

que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. O liberto se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependentes, embora não dispusesse de meios materiais e morais para realizar essa proeza nos quadros de uma economia competitiva.

Ou seja, “a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino” (*idem*, p. 35), o que veio de ser agravado pela agressiva política de imigração, fruto de uma “mentalidade racista e segregacionista” (AZEVEDO, 1987, p. 26). E, assim, ainda hoje, os inúmeros estudos que demonstram a persistência da desigualdade racial (THEODORO, 2008; JACCOUD; BEGHIN, 2002; LEITE; SOUZA, 2010; HENRIQUES, 2001) identificam o papel do racismo⁵⁰ e, em certa medida, os efeitos deletérios da escravidão, na sua perpetuação.

No que tange à distribuição de renda e a composição racial da pobreza, Henriques (2001, p. 12) aponta:

Mas, e a composição racial da pobreza? Será que a composição racial da população pobre respeita os mesmos pesos da população total? Será que nosso contingente de 53 milhões de pobres e 22 milhões de indigentes está “democraticamente” distribuído, preservando na distribuição da pobreza um perfil socioeconômico sem viés racial? Verificamos, no gráfico 2, que a resposta a essas questões é negativa. Os negros em 1999 representam 45% da população brasileira, mas correspondem a 64% da população pobre e 69% da população indigente. Os brancos, por sua vez, são 54% da população total, mas somente 36% dos pobres e 31% dos indigentes. Ocorre que, dos 53 milhões de brasileiros pobres, 19 milhões são brancos, 30,1 milhões pardos e 3,6 milhões, pretos. Entre os 22 milhões de indigentes temos 6,8 milhões brancos, 13,6 milhões pardos e 1,5 milhão, pretos.

Pela análise dos dados da PNAD 1995-2001, ainda, Jaccoud e Beghin (2002, p. 28) puderam verificar um “embranquecimento” da população à medida que a renda aumenta: “Enquanto nos centésimos mais pobres a proporção de negros se situa próximo de 80%, no centésimo mais rico a proporção de afrodescendentes cai para menos de 10%”.

Com relação aos indicadores educacionais, a relação entre anos de escolaridade e renda põe, novamente em defasagem a população negra. Conforme o estudo de Henriques (2001, p. 29-30), um jovem negro de 25 anos de idade possui uma escolaridade média de 6,1 anos de

⁵⁰ Há, ainda e sempre, quem defenda exclusivamente a divisão de classe e não o racismo como a causa das desigualdades. Nesse sentido, por exemplo, por todos ver: RIBEIRO, C. A. C. Classe, raça e mobilidade social no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 833-873, 2006. As conclusões a que se chegam são consequência do uso do que Zuberi e Bonilla-Silva (2008) chamam de lógica “branca” e métodos “brancos”: “um braço epistemológico da supremacia branca” (*ibidem*, loc. 6418)

estudo enquanto que um jovem branco da mesma idade possui cerca de 8,4 anos de estudo, como impacto direto, cerca de 55% de diferencial salarial entre brancos e negros, “sendo uma parte derivada da discriminação gerada no interior do sistema educacional e outra parte da herança da discriminação educacional infligida às gerações dos pais dos estudantes” (*ibidem*, p. 26).

Em 2002, 24% da população brasileira era analfabeta, dos quais, 80% negros (LEAL, 2009, p. 119). Estudos de longo prazo apontam uma diferença de 2 (dois) anos na média de escolaridade de brancos e negros “que persiste e não reduz com o passar do tempo” (BRASIL, 2010b), mesmo com a melhoria da educação pública. Levantamento de uma década (*idem*) demonstra que apenas 1% de jovens negros frequentavam o ensino superior (1997), passando a corresponder a apenas 2,8% desse público (2007). Conforme o Censo da Educação Superior de 2011, os pardos e pretos correspondem a 19,8% dos estudantes.

E tais danos para todas as pessoas escravizadas e seus descendentes foram produzidas não só diretamente pelos senhores de escravos, por todo tipo de violência física, mas também sob os auspícios do Estado. Vieira Júnior (2006, p. 67 e seguintes) lista as várias ações negativas do Estado Brasileiro no período imperial, criando restrições e obstáculos vários à população negra.

A começar pela desumanização imposta às pessoas negras escravizadas, conforme previsto nas Ordenações Filipinas, equiparando-as às coisas, e que vai sendo repetida em diversas normas, inclusive de natureza tributária, ao estabelecer que esse tipo odioso de propriedade seria fato gerador de tributos⁵¹. Mais absurda, ainda, é a situação prevista na Lei Diogo Feijó, de 7.11.1831, e que proibia o tráfico de escravos, ao estabelecer uma “brecha” jurídica para convalidar a escravização realizada após a vedação e, portanto, fruto do tráfico internacional já proibido⁵².

Também a cidadania lhes seria negada, uma vez que nos termos da Constituição de 1824, os africanos, isto é, a pessoa escravizada trazida da África para o Brasil, jamais poderiam adquirir a cidadania brasileira. A regra, no entanto, não se aplicava a outros estrangeiros, como os portugueses e demais imigrantes, o que reforça o caráter discriminatório dessa distinção.

⁵¹ Vieira Jr (2006, p. 70 a 73) aponta especificamente a Lei 59, de 8.10.1833, o Decreto 151, de 11.04.1842, o Decreto 156, de 28.04.1842 e o Decreto 797, de 18.06.1851.

⁵² Eis o dispositivo: “art. 6º, No acto da primeira matricula a ninguém se exigira o título por que possui o escravo; findo porem o tempo dela, nenhum escravo além dos já matriculados, o será de novo sem que o dono apresente o título por que o possui” (VIEIRA JR., 2006, p. 71).

Mesmo o liberto, a princípio reconhecido como cidadão, estava sujeito a grande instabilidade, vez que, até 1871, a alforria podia ser revogada, o que resultava na cassação de sua cidadania (*ibidem*, p. 75).

Havia também para a pessoa escravizada e, em certa medida, seus descendentes, ainda que libertos, restrições quanto ao acesso ao sistema político eleitoral, à manifestação religiosa, ao direito de ir e vir, ao acesso à saúde, à educação, ao mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que se criminalizava a vadiagem, ao acesso às forças armadas e à guarda nacional (*ibidem*, p.75 – 95). Ou seja, todo tipo de restrição possível de ser implementada pelo Estado.

Isto tudo considerado, merece atenção a Declaração e plano de ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas (ORGANIZAÇÃO, 2001, p. 12-13):

13. Reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo, incluindo o tráfico de escravos transatlântico, foram tragédias terríveis na história da humanidade, não apenas por sua barbárie abominável, mas também em termos de sua magnitude, natureza e organização e, especialmente, pela negação da essência das vítimas; ainda reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre a as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e que os Africanos e afrodescendentes, asiáticos e povos de origem asiática, bem como os povos indígenas foram e continuam a ser vítimas destes atos e de suas consequências.

14. Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que os Africanos e afrodescendentes, os povos de origem asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas consequências. Reconhecemos o sofrimento causado pelo colonialismo e afirmamos que, onde e quando quer que tenham ocorrido, devem ser condenados e sua recorrência prevenida. Ainda lamentamos que os efeitos e a persistência dessas estruturas e práticas estejam entre os fatores que contribuem para a continuidade das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo ainda hoje.

Constatados os efeitos presentes das discriminações passadas, como expressamente reconhecido na Conferência de Durban, consta, também, desse documento, a previsão “da adoção de ações afirmativas como estratégia para lograr obter uma igualdade plena e efetiva nas sociedades e de modo a integrar os segmentos populacionais discriminados” (VIEIRA JÚNIOR, 2006, p. 214):

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

xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação.

108. Reconhecemos a necessidade de se adotarem medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, linguísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para o alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, de partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação.

Por fim, como conclui Vieira Júnior (2006, p. 215): “A adoção de ações afirmativas por parte do Estado como forma de reparação dos danos que persistem desde a escravidão e ainda hoje são constatáveis, tem a vantagem adicional de contribuir para a conformação de uma sociedade multicultural e pluriétnica”.

1.4.4 Ações Afirmativas e concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais

Se do ponto de vista do paradigma do Estado Liberal ou Estado de Direito, a igualdade formal de todos perante a lei era algo suficiente para se opor ao antigo regime, feudal, “alicerçado fundamentalmente em privilégios de nascimento e de classe” (SILVA JUNIOR, 2000, p. 123), “a busca de um balanço adequado entre igualdade e diferença pode ser apontado como um dos principais elementos temáticos da temática da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito” (MOREIRA, 2010, p. 46).

Não que a igualdade formal tenha perdido sua relevância. Bem ao contrário, em certos casos, a aplicação concreta da igualdade formal já seria um avanço numa sociedade marcada pela “pessoalidade, hierarquia e compromissos de clientela” (GUIMARÃES, 2009, p. 198), muito embora seus pressupostos sejam utilizados mais como um argumento contrário à adoção de ações afirmativas, do que como uma mudança de paradigma de uma sociedade extremamente desigual.

As prescrições igualitárias sempre estiveram presentes nas constituições brasileiras⁵³. No entanto, sempre prevaleceu uma concepção formalista dessa igualdade, típica de um paradigma do Estado Liberal. À vista do texto da Constituição de 1988, novo conteúdo semântico foi dado ao princípio da igualdade, reaproximando-o de seu antônimo, a desigualdade, sendo que o termo discriminação passa a ocorrer ora visando a evitar a desigualação, ora com o objetivo de promover a igualdade (SILVA JÚNIOR, 2000, p. 130).

É nesse sentido que Faria (1973 *apud* SILVA JÚNIOR, 2009, p. 111) trabalha com dois conteúdos de igualdade, um negativo e outro positivo. Assim, a concepção negativa de igualdade seria “aquela concepção que não tinha por escopo a adoção de quaisquer medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas entre os homens, porém, que se limitava a acentuar a regra de plena nivelção de todos perante a lei”. Já a concepção positiva, preceitua que o Estado deve promover uma ação social e positiva, isto é, promover o bem-estar social (*idem*).

O âmbito da igualdade negativa encontra-se consagrada no direito pátrio, na previsão do art. 5º, *caput*, da CRFB, de 1988, que visa a proibir discriminações injustas, numa acepção formal que dispõe que a lei “não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 10). Nesse sentido, a concepção negativa se identifica na obrigação do Estado não discriminar (SILVA JÚNIOR, 2000, p. 114), abstendo-se de qualquer atuação na regulação das liberdades individuais, no sentido de reduzir qualquer tipo de desigualdade. Por evidente que essa ausência de atuação do Estado, se não agrava, ao menos possibilita que algumas características “naturais”⁵⁴ sirvam para que direitos básicos desiguais sejam estabelecidos com base nelas⁵⁵. A resposta a estas limitações demanda uma concepção, como defendido por Silva Júnior (2002, p.118):

Em resposta a esse dado da realidade social, teria sido mesmo insuficiente a adoção de

⁵³ Para uma pequena digressão histórica, conferir Silva Júnior (2000, p. 125-126)

⁵⁴ Destaca-se “natural” para reforçar a cautela que se deve ter com o tema, como alerta Guimarães (2009, p. 32): “O termo ‘natural’, empregado em sentido amplo, significa uma ordem a-histórica ou trans-histórica, isenta de interesses contingentes e particulares, representando apenas atributos gerais da espécie humana ou das divindades. A ordem natural presumida, portanto, pode ter uma justificativa teológica (origem divina); científica (endodeterminada); ou cultural (necessidade histórica – como no caso dos evolucionismos que justificam a subordinação de uma sociedade humana por outra). Em todos os casos, quando essa ordem natural delimita as distâncias sociais, assiste-se a sistematização de hierarquizações rígidas e inescapáveis”.

⁵⁵ Nesse sentido, verificar a discussão de Ralws (2002, p. 101) sobre posições sociais relevantes.

uma postura estatal convenientemente abstencionista, meramente antidiscriminatória, tendo como substrato ideológico uma concepção de Estado limitado e garantista – um Estado liberal; [...] Não por mera casualidade, portanto, optou-se pela adoção de uma postura intervencionista e dirigista, preocupada com a remoção das barreiras que se opõem à materialização da igualdade, comprometida com o ideal igualitário, tal como observado nas regras igualitárias que cintilam na Carta de 88.

Assim é que o autor (*idem*) passa a identificar no texto constitucional vigente três espécies de regramento: o primeiro, de teor rigorosamente igualitarista, que “atribui ao Estado o dever de abolir a marginalização e as desigualdades”⁵⁶ (*ibidem*, p. 119); o segundo, que “fixa textualmente prestações positivas destinadas à promoção e integração dos segmentos desfavorecidos”⁵⁷ e, terceiro, “normas que textualmente prescrevem discriminação, discriminação justa, como forma de compensar desigualdades de oportunidades, ou, em alguns casos, de fomentar o desenvolvimento de setores considerados prioritários”⁵⁸ (*idem*).

No âmbito de uma concepção positiva, ainda, é possível conjugar distinções caras ao direito e em especial referência quando se estudam as ações afirmativas: igualdade de oportunidade ou de resultados⁵⁹ (ROSENFELD, 1991; DELGADO; STEFANCIC, 2001). De acordo com Rosenfeld (1991, p. 23):

Igualdade de resultados significa que cada membro de uma classe designada como destinatária de igualdade termina com uma porção igual (do bem sendo alocado). Igualdade de oportunidade, por outro lado, significa que cada membro de uma classe determinada tem a mesma oportunidade como qualquer outro membro de obter algum bem escasso, mas, com isso, todos os membros não terminam com uma porção igual, uma vez que nem todos irão ter sucesso em adquirir tais bens escassos⁶⁰.

Vê-se, assim, que enquanto a igualdade de resultado tem por foco o acesso efetivo ao bem, a igualdade de oportunidade mira no processo, não exatamente nas consequências finais. É bem dizer que ambos podem contemplar as ações afirmativas, uma vez que o incremento da representação da população negra em espaços majoritariamente brancos, por exemplo, tanto pode ser obtido alocando-se determinado espaço a esse público, quanto permitindo que ele detenha meios para chegar a este fim.

⁵⁶ São exemplos as normas contidas nos arts. 3º, III; 23, X, primeira parte, e 170, VII.

⁵⁷ Tais como, arts. 3º, IV; 23, X, parte final e 227.

⁵⁸ Ressaltados os art. 7º, XX; 37, VIII; 145, §1º; 170, IX e 179.

⁵⁹ Num sentido próximo, é a abordagem de DWORKIN (2007, p. 349-350) entre igual tratamento (*equal treatment*) e tratamento como igual (*treatment as equal*).

⁶⁰ No original: “*equality of result means that each member of the class designated as the subject of equality ends up with an equal lot (of the good being allocated). Equality of opportunity, on the other hand, means that each member*

Merece destaque, aliás, a previsão do Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal nº 12.288, de 2010), que assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

[...]

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Da mesma forma, a igualdade de oportunidades tem sido destacada pela jurisprudência pátria como meio de concretização da igualdade substantiva, abarcando as ações afirmativas:

CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RESERVA DE VAGAS (COTAS) PARA ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (CF ART. 127). LEGITIMIDADE PASSIVA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS. MÉRITO ACADÊMICO E ISONOMIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

[...]

26. As ações afirmativas de discriminação positiva são métodos para diminuir as desigualdades estruturais de grupos expostos à discriminação. Mediante ações específicas, opera-se o favorecimento de certas minorias sociais de forma que se logre a isonomia de oportunidades. Busca-se, assim, uma inclusão de indivíduos na estrutura social que de outra maneira permaneceriam excluídos.

[...]

(AC 0036197-69.1999.4.01.3800 / MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ p.47 de 19/04/2007)

No entanto, a concepção de que apenas a igualdade de oportunidades seria suficiente, sem levar em consideração algum aspecto da igualdade de resultados, quando se fala em ações afirmativas, esbarra em alguns problemas. O primeiro deles é que, no caso das ações afirmativas de cunho racial, em razão da complexidade de estruturas que se enfrenta e do modelo complexo de política pública que exige, ao se estabelecer como prioridade apenas a igualdade de

of the subject class has the same opportunity as every other member to obtain some scarce good, but that all members will not end up with an equal lot, as some but not all will succeed in acquiring the scarce good”.

oportunidades, dificilmente será possível alguma alteração sensível na realidade. Não se está falando aqui em solução da desigualdade racial. Mas, tão somente, aquilo que o conceito de ações afirmativas trabalhado propugna: “efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais”.

Nesse sentido, há uma grande resistência a se mitigar uma concepção meramente formal de igualdade de oportunidades, acolhendo também a de igualdade de resultados. Exemplo disso é o destaque dado à lição de Thomas Sowell, no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADPF nº 186:

Um programa de ação afirmativa que dê preferência a determinado segmento da sociedade tende a se perpetuar, caso não se tenha bem claro seu objetivo. “*Um programa temporário para eliminar uma condição secular é quase uma contradição em termos. A igualdade de oportunidade pode ser conseguida em um tempo plausível, mas isto é totalmente diferente de eliminar a desigualdade de resultados. (...) As pessoas são diferentes, e isto é assim há séculos (...). Qualquer política ‘temporária’ cuja duração é definida pelo objetivo de se conseguir alguma coisa que jamais foi antes alcançada em lugar nenhum do mundo, seria melhor caracterizada como eterna*”, no entendimento de Sowell (SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 7, 2004).

Desse modo, o programa de ação afirmativa não objetiva a eliminação completa de desigualdades, mas o aumento da igualdade de oportunidades em um segmento específico. Exatamente por isso tem condições e deve ser estabelecido por um período que pareça razoável, de acordo com os dados disponíveis, para contrabalançar situações entendidas como desfavoráveis. **Para tanto, tão importante quanto definir prazos e metas é submeter o programa a avaliações empíricas rigorosas e constantes.** (destaques originais).

Embora há concordar quanto aos limites temporais das ações afirmativas, bem como a permanente necessidade de sua avaliação (aliás como já destacado, por se tratar de uma política pública), deve-se levar em conta também as advertências que os críticos raciais tecem ao uso liberal⁶¹ dos “direitos” (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. 23). Nesse sentido, mesmo ao se prever um direito substantivo, como é o acesso a espaços de poder (educação superior e cargos públicos, por exemplo), a natureza procedimental do direito é que tem prevalecido:

Os direitos são quase sempre procedimentais (por exemplo o devido processo) que substantivos (por exemplo, alimentação, habitação ou educação. Pense como nosso sistema aplaude proporcionar igualdade de oportunidade a todos, mas resiste a programas que assegurem igualdade de resultados. Além disso, os direitos são quase

⁶¹ Delgado e Stefancic (2001, p. 24-25) alertam que o movimento teve, no início, uma forte característica de crítica ao liberalismo, em razão de sua postura complacente, que impedia o progresso das questões raciais. No entanto, mais recentemente, alguns críticos pararam de focar no liberalismo e seus males, dirigindo suas críticas à corrente conservadora em franca ascensão.

sempre cortados quando conflitam com os interesses dos poderosos⁶². (*idem*)

Este aspecto é especialmente importante no objeto do presente estudo, uma vez que quanto às ações afirmativas na educação há já uma massa crítica formada, muito em razão do tempo de sua aplicação no Brasil, bem como em razão da discussão e do julgamento no âmbito do STF quanto a sua constitucionalidade. Mas, em relação às cotas raciais em concursos públicos, o tema não só é relativamente novo, pelo menos em âmbito nacional, como os ataques que tem sofrido incorporam elementos também novos, como a alegação de duplo benefício⁶³.

Potvin (2005, p. 31) aponta que a jurisprudência da Suprema Corte Canadense, após mais de duas décadas discutindo formas de combate à discriminação, tem chegado a um conceito de discriminação sistêmica e adotado a obrigação de ‘acomodação razoável’, em que

Suas decisões [da Suprema Corte Canadense] afirmam que a igualdade exige mais que a mera igualdade de competição por empregos e serviços: ela também demanda medidas positivas para responder às necessidades de certos indivíduos, cuja igualdade de participação nos empregos e serviços não é garantida.

Com isto, a autora aponta que “a interpretação da igualdade está baseada na ideia de igualdade de oportunidade aferida tendo por referência a análise de resultados” (*idem*), ou seja, numa expressiva passagem da igualdade formal para uma igualdade substantiva.

Outro aspecto referente aos limites da igualdade de oportunidades é o excessivo peso dado ao mérito e ao esforço pessoal, como se estas fossem as únicas condicionantes que impedem o “efetivo acesso a bens fundamentais”. Nesse sentido, é a constatação de Frankenberg (2004, p. 329-330) sobre a percepção da branquidade sobre a injustiça das ações afirmativas:

Os artigos [apresentados na 95ª Reunião Anual da Associação Norte-Americana de Sociologia, Washington D.C., 13.08.2000] detalharam repetidamente a impressão dos entrevistados [brancos] de que, embora a ‘história’ talvez tenha sido injusta com as ‘minorias’ raciais e étnicas (usando aqui a terminologia preferida por alguns dos próprios entrevistados), a história era história, ponto final. Para muitos desses entrevistados brancos, essa ‘história’ havia acabado e, se as pessoas de cor continuavam a se sair mal, possivelmente era por sua própria falta de empenho. (esclarecimentos

⁶² No original: “Rights are almost always procedural (for example, to a fair process) rather than substantive (for example, to food, housing, or education). Think how our system applauds affording everyone equality of opportunity, but resists programs that assure equality of results. Moreover, rights are almost always cut back when they conflict with the interests of the powerful.”

⁶³ Esse argumento se beneficia da discussão estabelecida na tradição liberal a respeito de quais seriam os meios necessários e suficientes a serem considerados para proporcionar uma igualdade de oportunidades, de forma que a resultado final estivesse a meio termo entre a “mera possibilidade” e “garantia” do bem. Para uma discussão do tema, ver ROSENFELD, 1991). No caso específico, as cotas raciais em concursos públicos seriam um duplo benefício a favor da população negra pela já existência de cotas na educação superior.

acrescidos)

Ou seja, a percepção compartilhada por alguns de que há uma injustiça ao se tentar equilibrar a competição é, paradoxalmente, o que ainda justifica a existência das ações afirmativas e demanda aprimoramento de seus mecanismos para concretização de seus objetivos.

2. A discussão sobre “raça” no Brasil nos Paradigmas constitucionais

Desde a primeira concepção clássica de sociedade, até sua concepção mais fracionada na pós-modernidade (HARVEY, 2001; SOUSA SANTOS, 1988), com todos os problemas daí decorrentes (BAUMAN, 1998), sempre houve a naturalização de certas situações de desigualdade que levam o intérprete a questionar o sentido da história e seu progresso (BITTAR, 2008).

Nesse sentido, cumpre desde logo, afastar a ideia de que a história da humanidade e, por extensão, do Direito, se dá de forma evolutiva, numa progressão ascendente que culminaria no próprio fim da história (FUKUYAMA, 1992) e, por corolário, no fim do direito (GODOY, 2012). Antes, a noção de paradigma na filosofia, apresentado por Kuhn (1998), nos auxilia na percepção de que, se estamos em momento diverso das apreensões dos fenômenos, isso não quer dizer que tenhamos suplantado todas as concepções anteriores referentes a esses fenômenos, pois a “pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós” (BITTAR, 2008, p. 133).

Assim é que, em se tratando da questão racial no Brasil, a partir da análise do ordenamento jurídico, a concretude e a singularidade das situações de aplicação (CARVALHO NETTO, 2003) demonstram uma permanência na exclusão, na desigualdade e na desconsideração da diferença, mesmo com todos os possíveis avanços de legitimidade e asseguramento formal dos direitos.

Conforme Kuhn (1998, p. 13), por paradigma entende-se: “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Já no posfácio da mesma obra (p. 218), esclarece o autor que:

O termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, pode substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.

Nessa segunda concepção, em que as possíveis contradições do paradigma aparecem com mais clareza, com suas crenças, de um lado, e com suas soluções concretas, de outro, é que se percebe a utilidade dessa concepção, quando compararmos os paradigmas de Estado de Direito ou Liberal, Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito, na forma apresentada por Carvalho Netto (2004), relacionando-a com a sociedade brasileira e o trato da questão racial⁶⁴.

Embora uma análise de períodos históricos seja uma boa medida para se ver o desenvolvimento cronológico dos fatos, ainda mais quando se tenta cobrir quinhentos anos de desigualdade racial, optou-se por uma abordagem mais sintética. Para além das dificuldades de se reproduzir cada uma das disputas políticas e legislações relevantes produzidas, bem como em razão da existência de excelente bibliografia a respeito⁶⁵, tornou-se metodologicamente possível ver em determinados e relevantes “momentos democráticos” (IGLÉSIAS *apud* ALMEIDA, 2011, p. 168) ou “momentos decisivos” (COSTA, 2010), em que possíveis rupturas ou infelizes continuidades em relação aos debates sobre “raça” e racismo foram identificados, quais foram as interpretações dadas e as opções feitas. Nesse sentido, ainda, é a válida percepção de Bertúlio (1989, p. CXLVII) sobre o contexto brasileiro:

[...] é necessário o ponto de vista de que a História do Brasil, ou melhor, o Estado brasileiro não comportou rompimentos fundamentais em sua estrutura política. [...] Neste sentido, a estrutura jurídica, igualmente, vem se articulando, em cadeia, sem rompimentos. No que diz respeito ao tratamento da população negra, essa é dirigida

⁶⁴ Embora o instituto da escravidão no paradigma do direito e da organização política pré-moderna (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30-31) possa ser útil para entender a alteração operada na escravidão moderna (BUCK-MORS, 2011), por estarmos tratando exclusivamente do Brasil e da escravidão negra, tal paradigma não será abordado neste estudo.

⁶⁵ Verificar a respeito COSTA (2010), CHIAVENATO (2012), TELLES (2003), SKIDMORE (2012), DUARTE (2009). Destaca-se, ainda, a obra de PRUDENTE, W. 2009. *A verdadeira história do direito constitucional no Brasil: desconstruindo o direito do opressor, construindo o direito do oprimido*. Editora Impetus. Conforme (PIRES, 2013, p. 100): “O autor pretende, em três volumes ressaltar fatos históricos marcantes da vida política e social brasileira, demonstrando sua implicação sobre as instituições jurídicas. O primeiro volume, único até então publicado, o período trabalhado vai da colonização à República Velha. O volume dois irá destacar os fatos constitucionais entre a Revolução de 1930 e a queda da Ditadura Militar, enquanto que o terceiro versará sobre a eficácia da Constituição de 1988, à luz do que o autor chama de teoria holística do direito”.

para a conformação e determinação do espaço socioeconômico do negro, imbricada com a ideologia racista.

Assim, faz-se uma análise diacrônica, em três momentos da vida brasileira (Constituinte de 1823, Lei Afonso Arinos e Constituinte de 1988), e uma análise sincrônica, entre os três paradigmas do Direito Constitucional, mais com o objetivo de identificar a ideologia que permeou e continua a permear o Direito e as relações raciais, do que precisar quais as forças políticas e sociais atuantes em cada um destes momentos.

2.1. O Paradigma do Estado de Direito ou Liberal e a Constituinte de 1823

Democracia e constitucionalismo aparecem como um âmbito da tensão para Fioravanti (1999) e permite pensar o desenvolvimento do direito constitucional fora da referência ao princípio democrático, como também retomado por Carl Schmitt (1996), ao contrastar sistema parlamentar e democracia. Como decorrência, é que Carvalho Netto (2003, p. 13-14) constata:

Uma tensão permanente entre a dimensão da democracia, da soberania popular, por um lado, e, por outro, a da Constituição, dos direitos individuais, que até bem recentemente eram vistas como dimensões antagônicas, ou seja, em oposição antitética. O que conduzia no terreno político a que as pessoas assumissem ou as crenças democráticas, histórica e substancialmente enraizadas, marcadas por uma postura republicana, ou as crenças procedimentais liberais do governo representativo limitado à “melhor sociedade”, ou seja, àqueles com renda suficiente para atender aos requisitos censitários.

Esta concepção de “melhor sociedade” censitária, ao se pensar na comunidade brasileira ainda do período do Império, como adiante se verá, levará a uma condição paradigmática paradoxal, uma vez dentro da concepção de um Estado de Direito ou Estado Liberal todas as concepções tipicamente liberais se fazem formalmente presentes e, no entanto, convivendo com a escravidão, negação máxima do indivíduo (BUCK-MORSS, 2011, p. 132).

Vale lembrar, ainda com Carvalho Netto (2004, p. 32), que na condição paradigmática liberal, surge o indivíduo livre e proprietário:

Pela primeira vez na história pós-tribal, todos os membros da sociedade são, ou devem ser, proprietários, homens livres e, assim, igualmente sujeitos de direito, capazes, até mesmo o mais humilde trabalhador braçal, de realizar atos jurídicos contratuais como o da compra e venda da força de trabalho. Com o movimento constitucionalista implantam-se Estados de Direito que resultam da conformação da organização política à necessidade de que essas ideias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades matemáticas absolutas e inquestionáveis (caracterizadoras do indivíduo – essa outra

invenção da modernidade) pudessem encontrar livre curso e se impor.

Nessa abstração racional pura, convivendo face a face com a exclusão da maioria da população, do Estado espera-se apenas uma atuação mínima, isto é, “restrita ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras que asseguram o mais pleno exercício às liberdades individuais” (*idem*). O corolário dessa liberdade e igualdade abstratas ao extremo, no âmbito dos países que passaram pela revolução burguesa – que não é o caso do Brasil (FERNANDES, 1976) – resultaria na exploração não só do “humilde trabalhador braçal” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32), mas, principalmente, na “exploração de milhões de trabalhadores escravos coloniais”, o que era aceito “com naturalidade pelos próprios pensadores que proclamavam a liberdade como o estado natural do homem e seu direito inalienável” (BUCK-MORSS, 2011, p. 132).

O problema que se apresenta, no entanto, não é o da concepção abstrata em si de igualdade, mas, na produção de normas abstratas que, quando podem e devem, pelo menos ser genéricas e abstratas em relação a todos, o que já abriria um campo de disputa jurídica para sua concretização, encontram meios para negá-la a boa parte de seus destinatários. É nesse sentido, a observação de Bertúlio (1989, XXXV):

Não é necessário, entretanto, qualquer aprofundamento na análise da realidade social dos Estados contemporâneos para se entender que não há só divergência entre o discurso e a prática, mas sim o contraste absoluto. O “bem comum” perseguido pelo Estado carece de nova conceituação da palavra “comum”, já que os beneficiários da organização e serviços do Estado são ínfima minoria no todo da sociedade. Ao contrário, a grande massa da população é responsabilizada e paga pelos desencantos desta sociedade. O papel coercitivo do Direito é exercido sobre a população miserável dos Estados: a maioria.

Tal se dá na concepção básica racializada do próprio liberalismo como uma filosofia política, cujos atores destacados na criação do contrato social pertencem a um só grupo racial específico, qual seja, o de homens brancos proprietários (MOREIRA, 2013, p. 12).

É esse contexto que se percebe a discussão sobre a cidadania da pessoa escravizada no Brasil, já no período de sua consolidação como Estado independente, pois, com a independência da colônia Brasil do jugo de Portugal, em 1822, seguiu-se a necessidade de dotar esse novo Estado de uma estrutura político-jurídica de caráter liberal. Entretanto, como ressalta Duarte (2011, p. 497), ao invés de um Estado Liberal, surge um Estado Nacional,

[...] construído sobre bases escravistas, mas sobrevive sitiado diante das ideias

revolucionárias, das pressões internacionais para extinção do tráfico de escravos e das pressões sociais internas, em especial a insurgência escrava e a ameaça de fragmentação do território pela força de autonomia das elites locais.

Esse fundamental dilema, da incompatibilidade de uma estrutura escravista oposta a uma concepção liberal de Estado (BUCK-MORSS, 2011) dá o tom de um país que se forma a partir de uma cuidadosa condução pelas elites agrárias para a construção de uma “história para a Nação”, permeada com o “medo da liberdade negra” (DUARTE, 2011, p. 496 e seguintes) e a perda da condução desse processo.

Assim, em 3 de junho de 1822, ainda antes da Independência, o Regente Pedro de Alcântara, Dom Pedro I, expediu um decreto convocatório para a primeira Assembleia Constituinte Brasileira, a qual veio de tomar posse em 3 de maio de 1823. Conforme descreve Martins (2008, pp. 30 e seguintes), o processo eleitoral para escolha dos constituintes era algo complexa, estabelecendo uma eleição indireta para os deputados, de forma que “os eleitores da paróquia (quantos proprietários, mercadores ou empregados públicos fossem ‘homens bons’ na terra) elegeriam (no triplo do número dos candidatos) o colegiado a quem caberia indicar os deputados” (*idem*, p. 32). Dessa forma, só podiam votar os “assalariados das mais altas categorias e os proprietários de terras ou de outros bens que lhe dessem renda” (*idem*, p. 34), a bem demonstrar o caráter econômico constituidor da elite política, que é a elite econômica colonial (*idem*, p. 26), e, por conseguinte, ciosa de seus interesses de um país dependente da economia agrária e da escravatura. Em consequência, foram eleitos⁶⁶ bacharéis, padres, magistrados, grandes proprietários de terras, funcionários públicos, militares, médicos, etc., em suma, conforme Carvalho Netto (2003), a “melhor sociedade” censitária da época.

Quanto às pessoas escravizadas, não tinham direito a voto. Já os libertos, quer fossem africanos, isto é, não nascidos no Brasil, estariam excluídos por serem estrangeiros; quer fossem brasileiros, acabavam excluídos por não atenderem ao critério socioeconômico:

Na constituinte de 1823 são sumariamente excluídos do direito de voto, juntamente com os criados de servir, os jornaleiros, os caixeiros de casas comerciais, enfim juntamente com todas as pessoas que tinham rendimentos líquidos inferiores ao valor de 150 alqueires de farinha de mandioca. Para os eleitores de segundo grau, que escolhiam os deputados e senadores, exigia-se um rendimento de 250 alqueires e, finalmente, para que o cidadão fosse candidato a deputado se exigia a soma de 500 alqueires (1.000 para

⁶⁶ Entre os eleitos cita-se Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, José Bonifácio de Andrada, Martim Francisco de Andrada, José da Silva Lisboa, Francisco Jê Acaiaba Montezuma, José Martiniano de Alencar, Muniz Tavares, Carneiro da Cunha, Nicolau de Campos Vergueiro e outros (BRITO; EICHLER, 2006, p. 11-12).

senadores), além da qualidade de proprietário, foreiro ou rendeiro por longo prazo, de bens de raiz ou fábrica de qualquer indústria (MOURA, 1981, p. 56-57)

Os eleitos, portanto, expressam o pensamento de época, agrícola e escravocrata, o que permite ver nos debates legislativos, a condução de questões referentes à escravatura e, especialmente, na parte que interessa a esta leitura, referente à cidadania da pessoa negra⁶⁷.

A redação original do então art. 5º, VI, do projeto de Constituição é no sentido de que também são brasileiras as pessoas escravizadas que tenham recebido carta de alforria (BRASIL, 1874, p. 201). No entanto, esse texto recebe forte oposição de vários deputados, dentre os quais, o primeiro a fazer uso da palavra é o Deputado Costa Barros, que assim se manifesta (*idem*):

Eu nunca poderia conformar-me a que se dê o título de Cidadão Brasileiro indistintamente a todo escravo que alcançou carta de alforria. Negros boçais, sem ofício, nem benefício, não são, no meu entender, dignos desta honrosa prerrogativa; eu os encaro antes como membros danosos à sociedade à qual vem servir de peso quando lhe não causem males. Julgo por isso necessário coarctar tão grande generalidade, concebendo este § nos seguintes termos: ‘Os escravos etc. que tem emprego ou ofício’.

A alteração proposta incorre, todavia, em uma contradição apontada por Martins (2008, p. 122), à medida que as pessoas escravizadas tinham, logicamente, todo seu tempo e energia absorvidos pela exploração de seu trabalho escravizado⁶⁸. Logo, a exigência de ofício dirigia-se, antes, ao liberto, não à pessoa escravizada.

A questão da ausência ofício, no entanto, não a única objeção, pois é seguida pela

⁶⁷ Embora a controvérsia parta desde a discussão do Capítulo I, Título II, do Projeto de Constituição, em que o Deputado Nicolau Pereira dos Santos Vergueiro, do Estado de São Paulo, propõe a alteração da epígrafe de “Dos membros da sociedade do Império do Brasil” para “Dos cidadãos do Império do Brasil” (BRASIL, 1874, p. 166), abrindo a discussão em relação à inclusão ou não das pessoas escravizadas nessa condição, optou-se por centralizar esse estudo apenas no art. 5º, VI, do Projeto de Constituição.

⁶⁸ Isso porque, conforme Clóvis Moura (1988a) seria possível montar o seguinte quadro da situação das pessoas escravizadas no período: A) Escravos do eito ou destinados a atividades extrativas (na agropecuária nas suas diversificações regionais; escravos ocupados em atividades diretamente extrativas; na agroindústria dos engenhos-de-açúcar e suas atividades auxiliares; nos trabalhos das fazendas de café e algodão e outras atividades diretamente ligadas a esse tipo de produção agrícola e escravos de pecuária no Rio Grande do Sul e outras províncias); B) Escravos na mineração: escravos domésticos (ourives, ferreiros, mestres de oficinas, pedreiros, taverneiros, carpinteiros, barbeiros, calafates, parteiras, correios, carregadores em geral) e escravos do eito e atividades afins (trabalhadores nas minas de ouro e extratores de diamantes); C) Escravos domésticos nas cidades e casas grandes em geral (carregadores de liteiras, caçadores, mucamas e demais escravos de serviço doméstico, amas de leite, cozinheiras e cocheiros); D) Escravos de ganho nos centros urbanos (babeiros, médicos, vendedores ambulantes, carregadores de pianos, pipas e outros objetos, músicos componentes de orquestras dos senhores, prostitutas de ganho e mendigos de ganho); e E) outros tipos (dos cantos ou de ganho, soldados, do Estado, dos conventos e igrejas e reprodutores).

oposição do Deputado França, que levanta a questão da naturalidade, como óbice à extensão da cidadania à pessoa escravizada (BRASIL, 1874, p. 201):

Este §6º poderia passar se os nossos escravos fossem todos nascidos no Brasil; porque tendo o direito de origem territorial para serem considerados cidadãos uma vez que se removesse o impedimento civil da condição de seus pais, ficavam pleno jure ao gozo desse Direito, que estivera suspenso pelo cativo; mas não sendo isto assim, porque ainda uma grande parte dos nossos libertos, e escravos são estrangeiros de diferentes Nações da África, e excluindo nós em regra os estrangeiros da participação do Direitos de Cidadão Brasileiro, é clara a conclusão, sendo coerente em nossos princípios, que o § só pode passar pelo que respeita aos libertos crioulos, mas nunca aos libertos Africanos; pois como estrangeiros de origem são estes compreendidos na regra geral dos mais estrangeiros; e sendo certo que a condição de cativo com que vieram ao nosso país lhe não induz exceção favorável ao dito respeito. Ofereço uma emenda para que se conceba o parágrafo nos seguintes termos: ‘Os libertos que forem oriundos do Brasil’.

A proposta não recebe o aplauso do Monsenhor Francisco Muniz Tavares, do Estado do Pernambuco, que apoia a redação original. No entanto, merece destaque na fala desse senhor uma manifestação de adesão à teoria racial, no sentido de que os negros constituem “uma pobre raça de homens, que tão infelizes são só porque a natureza os criou tostados [sic]” (BRASIL, 1874, pp. 203-204), desconsiderando todas as condições a que estas pessoas negras estão submetidas remetendo a sua infeliz condição a uma suposta “questão biológica”.

A seguir, após a defesa da restrição de origem pelo mesmo França, manifesta-se o Padre José Martiniano de Alencar, do Estado do Ceará, ainda em defesa da redação original do projeto, mas por fundamento diverso. A cidadania não poderia ser estendida à pessoa escravizada também por uma razão econômica: “além de ofender por isso [fazer cidadãos a estas pessoas] este direito [de propriedade] se os tirássemos do patrimônio dos indivíduos a que pertencem [senhores escravistas], amorteceríamos a agricultura, um dos primeiros mananciais de riqueza da nação” (esclarecimentos acrescidos) (BRASIL, 1874, p. 204).

A Grande Lavoura, isto é a “grande propriedade monocultora e escravista” (COSTA, 2010, p. 273) foi a estrutura base econômica desde o início da colônia, mantendo-se intocado após a independência. As primeiras manifestações de industrialização, a partir de 1822, foram sufocadas por um lado, pela dependência do capital inglês⁶⁹, por outro, pelo controle político dos

⁶⁹ Conforme Chiavenato (2012, p. 33 a 36), a independência custou ao Brasil 2 milhões de libras, para pagar a “indenização” a Portugal, tendo a Inglaterra conduzido o processo de emancipação política, ao mesmo tempo em que os bancos ingleses financiavam a dívida contraída e cobravam juros altíssimos. Além da dívida, a Inglaterra tinha privilégios na taxaço de seus produtos, o que levou a outras nações, após a independência a exigir o mesmo

setores agrários, que se opunham a medidas que protegessem a incipiente industrialização. Conforme COSTA (*ibidem*, 276):

Permaneciam as culturas do tipo extensivo, os latifúndios, o trabalho escravo, os métodos rotineiros, a ausência de mecanização, todo o quadro, enfim, da agricultura colonial. Economia de exportação, sujeita às oscilações do mercado internacional, assim fora, na época colonial, a produção do açúcar e continuará a ser, no país independente. Juridicamente, a nação estava livre. Novas perspectivas se abriam, mas as estruturas tradicionais persistiam inalteradas. Herdara-se uma economia: o latifúndio exportador e escravista, e uma tradição cultural: a mentalidade senhorial.

A manifestação de Alencar, expressão dessa mentalidade senhorial, serve, uma vez mais, de confirmação da composição agrária da elite política e, por consequência, dessa Constituinte e seus receios na ampliação da cidadania para além da estrutura colonial já existente.

Surge, então, manifestação longa e menos restritiva do Deputado José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, do Estado da Bahia, para quem haveria imprecisão de se dotar de cidadania apenas a pessoa escravizada que recebeu carta de alforria, uma vez não se levar em conta outros meios legítimos de aquisição da liberdade,

[...] visto que também se dão liberdades por autoridades da Justiça, ou por Disposição de Lei; e ora temos mais as que pela Convenção com o Governo Britânico se concedem aos Africanos, em consequência de confisco feito pelo Tráfico ilícito da Escravatura, ficando eles inteiramente livres depois de certos anos de tutela em poder de pessoas de confiança da Comissão Mista. (ANAIS, 1874, p. 205).

Já o deputado Silva Lisboa defende o reconhecimento de algum grau de cidadania ao liberto (direitos civis), sem, contudo, estender essa atribuição de ampla cidadania principalmente em relação aos direitos políticos (BRASIL, 1874, pp. 205 a 208).

Por fim, vale ressaltar a fala baseada no medo, presente no discurso do Deputado João Severiano Manoel da Costa, Marquês de Queluz, do Estado de Minas Gerais, para quem os libertos não nascidos no Brasil devem ter tratamento semelhante aos demais estrangeiros no que diz respeito à cidadania brasileira, salvo se casados forem com brasileira e exercitarem algum gênero de indústria (*ibidem*, pp. 207 a 209):

Deixarei agora à consideração da assembleia, ou antes, chamarei sua atenção para decidir se os Africanos são tais, que de sua admissão livre e franquíssima para o grêmio da nossa família nada haja que temer; se podemos arrasoadamente esperar deles que

tratamento tarifário dispensado aos ingleses (15%), “minando as rendas nacionais e matando as possibilidades de surgimento de uma indústria brasileira”.

sejam afetos ao nosso país, onde viveram escravos, e aos nossos irmãos, que eles sobre eles exercitaram o império dominical; se sabendo eles que nos são equiparados, apenas forros, não aspiraram a avançar mais adiante na escala dos direitos sociais; se a sua superioridade numérica e a consciência da sua força... Senhores, não avançarei daqui nem só um passo.

Essa manifestação de medo, diante dos fatos ocorridos em São Domingos,⁷⁰ dá, na verdade, a tônica de todos os discursos, não obstante somente o Deputado Manoel da Costa o tenha colocado com tal veemência. Tem-se, assim, uma preocupação que é comum: como fazer uma abertura gradual do sistema escravista, sem pôr em risco a atividade agrária e os privilégios da elite rural? Assim, toda discussão tem “como pano de fundo o medo. Medo de que a fratura entre as elites possa fazer emergir o povo massa, pessoa negro escravizada, como sujeito da história constitucional” (DUARTE, 2011, p. 497).

Cabe ressaltar, no entanto, que a constituinte, “em virtude do grau de interesse em jogo que poderiam colocar até mesmo em risco uma sociedade de base escravocrata como era a nossa” (VIEIRA, 1988, p. 53), veio de ser dissolvida em novembro de 1823, pelo Imperador D. Pedro I⁷¹, sendo seguida da primeira Constituição outorgada do Brasil, de 25 de março de 1824.

Em seus 179 artigos, a Carta de 1824, não traz qualquer menção à escravidão. Apenas em duas passagens se vê referência ao liberto (art. 6º e 94, II)⁷² (BRASIL, 1824), sendo certo que apenas aos ingênuos e libertos, nascidos no Brasil, seria assegurado algum grau de cidadania⁷³.

⁷⁰ Revolução de 1791, na ilha de São Domingos, atual Haiti, com a abolição da escravatura em 1793, culminando com a independência em 1804.

⁷¹ Conforme MARTINS, 2008, p. 142, segue o ato de dissolução da Assembleia Constituinte: “Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembleia Constituinte Geral e Legislativa, por decreto de 3 de junho do ano passado, a fim de salvar o Brasil dos perigos que lhe estavam iminentes: E havendo esta assembleia perjurado ao tão solene juramento, que prestou à nação de defender a integridade do Império, sua independência, e a minha dinastia: Hei por bem, como Imperador e defensor perpétuo do Brasil, dissolver a mesma assembleia e convocar já uma outra na forma de instruções feitas para convocação desta, que agora acaba, a qual deverá trabalhar sobre o projeto da Constituição que eu lhe ei de em breve lhe apresentar, que será mais duplicamente liberal do que a extinta assembleia acabou de fazer”.

⁷² A condição de liberto, no entanto, não assegurava nenhum *status* definitivo à população negra. Conforme FREITAS (2002, p. 67), a alforria, até 1871, podia ser revogada pela previsão das Ordenações Filipinas, em vigor após a independência, até que se tivesse um novo Código Civil. Qualquer motivo era suficiente para a revogação, criando uma verdadeira relação de dependência do liberto para com o antigo senhor.

⁷³ Conforme Freitas (2002, p. 66-67) “Desde que possuíam a renda necessária – renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos – podiam os *libertos brasileiros* votar nas eleições paroquiais ou primárias que elegiam os eleitores que nomeavam os deputados, senadores e membros dos conselhos gerais das províncias. Não podiam, porém, ser eleitores e votar nestas eleições de segundo grau, mesmo quando tivessem patentes militares ou ordens sacras. Em consequência, o liberto brasileiro não podia ser senador, deputado geral ou provincial, jurado, juiz de paz, promotor público, ministro, magistrado, diplomata. Podia servir no exército, mas não chegar ao ofício”.

Essa previsão resultava na seguinte distinção de nacionalidade – e, por conseguinte de cidadania – conforme Vieira Júnior (2006, p. 74) aponta:

[...] era brasileiro o ingênuo, filho de escravos, que nascesse no Brasil; também era brasileiro o crioulo, negro nascido escravo no Brasil e que, posteriormente, obtivesse a liberdade; não era brasileiro e nem era admitida a naturalização do negro escravo trazido da África para o Brasil com qualquer idade, chamado de africano, mesmo que obtivesse sua liberdade posteriormente e desejasse continuar vivendo no país.

Eis, aí, a concepção da elite, no nascimento da ideia de “nação” brasileira, dos necessários limites a serem estabelecidos em relação à população, o qual, já de há muito, apresentava uma organização política e de resistência, a influir diretamente, nas decisões legislativas então tomadas, senão diretamente, dadas as restrições políticas vigentes, ao menos de fato (MOURA, 1988b).

Vale ressaltar, que toda essa discussão, dá-se numa Constituinte que repete, a todo tempo, seu caráter liberal (BRASIL, 1824), destacando – como não poderia deixar de ser – o aspecto formal de igualdade e liberdade dos homens.

2.2. O Paradigma do Estado de Bem-Estar Social e a Lei Afonso Arinos

O fato é que a negação prática das ideias abstratas pela história conduzem a um profundo desgaste do paradigma do Estado de Direito ou Liberal, do próprio “direito burguês”, com acirrados conflitos entre os proprietários e os não proprietários⁷⁴ (CASTRO, 2012, p. 135), muito em função da massificação da democracia, a partir de meados do século XIX (*ibidem*, p. 169). Carvalho Netto (2004, p. 34) aponta no pós-Primeira Guerra Mundial o início do surgimento de um outro paradigma, qual seja, o do Estado Social, em que se “pressupõe a materialização dos direitos anteriormente formais” (*ibidem*, p. 35):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de primeira (os individuais; a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da

⁷⁴ Para uma outra dimensão de quem seriam os “não proprietários” que desgastam o sistema vigente, conferir LINENBAUGH & REDIKER, 2008. *A hidra de muitas cabeças: marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário*. São Paulo: Companhia das Letras.

relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material equitativa.

Nessa transição, o direito experimenta influências algo antagônicas, de um lado a abordagem neokantiana de Kelsen, “radicalmente refratária a [...] abertura para a incorporação de interesses emergentes da sociedade” e, de outro, antipositivistas, com formulações hegelianas, favoráveis “à incorporação de interesses de base social” (CASTRO, 2012, p. 192). O resultado dessa complexa interação é o surgimento de uma condição paradigmática que leva em conta “a interdependência social como critério para pensar o direito e a constituição” (*idem*).

Entretanto, a transição não se dá com a inclusão democrática dos destinatários dos direitos reivindicados, antes, é feita a partir da perspectiva do próprio Estado, um novo Leviatã, acima da própria sociedade, em que:

O Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas, para que os direitos de primeira geração possam ganhar densidade no novo sentido tendencialmente materializado que passa revesti-los (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35).

O funesto resultado dessa transformação de um Estado mínimo a um hiperdimensionamento do Estado é a própria destruição da ideia de cidadania, à medida que se a pré-condição para o exercício da cidadania é o gozo de direitos básicos outorgados pelo Estado, somente após a “maturidade” do povo é que este poderia participar do processo de discussão desses próprios direitos (CARVALHO NETTO, 2003, p. 21). Assim, a lógica de Bem-Estar Social gera “clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos” (*idem*).

Ao se voltar os olhos para o Brasil, embora não se possa dizer que tenhamos passado por um Estado de Bem-Estar Social, fato é que esta condição paradigmática teve, sim, grande influência no pensamento nacional. Castro (2012, p. 192) aponta que a preocupação dos juristas em integrar os interesses da sociedade pode ser notada tanto: “(i) nos escritos de Francisco Campos (1891-1968) que, sob influência de Carl Schmitt, põe ênfase na representação plebiscitária, e também (ii) no corporativismo de Oliveira Vianna (1883-1951)”.

Ora, sendo ambos autores com grande influência nas funções de Estado da Era Vargas, Almeida (2011, p. 196) destaca que “o pensamento autoritário deita raízes na oposição aos princípios liberais enunciados na Constituição republicana de 1891”. Esta oposição ao liberalismo, ainda, no corporativismo varguista, guarda relação com o autoritarismo, à medida

que “está posta no diagnóstico de incapacidade política do povo e falta de solidariedade e espírito nacional” (*idem*).

No que interessa ao presente estudo, Duarte (2011, p. 598) faz uma relação bastante precisa entre autoritarismo e fundamentos raciais, a partir da ampla produção de Oliveira Vianna⁷⁵. Após apontar o desenvolvimento do pensamento de Vianna com as influências teóricas recebidas, como Silvio Romero e Alberto Torres (*ibidem*, pp. 599-606) e o idealismo da constituição num Estado Corporativo (*ibidem*, pp. 606-621), especial atenção é dedicada à mestiçagem, em que:

[...] nos cruzamentos humanos acontece o que acontece nos cruzamentos animais: o sangue preponderante tende a impor cada vez mais ao tipo mestiço os seus caracteres raciais. Quanto maior, portanto, for a dose de sangue ariano nos nossos mestiços, tanto mais eles tenderão a revestir-se dos atributos somatológicos do homem branco. (*ibidem*, p. 629)

Esta concepção racista, ou antes, arianista (DUARTE, 2011, p. 621), que permeia o período de fortalecimento do Estado, com o desenvolvimento do mito da democracia racial (FREYRE, 1987) resultará na produção da primeira legislação antidiscriminação brasileira, de proposta de Afonso Arinos, com o mesmo traço do paradigma do Estado de Bem-Estar Social de tutela e ordem, com exclusão de seus destinatários da concepção e execução da política (CARVALHO NETTO, 2003, p. 22).

Merece atenção o fato de que, a partir da proclamação da república, em 1889, até meados do século XX, a questão do negro não se firmou como um problema na agenda nacional “oficial”, não obstante a “o antirracismo popular dos pretos e mulatos, que denunciavam as barreiras intransponíveis do ‘preconceito de cor’”⁷⁶ (GUIMARÃES, 2009, p. 41) e a situação precária dos recém-libertos, com o fim da escravidão (CHIAVENATO, 2012, pp. 213-225), cujo principal motivo foi a ausência de uma política de Estado para sua incorporação na sociedade, conforme aponta Vieira Júnior (2006, p. 116):

⁷⁵ Duarte (2011) baseia-se nas seguintes obras: Populações Meridionais do Brasil (1920), o Idealismo da Constituição (1920), Evolução do Povo Brasileiro (1923), O Ocaso do Império (1925), Raça e Assimilação (1932), Instituições Políticas Brasileiras (1949) e Ensaios Inéditos (1991).

⁷⁶ A luta por humanização da população negra ocorreu desde a primeira chegada dos escravizados em terras brasileiras, com a formação dos primeiros quilombos, nas insurreições e revoltas que precederam a independência (ver MOURA, 1988, Rebeliões na senzala) muito antes da abolição, mas também nela (ver MACHADO, 2010, *O Plano e o Pânico*: os movimentos sociais na década da abolição) e mesmo na república, como exemplo a Revolta da Chibata (MAESTRI, 2010, A Revolta da Chibata faz cem anos, *Antíteses*, v. 3, n. esp. p. 24-38, dez).

Nunca se cogitou na história do Brasil da adoção de medidas oficiais do Estado brasileiro, por intermédio da legislação e de atos administrativos, destinados a promover a integração do negro à vida do Império [e da República] como foi feito inicialmente com os índios e, posteriormente, com muito mais ênfase, para os colonos brancos europeus, tais como: pagamento de diárias; distribuição de terras, inclusive de terras devolutas; criação de loterias cujos recursos revertissem para que os negros que tivessem adquirido sua liberdade pudessem ter condições mínimas de prover seu sustento e de sua família na transição da escravidão para a liberdade; intermediação da mão-de-obra negra e sua colocação no mercado de trabalho, inclusive em empregos públicos; naturalização dos libertos de origem africana; criação de incentivos fiscais para que fossem adotadas medidas favoráveis aos negros e criação de órgãos públicos para auxiliar a organização comunitária dos negros. (esclarecimento acrescido).

A absorção da população negra na “ordem social competitiva” (FERNANDES, 2008) deu-se também de forma extremamente adversa com todas as posições sendo ocupadas preferencialmente pelos trabalhadores europeus, restando aos negros apenas funções mais desvalorizadas, gerando barreiras intransponíveis para a mobilidade ascendente e mantendo os negros apenas em cargos de trabalho braçal (ANDREWS, 1998, p. 193).

Some-se a isto a ascensão do mito da democracia racial⁷⁷, que criava “a visão de uma sociedade integrada, mesmo que socialmente heterogênea” (RIBEIRO, 2014, p. 50), em que a “desigualdade era cristalizada”, conforme apontado por Darcy Ribeiro (1995, p. 23).

Ao lado desse processo, a organização da população negra em diversos movimentos sociais negros⁷⁸ ganha cada vez mais relevo, principalmente na cidade de São Paulo (ANDREWS, 1998; SANTOS, 2007), entre os quais, merece destaque o crescimento de uma combativa imprensa negra⁷⁹, o surgimento da Frente Negra Brasileira, numa primeira fase do movimento negro (DOMINGUES, 2007), e a atuação da União dos Homens de Cor – UHC e o Teatro Experimental do Negro – TEN, sob liderança de Abdias do Nascimento, que esteve diretamente ligado à realização do I Congresso do Negro Brasileiro. Conforme destaca Petrônio Domingues (2007, p. 109), o TEN propugnava a criação de uma legislação antidiscriminatória

⁷⁷ Para uma completa análise do mito da democracia racial, ver PAIXÃO (2014).

⁷⁸ A opção por se utilizar o termo “movimentos negros” no plural resulta da cautela, uma vez que o termo Movimento Negro induz a uma “harmonia aparente, um amplo consenso nos modos pelos quais este movimento social tem se organizado e atuado na esfera pública” (SANTOS, 2012, p. 88), que não corresponde à realidade.

⁷⁹ Conforme Domingues (2007, p. 104) “Em São Paulo, o primeiro desses jornais foi A Pátria, de 1899, tendo como subtítulo Órgão dos Homens de Cor. Outros títulos também foram publicados nessa cidade: O Combate, em 1912; O Menelick, em 1915; O Bandeirante, em 1918; O Alfinete, em 1918; A Liberdade, em 1918; e A Sentinela, em 1920. No município de Campinas, O Baluarte, em 1903, e O Getulino, em 1923. Um dos principais jornais desse período foi o Clarim da Alvorada, lançado em 1924, sob a direção de José Correia Leite e Jayme Aguiar. Até 1930, contabiliza-se a existência de, pelo menos, 31 desses jornais circulando em São Paulo [...] em outros estados, como a Raça (1935), em Uberlândia/MG, o União (1918), em Curitiba/PR, O Exemplo (1892), em Porto Alegre/RS, e o

para o país.

Em 1945, com uma nova Assembleia Nacional Constituinte, é rerepresentada a problematização da situação da população negra pelo Senador Hamilton Nogueira, da União Democrática Nacional – UDN, pelo Distrito Federal. Sua atuação, como Constituinte, nessa temática, deu-se em razão da sua proximidade com Abdias do Nascimento. Conforme relatam Guimarães e Macedo (2008, p. 161), em 1946, Hamilton Nogueira profere “um discurso na Constituinte propondo a criminalização das práticas de discriminação por cor ou raça, endossando uma das reivindicações do manifesto” aprovado no “Manifesto à Nação Brasileira”, extraído da I Convenção Nacional do Negro.

Santos (2001, p. 23) também atribui ao Senador Hamilton Nogueira, da UDN, importante participação na concepção do que seria a primeira lei de combate ao preconceito de cor. Entretanto, como destacado por Grin e Maio (2013, p. 38), embora a atuação do Senador Nogueira tenha sido “importante para denunciar o racismo” não fora “o suficiente para transformar a luta antirracista em capítulo constitucional” (*idem*)⁸⁰.

De qualquer sorte, em agosto de 1950, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto 562, da autoria do Deputado pelo Estado de Minas Gerais, Afonso Arinos, da UDN, que inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de “raça” ou de cor.

Na justificativa do projeto (BRASIL, 1950, p. 5513), leem-se importantes considerações sobre as razões para a proposta, quer quanto ao papel do Poder Legislativo no enfrentamento da questão racial no país, quer quanto a fatos concretos de conhecimento do autor, suficientes a exigir uma resposta do Poder Público:

Alvorada, em Pelotas/ RS. Este último – publicado com pequenas interrupções de 1907 a 1965 – foi o periódico da imprensa negra de maior longevidade no país”.

⁸⁰ Éle Semog (2006 *apud* PIREZ, 2013, p. 103) explica como decorreu esse debate: “O processo político decorrente da Convenção implicou o envio do Manifesto para todos os partidos políticos, o que resultou em cartas de apoio do Partido Social Democrático, da União Democrática Nacional e do Partido Comunista, na pessoa de seu principal líder, sr. Luís Carlos Prestes. Um ano depois, na Constituinte de 1946, o senador Hamilton Nogueira, tomando por base o Manifesto à Nação Brasileira, encaminhou projeto à Constituinte, criminalizando a discriminação racial, que se aprovado, integraria o texto constitucional de 1946. A proposta do senador Hamilton Nogueira foi detonada, de forma veemente pelo único representante negro na Assembleia Constituinte, o deputado federal pelo Partido Comunista, Claudino José da Silva. Este, sob a orientação do Partido, afirmou que uma proposta contra o racismo restringiria o sentido mais amplo da democracia; e recebeu, evidentemente, apoios diversos dos demais parlamentares. Para justificar a rejeição da medida antidiscriminatória, alegava-se a falta de provas da existência de discriminação racial no país”.

Urge, porém, que o Poder Legislativo adote as medidas convenientes, para que as conclusões científicas [da antropologia cultural e da sociologia racial] tenham adequada aplicação na política do Governo. As disposições da Constituição Federal e os preceitos dos acordos internacionais de que participamos, referente ao assunto, ficarão como simples declarações platônicas se a lei ordinária não lhe dar forças de regra obrigatória de direito.

[...]

No entanto é sabido que certas carreiras civis, como o corpo diplomático, estão fechadas aos negros; que a Marinha e a Aeronáutica criam injustificáveis dificuldades ao ingresso de negros nos corpos de oficiais e que outras restrições existem, em vários setores da administração.

6. Quando o Estado, por seus agentes, oferece tal exemplo de odiosa discriminação, vedada pela Lei Magna, não é de se admirar que estabelecimentos comerciais proibam a entrada de negros nos seus recintos.

7. Urge por paradeiro a tal estado de coisas, cuja agravação contribuirá para que se estabeleça, entre nós uma verdadeira luta de raças

[...]

8. Estamos muito em tempo para corrigir, por meio de uma sábia política legislativa, os malefícios de preconceito de raça ou de cor que começa a tomar corpo entre nós, apesar das defesas constitucionais.

[...]

Nesses termos é que propomos adoção do projeto: para que a lei dele decorrente sirva como instrumento de transformação da mentalidade racista que se denuncia entre nós, principalmente nas altas esferas sociais e governativas do país, com seguras e graves consequências para a paz social futura. (esclarecimentos acrescidos).

Em defesa de sua proposta, a qual contou com o apoio, entre outros de Gilberto Freyre (CARNEIRO *apud* SILVA, SFOGGIA, 1997; GRIN, MAIO, 2013, p. 35), Afonso Arinos aponta: “Se fazia necessário um projeto de lei que viesse regular definitivamente as disposições constitucionais relativas à igualdade de raça perante a lei da República” (Brasil, 1950, p. 5843). Ora, atribuir à lei papel mais importante do que a própria Constituição, por si, é digno da merecida crítica pontuada por Duarte (2011, p. 290):

[...] não se pode reduzir o racismo a uma definição jurídico-penal, pois combate ao racismo não pode ser interpretado pela norma infraconstitucional, ao contrário, deve-se partir do texto constitucional e das normas de direito público internacional. A criminalização do racismo não representa o ápice da tutela jurídica, mas um limite tanto porque deve ser utilizada em situações extremas quanto pelo fato de que sua excepcionalidade possui baixa eficácia social.

A concepção, no entanto, de Arinos, de que era necessário que a “lei ordinária” desse “força de regra obrigatória de direito” às disposições da Constituições Federal e os preceitos dos acordos internacionais, demonstra pretensões claramente morais no debate legislativo como apontam Grin e Maio (2013, p. 40), o que se reforça a partir da própria fala do autor do projeto:

[...] nesses termos é que propomos a adoção do projeto, para que a lei dele decorrente sirva como instrumento de transformação da mentalidade racista que se denuncia entre

nós, principalmente nas altas esferas sociais e governativas do país, com seguras e graves consequências para a paz futura. (BRASIL, 1950, p. 5513)

Mas, curioso, é a iniciativa ter sido apresentada por um deputado conservador⁸¹ e até mesmo racista,⁸² como Arinos, o qual teve de suportar a acusação de legislação eleitoral (GUIMARÃES; MACEDO, 2008, p. 35), mais com vistas a ganhar votos do eleitorado negro do que resolver a questão do preconceito. Digna de crítica, ainda, é a falta de legitimidade da proposta, para além do descolamento do autor do projeto da causa negra, o projeto “não dialogava com os verdadeiros sujeitos de direito da lei” (*ibidem*, p. 36), uma vez que representantes do movimento não teriam sido ouvidos na sua elaboração. Esse um problema também destacado por Duarte e Scotti (2013), ao desconsiderar a imprescindibilidade das narrativas plurais para a construção de direitos. Segundo os autores: “Somente narrativas plurais podem apresentar os diversos processos de constituição dos direitos em sociedades nas quais ‘os constrangimentos que se opõe a uma plena realização do indivíduo e da vida social estão por toda parte’”. Nada muito diferente, aliás, da típica condução estatal dos direitos, no âmbito do paradigma do Estado de Bem-Estar Social, como já destacado.

Em consequência, sua recepção cética tanto por políticos, quanto por estudiosos, quanto por lideranças do movimento negro, conforme se vê de declarações várias publicadas no *Jornal de Letras*, de 1951, a propósito da aprovação da lei (*idem*).

A proposta também apresenta tantas impropriedades técnicas que praticamente tornava inútil suas prescrições: “Do texto da norma, a configuração dos atos que se conformariam com o enunciado dos seus nove artigos permite grande flexibilidade ao autor, em detrimento da vítima, dando margem a interpretação extensiva e intensamente subjetiva” (BERTÚLIO, 1989, CLXXVIII). No mesmo sentido, Silva e Sfoggia (1997), destacam:

Se por um lado a lei contempla uma tautológica tipificação de atos de recusa, oposição ou negação de acesso (material ou formal [...]), com a sisífica tentativa de abarcar todos os lugares em que o delito poderia ocorrer, acaba, por outro lado, excluindo uma série de outros atos discriminatórios, já que o legislador jamais será capaz de enumerar, de forma exaustiva, a miríade de condutas racistas, multiplicadas pela rica imaginação e criatividade daquele que as pratica.

[...]

Em verdade, uma infinidade de outros exemplos de atipicidade poderiam ser expostos, para se comprovar, à saciedade, que a tipificação do crime de racismo jamais poderá ser enumerativa, até por força das restrições ao emprego da analogia, em tema de Direito

⁸¹ Na opinião de Roger Bastide e Florestan Fernandes conforme, Grin e Maio (2013, p. 37).

⁸² Na opinião de Guerreiro Ramos, conforme Grin e Maio (2013, p. 45).

Penal.

Entretanto, tal inaplicabilidade prática⁸³ vem em reforço ao apelo moral da lei, uma vez que a Lei Afonso Arinos instaura um “antirracismo da ordem” (GRIN, MAIO, 2013), cumprindo antes uma agenda de despolitização da questão racial no Brasil, de forma a esvaziá-la (*ibidem*, p. 36).

Tanto esse era o clima reinante que, sem qualquer relação com a questão, foi apresentado ao texto do projeto ainda em tramitação a proposta de emenda, de origem do Deputado Hermes Lima, do PSD, pelo Distrito Federal, e que se lia: “Inclua-se no texto do projeto a proibição de formação de ‘frentes negras’ ou de quaisquer modalidades de associação com fins políticos baseada na cor” (BRASIL, 1950, p. 5844). Embora não tenha sido aprovada, a proposta confirmava o que era, então, ideia corrente, além da inexistência de um problema do negro – o problema era socioeconômico – a própria politização do negro era, em si, problemática.

Conforme destacam Guimarães e Macedo (2008, p. 153), em pesquisa ao jornal Diário Trabalhista, no qual o líder negro Abdias Nascimento possuía uma coluna semanal, é possível ler a opinião de Guerreiro Ramos, intelectual negro, no seguinte sentido:

Os meios de luta do negro brasileiro não devem ser demagógicos nem sentimentais, têm que ser adequados ao modo como se coloca o problema no Brasil. Penso que os homens de cor não devem jamais organizar-se para combater o preconceito racial. Nesta parte, sua atitude deve ser tanto quanto possível de indiferença e até humorística, nunca de indignação. (*idem*, p. 156)

Segundo os autores, aliás, “O pensamento de Guerreiro não se afastava muito do *mainstream* das ciências sociais da época” (*idem*, p. 155).

Assim, com aplausos como os do Deputado Coelho de Souza (BRASIL, 1950, 4833), para quem, “O Brasil estivera, pelo menos, formalmente, livre dos malefícios desse preconceito e muito razoavelmente” e “o Brasil, sem embargo de todas as suas imperfeições de base econômica e formas políticas de convivência social, impõe-se hoje como uma comunidade, que pode servir de exemplo e estímulo a outras comunidades modernas”, é a lei aprovada.

E por longo tempo vige, sem que seja aplicada...

Somente em 1966, com o Projeto de Lei nº 3.425-A, é que vem a sofrer alteração, de

modo a ampliar os limites previstos originalmente, de forma a incluir a discriminação racial nos anúncios sobre contratação de empregados. Da justificativa de seu autor, Deputado Célio Marques Fernandes, extrai-se, mais uma vez, a negativa da existência do preconceito e terras brasileiros, isto é, aquilo que Florestan Fernandes já falava sobre o preconceito de não ter preconceito (GUIMARÃES; MACEDO, 2008, p. 148):

Embora não pareça, se não forem tomadas providências, no momento em que o negro adquirir situação econômica o problema [do preconceito] surgirá em nossa Pátria. Temos vivência muito grande, não só em capitais, como no interior do Estado, e sabemos que o problema não existe no Brasil, porque o negro entre nós não adquiriu ainda situação econômica. Entendemos, pois, que em boa hora tomamos as providências. (BRASIL, 1950, p. 1156).

E, assim, embalados pelo mito da democracia racial, ainda que já desgastada pela denúncia diária dos movimentos negros e pelos estudos da chamada Escola de São Paulo,⁸⁴ a questão racial é tratada sem a devida consideração, mormente em seus aspectos de combate aos efeitos deletérios da discriminação, uma vez mais, pelo Poder Legislativo.

2.3 O Estado Democrático de Direito e a Constituinte de 1988

Retornando à questão dos paradigmas, nova transição paradigmática passa a ser observada a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial e, mais precisamente, nas décadas de 1960 e 1970 (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36-37), com a crise do paradigma do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento da condição paradigmática do Estado Democrático de Direito⁸⁵.

Segundo Carvalho Netto (*idem*):

⁸³ Para as dificuldades das diversas etapas do processamento de uma *notitia criminis* de preconceito, com base na lei, ver BERTÚLIO (1989, p. CLXXVII e seguintes).

⁸⁴ Segundo Azevedo, E. 2010. O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo. Campinas: Unicamp, seus expoentes são: Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso, Emília Viotti da Costa e Octavio Ianni. (p. 33)

⁸⁵ Pode-se também identificar esse paradigma com o do Neoconstitucionalismo, cf. BARROSO (2009). Mantém-se o uso do termo Estado Democrático de Direito, conforme CARVALHO NETTO (2003, 2004, 2005), em consideração à advertência de Barroso (*ibidem*, p. 3): “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”.

O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento dos direitos da terceira geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, entre outros. [...] A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo.

Como resultado, não mais a tutela do cidadão-cliente, mas “o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática” (*ibidem*, p. 37), em síntese, “a participação dos afetados” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 22).

No mesmo sentido, aliás, Duarte (2011, p. 157), destaca a importância da participação cidadã no paradigma do Estado Democrático de Direito:

Há, no Estado Democrático de Direito, a abertura do espaço estatal ao social que deve ser requerida e incentivada pela atuação do Poder Judiciário, desde que, no caso concreto, fique demonstrada a presença de procedimentos que tenham satisfeito os princípios estruturantes de igualdade e liberdade. Trata-se de um controle que escapa à mera análise da legalidade formal ou ao conteúdo da política. Requer o controle da presença de procedimentos democráticos que são condicionantes da forma e do conteúdo.

Não que a participação venha a diminuir a complexidade da sociedade, no estabelecimento de mecanismos formais de deliberação coletiva, em que, em última análise, vigore apenas a regra da maioria. Ao contrário, é justamente o reconhecimento dessa complexidade que demanda a procedimentalização da democracia de forma a contemplar tanto os “iguais”, quanto os “diferentes”. É o próprio fundamento do pluralismo que passa a ser necessário, conforme Duarte e Scotti (2013, p. 43):

Enfim, o pluralismo como princípio na Constituição não se situa fora de uma referência ao contexto plural onde ele poderia ser reelaborado. Indica uma concepção procedimental que reconstrói uma memória constitucional de igualdade e da liberdade negadas. Estabelece um âmbito mínimo de normatividade capaz de acoplar o texto às demandas políticas que não eram satisfeitas pelos mecanismos tradicionais de funcionamento da política, tais como os partidos políticos ou os sindicatos, abrindo espaço para uma política de reconhecimento, sobretudo a partir das regras referentes à ordem constitucional da cultura.

O direito à igualdade passa a ser resignificado, portanto, como direito à diferença, e envolve a “permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais” (CARVALHO NETTO, 2005, p. 80). Essa concepção, sem dúvida, permeou as discussões

brasileiras a partir do fim da ditadura militar, especialmente com o processo constituinte de 1988.

No que tange à questão racial, após a massiva repressão ditatorial a toda tentativa de desestabilização ao mito da democracia racial (TELLES, 2003, p. 57), o discurso se torna mais contundente, a estratégia de inclusão se adequa ao paradigma então vigente, de igualdade na diferença, com constantes manifestações públicas e formação de um movimento nacional, de maneira bastante forte (DOMINGUES, 2007).

O período de redemocratização suscita várias outras questões ligadas à própria concepção do Estado Brasileiro.

Ao fazer uma síntese das correntes de interpretação do período de abertura política (DINIZ, 1985, apud SANTOS, 2001), Diniz aponta três categorias básicas: (i) mudança como resposta à pressão da sociedade; (ii) autonomia do núcleo dirigente e capacidade de se antecipar às pressões da sociedade; e (iii) conjugação de esforços inovadores das elites dirigentes para preservação de seu poder e a capacidade de resistência da sociedade civil.

Em qualquer das três chaves interpretativas, o povo não é colocado como figura central da mudança. Eis o novo paradoxo brasileiro, de experiências de um novo paradigma, do Estado Democrático de Direito, mas com forte reflexo da lógica excludente do paradigma anterior, do Estado de Bem-Estar Social.

Essa interpretação é corroborada pelo próprio debate que antecede à convocação da Assembleia Constituinte, no período de 1984 a 1987 no qual “o foco do conflito político está no sentido e no alcance das mudanças políticas a serem impressas pela Constituinte” (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 144), em que:

Quanto às diferenças em relação à Constituinte, a polarização se dava a respeito da natureza e poderes do Poder Constituinte: à direita falava-se em emendas ou revisão da Carta vigente e à esquerda defendia-se a Constituinte como assembleia soberana e exclusiva, em ruptura com a ordem existente. (*idem*).

Mais uma vez, é a ideia de revolução passiva de Gramsci (2002)⁸⁶, que se reapresenta, com uma restauração forte, não obstante o controle da renovação proposta. Tanto assim, que a própria Constituinte é convocada pelo Congresso Nacional que, aprova a Emenda Constitucional nº 26, 27 de novembro de 1985, a qual dispõe em seu artigo 1º: “Os Membros da

⁸⁶ Cf. Gramsci (2002): “Pode-se aplicar ao conceito de revolução passiva (e pode-se documentar no *Risorgimento* italiano) o critério interpretativo das modificações moleculares, que, na realidade, modificam progressivamente a composição anterior das forças e, portanto, transformam-se em matriz de novas modificações”.

Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Vale, nesse sentido, lembrar a advertência de “[...] quem convoca o poder constituinte, segundo Faoro, não é o poder estatal. Este apenas instrumentaliza, sem subordinar, a vontade popular, restituindo o poder ao povo” (BERCOVICI, 2013, p. 307). E, culminando com essa condução pelo alto, o primeiro anteprojeto para essa nova Constituição não é fruto da construção coletiva, mas produto de uma Comissão de Notáveis, presidida por Affonso Arinos de Melo Franco,⁸⁷ conforme convocação pelo Decreto Federal nº 91.450, de 18 de julho de 1985, do então Presidente José Sarney. Embora ao final, o projeto tenha sido recebido como mais uma contribuição⁸⁸, não se pode olvidar que esta mesma lógica de condução dos temas de relevância nacional por uma elite voltará à tona, quando da fase de votação do Projeto da Constituição, com o bloco conhecido como “Centrão”⁸⁹.

A própria composição da Assembleia Nacional Constituinte também sinaliza esses traços de revolução passiva gramsciana, à medida que não houve uma eleição específica apenas para Deputados Constituintes, que deixariam o mandato após concluída a elaboração da Constituição. Como destaca Matilde Ribeiro (2014, p. 164): “Importante destacar que a ANC [Assembleia Nacional Constituinte] foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987 e contou com 559 membros - dos quais 23 eram senadores eleitos em 1982, 46 senadores eleitos em 1986 e os demais, deputados eleitos em 1986”, os quais continuariam a exercer o mandato parlamentar.

No que toca à composição racial da Constituinte, menos de 2% (dois por cento) de seus membros eram negros, como destaca o Deputado Constituinte Amaury Müller:

Aqui mesmo, Sr. Presidente, na Assembleia Nacional Constituinte, onde, em tese, estão representados todos os segmentos da sociedade civil organizada, são raríssimos os parlamentares negros; contam-se nos dedos das mãos. Se a memória não me trai, são negros apenas os ilustres e combativos Constituintes Antônio de Jesus, Paulo Renato Paim, Benedita da Silva, Carlos Alberto Caó, Fernando Santana, Edmilson Valentim, Eraldo Trindade, Milton Barbosa e Mário Lima (BRASIL, 1988)

⁸⁷ O mesmo conservador e racista autor do projeto de lei que criminalizou o racismo, como visto na seção anterior.

⁸⁸ Observações de Carvalho Netto, na disciplina Tópicos Avançados, da Pós-Graduação em Direito, da UnB, no período de 2013.

⁸⁹ Conforme Barroso (1997), tratava-se de uma articulação da ala mais conservadora, de direita, num bloco suprapartidário, em que se agregam vários deputados para votar uniformemente pontos mais progressistas da futura Constituição.

Pires (2013, p. 108), a partir da análise das fotos publicadas dos constituintes, em razão da ausência de identificação de sua cor nos registros, aponta como pretos e pardos: Eraldo Trindade (PFL-AP), Milton Barbosa (PMDB-BA), Hélio Manhães (PMDB-ES), Antônio de Jesus (PMDB-GO), Mário de Oliveira (PMDB-MG), Paulo Paim (PT-RS), Benedita da Silva (PT-RJ), Carlos Alberto Caó (PDT-RJ) e Edmilson Valentim (PC do B-RJ)⁹⁰.

Com tão pequena representatividade, não admira que os grandes temas afetos à questão racial tenham recebido um tratamento aquém da expectativa gerada. Essa constatação contrasta com a concepção de uma constituição dirigente, que foi adotada pela Assembleia Constituinte de 1987, com a “visão de que a crise constituinte brasileira seria superada com o cumprimento do projeto constitucional de 1988, que concluiria a construção da nação” (BERCOVICI, 2013, p. 319). No entanto, não se pode desconsiderar que, em razão da própria mudança nos rumos da constituinte, acabou havendo uma maior – e não controlada – participação popular em seu processo. Com isto, o anteprojeto dos notáveis, é abandonado e um processo menos elitista passa a ser discutido. Como destaca CARVALHO NETTO (1992, p. 293):

O inegável fracasso do modelo autoritário, aliado à crescente crise da legitimidade do regime, para não se mencionarem os fatores externos, conduziu a uma crescente organização da sociedade civil, que não apenas forçou a transição para o regime democrático, mas, sobretudo, emprestou ao processo nacional constituinte, muito embora a Assembleia não fosse exclusiva, legitimidade jamais alcançada em nossa história constitucional, em razão da participação ativa e direta do cidadão.

Na questão racial, merece registro o evento antecedente à reunião da Assembleia Constituinte, em 1986, com a realização da Convenção Nacional do Negro, em Brasília, com a temática O negro e a Constituinte. O evento contou a presença de 63 entidades de 16 estados brasileiros, num total de 185 participantes (RIBEIRO, 2014, p. 170), extraindo uma Declaração⁹¹ com as seguintes reivindicações, sintetizadas por Pires (2013, p. 110):

- 1) No âmbito dos direitos e garantias individuais: proteção do direito à igualdade; transformação do racismo em crime inafiançável e sujeito à pena de reclusão; proibição da pena de morte; respeito à integridade física e moral do detento do sistema prisional; criação de Tribunal Especial para julgamento de crimes de discriminação racial; tortura

⁹⁰ A divergência entre a identificação do Deputado Amaury Müller e a contagem de Thula Rafaela de Oliveira Pires (2013), apenas reforça como a autodeclaração é imprescindível para a atribuição racial de uma pessoa.

⁹¹ Íntegra do documento disponível em: <<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVENÇÃO%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>>. Acesso em: 3.03.2016.

- tratada como crime contra a humanidade;
- 2) Sobre a atividade policial: unificação das polícias civis e militar, capacitada regularmente ao exercício da função com respeito à integridade física e moral do cidadão, independentemente de sua raça ou cor;
 - 3) Condição de vida e saúde: extensão da licença maternidade para seis meses; estatização, socialização e unificação do sistema de saúde; assistência ao idoso, independentemente de contribuição previdenciária; estatização dos transportes públicos; garantia do direito à moradia;
 - 4) Direitos da mulher: igualdade de direitos entre homem e mulher; proibição de imposição estatal de qualquer programa de controle de natalidade, bem como a descriminalização do aborto;
 - 5) Direitos do menor: responsabilidade estatal pela educação da criança carente; proibição de Casas de detenção de menores;
 - 6) Educação: ensino obrigatório de História da África e da História do negro no Brasil; educação gratuita em todos os níveis; ocupação da direção e coordenação das escolas públicas mediante eleição com a participação dos professores, alunos e pais de alunos;
 - 7) Cultura: seja decretado feriado nacional no dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; liberdade de culto religioso e manifestação cultural; reconhecimento expresso do caráter multirracial da cultura brasileira;
 - 8) Trabalho: jornada diária de seis horas; estabilidade no emprego; reconhecimento da profissão de empregada doméstica e diarista de acordo com a CLT; aposentadoria por tempo de serviço com salário integral; licença paternidade; direito de sindicalização para funcionários públicos; criação do “juizado de pequenas causas” na área trabalhista;
 - 9) Acesso à terra: garantia do direito de propriedade do solo urbano às populações pobres; garantia do título de propriedade da terra às Comunidades Negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural; desapropriação de imóveis improdutivos;
 - 10) Relações Internacionais: rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com Estados que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população.

Ribeiro (2014, p. 170-171) destaca assim, que com temáticas como terra, educação, condições de vida e saúde; segurança/violência policial, cultura e comunicação, relações internacionais, mulher, criança e adolescente e direitos e garantias individuais, ficara demonstrado o leque de atuação dos movimentos negros na década de 1980. A articulação da Convenção Nacional do Negro, ainda, possibilitou o fortalecimento das relações com os deputados Benedita da Silva (PT-RJ), Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), Edmilson (PC do B-RJ), Paulo Paim (PT-RS) e outros, como o então deputado Lula (PT-SP), bem como “dinamizou os debates e proposições políticas”.

A partir daí, “como resultado das articulações pré-constituintes e da incansável militância” (PIRES, 2013, p. 112), foi criada a Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias, no âmbito da Comissão da Ordem Social. Nessa subcomissão o Deputado Constituinte Alcení Guerra aponta o recebimento de 89 (oitenta e nove emendas), ao projeto original dessa Subcomissão, bem como a realização de audiências públicas. Assim, após acolhimento e redação de um substitutivo, foram apresentadas, em relação à questão racial, as

seguintes propostas:

Art. 1º A sociedade brasileira é pluriétnica, ficando reconhecidas as formas de organização nacional dos povos indígenas.

Art. 2º Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos.

§ 1º Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social.

§ 2º O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional.

§ 3º Não constitui discriminação ou privilégio a aplicação, pelo Poder Público, de medidas compensatórias, visando a implementação do princípio constitucional de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada.

§ 4º Entendem-se como medidas compensatórias aquelas voltadas a dar preferência a determinados cidadãos ou grupos de cidadãos, para garantir sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais.

NEGROS

Art. 3º Constitui crime inafiançável subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos mesmos, por meio de palavras, imagens ou representações, através de quaisquer meios de comunicação.

Art. 4º A educação dará ênfase à igualdade dos sexos, à luta contra o racismo e todas as formas de discriminação, afirmando as características multiculturais e pluriétnicas do povo brasileiro.

Art. 5º O ensino de "História das Populações Negras, Indígenas e demais Etnias que compõem a Nacionalidade Brasileira" será obrigatório em todos os níveis da educação brasileira, na forma que a lei dispuser.

§ 6º Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a dotação de uma ação compensatória visando à integração plena das crianças carentes, a adoção de auxílio suplementar para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado.

Art. 7º O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos.

Art. 8º Lei ordinária disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 9º O País não manterá relações diplomáticas e não firmará tratados, acordos ou convênios com países que desrespeitem os direitos constantes da 'Declaração Universal dos Direitos do Homem', bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território. (BRASIL, 1988)

Ao se comparar este documento original tanto com as demandas defendidas na Convenção Nacional do Negro, quanto com o texto constitucional aprovado aos 5 de outubro de 1988, verifica-se que muitas dessas concepções se perderam, como a declaração de ser a sociedade brasileira pluriétnica (art. 1º), a previsão expressa de políticas compensatórias (art. 2º, §§3º e 4º e art. 6º) e rompimento diplomático com nações que desrespeitem direitos humanos

(art. 9º). E mesmo as que foram mantidas perderam muito da sua contundência, como a condenação do racismo (atual art. 5º, XLII, comparado ao original art.3º)⁹² e o ensino de história das populações negras, indígenas e demais etnias que compõem a nacionalidade brasileira (atual art. 242, §1º,⁹³ comparado ao original art. 5º).

Muito dessa perda de espaço na pauta política talvez possa ser reputado à baixa representação negra dentro dos partidos políticos, conforme Luiz Alberto Silva Santos: “A representação de negros em todos os partidos é muito baixa, e atuar tendo como prioridade a questão racial é muito difícil, porque essa agenda não entra na ordem de prioridades” (*apud* RIBEIRO, 2014, p. 161). Ainda assim, conforme Hédio Silva Jr. (*apud* RIBEIRO, 2014, p. 164), “a carta de 1988 impulsionou um processo nacional marcado pela edição de normas programáticas e normas de conduta destinadas ao enfrentamento do racismo e/ou à promoção da igualdade racial nas esferas estadual e municipal”.

Importa ressaltar o duplo tratamento dado às discussões na Assembleia Constituinte (SANTOS, 2015), um primeiro, numa “fase popular ou descentralizada”, em que houve uma enorme participação popular e, um segundo, numa “fase parlamentar ou centralizada”, em que os interesses conservadores ditaram o desenrolar das votações e matérias.

Na primeira fase, no âmbito da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e minorias, foram ouvidos “todos os que manifestaram o desejo de ali se fazer ouvir” (*idem*, p. 80). Destaca-se, também, a realização de três audiências públicas, em que “os/as militantes fizeram uso de grande parte do tempo de fala e, em geral, as intervenções dos constituintes se deram ao final do encontro, o que indica uma priorização das vozes extraparlamentares” (*idem*, p. 81). Esta participação no processo constituinte teve um significado especial no reforço da transição paradigmática para o Estado Democrático de Direito:

Se a sensação de reescrita da história do país, de um recomeço, de construção da democracia e da cidadania (palavras com um poder semântico particularmente forte no contexto) era compartilhada pelos atores e atrizes extraparlamentares e também parlamentares¹⁶⁴, para os/as ativistas do Movimento Negro notamos que o momento constituinte possuía um significado que ia além da transição de regime, simbolizando também a possibilidade de abandono definitivo do mito da democracia racial. (*Idem*, p. 117)

⁹² Art. 5º. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁹³ § 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

As propostas elaboradas no âmbito da Subcomissão, ao serem analisadas na Comissão da Ordem Social, embora mantidas em grande parte as propostas apresentadas, teve algumas exclusões significativas, referentes à especificação das formas de discriminação⁹⁴, promoção da igualdade⁹⁵ e de ações afirmativas (ação compensatória)⁹⁶, além da alteração do tratamento da história das populações negras, indígenas e demais etnias que compõem a nacionalidade brasileira, que saiu do capítulo da Educação indo para as Disposições Transitórias (PIRES, 2013, p. 119).

No entanto, na segunda fase, em que a atividade constituinte se desenvolveu não mais com a direta participação popular, mas com base em uma solução de compromisso entre os constituintes (GOMES, 2002, *apud* SANTOS, 2015, p. 154), é que a reação conservadora se revelou mais sentida, comprometendo, de certa forma, os avanços obtidos na primeira fase, ficando a cargo de 93 constituintes a definição do texto a ser votado em dois turnos pelo Plenário, a partir de quatro documentos produzidos: o Anteprojeto de Constituição, o Projeto de Constituição, o 1º Substitutivo e o 2º Substitutivo (PIRES, 2013, p. 119).

O Anteprojeto de Constituição⁹⁷, apresentado em 26.06.1987, manteve o mesmo tratamento dado pelas Comissões Temáticas, com pequenas alterações. Mas, a mudança mais significativa deu-se com a retirada do dispositivo que tratava das relações diplomáticas com os países assumidamente racistas, num momento histórico importante, referente ao regime de *apartheid* na África do Sul, em que pese sua conveniência atemporal (*ibidem*, p. 122). No mais, é destacar as várias críticas ao Anteprojeto, pela ausência de uma sistematização, resumindo-se a agrupar as propostas das Comissões Temáticas, gerando um texto extenso e inconsistente (*ibidem*, p. 124).

Após as emendas apresentadas, o relator Bernardo Cabral (PMDB-AM) apresenta em

⁹⁴ “Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social” (cf. PIRES, 2013, p. 118).

⁹⁵ “O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional” (cf. PIRES, 2013, p. 118).

⁹⁶ “Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória, visando à integração plena das crianças carentes, a adoção de auxílio suplementar para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado” (cf. PIRES, 2013, p. 118).

⁹⁷ Conteúdo disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em 4.03.2016.

9.07.1987, o Projeto da Constituição⁹⁸, ainda sem alteração na temática racial, apenas com alteração da numeração de alguns artigos (*idem*). O objetivo era apenas cumprir a norma regimental a fim de discutir a matéria em Plenário, daí o pouco interesse pelo próprio Relator no texto elaborado (PILATTI *apud* PIRES, 2013, p. 124).

A partir desse momento, há um incremento na tensão política em razão do teor progressivo do texto até então elaborado, o que levou “ao acirramento de grupo políticos distintos no âmbito da Constituinte e fora dela também, fazendo com que a fragmentação no interior dos próprios partidos políticos e seus grupos de apoio” (*idem*). Conforme Barroso (1997, p. 94) havia, desde a instalação da Constituinte, vários grupos suprapartidários, como o “Grupo do Consenso”, “Grupo Conservador” e “Grupo Centrista”, com proeminência em diferentes momentos e, em determinado momento, alguns deles se aglutinaram no chamado “Centrão”.

Segue-se a uma alteração regimental, forçada pelos conservadores, para controlar a tramitação das discussões, vindo de ser apresentado o 1º Substitutivo do Projeto de Constituição⁹⁹, em 26.08.1987, em que já retirava do projeto “o que ele tinha de mais avançado, desprestigiando os relatórios [...] como emendas, tanto as dos constituintes quanto as populares” (*idem*) com alguns retrocessos na questão racial (PIRES, 2013, p. 125).

Aumenta a tensão entre os grupos de interesse, com impasses e necessidade de grande habilidade política dos líderes para viabilizar a votação (*ibidem*, p. 126). No entanto, na elaboração do 2º Substitutivo¹⁰⁰, apresentado em setembro de 1987, “a correlação de forças na Comissão de Sistematização começou a mudar em favor dos conservadores” (BARROSO, 1997, p. 95). Seu conteúdo foi elaborado por um grupo de 32 deputados moderados, que resultou em mais alterações no texto com algumas supressões na temática racial (PIRES, 2013, p. 126-127).

A partir das emendas apresentadas, é elaborado o Projeto de Constituição A a ser submetido ao Plenário. É nessa fase que a força do “Centrão” se apresenta mais clara, conforme destaca Barroso (1997, p. 96):

A grande manobra, nesta nova etapa, foi a mudança do Regimento Interno. O chamado “Centrão”, bloco de direito, inconformado com o teor ‘esquerdizante’ do projeto e

⁹⁸ Conteúdo disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>>. Acesso em 4.03.2016.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em 4.03.2016.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>>. Acesso em 4.03.2016.

confiante na pretensa maioria em plenário, consegue modificar, após tentativas de acordo e duas votações, o Regimento, no sentido de exigir a maioria qualificada de 280 votos não só para aprovar uma emenda modificativa, mas também para manter o texto de um artigo do projeto já aprovado na Sistematização.

Mas o “Centrão” não conseguiu manter a ofensiva e ser o “rolo compressor” que alardeava, conforme Barroso (*idem*) e Pires (2013, p. 128), tendo sido mantidas diversas propostas que lhe eram contrárias, como o direito das minorias, princípio da democracia direta, *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e a função social da propriedade. Por outro lado, o tema da Reforma Agrária foi uma grande vitória para eles.

Ameaças golpistas foram várias, como por exemplo, a proposta do Ministro Antônio Carlos Magalhães de iniciar do nada a Constituinte para fazer uma nova Constituição de acordo com uma comissão de especialistas, o que tinha apoio do Ministério dos Exércitos (Barroso, 1997, p. 97). Superadas, entretanto, as ameaças e efetivos retrocessos, em 5.10.1988 é promulgada a Constituição que, na temática de racismo tem, segundo Pires (2013, p. 129) três frentes: “a primeira, que protege as relações raciais a partir das ideias de dignidade humana, liberdade, igualdade e propriedade; a segunda, no âmbito dos direitos sociais ao trabalho e à educação; por fim, a partir do direito fundamental à cultura”.

Ainda, segundo a autora (*ibidem*, p. 131):

Diante do tratamento conferido ao tema [racial] pelo texto promulgado, a Constituição Cidadã é enaltecida pelos representantes da militância negra como o documento legal que coloca a questão racial na agenda política brasileira. A consolidação do debate racial no cenário político-normativo se dá a partir da norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, de forma a ter seus efeitos irradiados para todas as demais regulamentações vigentes. O parlamento teve que ouvir e responder às demandas propostas não apenas no momento constituinte, mas nos subsequentes, à medida que as normas constitucionais destacadas exigem regulamentação infraconstitucional.

Com base nos diversos quadros comparativos elaborados por Nádia Santos (2015), pode-se observar, num quadro único, as diferenças entre as propostas da Subcomissão – fase popular – e o Projeto D – fase centralizada - correspondente à redação final, que veio a ser aprovada:

Quadro 1 - Evolução das temáticas propostas na subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e minorias e a Redação Final aprovada

Temática Racial	Texto aprovado na Subcomissão	Texto aprovado na redação final
Criminalização	<p>Direitos e Garantias Art. 1º Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos.</p> <p>Negros Art. 3º Constitui crime inafiançável subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos, raciais ou de cor, ou pertencentes aos mesmos, por meio de palavras, imagens ou representações, através de qualquer meio de comunicação.</p>	<p>Dos Direitos e Garantias Fundamentais Dos direitos e deveres individuais e coletivos Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.</p>
Isonomia	<p>Direitos e Garantias §1º Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social. §2º O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional. §3º Não constitui discriminação ou privilégio a aplicação, pelo Poder Público, de medidas compensatórias visando a implementação do princípio constitucional de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de discriminação comprovada. §4º Entendem-se como medidas compensatórias aquelas voltadas a dar preferência a determinados cidadãos ou grupos de cidadãos para garantir sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais. §5º Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória visando a integração plena das crianças carentes, a adoção de</p>	<p>Título I – Dos princípios fundamentais Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;</p> <p>Capítulo III – Da educação, da cultura e do esporte Seção I – Da educação Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.</p>

	<p>auxílio suplementar para alimentação, transporte, e vestuário caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado.</p>	
Educação	<p>Negros Art. 4º A Educação dará ênfase à igualdade dos sexos, à luta contra o racismo e todas as formas de discriminação, afirmando as características multiculturais e pluriétnicas do povo brasileiro. Art. 5º O ensino de “História das Populações Negras, Indígenas e demais etnias que compõem a nacionalidade brasileira” será obrigatório em todos os níveis da educação brasileira, na forma que a lei dispuser.</p>	<p>Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto Seção I – Da educação Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.</p> <p>Das Disposições Constitucionais Gerais Art. 242. §1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.</p>
Cultura	<p>Negros Art. 7º Lei ordinária disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.</p>	<p>Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto Seção I – Da educação Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. §1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. §2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:</p>

		§5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
Relações diplomáticas	Art. 8º O país não manterá relações diplomáticas e não firmará tratados, acordos ou convênios com países que desrespeitem os direitos constantes da “Declaração Universal do Homem”, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território.	Dos Princípios Fundamentais Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo
Questão Quilombola	Art. 6º O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos.	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos

Fonte: Adaptado a partir de SANTOS, 2015.

Assim, é possível concluir que a complexidade do reconhecimento da diferença, embora fruto de uma profícua tensão entre constitucionalismo e democracia (CARVALHO NETTO, 2003; 2004; 2005), pode sofrer sérios reveses no âmbito de um espaço de poder em que a sub-representação de uma maioria marginalizada, como o é a população negra (CAMPOS; MACHADO, 2015), é incapaz de levar a uma solução de compromisso (ROSENFELD, 1991, p. 321) em que as suas perspectivas sejam seriamente levadas em consideração. Mas, é nesse jogo de poder, com “embate entre fatores reais de poder” é que “algumas demandas foram introduzidas ao texto, enquanto outras permaneceram latentes na esfera pública” (PIRES, 2013, p. 131).

Assim, tanto na condição paradigmática do Estado de Direito, quanto na do Estado de Bem-Estar Social, em que a cidadania era negada à pessoa escravizada (ou liberto) e ao negro (cidadão-cliente), o discurso racial de protesto dos movimentos negros é mantido à margem dos Poderes Públicos, em especial do Poder Legislativo. Já no paradigma do Estado Democrático de Direito, a participação dos movimentos negros na concepção do próprio Estado e da Constituição, como é exemplo as propostas constantes do documento elaborado na Convenção Nacional o Negro na Constituinte (CONVENÇÃO, 1986) e a ampla participação direta na própria Constituinte (SANTOS, 2015), viabilizam uma nova abordagem da questão racial e de

inclusão da população negra, conquanto ainda condicionada pela condução das elites conservadoras de boa parte do processo.

CAPÍTULO II

As cotas raciais no serviço público

“O que precisamos é agir por meio de políticas viáveis e eficientes, aqui e agora”.

(Guimarães, 2009, p. 194)

O segundo capítulo, também dividido em duas partes, apresenta, inicialmente, um breve levantamento das anteriores experiências de cotas raciais no serviço público brasileiro. Estabelecidas as premissas, já no primeiro capítulo, de um novo paradigma para o direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988 (CARVALHO NETTO, 2003), tendo ainda em conta os objetivos das Ações Afirmativas, aqui apontados, passa-se a uma segunda seção do capítulo, em que se aprofunda o estudo de caso da Lei de Cotas, apresentando as discussões que precederam o envio do PL 6.738/2013 à Câmara dos Deputados, a análise de sua justificação e de seu conteúdo, bem como a tramitação havida no Congresso Nacional e as disputas judiciais na sua aplicação.

1 Políticas sensíveis à “raça” no serviço público

Se é possível hoje, em pleno século XXI, falar de políticas sensíveis à “raça” no serviço público, como espécie de ação afirmativa, não se pode descuidar que tal “sensibilidade” remonta a um outro período, em outro contexto, conforme destaca Vieira Júnior (2006), em que certa reserva de vagas ou cargos era feita com base na cor da pele não para promover a inclusão, mas para mantê-la, como “ações negativa”¹.

Conforme Telles (2003, p. 250), embora o Estado Brasileiro não tenha adotado práticas tão explicitamente racistas como os Estados Unidos, com o *Jim Crow*, ou a África do

¹ Cf. VIEIRA JÚNIOR (2006, p. 67): “O termo “ações negativas” [...] significa ações estatais oficiais que deliberadamente criavam restrições e obstáculos ao acesso da população negra a direitos fundamentais, bens e serviços durante o Império, mais precisamente entre os anos de 1822 e 1851”.

Sul, com o *apartheid*, “o Estado brasileiro e seu antecessor, o Estado português, criaram a instituição da escravidão, que dependia inteiramente de um sistema de dominação racial”. Mesmo após a abolição, a ausência de integração dos negros e negras é fomentada pela política de embranquecimento, calcada na imigração, em que “os governos federal e estaduais, buscaram imigrantes europeus para substituir os escravos [ex-escravizados], barrando a imigração de africanos, asiáticos e afro-norte-americanos” (*ibidem*, p. 251). Também conta, como “ação negativa”, mesmo com um caráter não ostensivamente racista, a ausência de preocupação brasileira com a educação, principalmente a ausência de escolas primárias e secundárias, que só a partir da segunda metade do século XX, passou a apresentar algum grau de investimento público (*ibidem*, p. 252). O autor destaca que “a renda no Brasil está relacionada com a educação, de forma que as diferenças no nível de educação podem explicar a maior parte das desvantagens atuais de negros” (*idem*). Outros dois aspectos, ainda, Telles destaca: a implementação de leis repressivas, com a Lei da Vadiagem, “geralmente aplicada contra homens negros desempregados” (*ibidem*, p. 253) e as políticas de incentivo regional, favorecendo os sulistas, que apresentavam os maiores índices de concentração da população Branca, em desfavor do Nordeste² (*idem*).

No que tange ao ingresso no serviço público, conforme Vieira Júnior (2006, p. 92), para a população negra apenas estavam acessíveis “atribuições públicas que não exigiam um grau maior de qualificação” e “fundadas na força física e no trabalho braçal”. Nesse sentido é que o autor (*idem*) destaca a participação de ingênuos e libertos para trabalho nas estações públicas, inicialmente na Província da Bahia (Decreto de 25.06.1831) e, posteriormente, em todas as províncias do Império (Decreto de 20.09.1831), mas, desta vez, com “mão-de-obra exclusivamente composta por negros livres”, uma vez que “de forma alguma interessavam aos filhos da aristocracia nacional e aos portugueses ou brasileiros naturalizados que se encontravam no Brasil à época”.

Vale lembrar, ainda, a situação do negro elevado à condição especial de soldado,

² Conforme Guimarães (2009, p. 51), as transformações da ordem socioeconômica e seus efeitos regionais teve grande impacto no atual racismo brasileiro. Daí a pertinência da análise de Telles (2003, p. 253): “Embora não seja claro até que ponto o governo federal tinha intenção de criar desigualdades de qualquer tipo, é notório que suas políticas regionais também levaram ao aumento da desigualdade racial. No início dos anos 30, as políticas desenvolvimentistas brasileiras favoreceram os sulistas, especialmente São Paulo, ao subsidiar as indústrias naquela região, enquanto negavam subsídios necessários para o crescimento de uma agricultura para exportação e de uma

durante a guerra do Paraguai, como pontua Chiavenato (2012, p. 195):

Se a composição do exército brasileiro correspondesse proporcionalmente à população, teria dois terços de brancos e um terço de negros escravos. Porém, os observadores europeus indicaram algumas vezes a proporção de 1 branco para cada 45 soldados negros. Se a observação dos europeus pode parecer exagerada, não há exagero nos documentos comprovando que desde o começo do século XIX havia 8 negros para cada branco nas tropas imperiais.

E, a fim de não ter de se enumerar, dentro dessa mesma lógica – embora com outros “beneficiários”, toda a política imigrantista³, vê-se, na atualidade, o retorno de políticas sensíveis à “raça” não mais para excluir. Embora com limites, como este estudo pretende demonstrar, a Lei de Cotas, se apresenta como uma das mais recentes medidas no combate ao racismo institucional, mas não corresponde, nem mesmo no âmbito da Administração Pública Federal, uma novidade, como comprova a existência do Programa Nacional de Ações Afirmativas - PNAA, instituído pelo Decreto Federal nº 4.228, de 2002. Da mesma forma, em âmbito local, desde o início da década, são elaboradas leis com reserva de vagas em concursos públicos.

1.1 Experiências de cotas raciais no serviço público

Resgatando a ideia de “momentos democráticos” (IGLÉSIAS, 1985 *apud* ALMEIDA, 2011), quando se discute políticas de promoção da igualdade racial no Brasil, os autores tendem a marcar como ponto de inflexão na luta contra o racismo a participação do Brasil na III Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban (2001) (RIBEIRO, 2014; JACCOUD, 2009). A esse momento um outro pode se somar, qual seja, o julgamento pelo STF, da ADPF nº 186, em 2012 (DUARTE, SCOTTI, 2013).

O objetivo é tentar identificar, nas diversas experiências em cotas raciais no serviço público, indícios de uma lógica de tratamento da questão racial pelo Poder Público, alijada da participação dos movimentos sociais negros diretamente interessados, com o efeito de despolitização da questão racial no Brasil, de forma a esvaziá-la.

indústria incipiente na região Nordeste. Essas políticas causaram enorme impacto na desigualdade racial, uma vez que favoreciam as populações brancas concentradas de forma desproporcional nas regiões Sul e Sudeste”.

1.1.1. Iniciativas antes de Durban

Embora não se possa afirmar a demanda específica por ações afirmativas no ativismo negro⁴ antes de 1968 (GUIMARÃES, 2015, p. 18), a primeira reivindicação de inclusão de negros no serviço público parece remontar à atuação da Frente Negra Brasileira – FNB na Força Pública de São Paulo, na década de 1930 (ANDREWS, 1991). Dentre estas várias organizações, considerando a imensa pauta reivindicatória, desde a década de 1920, o Centro Cívico Palmares vinha tentando resolver o problema da ausência de negros na Guarda Civil do estado paulista composta em sua maioria por estrangeiros (ANDREWS, 1991, p. 234).

Mesmo com ausência de normas que impedissem o ingresso dos negros, a discriminação racial “informal” barrava-lhes o acesso, como a clássica fala do Comandante de sua Guarda, diante da inevitável alteração introduzida em 1928, demonstra: “Com a entrada de negros, podemos abrir a porta a morféticos e a portadores de defeitos físicos” (FERNANDES, 2008, p. 165). Com o apelo direto da FNB ao então Presidente Getúlio Vargas, este resolveu o problema com o alistamento de uma cota de 200 recrutas negros. Ainda segundo Andrews (1991, p. 234) “no decorrer da década de 1930, cerca de 500 afro-brasileiros ingressaram na milícia do Estado, um dos quais ascendeu até o posto de coronel”.

Essa solução pontual, isolada, e no contexto de uma estratégia integracionista dos movimentos negros, com um enfrentamento assistemático do mito da democracia racial (DOMINGUES, 2007, p. 117-118) produziu pouca ou nenhuma alteração na estrutura social brasileira.

Afora isto, Guimarães (2015) afasta a possibilidade da adoção de ações afirmativas durante o período militar, embora a polêmica que cerca a matéria divulgada no *Jornal do Brasil*, de 3 de novembro de 1968, intitulada “Discriminação racial dificulta empregos”, tenha gerado uma grande movimentação por parte do Coronel Jarbas Passarinho, a frente do Ministério do

³ Ver, a propósito, AZEVEDO, 1987.

⁴ Em razão do escopo desse estudo, não serão abordadas as denúncias à discriminação em todos os setores da sociedade com os primeiros movimentos de mobilização racial negra no Brasil. Nesse sentido, remete-se a DOMINGUES, 2007.

Trabalho, do Departamento Nacional de Mão de Obra e do Tribunal Superior do Trabalho. Segundo levantamento dos documentos de época, Guimarães (*idem*) demonstra que chegou a ser cogitada uma lei semelhante à dos 2/3⁵, em que fosse estabelecido uma obrigatoriedade das empresas manter em seus quadros entre 10% a 20% de empregados de cor (*ibidem*, p. 4). Entretanto, em 9 de novembro daquele mesmo ano, o mesmo Passarinho foi à imprensa para desmentir que haveria um projeto que “obrigasse a admissão pelas empresas de pessoas negras”. O incidente, que mereceu manifestações raivosas da escritora Rachel de Queiroz⁶, desperta o interesse por “tratar exclusivamente de discriminações no mercado, mais especificamente na colocação de empregados recrutados por agências de emprego” e “serem essas agências governamentais, ligadas ao Ministério do Trabalho”. Concluindo, afirma Guimarães (*ibidem*, p. 21):

De todas as hipóteses, a que fica mais difícil de descartar, portanto, com o conhecimento que temos hoje, é de que a sugestão de estabelecer cotas raciais para os trabalhadores colocados em empresas privadas pelas agências de colocação estatais tenha sido uma iniciativa dos próprios técnicos do D.N.M.O, motivada provavelmente pelo desejo de fortalecer a importância do próprio Departamento. Que tal desejo tenha sido veiculado pela grande imprensa e tenha permanecido em sua pauta por uma semana, entretanto, nos indica que havia alguma expectativa de que tal proposta pudesse encontrar respaldo em alguns grupos sociais e governamentais, naquele contexto de reformas trabalhistas dos anos 1968.

Como nada alterou, então, fica apenas o registro da força da democracia racial no período.

Tampouco a legislação repressiva, tal como a Lei nº 7.437, de 1985, conhecida como Lei Caó, que alterou a Lei nº 1.390 (Lei Afonso Arinos), para também inserir como contravenção penal “obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de cor ou raça” (art. 8º), ou a Lei nº 7.716, de 1989, conhecida como Lei Paim, que tipifica como crime, passível de reclusão de dois a cinco anos, impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos (art. 3º), foi capaz de alterar a desigualdade racial apontada.

⁵ A Lei dos 2/3, constante da CLT, constante do art. 352, da CLT prevê a proporcionalidade de empregados brasileiros em relação aos imigrantes.

⁶ Conforme Guimarães (2015, p. 16), “Rachel de Queiroz, em sua *Carta Aberta ao Ministro Jarbas Passarinho*, [...] invoca [...]: ‘No Brasil, graças à sábia e benemérita lei Afonso Arinos toda espécie de discriminação racial é considerada crime [*rectius*, contravenção penal], sujeita a sanção penal’. No caso, ações afirmativas seriam ainda piores que o crime de racismo: ‘E eu digo mais: é preferível que continue a haver discriminação encoberta e ilegal,

Isto porque, conforme já discutido, uma política apenas repressiva é incapaz de alterar o enfrentamento de um tema complexo como a discriminação racial.

1.1.2 Iniciativas após Durban

A “batalha de Durban” (CARNEIRO, 2002), consolidando as discussões iniciadas na Conferência Regional das Américas, de 2000, não só “aflorou, em toda sua extensão, a problemática étnico/racial no plano internacional” (*idem*, p. 211), mas estabeleceu diretrizes a todas as nações participantes, por meio da Declaração e Programa de Ação de Durban, instando os Estados signatários a adoção de medidas concretas para eliminação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. Ribeiro (2014, p. 165) ressalta que a conferência, dada sua envergadura, “teve incidência no posicionamento e dinâmica nacional sobre as políticas de igualdade racial e ações afirmativas”.

A própria preparação para participação da conferência, com ampla mobilização da sociedade civil e do Poder Público (CARNEIRO, 2002; RIBEIRO, 2014), possibilitou que iniciativas várias fossem tomadas, com uma “primeira geração de Programa de Ações Afirmativas” (JACCOUD, 2009, p. 128), iniciando-se no Ministério de Desenvolvimento Agrário – MDA e expandindo para outros ministérios.

No MDA foram tomadas as seguintes ações: cota mínima de 20% para negros para (i) acesso aos cargos de direção (DAS), (ii) provimento de cargos por concurso público e nas empresas prestadoras de serviços terceirizados para aquele ministério, além da previsão de que as empresas contratantes com o MDA deveriam comprovar o desenvolvimento de ações afirmativas de “raça” e gênero, respeitando a diversidade em seus quadros (*idem*)⁷. Em seguida, o Ministério da Justiça, o Ministério da Cultura e o Ministério de Relações Exteriores também promovem medidas no mesmo sentido. Culminando com a ampliação dessa política, foi, então, editado o Decreto Federal nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que instituiu no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, estabelecendo, em seu art. 2º:

mesmo em larga escala, do que vê-la reconhecida oficialmente pelo governo – já que qualquer regulamentação importaria um reconhecimento’ “.

⁷ Conforme JACCOUD, 2009, p. 128: “As portarias do MDA que instituem tais medidas são as de número 25, de 21/01/2001; 202, de 4/9/2001; e 222, de 28/9/2001”.

I – observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão.

Não obstante a legitimidade da proposta, seu impacto foi pouco ou nenhum (JACCOUD, 2009, p. 129). Isso porque, questões básicas foram ignoradas de forma a inviabilizar a execução da política. De que forma, em que percentual, e em quais cargos exatamente seria aplicada a medida eram omissões que tornaram a legislação letra morta. Conforme Osório (2006, p. 38 e 39):

O PNAA foi definido apenas nas linhas e objetivos gerais: não há um delineamento preciso de como seria sua implementação. Os detalhes seriam fornecidos pelo Comitê de Avaliação e Acompanhamento do PNAA na forma de uma proposta de ações e metas, que dariam corpo ao Programa. Para que saísse do papel, portanto, era necessária essa proposta, que deveria ter sido entregue em 12 de julho de 2002 [Parágrafo Único do Artigo 3º do Decreto]. Todavia, tal proposta jamais chegou a ser feita, devido à ausência de diagnósticos sobre o caráter e o grau das desigualdades sobre as quais o PNAA deveria atuar (no âmbito do serviço público civil); às dificuldades em lidar com os assuntos envolvidos e ao fato de 2002 ter sido um ano de eleições presidenciais. Em consequência, o PNAA, embora exista, jamais foi implementado pela falta de regulamentação.

Assim, embora a proposta apresentasse aspectos importantes, como a reserva de cargos em comissão de Direção e Assessoramento Superior (DAS), o resultado foi, de fato, nenhum, como conclui Osório (2006, p. 41):

Os resultados do levantamento junto aos ministérios são expressivos no sentido de mostrar a distância entre o discurso oficial e as práticas cotidianas do serviço público. Na maior parte dos 23 ministérios pesquisados, não havia tipo algum de ação afirmativa voltada para os servidores (excetuando-se, nos concursos, a reserva obrigatória de vagas para deficientes). [...] Apenas dois ministérios declararam estar fazendo, por conta própria ações afirmativas, curiosamente o oferecimento de vagas de estágio para deficientes concomitantemente com a adequação dos ambientes de trabalho para essas pessoas. [...] Muitos ministérios simplesmente não sabiam da existência do PNAA.

Menos pessimistas que Osório, Silva e Silva (2014, p. 10) reconhecem que “no âmbito do PNAA, foram criadas reservas de vagas para ingresso na administração pública e para prestadores de serviços em alguns órgãos”, a saber, o Ministério do Desenvolvimento Agrário (Portaria 25/2002), Ministério da Justiça (Portaria 1156/2001) e Ministério da Cultura (Portaria 484/2002),⁸ além da experiência do Supremo Tribunal Federal, com cotas raciais em suas

⁸ A íntegra dos textos normativos pode ser obtida em “Instrumentos Normativos Federais Relacionados ao Preconceito e às Desigualdades Raciais (1950 a 2003)”. Disponível em:

licitações (SILVEIRA, 2009, p. 11). No entanto, mesmo reconhecendo que alguns ministérios, por conta própria, baixaram normas, como as acima citadas, o levantamento de Osório (2006, p. 44) concluiu que mesmo estas normas não eram observadas e “acabaram juntamente com o governo que as criou”, o que justifica o não aprofundamento da discussão.

Ainda do início dos anos 2000, outra iniciativa de destaque foi o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco – Bolsa Prêmio de Vocação para a Diplomacia, com a “finalidade de proporcionar maior igualdade de oportunidades de acesso à carreira de diplomata e de acentuar a diversidade étnica nos quadros do Itamaraty” (INSTITUTO, 2013a). O Programa consiste na concessão de bolsas de estudos para que candidatos/as autodeclarados/as negros/as, selecionados por meio de provas e entrevistas pudessem se dedicar à preparação para o Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD).

Em sua primeira realização, em 2002, foram oferecidas 20 bolsas, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo tanto o valor da bolsa (atuais R\$ 25.000,00) como o número de vagas crescido ao longo dos anos, atingindo, em 2013, o montante de 64 bolsas (INSTITUTO, 2013b)⁹. Ao longo desses anos, o programa já concedeu 451 bolsas para 268 bolsistas, sendo que 19 ex-bolsistas foram aprovados e integrados ao serviço exterior brasileiro.

Mais recentemente, a partir de 2010, o Ministério de Relações Exteriores passou a incluir, também, nos concursos públicos para a diplomacia, a previsão de reserva de vagas, na primeira etapa, para os autodeclarados afrodescendentes¹⁰. O percentual tem se mantido em 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos editais do Instituto Rio Branco (IRBR, 2015)

A medida, embora tenha resultados reduzidos, considerando que 94,1% (noventa e quatro vírgula um por cento) dos ocupantes de cargo de Diplomacia ainda sejam brancos (SILVA, SILVA, 2014, p. 9), é uma resposta à discriminação histórica praticada no âmbito do Itamaraty, denunciada ao parlamento brasileiro em diversas oportunidades.

Saindo do âmbito nacional e indo para o âmbito local, merece destaque a Lei Estadual do Paraná nº 14.274, de 2003, a primeira de âmbito estadual¹¹ a reservar 10% das vagas

<<http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/images/stories/pdf/legislacao.pdf>>. Acesso em 26.10.2015.

⁹ Conforme IRBR (2013b) foram oferecidas 20 bolsas, em 2002; 30, em 2003; 42, em 2004; 32, em 2005; 43, em 2006; 37, em 2007; 39, em 2008; 66, em 2009; 73, em 2010; 69, em 2011; 79, em 2012 e 64, em 2013.

¹⁰ A previsão inicial ocorreu na Portaria MRE nº 726, de 28.12.2010, em seu art. 3º, parágrafo único: “Será estabelecida reserva de vagas na Primeira Fase para candidatos afrodescendentes nos termos do Edital do Concurso”, sendo mantida a previsão na Portaria MRE nº 329, de 7.06.2013.

¹¹ A precedência se justifica por se tratar de âmbito estadual, uma vez que, conforme SOUZA (2010, p. 167), a Lei

para afrodescendentes nos concursos estaduais.

Essa lei, que não teve qualquer participação popular na sua elaboração ou durante a tramitação na Assembleia Legislativa do Estado (SOUZA, 2010), passou sem conhecimento de sua aplicação por boa parte das pessoas ligadas ao movimento negro – diferentemente da Lei que institui as cotas raciais na UFPR – além de incorrer em uma ilegitimidade séria, à medida que: “a forma de construção e consolidação do programa de ações afirmativas nos serviços públicos fundou-se na ideia de invisibilidade do negro no Estado, inclusive demograficamente e na manutenção do *status quo* da população branca, principalmente na forma de escolher seus quadros de poder e confiança reproduzindo o valor da branquidade (onde, segundo muitos atores, em muitos setores havia 100% de brancos em cargos poder”. A invisibilidade¹² que a autora se refere coincide com a concepção de sub-representação legal que será trabalhada neste estudo, mais adiante. Aliás, o percentual de 10% (dez por cento) de reserva de vagas no Paraná reforça esta invisibilidade por representar apenas metade da população negra local, segundo dados do IBGE (20%, em 2003), conforme SOUZA, sendo que “os próprios atores (autor da Lei e relatores) não souberam justificar o porquê do percentual de apenas 10%” (*ibidem*, p. 400).

De qualquer sorte, ainda segundo SOUZA (2010, p. 419), “para o MSN [Movimento Social Negro] foi importante a aprovação da Lei 14.274 de 2003, porque reconhece a existência do racismo e para outros grupos teria sido importante justamente porque reconhece, mas efetivamente não altera a estrutura das desigualdades raciais presentes no mundo do trabalho nos serviços públicos do Paraná”, no entanto, mudanças estruturais somente ocorrerão, quando a sociedade civil, o movimento negro e o governo forem capazes de refletir com profundidade sobre os limites dessa política, cercado-se, ainda, de um efetivo controle social na sua implementação (*ibidem*, p. 427).

A experiência do Paraná, no entanto, não é a única observada no Brasil, no pós-Durban. No ano de 2002, seis municípios criaram cotas raciais para o serviço público. Já em 2003, foram doze; em 2004, dez (CNJ, 2012), como se vê do quadro abaixo.

do Paraná e uma cópia da Lei Municipal de Porto Alegre (Lei Complementar nº 494/2003).

¹² Cf. SOUZA, 2010, p. 426: “Invisibilidade como sendo estratégia política de ação onde o negro não é notado”. No mesmo sentido, DUARTE, E. P. 2004. Negro: Este Cidadão Invisível. In: Recrie: arte e ciência, *Revista Crítica Estudantil*, Ano 1, n. 1. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux.

Quadro 2 - Municípios que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública - 2002-2004¹³

MUNICÍPIO	RESERVA DE VAGAS	LEGISLAÇÃO
1. Bebedouro (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais. O município também reserva vagas para ingresso e obtenção de bolsas em instituições educacionais de nível superior	Lei nº 3.250/2003
2. Campinas (SP)	Reserva de vagas de 30% para afrodescendentes (15% homens e 15% mulheres) em cargos comissionados na Administração Direta e Indireta	Lei nº 12.156/2004 (declara inconstitucional na ADI nº 0222473-79.2012.8.26.0000, pelo TJSP, em 8.05.2013) ¹⁴
3. Cubatão (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 2.782/2002
4. Itu (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 391/2003
5. Ituverava (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 3.544/2003
6. Jaboticabal (SP)	Reserva de 20% para negros e afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 3.134/2003
7. Jundiaí (SP)	Reserva 20% das vagas no preenchimento de cargos e empregos na Administração Direta e Indireta	Lei nº 5.745/2002 (alterada pelas Leis nº 5.979/2002, nº 6.750/2006 e nº 7.209/2008) e Decreto nº 18.667/2002.
8. Limeira (SP)	Reserva de 20% aos afro-brasileiros nas contratações de funcionários e celebração de contratos com prestadoras de serviços de mão-de-obra continuada na Administração Direta e Indireta	Lei nº 3.691/2004 e Decreto nº 109/2004
9. Matão (SP)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 3.576/2004
10. Piracicaba (SP)	Reserva de 20% das vagas para	Lei nº 5.202/2002 (revogada)

¹³ Para o quadro completo apresentado por Silva e Silva (2014) verificar Anexo B.

¹⁴ Declarada inconstitucional por vício de iniciativa, conforme andamento processual disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0222473-79.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0222473-79.2012.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 1º.03.2016.

	negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	
11. Caratinga (MG)	Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão	Lei nº 2.776/2003
12. Contagem (MG)	Reserva de 12% das vagas para negros nos concursos municipais	Lei nº 3.829/2004
13. Guaxupé (MG)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 1.585/2003
14. Ibiá (MG)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 1.686/2002 (declarada inconstitucional na ADI nº 1.0000.06.435144-8/000, julgada pelo TJMG, em 8.08.2007 ¹⁵)
15. Juiz de Fora (MG)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, 30% nos cargos comissionados e 20% nas empresas terceirizadas que prestem serviço ao Legislativo	Lei nº 10.283/2002 e Resolução nº 1.193/2004 (declarada inconstitucional na ADI nº 1.0000.00.327572-4.000, julgada pelo TJMG, em 8.08.2007 ¹⁶)
16. Criciúma (SC)	Reserva de 20% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei Complementar nº 32/2004 (Declarada Inconstitucional na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00, pelo TJSC, em 27.09.2007)
17. Bagé (RS)	Reserva de 20% das vagas para descendentes afros nos concursos públicos municipais	Lei nº 3.938/2002
18. Cachoeira do Sul (RS)	Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 3.550/2004
19. Montenegro (RS)	Reserva de 12% de vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 4.016/2004 Lei nº 4.038/2004
20. Pelotas (RS)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos para cargos e empregos da Administração Direta e Indireta	Lei nº 4.989/2003 (alterada pela Lei nº 5.858/2011)
21. Porto Alegre (RS)	Reserva de 12% das vagas para afro-	Lei Complementar nº 494/2003

¹⁵ Eis a ementa do acórdão: “Ação Direta De Inconstitucionalidade - Lei Municipal - Provimento De Cargos Públicos - Reserva De Vagas - Cota Para Negros - Projeto De Lei - Prefeito - Iniciativa Privativa - Processo Legislativo - Vício Formal - Separação Dos Poderes - Inobservância - Procedência Do Pedido”. Conforme andamento disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 1º.03.2016.

¹⁶ A ementa do acórdão dispõe: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 3º da Lei nº 10.283/2002. Município de Juiz de Fora. Reserva de 20% das vagas em concurso público em favor dos negros. - A regulamentação do provimento de cargos públicos se dá através de processo legislativo de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo, de acordo com o art. 66, III, c, da CEMG. A iniciativa parlamentar em questões de iniciativa exclusiva, exaustivamente enumeradas no mencionado dispositivo da Constituição Estadual, se revela ofensiva ao princípio da harmonia e separação de Poderes. Procedência da ação”. Conforme andamento disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 1º.03.2016.

	brasileiros nos concursos municipais	(Revogada pela Lei Complementar nº 746, de 3.11.2014 ¹⁷)
22. Viamão (RS)	Reserva de 44% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais e 10% aos indígenas para provimento de cargos efetivos e em cargos em comissão	Lei nº 3.210/2004 (alterado pela Lei nº 3.257/2004)
23. Ponta Grossa (PR)	Reserva de 10% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 7.696/2004 e Decreto nº 4.688, de 6.01.2011
24. Sousa (PB)	Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão e de servidores em concursos públicos	Lei nº 1.982/2004 (revogada)

Fonte: Adaptado pelo autor a partir de IPEA, s/d (SANTOS, SANTOS, 2014).

1.1.3 Iniciativas após a ADPF nº 186, em 2012

Num novo contexto, ganha importância a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 186-2/800, proposta pelo Partido Democratas – DEM, em 2009, com pedido liminar, visando à declaração de inconstitucionalidade dos atos que resultaram na instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília – UnB, sob alegação de violação dos artigos 1º, *caput*, e inciso III; 3º, IV; 4º, VIII; 5º, I, II, XXIII, XLII e LIV; 37, *caput*; 205; 206, *caput* e inciso I; 207 e 208, V, todos da CRFB, de 1988.

O voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, é conhecido desde 26 de abril de 2012, quando lido em sessão e publicado no Diário Judiciário Eletrônico DJe-86 em 4.05.2012 e republicado em DJe-93 em 14.05.2012, tendo sido o acórdão na íntegra apenas publicado no DJe-205 em 20.10.2014 (ATA Nº 153/2014)¹⁸.

Duarte e Scotti (2013, p. 135) apontam sinteticamente os argumentos elencados pelos autores da ação, em sua petição que se alonga por quase oitenta páginas:

A ADPF 186 foi proposta pelo Partido “Democratas”, situado à direita na arena política brasileira, e atacou diretamente as seguintes ideias: a) a de que o pertencimento racial fosse um fator de desigualdade; b) a de que as pessoas fossem reconhecidas como negras. Seus autores defenderam: a) a particularidade da história brasileira na constituição das relações raciais; b) o caráter exclusivamente econômico da

¹⁷ Essa nova lei assegura aos candidatos negros a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos nos órgãos da Administração Direta e nas entidades da Administração Indireta.

¹⁸ Acórdão disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em 17.11.2015.

marginalização social no país.

A decisão unânime resultou no acórdão que ficou assim ementado (BRASIL, 2012a):

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.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Em síntese, houve a aceitação pelo STF da lógica das ações afirmativas de cunho racial, desde que atendidos os seguintes requisitos (i) atingir grupos sociais determinados, (ii) de maneira pontual, (iii) atribuindo a estes certas vantagens, (iv) por um tempo limitado, (v) de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas

particulares.

Moreira (2013) aponta duas consequências importantes, do ponto de vista teórico, dessa decisão: primeiro, “representa um afastamento radical das narrativas que aproximam liberalismo como uma força racionalizante de moralidade pública e privada a respeito de questões de igualdade racial” e, segundo, “reconhecendo os afro-brasileiros como um grupo social distinto para fins de análise da proteção da igualdade”.

A ADPF nº 186, assim, avançou na consolidação da sociedade brasileira como uma comunidade de princípios, que “aceita a integridade como virtude política” (DWORKIN, 2007, p. 228) e “que se alicerça sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos e cada um de seus membros” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 158), respaldando, inclusive, a extensão da política de cotas para as demais instituições federais de ensino, por meio da Lei Federal nº 12.711, de 2012¹⁹.

Além da Lei de Cotas, que será mais amplamente discutida adiante, vale ressaltar também as iniciativas recentes no Senado, no Conselho Nacional de Justiça e em alguns estados e municípios.

No âmbito do Senado Federal, em data de 13.05.2014, a Mesa Diretora aprovou um ato que reserva 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos para servidores públicos do Senado para negros, assim como na contratação de pessoal terceirizado (BRASIL, 2014b).

Segundo o Jornal do Senado (BRASIL, 2014c):

A determinação não pode ser imposta para os cargos comissionados, pois o critério para a contratação desse tipo de mão de obra envolve a confiança depositada pelo parlamentar, mas Renan ressaltou que há uma recomendação para que a proporcionalidade também seja levada em consideração nesses casos.

Em pesquisa no Senado, não se logrou, no entanto, obter a íntegra do ato ou acesso a discussões ou manifestações que justificassem a adoção da medida.

No âmbito do Poder Judiciário, tem-se a Resolução nº 548, de 18.03.2015, que institui a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para

¹⁹ O quadro explicativo disponibilizado pelo Ministério da Educação bem esclarece esta questão. Verificar, a propósito: <<http://portal.mec.gov.br/cotas/sobre-sistema.html>>. Acesso em 25.07.2014. Várias são as críticas ao aspecto socioeconômico, mais que racial a essa legislação. Por todos, verificar Universidade de Brasília. Decanato de Ensino de Graduação. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Disponível em: <http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf>. Acesso em: 18.11.2015.

provimento de cargos efetivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no Conselho Nacional de Justiça, a Instrução Normativa nº 63, de 18.03.2015, institui a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Em igual sentido, é a regulamentação no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CJST, conforme o teor do Ato Conjunto nº 2, de 22 de abril de 2015, que institui reserva para negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho²⁰.

Atenção maior merece ser dada à Resolução nº 203, de 23.06.2015, que dispõe sobre a reserva aos negros no âmbito do Poder Judiciário de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura, tendo em vista sua abrangência nacional, nas Justiças Estaduais, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar Estadual. Assim, a iniciativa no CNJ teve início com o Procedimento de Competência de Comissão 0006940-88.2012.2.00.0000 e é instruída com Nota Técnica do Departamento de Pesquisas Judiciárias²¹, em que são apresentados elementos para o programa de ações afirmativas no Poder Judiciário.

A referida Nota Técnica, para chegar aos percentuais propostos, vale-se de duas fontes de dados, o Censo Demográfico de 2010, do IBGE, e o Censo do Poder Judiciário do CNJ (CONSELHO, 2012), apresentando propostas de cotas raciais para magistrados, cargos de servidores cujo requisito para ingresso é a escolaridade de nível superior e cargos de servidores cujo requisito para ingresso é a escolaridade de nível médio. O percentual final de 20% (vinte por cento) foi atingido a partir da análise comparativa dos percentuais de negros em cada ramo do Poder Judiciário e na população negra de cada Estado, segundo critérios educacionais, ocupacionais/de atividade econômica e etários. Dessa forma, a Resolução prevê um percentual mínimo, possibilitando que os Tribunais fixem percentuais acima daquele previsto, a ser aplicado sempre que o número de vagas for superior a três. O sistema de identificação adotado é o autodeclaração e a vigência da norma é de dez anos.

²⁰ Disponível em: <<http://amatra10.org.br/tst-e-csji-regulamentam-a-cota-para-negros-em-concursos-publicos/>>. Acesso em 26.02.2016.

²¹ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>. Código: 1504271723475020000001662170. Acesso em 17.11.2015.

Por fim, tornando a identificar normas de âmbito local, a partir do julgamento da ADPF nº 186, em 2012, tem-se a inclusão do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei nº 14.147, de 19.12.2012, que assegura aos negros e aos pardos o mesmo percentual apurado pelo IBGE, referente a sua representação na composição populacional do estado do Rio Grande do Sul²², o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes do Estado²³, para provimento de cargos efetivos.

No Estado de São Paulo, alguns apontamentos são pertinentes. Tal se dá em razão da Lei Complementar nº 1.259, de 15.01.2015, que autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada em concursos públicos, nas condições e para os candidatos que especifica e dá providências correlatas, e que beneficia pretos, pardos e indígenas. Um novo projeto de lei²⁴, aliás, que estabelecia reserva de vagas foi recentemente vetado em sua íntegra pelo governador de São Paulo, com fundamento da já existência do sistema de bonificação, que cumpriria a função de promoção racial no âmbito do Estado.

Vale ressaltar a resistência do estado paulista na adoção de cotas raciais, até mesmo na educação.

Quadro 3 - Estados que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública - 2012-2015

ESTADO	RESERVA DE VAGAS	LEGISLAÇÃO
1. Rio Grande do Sul*	Assegura aos negros e aos pardos o mesmo percentual apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE -, referente a sua representação na composição populacional do estado do Rio Grande do Sul , o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública	Lei Estadual nº 14.147, de 19.12.2012 e Decreto Estadual nº 52.223, de 30.12.2014.

²² Segundo o Censo do IBGE, de 2010, a população negra (pretos e pardos) no Estado do Rio Grande do Sul é de 12,65% (doze vírgula sessenta e cinco por cento).

²³ O TJRS, no Incidente de Inconstitucionalidade, nº 70057658593 (Nº CNJ: 0490486-05.2013.8.21.7000, julgou inconstitucional a parte da Lei que se aplicava a “quaisquer dos Poderes do Estado”, afastando sua aplicação ao Poder Judiciário. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-orgao-especial-tj-rs.pdf>>. Acesso em: 17.11.2015.

²⁴ PL 822/2013, que dispõe sobre a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de empregos públicos, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1179349>>. Acesso em: 18.11.2015.

	Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes do Estado ²⁵ , para provimento de cargos efetivos	
2. São Paulo	Alterou a Deliberação nº 10, de 2006, para prever implantação de cotas étnico-raciais, no percentual de 20% (vinte por cento) nos concursos públicos de ingresso na carreira de Defensor Público do Estado de SP, de Oficiais e Agentes de Defensoria e de Estagiários da instituição	Deliberação CSDP nº 307, de 19.11.2014
3. Bahia	Regulamenta a reserva de 30% (trinta por cento) das vagas à população negra nos concursos públicos e processos seletivos simplificados	Lei Estadual nº 13.182, de 06 de junho de 2014, e Decreto nº 15.353, de 7.08.2014

Fonte: Elaboração do autor.

Em relação a leis municipais têm-se, no Município de Vitória, a aprovação da Lei Municipal nº 8.392, de 14.12.2012, que reserva 30% (trinta por cento) das vagas de todos os concursos do Executivo Municipal para afrodescendentes²⁶; no Município de São Paulo, a aprovação da Lei nº 15.939, de 23.12.2013, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados e, no Município de Araraquara, a aprovação da Lei Municipal nº 8.270, de 24.07.2014, 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 Câmara Municipal de Araraquara e dá outras providências.

1.2 Projetos de Lei no Congresso

Ações afirmativas, ações compensatórias, medidas de equidade, entre outros, foram diversas as propostas legislativas para correção histórica da sub-representação negra no mercado

²⁵ O TJRS, no Incidente de Inconstitucionalidade, nº 70057658593 (Nº CNJ: 0490486-05.2013.8.21.7000, julgou inconstitucional a parte da Lei que se aplicava a “quaisquer dos Poderes do Estado”, afastando sua aplicação ao Poder Judiciário. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-orgao-especial-tj-rs.pdf>>. Acesso em: 17.11.2015.

²⁶ Esta Lei foi objeto de ADI no TJES (nº 0002429-87.2013.8.08.0000), tendo sido deferida a liminar requerida pelo MP para suspender a exigibilidade da Lei, estando hoje pendente de julgamento. Conforme andamento disponível em: <<http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/pesquisaSimplificada.xhtml#>>. Acesso em 1º.-3.2016.

de trabalho. Numa busca no sítio da Câmara dos Deputados, seguindo os passos de Pinhel (2012, p. 42), tentou-se um inicial levantamento utilizando-se as palavras-chave “cota”, “racial”, “concurso e “público”. Constatou-se, assim, um volume grande de notícias, legislação e apenas uma proposição legislativa²⁷.

Em razão da baixa relevância dos resultados, buscou-se na literatura especializada referências que possibilitassem a localização desses projetos na Câmara dos Deputados. Assim, a partir de Osório (2006) logrou-se a localização de dois projetos de lei, à época daquela publicação, tratando de ações afirmativas para servidores, quais sejam, o Estatuto da Igualdade Racial (PL 3.198, de 2000) e o PL 1.866, de 1999.

A partir desses dois projetos, realizou-se um novo levantamento de outros PLs, com tramitação autônoma ou a estes anexados, tratando da temática cotas raciais, que resultou na elaboração do quadro abaixo:

Quadro 4 – PLs tratando da temática cotas raciais na Câmara dos Deputados (1983 a 2015)

PL	AUTORIA-PARTIDO	EMENTA	ÚLTIMA AÇÃO LEGISLATIVA
1.332, de 1983	Abdias do Nascimento-PDT-RJ	Dispõe 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, §1º, da Constituição da República.	Arquivado nos termos do artigo primeiro, alínea 'a', da Resolução 6/89 da Câmara dos Deputados.
1.866, de 1999	Luiz Salomão-PDT-RJ	Dispõe sobre medidas de ação compensatória para a implementação do princípio da isonomia social do negro.	Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-2/2015.
3004, DE 2000	Paulo Lima-PFL-SP	Dispõe sobre a reserva de vagas para vestibulandos negros nas universidades públicas.	Arquivado nos termos do § 4º do artigo 164 do RICD.
3147, de 2000	Luiz Bittencourt-PMDB-GO	Dispõe sobre a reserva de vagas para trabalhadores da raça negra nas empresas.	Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-2/2015.

²⁷ PL 3435/2000, que altera a redação do §3º do art. 10 da Lei 9504, de 30 de setembro de 1997, para instituir cotas raciais para candidaturas de afrodescendentes.

5882, de 2005	Vicentinho - PT-SP	Dispõe sobre a proteção do emprego às pessoas negras.	Devido a desarquivamento desta proposição em requerimento anterior, foi declarada prejudicada a solicitação de desarquivamento constante do REQ-178/2015.
5293, de 2001	Vivaldo Barbosa - PDT-RJ	Garante à população negra direitos, na tentativa de reparar os danos causados pela escravidão.	Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-2/2015.
6213, de 2002	Pompeo de Matos - RS	Estabelece meios de incentivo ao acesso de estudantes afro-brasileiros na educação infantil, no ensino fundamental e médio ministrados por escolas da rede pública.	Apresentação do REQ 914/2015, pelo Dep. Pompeo de Mattos, que solicita o desarquivamento de proposição.
7225, de 2014	Rogério Peninha Mendonça - PMDB-SC	Proíbe a instituição de cotas raciais nos concursos para ingresso no serviço público.	Apense-se à (ao) PL-1866/1999.
7485, DE 2014	Otávio Leite - PSDB-RJ	Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário.	Apense-se à (ao) PL-7225/2014.
1714, de 2015	Reginaldo Lopes - PT-MG	Dá nova redação ao art. 1º da lei 12.990 de 9 de junho de 2014 que dispõe sobre a reserva de vagas oferecidas em concurso público.	Apense-se à (ao) PL-7485/2014.
2697, de 2007	Evandro Milhomen - PCdoB-AP	Dispõe sobre a reserva de vagas em empresas para os trabalhadores pretos e pardos.	Apense-se à (ao) PL-3147/2000.

Fonte: Elaboração do autor

Para detalhamento das iniciativas anteriores, apenas o PL 1.332, de 1983 e PLS 75, de 1995, ambos do político e ativista negro Abdias Nascimento serão analisados juntamente com o PL 1.866, dada a identidade entre ambos.

Fechando este estudo sobre projetos no Congresso Nacional, será analisada, ainda, a especificidade do Estatuto da Igualdade Racial apenas no que toca ao dispositivo sobre cotas raciais no serviço público, desde sua redação original, até a aprovação esvaziada de seu texto.

1.2.1. As propostas de Abdias Nascimento e o PL 1.866, de 1999

O PL 1.332, de autoria do Deputado Abdias Nascimento, tendo tramitado de 1983 a 1986 e recebido pareceres favoráveis da Comissão de Constituição e Justiça, Comissão de Trabalho e Legislação Social e Comissão de Finanças, foi arquivado, ao final do mandato, sem conclusão. O mesmo projeto foi reapresentado em 1987, quando então Senador, como PLS 75/1997. Nessa casa, tramitou de 1997 a 1999, tendo recebido um parecer contrário do então Deputado Jefferson Peres, que concluiu por sua inconstitucionalidade e injuridicidade. Uma subcomissão, no âmbito da CCJ, foi criada para correção dos vícios apontados, mas seus trabalhos não chegaram, tal como o anterior PL na Câmara, a bom termo, tendo sido arquivado ao final da legislatura.

Conforme a justificativa do Projeto (BRASIL, 1983), verifica-se o uso de dados estatísticos oficiais para se justificar a reserva de 40% (quarenta por cento) das vagas:

Segundo o censo de 1980, o negro (soma das categorias “pretos” e “pardos”) representa 44,34% da população brasileira. Sabemos que tal estatística representa uma porcentagem muito mais baixa do que a verdadeira participação do negro na nossa população, pois os entrevistados, conforme denunciam os próprios técnicos em demografia,²⁸ tendem a negar sua condição de negro, classificando-se em outras categorias, exatamente como resultado da internalização do preconceito de cor.

[...]

Baseado na porcentagem oficial (embora inferior à que refletiria a realidade demográfica) da proporção de negros na população global brasileira (44,34% segundo o censo de 1980), o Projeto define como meta uma participação de 40% de negros em todos os níveis e escalões ocupacionais. Constatando a elevada intensidade de discriminação contra a mulher negra no mercado de trabalho, comprovada nas estatísticas e também em outros tipos de pesquisa (ver bibliografia), percebemos a necessidade de especificar as metas relacionadas à força de trabalho feminina; daí a especificação de 20% para os homens negros e 20% para as mulheres negras. Cremos que as medidas de ação compensatória e as formas de sua incentivação e obrigatoriedade, estão definidas no texto da legislação de forma autoexplicativa.

O Projeto, fartamente instruído tanto com matérias jornalísticas, quanto com demonstrações de preconceito racial nos livros didáticos, combate a sub-representação negra no mercado de trabalho e propõe diversas medidas de valorização da população negra, como “bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de

²⁸ Para a divergência entre a heteroidentificação e a autoidentificação, verificar PIZA; ROSEMBERG (1998-1999).

ensino e à literatura didática e paradidática, bem como introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil” (MOEHLECKE, 2002, p. 204).

O arquivamento do projeto, no entanto, impediu um início de reparação histórica ao negro já nesse período. Mais tarde, essa proposta será retomada com o PL 1.866, de 1999, de autoria do Deputado Federal Luiz Salomão, do PDT-RJ, que dispõe sobre medidas de ação compensatória para a implementação do princípio da isonomia social do negro.

Mais uma vez, como é comum na história brasileira, a apropriação do legado negro aparece sem que a devida referência seja feita (DUARTE, 2004). Não que esse mal seja reputado ao próprio autor do PL 1.866, de 1999, Deputado Federal Luiz Salomão, cujo conteúdo é praticamente idêntico ao PL 1.332, de 1983, da autoria do Deputado Abdias Nascimento e cuja justificativa não só consigna que ele “inspira-se no projeto de lei de autoria do ilustre Sen. Abdias Nascimento, apresentado em 24.04.1997”, mas como, boa parte da justificativa é extraída da fala daquele líder, inclusive com a manutenção dos índices oficiais do IBGE, conquanto nesse caso, já distasse quase vinte anos do levantamento utilizado por Abdias (Censo de 1980).

Apenas na parte final da justificativa, o Dep. Luiz Salomão consigna:

Entendemos também que o percentual reservado à população negra em nada afronta o princípio da isonomia subsumido no preceito que obriga o ingresso no serviço público por concurso já que o inciso I do art. 37 da CF estabelece, em sua parte final, a acessibilidade de todos os brasileiros aos cargos, empregos e funções públicas, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.

Nada impede, pois, que numa política que objetiva a implementação do princípio isonômico à população negra, a legislação estabeleça percentual obrigatório a ser preenchido pela população negra.

O projeto prevê que todos os órgãos da administração pública direta e indireta, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios contarão, no prazo de vinte anos a contar da publicação da lei, com 20% (vinte por cento) de homens negros e 20% (vinte por cento) de mulheres negras, em todos os postos de trabalho e de direção, nos seus respectivos quadros de servidores (art. 1º) (BRASIL, 1999, p. 5411-5412)

Para consecução desse objetivo, o §1º do art. 1º, prevê que os concursos públicos deverão destinar 40% (quarenta por cento) de suas vagas a candidatos negros (*idem*).

Para além dessa meta, Osório (2006, p. 46) sintetiza os demais objetivos do projeto:

[...] O projeto também prevê a estratégia para a consecução da meta: reserva de vagas

de 40% nos concursos públicos; estabelecimento por cada órgão público (incluindo empresas públicas, autarquias, etc.) de metas anuais de crescimento da proporção de negros entre os servidores; treinamento e capacitação específicos para que os servidores negros estejam também representados nos níveis mais altos da hierarquia e monitoramento com divulgação quinquenal de estatísticas pelos órgãos de recursos humanos para aferir o progresso das iniciativas. Para um nicho particular do serviço público, a Diplomacia, a reserva de vagas preconizada é de 50% nas seleções do Instituto Rio Branco. Finalmente, o servidor público que não observasse tais disposições estaria cometendo o crime de racismo, sujeito às penas da lei que o tipifica: reclusão e perda do cargo.

Como forma de controle social o art. 5º, §1º, previa que na regulamentação da presente Lei os Poderes Executivos respectivos criarão grupos de trabalho compostos de representantes das organizações negras e intelectuais negros dedicados ao estudo da matéria.

A esse projeto foram apensados o PL 3004/2000²⁹, PL 3147/2000,³⁰ o PL 5293/2001,³¹ o PL 6213/2002,³² o PL 5882/2005,³³ o PL 2697/2007,³⁴ o PL 7225/2014,³⁵ o PL 7485/2014³⁶ e o PL 1717/2015³⁷. O Projeto teve parecer favorável da Comissão de Educação e Cultura, ainda em 2000. Em seguida, na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público recebeu dois substitutivos, o primeiro de 2004, da lavra do Deputado Isaías Silvestre (PSB/MG). Nesse Primeiro substitutivo, houve alterações pontuais, por exemplo, consignando-se o percentual de 40% (quarenta por cento) para “homens e mulheres afrodescendentes”. Parecer favorável, ainda em 2004, e, posteriormente, um novo substituto, seguido de um parecer pela rejeição, pelo Deputado Carlos Santana, já em 2009. Tendo sido arquivado e desarquivado sucessivas vezes, o último desarquivamento de 4.02.2015, o projeto atualmente aguarda parecer da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

²⁹ Da autoria do Deputado Paulo Lima, PFL/SP, dispõe sobre a reserva de 20% (vinte por cento) de vagas nas universidades públicas, para os vestibulandos de cor negra, durante 10 (dez) anos.

³⁰ De autoria do Deputado Luiz Bittencourt, do PMDB/GO, dispõe sobre a reserva de vagas para trabalhadores da raça negra nas empresas.

³¹ De autoria do Deputado Vivaldo Barbosa, PDT/RJ, garante à população negra direitos, na tentativa de reparar os danos causados pela escravidão.

³² De autoria do Deputado Pompeo de Mattos, RS, estabelece meios de incentivo ao acesso de estudantes afro-brasileiros na educação infantil, no ensino fundamental e médio ministrados por escolas da rede pública.

³³ De autoria do Deputado Vicentinho, PT/SP, dispõe sobre a proteção do emprego às pessoas negras.

³⁴ De autoria do Deputado Evandro Milhomem, PC do B/AP, dispõe sobre a reserva de vagas em empresas para os trabalhadores pretos e pardos.

³⁵ De autoria do Deputado Rogério Peninha Mendonça, do PMDB/SC, proíbe a instituição de cotas raciais nos concursos para ingresso no serviço público.

³⁶ Da autoria do Deputado Otavio Leite, do PSDB/RJ, reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário.

³⁷ Da autoria do Deputado Reginaldo Lopes, do PT/MG, dá nova redação ao art. 1º da Lei 12.990, de junho de 2014, que dispõe sobre a reserva de vagas oferecidas em concurso público.

Quanto à especificidade do percentual de vagas para esse projeto, vale ressaltar a crítica feita por Osório (2006) em relação à quantidade de vagas a serem reservadas (40%):

Não é possível estabelecer cotas como números mágicos. As proporções a serem observadas têm que se coadunar com as especificidades das composições raciais locais, ainda mais se pretende-se aplicá-las nas administrações estaduais e municipais. As cotas previstas em ambos os projetos muito provavelmente seriam atingidas nos estados setentrionais, mas não seriam executáveis nos meridionais, que teriam que “importar” servidores negros de outras regiões do país. (OSÓRIO, 2006, p. 47).

Essa crítica será retomada adiante, quando for discutida a utilização estatística na produção do Direito.

1.2.2 O Estatuto de Igualdade Racial

A Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial (EIRA), teve sua origem com o PL nº 3.198, de 2000, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim (PT-RS). Silva (2012, p. 8) aponta sinteticamente o conteúdo original do projeto, “fruto do debate do movimento negro”, com propostas nas áreas de saúde, educação, trabalho, cultura, esporte, lazer, acesso à terra e à justiça.

Na parte que interessa este trabalho, o Capítulo VI - Do sistema de cotas, do PL nº 3.198, de 2000, trazia os seguintes dispositivos:

Art. 20. Será estabelecida cota de pelo menos 20% para o acesso dos afrodescendentes a cargos públicos, através de concurso público, a nível federal, estadual e municipal.

Art. 21. Acrescente-se à Lei nº 9.504, de 30-9-97, art. 10, um novo inciso com a seguinte redação:

“§4º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá observar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas afrodescendentes”. Os demais incisos serão remunerados nesta sequência.

Art. 22. As empresas com mais de pelo menos 20 empregados manterão uma cota de no mínimo 20% para trabalhadores negros.

Art. 23. As universidades reservarão pelo menos 20% de vagas para os descendentes afro-brasileiros.

Chama atenção, de início, o âmbito nacional – e não federal – da proposta, com previsão de aplicação nos três níveis da federação: União, Estados, Municípios e, mesmo silente, por extensão, o Distrito Federal. Também o percentual de 20% (vinte por cento) é um valor que

se espelha em grande parte das leis que regem a matéria, de âmbito local ou estadual, também não se distanciando da atual previsão da Lei Federal nº 12.990, de 2014.

Considerando que a justificativa ao Projeto, já em seu início, afirma que “as ideias até aqui introduzidas são fruto da construção feita em grande parte pelo movimento negro” (BRASIL, 2000) convém apreciar as razões apresentadas quanto às cotas raciais. Nesse sentido:

Propomos o sistema de cotas para justamente minimizar os efeitos nocivos do preconceito sobre as populações discriminadas. Sabemos que nossas universidades e nosso mercado de trabalho são frequentados por uma maioria esmagadora de brancos.

O sistema de cotas percentualiza as oportunidades, pois quando há a quantificação do número de beneficiários se busca uma política de igualdade de oportunidades, já que neste país não existe essa igualdade. Um exemplo disso são os 20% das vagas dos candidatos dos partidos políticos que são destinados às mulheres. Temos consciência de que esse sistema tem como objetivo fixar um direito.

[...]

Sabemos que o sistema de cotas sofrerá profundas discussões, assim como aconteceu nos Estados Unidos onde as argumentações vão desde a temporalidade do sistema até conceitos de livre promoção do indivíduo, de sua liberdade, vontade e competência, transformando assim o estado de direito em um administrador de interesses de grupos e corporações. Essa justificativa para não adotarmos as ações afirmativas no Brasil poderiam ter consistência se todos tivessem as mesmas oportunidades. Na realidade a sociedade não é igual e tratar pessoas de fato desiguais como iguais só amplia a distância inicial entre elas, mascarando e justificando a perpetuação de iniquidades.

[...]

Não passou despercebido que o sistema de cotas por nós introduzido na questão eleitoral foi um fato inovador pois é inadmissível que o negro que representa no mínimo 50% da população, praticamente não exista, nem no Legislativo e nem no Executivo, o que significa uma despreocupação dos partidos com essa importante parcela da população brasileira.

O que é interessante, nesse aspecto, é a indicação de cotas de 20% para mulheres nos partidos políticos, para justificar a adoção de cotas raciais, conquanto não só os fundamentos, mas, principalmente, a representatividade de um grupo e outro sejam bastante díspares. Entretanto, afastando desse referencial, o autor do projeto se vale das referências ao IBGE, cujo Censo de 2000, indicava 6,21% (seis vírgula vinte e um por cento) que se declararam pretos e 38,45% (trinta e oito vírgula quarenta e cinco por cento) que se declararam pardos. Ou seja, na época, o percentual de negros (pretos e pardos) atingia o montante de 44,66% (quarenta e quatro vírgula sessenta e seis por cento) bastante próximo ao percentual proposto.

Importante ressaltar na tramitação do PL 3.198/2000 o seu apensamento ao PL 6.912-A/2002,³⁸ de origem do então Senador José Sarney, e que instituía ações afirmativas em

³⁸ O PL 6.912/2000, por sua vez, teve origem no PLS 650/1999, de mesma autoria do Senador José Sarney.

prol da população brasileira afrodescendente³⁹.

Como a final Lei nº 12.288, de 2010, foi fruto de inúmeros revezes, vale a pena, da mesma forma, buscar no referido PL 6.912-A/2002, qual o regramento que apresentava para a questão de cotas raciais em concursos públicos. Assim, em seu art. 4º, lia-se:

Art. 4º Será destinada cota mínima de 20 % (vinte por cento) para os candidatos afrodescendentes que apresentem a qualificação exigida:
I – no preenchimento de cargos e empregos públicos da administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Já em 2003, o então Senador Paulo Paim reapresenta o projeto, numerado como PL 213/2003, contendo o texto do último substitutivo elaborado na Câmara dos Deputados. Uma vez mais, “o texto vai receber maior número de alterações nas CAS e CCJ” (Silva, 2012, p.11). Especialmente na parte que toca este estudo, é Tatiane Silva (*ibidem*, p. 16) que esclarece:

Nesse período também surgem importantes alterações no sistema de cotas. Nessa etapa da tramitação, é apresentada emenda ao primeiro substitutivo aprovado, a qual propõe a supressão de toda a subseção sobre o sistema de cotas na educação, justificando que o tema estava sendo tratado de forma mais ampla naquela Casa. A relatoria concorda em conceder caráter menos detalhado à norma, porém mantém a referência a programas de ação afirmativa para preenchimento de vagas em instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio. Nessa fase, também é eliminada proposta de alteração na Lei no 8.666/1993, que concedia desempate ao licitante que tivesse programa mais avançado de promoção da igualdade racial em sua instituição

Por fim, ainda no Senado, nova derrota ao projeto:

A subseção relativa ao sistema de cotas na educação, nessa última apreciação, é eliminada e o tema é totalmente refutado na redação final, permanecendo, contudo, a referência a ações afirmativas. A supressão desta seção é justificada com a recorrente argumentação sobre a prevalência do mérito (SILVA, 2012, p. 17).

Extrai-se, ainda de Silva (*idem*), um recorte no Quadro 4 - Estatuto da Igualdade Racial: Principais propostas, com destaque às refutadas e a indicação das definições finais que vingaram no PL 213/2003, constando do EIRA:

³⁹ Seria interessante em outro estudo tentar mapear a relação do político José Sarney com a questão racial no Brasil, sendo certo que, tanto quanto Afonso Arinos, não se tem um histórico de lutas em favor da população negra. O posicionamento de Sarney era dúbio em relação à própria democracia racial, como esclarece Telles (2003, p. 71): “Em 1985, logo após se encontrar com líderes afro-brasileiros, apesar de seu hesitante apoio à democracia racial, o Presidente José Sarney propôs, mas nunca implementou, o Conselho Negro de Ação Compensatória, em nível federal. No entanto, em 13 de maio de 1988, no centenário da Abolição da Escravatura, o Presidente Sarney anunciou a criação do Instituto Fundação Cultural Palmares. Em seu pronunciamento pelo rádio, naquele dia, José

Quadro 5- Estatuto da Igualdade Racial: principais propostas

Principais propostas descartadas ao longo da tramitação	Principais propostas mantidas no Estatuto da Igualdade Racial
SISTEMA DE COTAS	SISTEMA DE COTAS
<p>- Estabelecimento de cota mínima (20%) para preenchimento de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Cargos e empregos públicos em nível federal, estadual e municipal; ● Vagas em cursos de nível superior; ● Vagas relativas ao financiamento estudantil (FIES); ● Vagas nas empresas com mais de 20 empregados. <p>- Reserva mínima de 30% das vagas a cargos eletivos para candidaturas afrodescendentes.</p> <p>Instituição de plano de inclusão funcional de trabalhadores afrodescendentes como critério de desempate em licitações.</p> <p>Possibilidade de conceder incentivos fiscais a empresa com mais de 20 empregados e com participação mínima de 20% de negros.</p> <p>- Fixação de meta inicial de 20% de vagas reservadas para negros em cargos em comissão do serviço público federal.</p> <p>- Incentivo para que as instituições de ensino superior incluam alunos negros nos seus programas de mestrado, doutorado e pós-doutorado.</p>	<p>- Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa.</p> <p>- “Implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do serviço público e o incentivo à adoção de medidas similares” em instituições privadas.</p> <p>- Possibilidade de definição de critérios para ampliação da participação de negros nos cargos em comissão e funções de confiança do serviço público federal.</p>

Fonte: SILVA (2012, p. 18)

Como resultado, de uma proposta contendo uma extensa regulamentação sobre o sistema de cotas, restou apenas o tímido art. 39, que sequer aponta percentuais na reserva de vagas:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

Silva assinala a insatisfação de setores do Movimento Negro com tamanho retrocesso, comparado ao projeto inicial (*ibidem*, p. 19 e 20), vez que “foram permitidos recuos em demasia em nome da aprovação de um texto que traz, no formato atual, poucas inovações e benefícios concretos” (*ibidem*, p. 21). Assim, sepultado, nesse momento qualquer possibilidade

Sarney vacilou entre a interpretação oficial da abolição brasileira como pacífica e consensual e uma perspectiva crítica da democracia racial”.

de cotas raciais em concursos públicos.

2. A Lei de Cotas

Estabelecida a possibilidade – e necessidade – de adoção de ações afirmativas para o combate à desigualdade, passa-se à análise da Lei de Cotas, que institui cotas raciais nos concursos públicos da administração pública federal, para verificar sua adequação ou limites à fundamentação teórica acima estabelecida. As observações feitas não procuram desqualificar a medida ou fazer coro aos que entendem pela inadequação das ações afirmativas, especialmente a adoção de cotas raciais, no contexto brasileiro. O objetivo claro é o de estimular reflexões, possibilitando novas discussões no sentido de seu aprimoramento.

2.1 Antecedentes

Conforme já destacado, a previsão de cotas raciais em concursos públicos já constava do Estatuto da Igualdade Racial, na primeira versão apresentada pelo então Deputado Paulo Paim (PT-RS), no PL 3.198, de 2000, e que, ao final de um longo e tortuoso processo (SANTOS, SANTOS, BERTÚLIO, 2011) acabou virando um tímido artigo, sem indicações de percentuais e mera possibilidade de sua adoção no mercado de trabalho.

De qualquer sorte, tendo-se já um marco legal com diretrizes específicas para o mercado de trabalho, iniciam-se as discussões sobre a regulamentação do art. 39, do EIRA. Da parte do Governo, a Ministra Luiza Bairros, em uma reunião com representantes dos movimentos negros, realizada aos 19.07.2013, repetiria a promessa – já feita em anos anteriores – de aprovação de um decreto para regulamentar a questão o mais rápido possível (DILMA, 2013).

Conquanto vários movimentos negros tenham aderido esta bandeira (KINTÊ, 2013), a organização não-governamental Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes⁴⁰ aparece como interlocutora de maior destaque (DAMÉ, 2013), não só por deter

⁴⁰ Conforme informações institucionais: “A Educafro tem a missão de promover a inclusão da população negra (em especial) e pobre (em geral), nas universidades públicas e particulares com bolsa de estudos, através do serviço de

assento no Conselho Nacional de Igualdade Racial – CNPIR, o que lhe dá um acesso privilegiado às instâncias de poder, mas também, ao sair das articulações de gabinete, por passar a fazer uma pressão mais incisiva (EM, 2013), exigindo respostas efetivas para as cotas raciais em concursos públicos. Partindo para a pressão legítima, representantes da Educafro se acorrentaram às grades do Palácio do Planalto, exigindo a regulamentação do Estatuto da Igualdade Racial, para previsão de cotas para negros no serviço público. A ação dos manifestantes, no entanto, foi fortemente reprimida (EDUCAFRO, 2013), sem que se fizessem ouvidos naquele momento. No entanto, não se pode desconsiderar os efeitos dessa pressão.

Assim é que, naquele mesmo ano, na abertura da III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, realizada em Brasília, entre os dias 5 a 7 de novembro de 2013, a Presidenta Dilma apresenta o Projeto e assina a Mensagem nº 491/2013, que encaminha à Câmara dos Deputados uma proposta de cotas raciais em concursos públicos federais, para análise em regime de urgência.

Não foi possível identificar as efetivas origens do projeto, se teria contemplado as demandas do movimento negro ou se seria apenas o resgate de outro projeto de lei de conteúdo semelhante. Fato é que houve uma resposta do Governo às demandas dos movimentos negros para essa espécie de ação afirmativa.

2.2 - A justificação do projeto

Na manifestação enviada pela SEPPIR (BRASIL, 2013a), o PL apresentado tem por objetivo regulamentar o art. 39 do EIRA. Esse já é um ponto que chama atenção, à medida que a fiel execução das leis é obtida por meio de decreto (art. 84, IV, da CRFB, de 1988). Aliás, a reivindicação dos movimentos negros (DILMA, 2013; EM, 2013) era no sentido da regulamentação, não na aprovação de uma nova lei. E, certa forma, realmente no exercício da atividade normativa secundária (CLÈVE, 2000), desde que observados os princípios que regem a relação entre o regulamento e a lei (*idem*, p. 288 a 291), não se vislumbra óbice legal ou

seus voluntários/as nos núcleos de pré-vestibular comunitários e setores da sua Sede Nacional, em forma de mutirão. No conjunto de suas atividades, a Educafro luta para que o Estado cumpra suas obrigações, através de políticas públicas e ações afirmativas na educação, voltadas para negros e pobres, promoção da diversidade étnica no mercado de trabalho, defesa dos direitos humanos, combate ao racismo e a todas as formas de discriminação”. Disponível em: <<http://www.educafro.org.br/site/conheca-educafro/>>. Acesso em 16.10.2015.

constitucional para que o regramento previsto na Lei Federal nº 12.990, de 2014, viesse sob a forma de decreto regulamentar. Essa, no entanto, não foi a opção, certamente premida pela necessidade de “segurança jurídica” (DILMA, 2013).

Outro ponto que chama a atenção é a ausência de qualquer referência aos movimentos negros na justificativa ao projeto e sequer ser esta uma demanda popular. Mas, é destacado tratar-se de um objetivo do Estado que “vem ao encontro do entendimento acerca da necessidade de diversidade na administração pública, considerando seu papel na formulação e implantação de políticas públicas voltadas para todos os segmentos da sociedade”, além do “potencial de incentivar a adoção de ações semelhantes tanto no setor público quanto no setor privado” (BRASIL, 2013a).

Ao se destacar o “entendimento acerca da necessidade de diversidade na administração pública”, de certa forma, deixa-se de abordar a necessidade de se diversificar todas as instâncias da sociedade, no que se refere ao aspecto étnico-racial, ao mesmo tempo em que reforça as práticas universalistas – importantes, sem dúvida – mas que não são objeto do Projeto de Lei.

Por fim, o percentual proposto, de 20% (vinte por cento) é justificado a partir da população negra total de 50,74%, de acordo com o IBGE, mas que, no serviço público federal, representa apenas 30%, de acordo com as informações de cor e “raça” registradas no Sistema de Registros Federal, que se espera, no prazo de 10 anos, seja equalizado com o percentual da população.

2.3 O conteúdo do projeto e da Lei

O PL 6738/2013, conforme foi autuado na Câmara dos Deputados a Mensagem 491/2013, assinada pela Presidência, em seu conteúdo pode ser assim resumido⁴¹ (SILVA; SILVA; 2014, p. 2-3):

1. Quantifica a reserva em 20% do total das vagas, observando que a aplicação se dará sempre que o número de vagas oferecido no concurso público for igual ou superior a

⁴¹ A íntegra da Lei de Cotas, encontra-se no ANEXO I.

três (art. 1º e seu §1º);

2. Trata dos critérios de arredondamento (art.1º, §2º);

3. Estipula que a reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, com especificação de reserva para cada cargo ou emprego público oferecido (art. 1º, §3º);

4. Define como beneficiários da reserva de vagas aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou “raça” utilizado pelo IBGE (art. 2º);

5. Determina a eliminação do candidato que fizer declaração falsa e anulação da admissão, caso apurado após nomeação (art. 2º, parágrafo único);

6. Determina que os candidatos negros concorram concomitantemente em duas listas, as “reservadas” e as de “ampla concorrência”. De acordo com sua classificação e para efeito de preenchimento da vaga, tem prioridade a sua aprovação na lista de “ampla concorrência”, liberando-se a vaga “reservada”. Em caso de desistência de um candidato negro aprovado por meio das cotas, o próximo candidato negro classificado será convocado (art. 3º, e seus §§ 1º e 2º);

7. Define que, na ausência de número suficiente de candidatos negros aprovados para ocupação das vagas “reservadas”, estas serão revertidas para a “ampla concorrência” (art. 3º, §3º);

8. Prevê os critérios de alternância e proporcionalidade, entre vagas totais, vagas para deficientes e vagas para candidatos negros (art. 4º)

9. Trata da responsabilidade por avaliação anual do sistema de reserva de vagas (art. 5º);

10. Estipula que a vigência da norma se iniciará a partir de sua publicação e findará depois de transcorridos 10 (dez) anos, não sendo aplicável a concursos cujos editais já tiverem sido publicados anteriormente à publicação da referida Lei (art. 6º e parágrafo único).

Considerando que o teor da Lei aprovada é idêntico ao do Projeto, não obstante a existência de propostas de emendas, todas rejeitadas, é possível utilizar estas observações como uma linha de reflexão da própria norma aprovada. Passa-se, adiante, a análise desses pontos,

antecipando, certa forma, a crítica mais relacionada ao objeto desse estudo que será feita adiante.

2.3.1 “Vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos” (art. 1º e §1º)

O percentual de 20% visa a equilibrar a proporção da população negra no serviço público federal (30%), com a representação dessa população no Brasil (50,74%), a partir dos dados do censo do IBGE de 2010.

Esse percentual foi estabelecido, com base nas informações de cor/”raça”, constante do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE⁴², em que 82% (oitenta e dois por cento) dos 519.369 servidores responderam ao censo racial promovido pelo Poder Executivo Federal, com o preenchimento desse campo. A ausência de data e não identificação do período de realização dessa coleta de dados é um elemento a se considerar. Conforme SILVA e SILVA (2014, p. 16): “há pouca transparência das informações, dificultando o controle social e avaliação da medida”. A depender do período de coleta para subsidiar a Mensagem e o próprio PL, pode ter havido mudanças não só no número de servidores, mas, até mesmo, em sua composição racial, em razão dos efeitos indiretos possivelmente decorrentes de outras ações afirmativas, especialmente na educação superior. É ainda de Silva e Silva (*idem*) essa constatação: “relatos colhidos em pesquisa sobre o tema, realizada pelo Ipea (s/d), identificam que, a partir das cotas [na educação], foi possível alterar, ainda que de forma tênue ou não documentada, a configuração do quadro da administração pública”.

Em acompanhamento à execução da política, realizada pela SEPPIR, no entanto, constatou-se que o percentual de reservas tem ficado aquém dos 20% estipulados na Lei, girando em torno de 15% (BRASIL, 2015e):

Levantamento realizado pela SPAA [Secretaria de Políticas de Ações Afirmativas] identificou a publicação de 26 (vinte e seis) editais de concursos para ingresso no serviço público federal posteriormente à publicação da Lei, com oferta de 4.177 (quatro mil, cento e setenta e sete) vagas, das quais 638 (seiscentas e trinta e oito) vagas reservadas para negros. [...]. Constatou-se que a reserva de vagas para negros corresponde a 16,4% e 14,4% das vagas ofertadas para cargos de nível médio e superior,

⁴² SIAPE é um sistema de controle de dados cadastrais, pessoais, funcionais e de processamento da folha de pagamento de servidores ativos e inativos, pensionistas e aposentados do Governo Federal. No dia 09/06/2014 foi lançado, pela Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, o Sistema de Gestão de Pessoas do Governo Federal - SIGEPE. Ele substituirá, gradativamente, as funcionalidades suportadas pelo SIAPE, SIAPE-CAD, SIAPEnet e Extrator.

respectivamente. No total de vagas, aquelas reservadas para negros atingem 15,3%.

O não atingimento do percentual de 20% deve-se, em grande medida, como abaixo se verá, na limitação de aplicação da Lei para concursos que ofereçam três vagas ou mais.

De qualquer forma, vinte por cento é um quantitativo frequente, em diferentes contextos, quando se fala em cotas raciais. Embora no âmbito desta lei haja elementos selecionados para se justificar esse percentual, o mesmo percentual aparece em diversas leis estaduais e municipais, que tratam de cotas raciais em concursos públicos, como visto no capítulo anterior. Esse percentual que embora combata a sub-representação negra em determinados cargos e carreiras, deve ser problematizado, como adiante se verá.

2.3.2. “Sempre que o número de vagas oferecidas no concurso for igual ou superior a três”

Se por um lado esta previsão assegura uma única aplicação da lei em percentual superior aos 20%, uma vez que uma em três vagas corresponde a 33% do total⁴³, esse aspecto da lei tem um impacto negativo no caso de concursos com baixo número de vagas, conforme destacam Silva e Silva (2015, p. 17). O exemplo do magistério talvez seja o mais facilmente apreensível desta problemática, uma vez que, a rigor, dada a especialização exigida, dificilmente serão oferecidas três vagas para o mesmo cargo. Como consequência, Silva e Silva (*idem*) preveem que no espaço universitário a lei surtirá poucos efeitos.

A constatação do SEPIR é esclarecedora nesse sentido (BRASIL, 2015e), ao analisar 10 concursos públicos, sendo 2 em universidades federais e 8 em institutos federais, em que o total de vagas reservadas atingiu o percentual de apenas 7,7% do total, conforme Quadro abaixo:

Quadro 6- Vagas em concursos públicos em universidades e institutos federais, por tipo e nível, segundo editais publicados em setembro de 2014 a abril de 2015.

⁴³ Vale a pena a comparação com a situação de reserva de vagas para deficiente físico, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei Federal nº 8.112, de 1990, em que a previsão de reserva é de até 20% das vagas oferecidas no concurso. No entanto, segundo a interpretação do STF sobre a matéria, esta reserva deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento de forma a resultar na majoração das porcentagens mínima (5%) e máxima (20%). Como consequência, somente com abertura de 5 (cinco) vagas é que é possível a nomeação da pessoa deficiente. Nesse sentido, (RE 440988 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012).

Nível das vagas	Número de vagas ofertadas	Número de vagas reservadas para negros
Cargos de nível superior	703	33 [4,69%]
Cargos de nível médio	440	55 [12,5%]
Total	1.143	88 [7,69%]

Fonte: Levantamento da SPAA/SEPPPIR, com esclarecimento acrescido pelo autor

Segundo informações da imprensa (COM, 2015), a Secretaria trabalha com a possibilidade de divisão das vagas em subáreas de conhecimento, que, por serem mais amplas, possibilitariam o atingimento mais próximo ao percentual legal. Tal interpretação é esposada por Silva e Silva (2015, p. 17), que defendem “alteração no formato dos concursos (ampliando o espectro de atuação do cargo, de modo a permitir aglutinação de vagas, quando possível)”. Esta proposta é plenamente viável quando há identidade entre os cargos. Nas demais hipóteses, em que há especificidades realmente restritivas às vagas, os autores propõem “medidas alternativas para ampliação da representação racial em cargos específicos, conjugando, além da reserva de vagas, ações como estratégias de recrutamento voltadas para a população negra habilitada” (*idem*), o que poderá ser esclarecido em futura regulamentação da matéria.

Essa foi a solução adotada pela UnB, com o edital de abertura de concurso público docente nº 4, de 05.01.2016, em que apontou a área de conhecimento Direito Público e Privado para a Cidadania. Geralmente os concursos são desmembrados em Direito Público e outro em Direito Privado. A solução de ampliação do espectro de atuação do cargo possibilitou o cumprimento da lei. Assim, foi possível o oferecimento de três vagas, em que foi reservada uma delas para candidatos e candidatas negros e negras⁴⁴.

Para além do problema de poucas vagas, há, ainda, o risco de fracionamento do total de vagas do concurso, com o objetivo de fraudar a lei, como ocorrido, por exemplo, nos editais dos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão (IFMA) e de São Paulo (IFSP).

No caso do IFMA, a Defensoria Pública da União propôs uma ação civil pública,⁴⁵

⁴⁴ Ver, a propósito, PENALVA et al. 2016. “Alunos negros, professores negros”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/alunos-negros-professores-negros>>. Acesso em 18.01.2016.

⁴⁵ Ação nº 3631-17.2015.4.01.3700, em tramitação na 3ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão.

questionando o fracionamento das 210 vagas para a carreira de magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico da instituição,⁴⁶ que resultou, ao invés de 42 vagas para pretos e pardos, em apenas 6 vagas. Em sede liminar, a Justiça Federal (BRASIL, 2015c) já se pronunciou contrária ao fracionamento das vagas reservadas, suspendendo os certames e determinando a incidência do percentual de vagas por cota sobre o total de vagas ofertadas.

Já no IFSP, o Ministério Público Federal em São Paulo entrou também com uma ação civil pública, pelos mesmos motivos, em razão do fracionamento das 166 vagas para a mesma carreira de magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, que deixou de oferecer qualquer vaga a negros e pardos, embora o total de vagas oferecidas fosse de 166. No dizer da Procuradora da República Priscila Costa Schreiner, autora da ação contra o IFSP:

Nos concursos para professores, em que é comum a divisão das vagas por disciplinas, resultando um pequeno número de vagas para cada área, justifica-se o cálculo sobre o total de vagas oferecidas, pois entendimento em sentido diverso tornaria totalmente ineficaz a norma prevista no artigo 37, VIII, da Constituição, em flagrante violação aos direitos das pessoas com deficiência e dos negros (PROCURADORIA, 2015).

No mesmo sentido, aliás, é a orientação da SEPPIR (BRASIL, 2015e), para quem: “O percentual deve ser aplicado sobre o total das vagas ofertadas, as quais não devem ser consideradas de forma individual, pois esta fragmentação não se justifica legalmente”.

2.3.3 “Critérios de arredondamento” (art. 1º, §2º)

Uma vez que a legislação estabelece um percentual e que deve ser aplicado a cada três vagas surgidas, foi necessária a previsão de uma forma de arredondamento para manter os limites previstos na norma (20%). A redação do dispositivo prevê, assim, 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).

Em concursos com grande número de vagas o arredondamento não é problemático, entretanto, em situações em que oferecidas pouco mais de três vagas (no qual uma seria para a

⁴⁶ Regido pelo Edital nº 002, de 29/12/2014 e retificado pelo Edital nº 3, de 15/01/2015

pessoa negra), o arredondamento deve manter o limite máximo de 20%, nos mesmos moldes que a interpretação dada pelo STF para o cálculo de vagas para candidatos deficientes, em que a previsão da Lei nº 8.112, de 1990, prevê a reserva de até 20% das vagas⁴⁷. O entendimento, portanto, é que se forem abertas mais de três vagas, a quinta irá para o cotista, sendo que os demais cotistas serão nomeados a cada intervalo de cinco vagas, o que respeita a regra de 20%.

2.3.4 “Constará expressamente dos editais dos concursos públicos (art. 1º, §3º, primeira parte)

Embora a previsão aborde as vagas efetivamente abertas no momento de realização do concurso público, admite-se uma interpretação mais benéfica aos candidatos, no sentido de que novas vagas surgidas deverão observar a previsão legal de reserva. Em sentido oposto, mais restritiva, é a redação, por exemplo, da Lei de cotas raciais do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 14.274, de 2002), que dispõe ficar a Administração desobrigada de abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso, quando preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura. Ou seja, se um edital é aberto com um número pequeno de vagas, mesmo que posteriormente este número duplique ou triplique, não haveria a convocação de cotistas aprovados.

Como a Lei de Cotas federais não é clara, divergências nas interpretações e nos editais publicados já estão surgindo. No entanto, é possível que a interpretação mais benéfica venha a prevalecer,⁴⁸ tendo em vista que o tema também já foi judicializado, tanto na ação civil pública do MPF/SP, contra o edital do IFSP, em que se postula reserva de vagas para o preenchimento daquelas que surgirem posteriormente (PROCURADORIA, 2015), quanto na ação da DPU contra o edital do IFMA.

⁴⁷ Nesse sentido: Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas. 2. Agravo regimental não provido. (RE 440988 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, acórdão eletrônico DJe-065 divulg 29-03-2012 public 30-03-2012).

⁴⁸ No edital do IFMA (BRASIL, 2015c), já consta esta previsão, assim como diversos editais federais, por exemplo, Edital ANAC nº 76/2015; Edital ANP nº 01/2015; Edital Banco do Brasil nº 01/2015;

2.3.5 “Para provimento de cargos efetivos e empregos públicos” (art. 1º, §3º, segunda parte)

A lei atinge os cargos de provimento efetivo ou empregos públicos no âmbito da administração pública federal, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (BRASIL, 2015a; BRASIL, 2015b) o quantitativo físico de pessoal do Poder Executivo, em cargos de provimento efetivo, na administração direta e indireta,⁴⁹ em agosto/setembro de 2015, correspondia a 556.896 cargos ocupados e 233.259 cargos vagos. Ou seja, apenas por hipótese, caso fossem abertos concursos para o total de cargos vagos, seriam cerca de 46.500 novos servidores e servidoras negras a engrossar a administração pública federal. É, sem dúvida, um combate a desigualdade racial considerável, mormente se se considerar que caso o ingresso se dê pela “ampla concorrência”, a vaga “reservada” fica liberada para o/a próximo/a candidato/a.

Mas, vale lembrar, que os cargos de provimento em comissão ficam fora dessa conta. Diferentemente do previsto – se bem que não executado – no Plano Nacional de Ações Afirmativas - PNAA, aprovado pelo Decreto nº 4.228, de 2002, a lei não prevê sua aplicação para os chamados DAS - Grupo Direção e Assessoramento Superiores.

2.3.6. “Aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos” e “Hipótese de constatação falsa” (art. 2º e parágrafo único)

A autoidentificação para definição de grupos é o mecanismo legal conhecido e empregado no Brasil desde a ratificação da Convenção nº 169, da OIT⁵⁰. Para a população negra, a autoidentificação tem um caráter político, de afirmação identitária, dignidade humana e existir para a liberdade (DUARTE, 2009), sendo largamente empregada em diversos processos seletivos de diversas universidades.

Há, em geral, duas formas de identificação dos beneficiários das políticas de ação afirmativa com recorte racial: a autodeclaração (autoidentificação) e a heterodeclaração

⁴⁹ Considerados os dados da Administração direta, autárquica e fundacional e Banco Central do Brasil, exceto Agência Brasileira de Inteligência (cujos dados são protegidos pela Lei Federal nº 9.883)

⁵⁰ Convenção OIT nº 169, sobre povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil, em 25 de julho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

(identificação por terceiros). As políticas de ação afirmativa com recorte racial no Brasil têm mantido uma tradição na autodeclaração, ao invés da heterodeclaração. Nesse sentido, a Lei de Cotas na Educação e a Lei de Cotas nos Concursos Públicos. Conforme DUARTE (2009, p. 16), os dois sistemas não se oporiam, à medida que:

[...] a solução encontra-se na construção de modelos institucionais concretos que procedimentalizem a participação dos indivíduos que se pretendem ver beneficiados pela política pública, dos sujeitos políticos que reivindicam essa política e da comunidade institucional na qual esta política é realizada.

No mesmo sentido, IKAWA (2009, p. 33) sugere a possibilidade de conjugação desses métodos:

Com o objetivo de evitar fraudes na obtenção de benefícios ou simplesmente para evitar desconfiança, alguns mecanismos adicionais de identificação poderiam ser utilizados, tais como: (i) formulários com múltiplas questões a respeito da raça do candidato (que poderia ser utilizado para aferir coerência na autoidentificação); (ii) declarações assinadas; (iii) entrevistas e (iv) fotos. Além disso, comitês de identificação poderiam ser formados após a autoidentificação pelo candidato.⁵¹

Tal forma de conjugação, como levado a efeito por algumas universidades federais, quando da implantação dos primeiros programas de cotas raciais na educação, recebeu a chancela do STF, quando do julgamento da ADPF nº 186, no voto do Min. Relator Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2012a):

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

O objetivo de se unir autodeclaração com heterodeclaração seria evitar algo que já foi considerado inimaginável, esdrúxulo ou um risco inexistente: um indivíduo que não fosse vítima da discriminação pudesse se autodeclarar negro (DUARTE, 2009, p. 818; GUIMARÃES, 2009, p. 208). No entanto, o “oportunismo esperado mínimo” (GUIMARÃES, 2009, p. 192), em que brancos se declarariam negros para concorrer nas vagas reservadas, acabou revelando-se um risco concreto. Eis o motivo do parágrafo único do art. 2º, da Lei 12.990, de 2014, que prevê

⁵¹ No original: “*In order to avoid fraud in obtaining benefits or simply in order to avoid distrust, a few additional identification mechanisms could be used, such as: (1) forms with multiple questions about the candidate’s race (which could be used to assess coherence in one’s self identification); (2) signed statements; (w) interviews; and (4) photos. Furthermore, identification committees could be formed after the candidate’s self identification*”.

sanção na hipótese de constatação de falsidade.⁵²

Em suma, não obstante a Lei de Cotas fale apenas em autodeclaração, tem-se admitido mecanismos de heterodeclaração, a fim de evitar fraudes, mais comum do que se imaginava. Alguns editais, como é exemplo o edital ESAF nº 32, de 29 de junho de 2015, para o cargo de analista de planejamento e orçamento, já se anteciparam ao problema, trazendo previsão de uma comissão para verificação da veracidade da autodeclaração apresentada⁵³.

Na avaliação da SEPPIR (BRASIL, 2015e), é desnecessária a realização de verificação preventiva, devendo a entidade organizadora atuar tão somente nos casos de denúncia. Caso seja adotada a heteroidentificação, para estes casos, para dirimir as dúvidas, deverá ser observada a recomendação do Ministro Ricardo Lewandowski, a partir de Ikawa:

(a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos.

O único aspecto da listagem acima que já foi questionado pelo Educafro (BRANCO, 2015) é o julgamento por fenótipo e não por ascendência, uma vez que o Frei Davi, falando em nome daquela instituição, sugere que a pessoa, para ter acesso às cotas, deveria provar que, mesmo sendo pardo, tem o pai ou a mãe pretos. Na falta de regulamentação da questão, possivelmente, a pacificação da questão somente virá com o julgamento da ADC nº 41, em que a OAB, pretende a declaração da constitucionalidade da lei, em especial, da autodeclaração.

Embora assentada na lei a autodeclaração, não se pode deixar de considerar que em vista dos grandes riscos de abuso por pessoas brancas que preencham declarações falsas, é recomendável que a Administração que promova o concurso público já se antecipe e tome medidas para coibi-las. O formato adotado pela ESAF afigura-se como bastante razoável. A

⁵² “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”

⁵³ 8.12- O candidato que optar concorrer às vagas destinadas a pessoas pretas ou pardas, ainda que aprovado dentro do número de vagas oferecido à ampla concorrência, deverá participar de entrevistas durante as quais uma Comissão Específica, designada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) e pela Secretaria de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR), emitirá parecer quanto à veracidade

constituição de uma comissão, com representantes indicados pelo Poder Público, desde que leve em consideração “a diversidade de ‘raça’, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero”, evitaria a necessidade de judicializar uma medida para exclusão dos candidatos irregulares, facilmente tomada pela Administração Pública no exercício da autotutela. A observância do devido processo legal, em âmbito administrativo, daria mais celeridade e segurança a todos os envolvidos, cumprindo, assim, com os objetivos da lei.

2.3.7 “Concorram concomitantemente em duas listas” (art. 3º, §§1º, 2º)

A previsão legal é que os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso. O objetivo claro da norma é possibilitar que a lei assegure o ingresso de um mínimo da população alvo, não um máximo. É certo que a regra se aplica apenas aos que optarem pela autodeclaração, sendo assegurada a possibilidade do candidato ou candidata concorrerem apenas pelo sistema da ampla concorrência.

Em consequência desta previsão, os candidatos cotistas aprovados dentro do número de vagas não são computados nas vagas reservadas. Isto porque, a reserva de vagas outorga uma vantagem para o candidato cotista. Por este sistema ele pode ser nomeado ainda que classificado abaixo dos candidatos da ampla concorrência⁵⁴. Caso esta vantagem seja desnecessária, isto é, caso sua classificação esteja dentro do número de vagas reservados à ampla concorrência, não haveria sentido em computá-lo em posição inferior, apenas para efeitos de manutenção da lógica da reserva.

Por fim, conclui a previsão que, em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

2.3.8 “As vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência” (art. 3º, §3º)

da autodeclaração de cor ou raça.

⁵⁴ Em momento algum, é importante frisar, se está estabelecendo relação causal entre “raça” e desempenho intelectual. A relação que existe é, e já foi comprovada, é entre racismo e desempenho estudantil e, por extensão, competitivo. Nesse sentido, AZEVEDO (2007, p. 314 -315).

Esta é uma preocupação para que não fiquem vagas ociosas, em razão da reserva. Diferentemente da formação de um cadastro reserva apenas para os cotistas, optou-se por devolver estas vagas reservadas para a ampla concorrência. A medida sempre foi aplicada, da mesma forma, nos vestibulares.

2.3.9 “Acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei”

A previsão legal é de que o órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o EIRA será também o responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto na Lei, ou seja, a própria SEPPIR.

Conforme Nota Técnica emitida (BRASIL, 2015e), reconhece-se que “ainda não há um sistema estruturado de acompanhamento”. Considerando que a Lei de Cotas, é de junho de 2014, decorrido mais de ano e meio, é preocupante que não se tenha ainda, um órgão de acompanhamento da política, como necessário. E os efeitos prejudiciais dessa morosidade já se sentem, com as inúmeras ofensas já identificadas (v.g., editais da IFMA, IFSP, Itamaraty).

Ainda segundo a Nota Técnica (*idem*), a atuação da SEPPIR tem sido no seguinte sentido:

- i) Identificação dos concursos e provimentos autorizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) através do documento produzido pelo Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal disponível no sítio do Ministério;
- ii) Coleta de editais de concursos com inscrição aberta e que reservam vagas a candidatos negros, por meio de pesquisa na internet;
- iii) Compilação do número de vagas ofertadas segundo o nível do cargo, registrando-se as vagas para formação do cadastro de reserva, quando for o caso; e
- iv) Atendimento às consultas sobre o cumprimento da legislação.

Vê-se, assim, que esta atuação está ainda muito limitada, mormente considerando a ausência do público interessado, bem como de representantes da sociedade civil no controle da política, como necessário no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito. A ausência de representação do público beneficiário na atividade de fiscalização da política de inclusão remete à distinção feita por Duarte (2009, p. 883), entre o modelo neoliberal, nominalista, ou democrático, solidário, de inclusão do negro:

Os modelos neoliberais apresentam-se como nominalistas e de baixo impacto social. Não revelam qualquer preocupação com o ataque às estruturas racistas das instituições

universitárias ou empresariais [ou do serviço público], contentando-se ora com a acomodação silenciosa do grupo negro ora com sua transformação em propaganda de uma diversidade “confinada” que não existe de fato como sinônimo de pluralismo.

[...]

O modelo democrático deve partir de uma perspectiva da solidariedade (que implica igual respeito e consideração) e de uma compreensão dinâmica da criação de direitos e de sua efetivação. A perspectiva solidária não aceita que a democratização da instituição universitária [ou órgãos e entidades públicas] se esgote na inclusão do grupo negro nas vagas das universidades públicas [ou do serviço público], mas propugna pela continuidade do processo com a alteração de todos os espaços de exclusão presentes nessa instituição e na adequação de suas finalidades institucionais. (esclarecimentos acrescidos)

Caso não se evolua no sistema de fiscalização, indo além da SEPIR, dificilmente haverá um acompanhamento democrático da inclusão da população negra no serviço público. Não que se desconsidere o papel relevante da Secretaria, como um local importante de ativistas institucionais⁵⁵ (FERREIRA, 2015), no entanto, o risco de cooptação (CARDOSO, 2005; GOMES, 2009, p. 114) atravessa a atuação de um órgão público na sua relação com os movimentos sociais. Daí a importância de uma estrutura autônoma, ou ao menos não exclusivamente formada por agentes públicos, para o acompanhamento da execução de uma política pública da magnitude do combate à desigualdade racial no Brasil.

2.3.10 “Findará depois de transcorridos 10 (dez) anos” (art. 6º)

Conforme já ressaltado, a temporalidade é uma das características das ações afirmativas (JACCOUD, 2009) e, em especial, a reserva de cotas. Isto porque seu objetivo é restrito a promover uma redução da desigualdade, mas não é, por si, suficiente em acabar com esta desigualdade (SOWELL, 2004, p. 7). Com a complexidade do fenômeno do racismo, há concomitância de ações repressivas, de promoção e, mesmo, ações universalistas, que impactam no problema. Dessa forma, a manutenção sem um fim previsto ou previsível (*sunset clause*, na doutrina americana), pode possibilitar que um dado grupo social venha a atingir a situação de justiça que se via privado, passando a tornar desnecessária aquela específica política pública.

Esse aspecto foi inclusive destacado no acórdão da ADPF nº 186, na parte em que se

⁵⁵ SANTORO e MCGUIRE (1997, p. 504), ao conjugar a atuação de movimentos sociais e a organização estatal, destacam o conceito de ativistas institucionais (*institutional activists*), no âmbito de uma teoria de mobilização de recursos, como sendo os “participantes de movimentos sociais que ocupam *status* formal no governo e que buscam os objetivos do movimento social por meio dos canais convencionais da burocracia.

lê:

No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

(ADPF 186, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, acórdão eletrônico DJe-205 divulg 17-10-2014 public 20-10-2014) (Brasil, 2010a).

Nada impede, no entanto, que constatados limites aos objetivos traçados haja prorrogação no prazo de vigência anteriormente previsto. Aliás, esta foi a medida recentemente adotada pela UnB ao reavaliar seu programa de cotas raciais, o que impactou na redução de 20% das vagas reservadas para 5%, concomitantemente à aplicação da Lei de Cotas tendo em vista que seus objetivos não teriam sido atingidos (BRASIL, 2014).

2.4 - O processo legislativo

O fato da Lei de Cotas ter tramitado em regime de urgência constitucional,⁵⁶ por um lado, assegurou uma aprovação mais célere, por outro, impediu a realização de audiências públicas, não obstante o requerimento nº 9.236/2013, dos Deputados André Moura (PSC-SE) e Pastor Marcos Feliciano (PSC-SP), para que houvesse a transformação de uma das sessões plenárias em Comissão Geral, para que “sua discussão seja aberta aos diversos segmentos da sociedade civil organizada” (BRASIL, 2013a), que não chegou a ser apreciado.

Mas, com a realização de um *videochat*, o Pastor Marcos Feliciano, da CDHC, pode ouvir vários participantes e fazer ponderações sobre as demandas apresentadas (BRASIL, 2013b). Uma das reivindicações apresentadas foi no sentido de adoção de critérios socioeconômicos, a fim de se evitar o beneficiamento de indivíduos privilegiados, dentro do grupo de beneficiários (a nata ou *creamy layer*) (FERES JÚNIOR, DAFLON, 2015). No entanto,

⁵⁶ CRFB, de 1988. Art. 64. [...]

§1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

tendo surgido, depois como Emenda, foi rejeitada.

Assim, em 7.11.2013, após a apresentação em Plenário do PL 6.738 e da Mensagem 491/2013, a Mesa Diretora despachou o processo para as comissões julgadoras (Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), após a publicação no diário oficial (DCD de 08/11/13 p. 53325 col. 01).

Durante o prazo para apresentação de emendas (5 sessões ordinárias a partir de 8.11.2013) foram apresentados três requerimentos e seis emendas. Dois dos requerimentos pediam revisão do despacho inicial para inclusão da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão de Cultura, ambos indeferidos. O pedido de inclusão na ordem do dia não chegou a ser apreciado.

Já as Emendas de Plenário tiveram o seguinte conteúdo:

Quadro 7 – Emendas de Plenário, por nº, data, autoria e conteúdo

Emenda nº	Data de apresentação	Autor	Descrição
EMP 1/2013	19.11.2013	Dep. Luiz Alberto – PT-BA	Altera os arts. 1º e 2º, para estender a reserva de vagas para cargos de provimento em comissão
EMP 2/2013	19.11.2013	Dep. Domingos Dutra – SDD -MA	Acrescenta os indígenas, juntamente aos negros, além de aumentar de 20% para 30% o percentual de vagas oferecidas nos concursos públicos
EMP 3/2013	20.11.2013	Dep. Janete Rocha Pietá – PT-SP	Dê-se ao art. 6º do Projeto a seguinte redação: Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, para que lei passe a vigorar com prazo indeterminado.
EMP 4/2013	20.11.2013	Dep. Janete Rocha Pietá – PT-SP	Acrescente-se onde couber novo artigo com a seguinte redação: O preenchimento dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, deverá se dar em percentuais paritários aos pretos, pardos e brancos, em observância ao disposto no inciso I, art. 2º do Decreto n.º 4.228, de 13 de maio de 2002.
EMP 5/2013	20.11.2013	Dep. Janete Rocha Pietá – PT-SP	Dê-se ao art. 1º do Projeto a seguinte redação: Art. 1 Ficam reservadas aos negros cinquenta 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, na forma desta Lei.
EMP 6/2013	20.11.2013	Dep. Janete Rocha Pietá – PT-SP	Acrescente-se à parte final do art. 1º do Projeto a seguinte redação: Art. 1º Ficam reservadas aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista controladas pela União e nos Poderes Legislativo e Judiciário da União, na forma desta Lei.
EMP 7/2013	26.03.2014	Dep. André Figueiredo – PDT-CE	Acrescenta o §4º ao art. 3º, para reservar vinte por cento dos cargos em comissão no âmbito da administração pública federal, respeitada a proporcionalidade da reserva em cada nível do grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS)

Fonte: Elaboração do autor

Todas Emendas acabaram sendo rejeitadas ao fim (parecer do Deputado Vicentinho, do PT-SP), na Sessão Plenária Deliberativa Extraordinária do dia 26.03.2014.

Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM, opinou-se pela aprovação do Projeto de Lei nº 6.738/2013, pela aprovação da Emenda de Plenário 1/2013 (inclusão de cargos em comissão) e da Emenda de Plenário 4/2013 (inclusão de cargos em comissão), com subemendas, e pela rejeição da Emenda de Plenário 2/2013 (inclusão de indígenas), da Emenda de Plenário 3/2013 (vigência por prazo indeterminado), da Emenda de Plenário 5/2013 (aumento do percentual de reserva para 50%) e da Emenda de Plenário 6/2013 (inclusão do Poder Legislativo e Poder Judiciário), nos termos do Parecer do Relator, Deputado Pastor Marco Feliciano, que apresentou complementação de voto. Os Deputados Marcos Rogério (PDT-RO) e Pastor Eurico (PSB-PE) apresentaram voto em separado. O primeiro, pela rejeição; o último, pela inclusão de fator socioeconômico no projeto (candidatos oriundos de escola pública).

A CDHM, ainda, apresentou duas subemendas, incorporando ao projeto a proposta do Deputado Pastor Eurico (PSB-PE) para estabelecer percentuais distintos para candidatos oriundos de escola pública, e a proposta do Deputado Luiz Alberto (PT-BA), para estender a reserva para cargos em comissão.

Na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o parecer do Relator, Dep. Vicentinho (PT-SP), foi pela aprovação do projeto original e pela rejeição de todas as Emendas de Plenário.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o parecer foi pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto e das Emendas de Plenário n.º 1 (inclusão de cargos em comissão), 2 (inclusão de indígenas) e 4 (inclusão de cargos em comissão); pela inconstitucionalidade das Emendas de Plenário n.º 3 (vigência por prazo indeterminado), 5 (aumento do percentual de reserva para 50%) e 6 (inclusão do Poder Legislativo e Poder Judiciário); e pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa das Subemendas da Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

Assim, o projeto, indo a Plenário, foi aprovado com 314 votos a favor, 36 votos contra e 6 abstenções⁵⁷, no dia 26.03.2014, e remetido ao Senado em 1º.04.2014.

No Senado, passa a tramitar como PLC nº 29, de 2014, com pareceres favoráveis da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. A única emenda apresentada, pela Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), que fixava percentual das vagas aos residentes no Estado onde situados os cargos a serem providos, foi rejeitada. O Projeto é aprovado em Sessão Plenária do dia 20.05.2014, por unanimidade, numa seção que contou com a presença da Ministra Luiza Bairros, então Ministra da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Deputada Benedita da Silva, do Deputado Vicentinho, do Deputado Edson Santos, do Deputado João Paulo, e do Secretário Executivo da Secretaria da Promoção da Igualdade Racial, Giovanni Harvey. A matéria, então, foi encaminhada à sanção no dia seguinte, sendo sancionada e transformada em lei em 10.06.2014.

Conforme já destacado anteriormente, como pontos controversos, passa-se à análise das emendas propostas e pareceres contrários recebidos.

2.2.4.1 - Emendas para inclusão de cargos em comissão na reserva da lei.

No âmbito da Câmara dos Deputados, foram três as emendas tendentes a ampliar a

⁵⁷ Para verificar como cada Parlamentar votou: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=5802&tipo=partido>>. Acesso em 20.06.2015.

incidência da lei para abranger também os cargos de provimento em comissão: EMP 1/2013, da autoria do Deputado Luiz Alberto, do PT-BA; a EMP 4/2013, da Deputada Janete Rocha Pietá, do PT-SP e a EMP 7/2013, do Deputado André Figueiredo, do PDT-CE.

Todas essas emendas foram, ao final, rejeitadas com base no parecer do Deputado Vicentinho, do PT-SP.

A Proposta do então Deputado Luiz Alberto previa a alteração do PL 6.738 para que apresentasse a seguinte redação:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos ou processos seletivos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, bem como na ocupação de cargos em comissão, no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

[...]

§4º A autoridade administrativa com competência para o provimento do cargo em comissão será responsável pela observância da reserva de vagas de que trata o caput.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, ou ser nomeados para os cargos em comissão de que trata o artigo 1º, aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE. (grifos acrescidos)

Da justificação de sua emenda, constam os seguintes fundamentos:

[...] no que tange aos cargos de livre provimento, embora não haja dados estatísticos confiáveis, é latente a predominância esmagadora dos indivíduos não negros e negras na ocupação dos cargos, o que reflete, de certa forma, o processo de desigualdade vivido pela população afrodescendente nas relações sociais, políticas, econômicas e laborais.

Da mesma forma a proposta da então Deputada Janete Rocha Pietá previa a inclusão de um novo artigo ao PL 6738/2013:

O preenchimento dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, deverá se dar em percentuais paritários aos pretos, pardos e brancos, em observância ao disposto no inciso I, art. 2º do Decreto n.º 4.228, de 13 de maio de 2002.

Da justificação apresentada, consta a seguinte referência:

A população negra ou parda autodeclarada corresponde há um percentual de 50,74% da população brasileira, o que equivale a um total de 190.732.694 milhões de brasileiros, segundo último censo de 2010 do IBGE. No entanto, nos cargos do serviço público os negros ocupam apenas 31%, enquanto brancos ocupam 69%. Em relação aos ocupantes de cargos em comissão (DAS) no poder Executivo Federal, desde o mais alto ao mais baixo, respectivamente, no DAS 6, os brancos ocupam 86,5% das funções, e os negros 13,5%; já em relação ao DAS 1, os brancos ocupam 74,5%, e os negros 25,5%, dados extraídos da Nota Técnica da SEPPIR de 2013.

Por fim, a proposta pelo Deputado André Figueiredo a inclusão de um §4º ao art. 3º, com o seguinte teor:

§4º. Ficam reservados aos negros vinte por cento dos cargos em comissão no âmbito da administração pública federal, respeitada a proporcionalidade da reserva em cada nível do grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS)

Da justificação consta:

Em congruência com a redação do PL 6738, de 2013, tal qual encaminhado pelo Poder Executivo, proponho que a cota de vinte por cento também venha a ser observada no preenchimento dos cargos de Ministro de Estado ou equiparados e em cada nível do grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS). Nesse gênero de política afirmativa, a visibilidade do grupo social beneficiado constitui um dos aspectos de maior relevo, e ela estaria plenamente assegurada com a garantia da presença de brasileiros integrantes da população negra nos mais altos escalões da administração pública federal.

O Parecer do Relator da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Deputado Marcos Feliciano, PSC-SP, foi pela aprovação das emendas de extensão de cotas raciais para os cargos comissionados. Destaca-se, de sua manifestação, a seguinte passagem:

No entender deste relator, a proposição apresentada pelo Poder Executivo falha, de fato, ao não abranger os cargos comissionados. Tem-se conhecimento de que é substancial o número de tais cargos no Poder Executivo. [...]

Compreende-se que os cargos comissionados são de livre nomeação e que, por isso, não têm a natureza permanente dos cargos efetivos a que se destinam a reserva de vagas proposta no projeto de lei aqui analisado. Entretanto, devido à relevância e ao grande número de cargos comissionados na administração pública federal [89.550, em 2011], não faz sentido deixá-los fora do alcance de uma política de ação afirmativa para o provimento de cargos do Poder Executivo. (esclarecimentos acrescidos)

A Comissão, assim, aprovou o Parecer, liberando a matéria ao Plenário.⁵⁸

Da mesma forma, conquanto menos argumentativo, o Parecer do Relator da CCJ, Deputado Leonardo Picciani, PMDB-RJ, aprovou as emendas nº 1 e 4, ao não vislumbrar qualquer óbice quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, sendo este o entendimento prevalecente na Comissão.⁵⁹

⁵⁸ Houve dois votos em separado: o do Deputado Marcos Rogério, PDT-RO, pela rejeição do projeto, e do Deputado Pastor Eurico, PSB-PE, que inclui critério socioeconômico aplicável às cotas raciais (limite em 25%, dentro da conta de 20%, as vagas para aqueles que concluíram seus estudos em escola privada e, em 75% para aqueles que concluíram todos os seus estudos em escola pública).

⁵⁹ Da mesma forma que na CDHM, na CCJ houve dois votos em separado: o do Deputado Marcos Rogério, PDT-RO, no mesmo sentido de rejeição do projeto, e do Deputado Marcelo Almeida, PMDB-PR, por sua inconstitucionalidade.

Diferentemente das Emendas, que normalmente vem instruídas com uma justificativa, mesmo que sucinta, os Pareceres proferidos em Plenário – PPP, pelo Deputado Vicentinho, PT-SP, pela rejeição das propostas é absolutamente lacônico: “[...] somos favoráveis ao projeto e contrário às emendas”. Tão somente.

Já na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o mesmo Deputado diz algo mais, sem, contudo, acrescentar muito à discussão:

As Emendas n.º 1 e 4, tratam de reserva de vagas para nomeação para cargos em comissão. Tais cargos, conforme o seu próprio conceito, são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, de caráter provisório, destinando-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento e, ao nosso sentir, não se coadunam com o objetivo pretendido pela proposição.

Difícil compreender a justificativa de que a ampliação de reserva de vagas para os cargos em comissão “não se coaduna com o objetivo pretendido pela proposição”. Nada no PL 6738/2013, tampouco na justificativa que o serviu como exposição de motivos, dão a entender que essa extensão aos cargos em comissão deixaria de garantir que “os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a diversidade existente na população brasileira” (BRASIL, 2013a).

2.2.4.2 - Emendas para aumento do percentual de vagas reservadas

Duas emendas de plenário visaram a aumentar o percentual de vagas reservadas: a EMP 2/2013, do Deputado Domingos Dutra, SDD-MA, e a EMP 5/2013, da Deputada Janete Rocha Pietá, PT-SP, sendo ambas, ao fim rejeitadas.

A Emenda do então Deputado Domingos Dutra, SDD-MA, acrescentava os indígenas como igualmente beneficiário da reserva de vagas, bem como aumentava de 20% para 30% o percentual das vagas oferecidas. A proposta, no entanto, não vem instruída com qualquer justificativa a demonstrar a razão para a inclusão e aumento pretendidos.

Já a Emenda da então Deputada Janete Rocha Pietá, PT-SP, pretendia ampliar de 20% para 50% a reserva de vagas para negros. Padecendo do mesmo problema da EMP 2/2013, uma vez que não é possível estabelecer cotas sem levantamentos fáticos consistentes (OSÓRIO, 2006, p. 47).

A justificativa apresentada, em boa partida repetida nas demais emendas da Deputada, apenas conclui com a máxima de que “é imprescindível apresentação e aprovação desta emenda, permitindo assim, maior representação da população negra no serviço público e consolidando o compromisso do Estado Brasileiro com a promoção da igualdade racial”.

Tal qual a EMP 2/2013, também esta emenda acabou sendo rejeitada.

O Parecer do Relator da CCJ, Deputado Leonardo Picciani, PMDB-RJ, aprovou a emenda nº 2, sem tecer qualquer consideração quanto ao seu mérito, isto é, a inclusão de indígenas e o aumento do percentual. Apenas assentou que não foi vislumbrado qualquer óbice quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa para a emenda em questão.

No âmbito da CCJ, a EMP 5/2013 foi rejeitada com a seguinte argumentação:

A Emenda nº 5 é inconstitucional, por ferir os princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo percentual inadequado, correspondente à reserva de metade das vagas para negros. Além de estar muito acima do percentual representativo de negros na população brasileira (*sic*), a reserva de vagas nesses termos, na prática, cria discriminação em relação a outras raças presentes na população brasileira, que se veriam em condições desfavoráveis para ingressar no serviço público, o que não é o objetivo do projeto.

Merece atenção o fato do Relator parecer ter se confundido ao afirmar que o percentual de 20% “estaria muito acima do percentual representativo de negros na população brasileira”. É provável que, desconhecendo ou ignorando que o tratamento dado para o termo “negros” abrange tanto os pretos, quanto os pardos, tivesse o mesmo se referindo a proposta como uma política exclusiva para pretos, o que demonstra a superficialidade com que fora analisada.

No mais, a justificativa afirma que a emenda fere o princípio da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade ao estabelecer percentual inadequado. Os motivos para tal inadequação: (i) o percentual estaria muito acima do representativo de negros na população brasileira e (ii) a reserva, nesses termos, discriminaria outras “raças” presentes na população.

O argumento, no entanto, se estabelece com apoio em duas falácias. A primeira, quanto ao percentual da população negra brasileira. Ora, segundo a própria justificativa do projeto de lei, a população negra representaria 50,74% da população, segundo os dados do IBGE, de 2010. Já o argumento de que a reserva para negros discriminaria outras “raças” demonstra a lógica mais rasteira de rejeição das ações afirmativas para a população negra, a partir da desconsideração de que “uma política compensatória só tem razão de ser se a população

beneficiária compensa por meio dela uma situação mais geral de desvantagem” (GUIMARÃES, 2009, p. 190). No entanto, que outro grupo da população brasileira, constituindo hoje uma maioria marginalizada, necessita desse tipo de política pública? A rejeição, pura e simples de percentuais, também não deve se basear em uma opinião, mas em dados. 50% seria inadequado em que sentido? É possível que o Deputado não tenha querido expressar mais do que o “politicamente possível” determinou: uma representação da população negra no serviço público, mas que não diminua a massiva representação branca já consolidada.

Já na CDHM, as emendas são rejeitadas sem que se faça qualquer consideração quanto ao seu conteúdo e das razões para sua não aprovação.

Por fim, na Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público – CTASP, segundo o Deputado Vicentinho, PT-SP, que também rejeitou em Plenário essas emendas, tem-se:

A Emenda nº 2, que pretende incluir indígenas e ampliar o percentual inicialmente previsto no projeto de lei, demandaria um estudo mais aprofundado sobre o tema, resultando em proposta futura.

[...]

A ampliação do percentual de reserva de vagas, pretendida pela Emenda nº 5, tampouco se mostra pertinente. Apesar de buscar adequar o percentual à participação da população negra ou parda do país, a emenda acaba privilegiando essa população, pois ela poderá candidatar-se simultaneamente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, conforme o art. 3º do projeto de lei. Destarte, somos pela rejeição da aludida emenda.

A necessidade de um estudo aprofundado, ao que parece, refere-se tanto à questão da inclusão dos indígenas, quanto ao percentual proposto de 30%, abrangendo aqueles e a população negra. Mas, prefere-se remeter a uma proposta futura (que ainda não houve) do que discutir e aprofundar tais estudos para melhoria do projeto em discussão.

Em relação ao argumento de que a haveria privilégio dessa população, em razão da concorrência para vagas reservadas e na ampla concorrência, também demandaria um estudo, considerando, principalmente, o número de negros e negras ingressantes no serviço público a cada certame, antes da aprovação da lei. No entanto, não houve a contraprova e a matéria acabou sendo rejeitada.

3. A Judicialização da Lei de Cotas.

Nesse curto tempo de vigência da Lei de Cotas verifica-se uma alta judicialização da matéria. Foram identificadas, no período de publicação da lei até fevereiro de 2016, ao menos seis ações coletivas e uma ação individual. Das ações coletivas, o Ministério Público Federal – MPF é autor em quatro dessas, a Defensoria Pública da União – DPU, em uma e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, em outra.

A ação civil pública nº 3631-17.2015.4.01.3700, em trâmite na 3ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, foi proposta pela DPU contra o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão – IFMA e pretende a suspensão de qualquer ato do Concurso Público para Provimento do Cargo Efetivo da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do Instituto (regido pelo Edital n. 002, de 29/12/2014 e retificado pelo Edital n. 3, de 15/01/2015), até que seja assegurada, na forma da lei, a reserva de vagas para pessoas com deficiência (entre 5% e 20%) e para negros e pardos (20%), computando-se tal percentual a partir do total de vagas prevista no concurso público, qual seja 210 (duzentas e dez) vagas e as que surgirem.

Em sede liminar, o Juiz da 3ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, deferiu a tutela pleiteada, com o seguinte teor:

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR, para determinar, a suspensão de qualquer ato do Concurso Público para Provimento do Cargo Efetivo da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do IFMA (regido pelo Edital n. 002, de 29/12/2014 e retificado pelo Edital n. 3, de 15/01/2015), devendo ser o certame paralisado no estado em que se encontra, e a IES se abster de qualquer ato até que seja assegurada, na forma da lei, a reserva de vagas para pessoas com deficiência (entre 5% e 20%) e para negros e pardos (20%), computando-se tal percentual a partir do total de vagas prevista no concurso público, qual seja 210 (duzentas e dez) vagas e as que surgirem.

O processo ainda está pendente de julgamento final.

Já na ação civil pública proposta pelo MPF-SP contra o IFSP, impugna-se o fracionamento de vagas do concurso para a carreira de magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do Instituto que deixou de oferecer qualquer vaga a negros e pardos, embora o total de vagas oferecidas fosse de 166. No dizer da Procuradora da República Priscila Costa Schreiner, autora da ação:

Nos concursos para professores, em que é comum a divisão das vagas por disciplinas, resultando um pequeno número de vagas para cada área, justifica-se o cálculo sobre o total de vagas oferecidas, pois entendimento em sentido diverso tornaria totalmente ineficaz a norma prevista no artigo 37, VIII, da Constituição, em flagrante violação aos

direitos das pessoas com deficiência e dos negros (PROCURADORIA, 2015).

O pedido liminar foi indeferido pelo Juiz Titular, encontrando-se o feito ainda pendente de julgamento.

Em outra ação, o MPF-DF, por meio da ação civil pública nº 0040614-42.2015.4.01.3400, em trâmite na 17ª Vara Federal do Distrito Federal, pretende obrigar que toda as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) passem a prever nos editais de seus concursos a reserva de vagas, nos termos da lei (BRASIL, 2015f). O início do procedimento se deu com a denúncia de um cidadão de que o edital para a admissão na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPCEEx) não havia previsto reserva de vagas para cotas raciais, resultando na abertura do procedimento investigatório nº 1.16.000.001373/2015-77.

Tendo sido expedida recomendação ao Comandante da Escola Preparatória de Cadetes do Exército, não houve alteração do entendimento daquela entidade, sob alegação de que os militares não se incluem entre os servidores públicos, o que resultou na propositura da ação, ainda pendente de julgamento.

Outra ação proposta pelo MPF para impedir a nomeação e posse de candidatos não negros, indevidamente inscritos como concorrentes às vagas reservadas aos negros (reserva instituída pela Lei nº 12.990/2014) no concurso público do Instituto Rio Branco (MRE), regido pelo Edital nº 1, de 3 de julho de 2015, para admissão à carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores. O Juiz Federal Renato Coelho Borelli, da 20ª Vara Federal de Brasília, deferiu no dia 10.11.2015 uma liminar, impedindo o Ministério de Relações Exteriores de dar posse aos candidatos.

Por fim, o MPF-ES propôs a ação civil pública, nº 119328-36.2015.4.02.5001, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, visando à nulidade parcial do certame, por inconstitucionalidade ou inaplicabilidade da lei (*sic*) e, subsidiariamente, (i) exclusão do procedimento de submissão a uma banca de verificação, para adotar unicamente a autodeclaração como requisito para concorrer às vagas reservadas para negros ou (ii) , caso mantida a banca de verificação, que a mesma adote procedimento justo e regular, que não gere a exclusão dos optantes pelas vagas reservadas do concurso, mas apenas que deixem de concorrer a essas vagas e passem a disputar somente as vagas da ampla concorrência (BRASIL, 2015d).

Na primeira instância, foi negada a liminar pleiteada, vindo o Tribunal Regional

Federal, em sede recursal, conceder em parte a liminar, apenas para que seja anulado o Edital na parte que estabeleceu o envio de foto para verificação da condição de negro, procedendo-se à nova verificação, com avaliação presencial e decisão motivada, assegurando-se a possibilidade de desistência das cotas aos que assim desejarem e que os reprovados na verificação figurem na listagem da ampla concorrência, caso tenham obtido nota suficiente, devendo ser eliminados do concurso tão somente os candidatos que prestarem declaração falsa, também com a devida motivação. O processo até a conclusão deste estudo não tinha decisão final, mas aproxima-se da recomendação do STF no sentido de conjugação de métodos de heteroidentificação.

Mais recentemente, ganhou destaque a decisão proferida pelo Juiz da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, que no julgamento da Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025, em que Carlos Delano de Araújo Brandão contende contra o Banco do Brasil S.A. entendeu que:

A reserva de vagas para negros, prevista na Lei n.º 12.990/2014, é inconstitucional, por violar os arts. 3º, IV, 5º, caput, e 37, caput e II, da Constituição Federal, além de contrariar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, envolve valores e aspectos que não foram debatidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF n.º 186, que tratou da constitucionalidade da política de acesso às universidades públicas pautada no princípio da diversidade, com o propósito de enriquecer o processo de formação e disseminação do conhecimento.

No caso, pleiteia a parte sua contratação para o cargo de escriturário, com base no Edital nº 02 – BB, de 18.12.2014, em razão da inconstitucionalidade da Lei de Cotas Raciais e de vícios no cadastro reserva do Concurso Público de Edital nº 02/2014, além de indenização por danos morais. O candidato teria sido aprovado em 15º lugar e, em razão da nomeação de candidatos cotistas classificados em 25ª, 26ª e 27ª posições, o mesmo teria sido preterido de forma supostamente indevida na ordem de classificação.

Os argumentos do Juiz ignoram a profunda discussão sobre cotas raciais, valendo-se para sua fundamentação em sua própria opinião, sem qualquer embasamento doutrinário ou jurisprudencial de relevo. São os seguintes argumentos apresentados: (i) “na hipótese dos autos estão em jogo valores e aspectos distintos daqueles que foram debatidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 186; (ii) “não existe direito humano ou fundamental garantindo cargo ou emprego público aos cidadãos”; (ii) “o provimento de cargos e empregos públicos mediante concurso não representa política pública para promoção da igualdade”; (iii) “a reserva de cotas para suprir eventual dificuldade dos negros na aprovação em concurso público é medida

inadequada, já que a origem do problema é a educação, para o que já foi instituída a respectiva política pública de cotas”; (iv) “os negros poderão ser duplamente favorecidos com as políticas afirmativas”; (v) “só são lícitas em concurso público as restrições impostas em razão da própria natureza e do exercício do cargo ou emprego”; (vi) “a única cláusula de relativização desta regra diz respeito as pessoas portadoras de deficiência” [...] “não podendo o legislador infraconstitucional criá-las, sob pena de comprometer a obrigação constitucional de o Estado fornecer e prestar um serviço público de qualidade e de violar o direito fundamental do cidadão a tais serviços”; (vii) “inconstitucionalidade na Lei nº 12.990/2014 pela flexibilização de uma regra constitucional objetiva e instituída em prol do princípio da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da qualidade do serviço público”; (viii) “incompatibilidade da Lei nº 12.990/2014 com o princípio constitucional da eficiência”; (ix) “ausência de critérios objetivos para a identificação dos negros”; (x) “inexistência de critérios relacionados à ordem de classificação” e (xi) “inexistência de qualquer corte social”. A sentença foi proferida em 18.01.2016.

Já tendo sido interposto Recurso Ordinário por ambas as partes, encontram-se pendentes de julgamento⁶⁰. Entretanto, foi deferido efeito suspensivo ao Recurso Ordinário do Banco do Brasil, por se entender presentes os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, além de “reais chances de reforma do julgado, sendo, por conseguinte, extremamente temerária a manutenção de ordem para cumprimento imediato da obrigação de fazer prevista em sentença, restando prudente e razoável que se aguarde, ao menos, a decisão em segundo grau, quando a matéria será novamente analisada, agora, por um colegiado”.

Embora o processo também não tenha concluído seu trâmite, não tardou uma resposta à altura, com a propositura da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41, com pedido de medida cautelar, pelo Conselho Federal da OAB, em 26.01.2016, tendo por finalidade provocar a declaração da constitucionalidade da Lei nº 12.990, 09 de junho de 2014, tendo sido designado como Relator o Min. Roberto Barroso.

Após demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante, em razão da estatura constitucional do diploma impugnado nas instâncias inferiores e do risco de proliferação de decisões similares pelos Estados-Membros, demonstra (i) a sua compatibilidade com os arts. 3º,

⁶⁰ Conforme movimentação processual disponível em: <https://pje.trt13.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=61100&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=3207>. Acesso em 27.02.2016.

I, II, III e IV, da CRFB, de 1988, art. 39, da Lei 12.288, de 2010 (EIRA) e Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810, de 1969), no que tange à constitucionalidade da Lei de Cotas e (ii) compatibilidade com os arts. 1º, III, art. 4º, II e III, e art. 37, todos da CRFB, de 1988, quanto ao critério de autodeclaração para identificação racial e possibilidade da heteroclassificação complementar.

O pedido liminar não chegou a ser apreciado pela Presidente em exercício, Ministra Cármen Lúcia, por entender não se enquadrar na previsão do art. 13, VIII, do RISTF⁶¹.

O processo também se encontra pendente de julgamento.

Todas essas ações sugerem um atento acompanhamento, tendo em vista as discussões que suscita e os possíveis desdobramentos para a aplicação da norma.

⁶¹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

VIII - decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias;

CAPÍTULO III

A Lei de Cotas e a sub-representação legal

“Quanto mais as coisas mudam, mais ficam as mesmas”.
(Ditado popular)

O terceiro capítulo, em sua primeira seção, estabelece uma discussão entre direito e estatística racial, para a elaboração de políticas de combate à desigualdade racial. O objetivo é fundamentar teoricamente a pesquisa de campo que se estabelece na segunda seção deste capítulo, em que se analisa, com mais detença o modelo de reservada de vagas para cotas raciais em concursos públicos. Como conclusão, numa terceira seção do capítulo, apresenta-se o conceito de sub-representação legal, central neste estudo, visando a demonstrar como a escolha de certos critérios (“quanto”, “onde” e “quem”)¹ mantém, ao invés de combater, a estratificação racial em certos espaços de poder.

1 Direito e estatísticas raciais

O enfrentamento teórico da relação entre direito e fato, sem padecer do problema das abstrações e generalizações excludentes, encontra na corrente de pensamento denominada Teoria Crítica da Raça (*Critical Race Theory*) mais apropriado reforço, uma vez que:

Diferentemente do tradicional [movimento por] direitos civis, que envolve gradualismo e progresso passo a passo, a Teoria Crítica da Raça questiona a própria fundação da ordem liberal, incluindo sua teoria da igualdade, raciocínios jurídicos (*legal reasoning*), racionalismo iluminista e princípios neutros do direito constitucional² (DELGADO;

¹ Devo a Debora Almeida a sugestão para explorar os diversos aspectos ligados ao conceito de sub-representação por meio de perguntas, a partir de sua análise sobre a relação entre representação política e democracia (ALMEIDA, D., 2015).

² No original: “*Unlike traditional civil rights, which embraces incrementalism and step-by-step progress, critical race theory questions the very foundations of the liberal order, including equality theory, legal reasoning,*

STEFANCIC, 2001, p. 3)

Nesse sentido, pensar o direito em sua relação com – ou, no combate ao – racismo, sem tomar em conta a lógica da branquidade na elaboração de categorias tidas por universais, pode levar o intérprete a apreciar certas situações de forma tão impregnada pelas pré-compreensões naturalizantes da inferioridade de certas minorias, que o regramento que a partir daí se elabora virá em boa parte maculado por este equívoco inicial.

A grande luta do Teoria Crítica da Raça é justamente demonstrar tal equívoco, considerando que: “as ciências sociais produzem conhecimento sobre os ‘outros’ como ‘desviantes’ do ‘modelo’, que é definido como [aquele que é] branco, heterossexual, burguês e do sexo masculino” (ZUBERI, 2011, p. 1576).

Pela conjugação de duas linhas de interpretação que distingue os pensadores da Teoria Crítica da Raça, de um lado, “idealistas”, para quem “racismo e discriminação são questões de pensamento, categorização mental, atitude e discurso” (DELGADO, STEFANCIC, 2001, p. 17) e, de outro “materialistas”, “realistas” ou “deterministas econômicos”, em que “racismo é o meio pelo qual a sociedade aloca privilégios e *status*” (*idem*), é possível uma nova análise do Direito e dos fatos, para além das limitações liberais. Há se conjugar uma nova gramática, um novo discurso, em que os excluídos tenham vez na produção legislativa, mas também é necessário alterar a forma de distribuição dos recursos na sociedade, para que não se tenha uma distância tão grande entre o direito legislado – por exemplo, a mera enunciação da igualdade – e seus efeitos reais – como a permanência da desigualdade racial de forma flagrantemente desconcertante.

1.1 A devida cautela com as estatísticas raciais

As cautelas que se devem ter em relação ao uso de estatísticas raciais são de duas ordens. A primeira, é quanto ao próprio uso das estatísticas, conforme demonstrado por Tukufu Zuberi, em sua obra “*Thicker than Blood: how racial statistics lie*” (2001), sobre a falácia de que resultados obtidos a partir de métodos científicos de coleta de dados e análise são politicamente neutros (p. xvi) e seu uso em teorias causais. A Segunda, é quanto ao conceito social de “raça” e

a discussão que “cor” suscita, conforme também já demonstrado há muito, no Brasil, (ROSEMBERG; PIZA, 1998; PETRUCCELLI, 2000).

Conforme Zuberi, estatística é um sistema baseado na incerteza, em que “os números não são mais que axiomas aplicados e podem ter pouco a ver com as condições de sua correta aplicação no mundo real” (2001, p. xvi). O quanto os conceitos raciais têm influenciado a lógica dos métodos estatísticos deve-se muito à prática de objetificar os diferentes grupos sociais em dada sociedade. Em sua origem, assim, a descrição das sociedades estava profundamente ligada a uma concepção racista em duas tendências, uma, a partir de Quetelet e Durkheim, que “vê os grupos como entidades com traços coletivos e que podem ser estatisticamente descritos”; outra, remetendo a Galton³, em que, ainda que reconheça diferentes *status* dos grupos, como a raça, descreve *status* racial como traços individuais (*ibidem*, p. 30).

O inicial desenvolvimento das estatísticas sociais, a partir de Francis Galton, que juntou o estudo de estatísticas matemáticas e teoria evolucionista numa concepção eugênica⁴, teve grande repercussão até o início do século XX, mas passa a perder força na década de 1950, em razão das implicações nazistas de seu uso, a partir do que passa a buscar um fundamento mais científico (*idem*).

O aparecimento de estatísticas raciais não-eugenistas (*noneugenic racial statistics*), por outro lado, relaciona-se ao desenvolvimento de censos populacionais, em que a discussão de políticas sociais era apenas um subproduto das administrações governamentais (*ibidem*, p. 81). Dessa espécie é também o estudo de Du Bois, *The Philadelphia Negro: a social study*, de 1899, em que apresenta uma massiva base de dados.

O problema comum a ambas as correntes, tanto eugenista, problemática em si, quanto não eugenista, no entanto, deriva principalmente, para fins de estudos estatísticos, no estabelecimento de relações causais. Conforme Holland (2008, p. 95): “raça não é uma variável causal e por esta razão, ‘efeitos raciais’, por si, não tem qualquer relação com interpretações ‘causais’”. Daí a exata advertência de Zuberi (2001, p. 101):

³ Conforme o autor (ZUBERI P. 33): “O foco de Galton na diferença, especialmente a diferença humana, desempenhou um papel chave no desenvolvimento das análises estatísticas da sociedade humana. Mais amplamente, suas ideias evolucionistas sobre qualidade racial teve um impacto fundamental na lógica das estatísticas sociais. As metodologias de Galton foram desenvolvidas como parte de sua teoria racial da eugenia”.

⁴ De acordo com o autor (ZUEBERI, p. 34): “Historicamente, a eugenia tem sido caracterizada por três princípios: a inalterável base biológica de classe e raça; a assunção de que ‘tal pai, tal filho’, ou a base hereditária de características físicas, ental, moral e comportamental das pessoas, suas qualidades e defeitos; e a evolução biológica e a superioridade de uma raça particular”. Para o impacto da eugenia no Brasil, ver Schwarcz (1993).

Estudos não deveriam confiar em identidades raciais descontextualizadas. De fato, é a descontextualização que leva a formas de raciocínio racial. Esta não é uma questão de mania de estatísticos. O que é necessário é uma melhor compreensão de nossas teorias e como elas se relacionam com nossos métodos de pesquisa. Nós precisamos de um melhor entendimento de como os dados raciais estão relacionados para nosso método de pesquisa e como efeitos causais se relacionam com nossas teorias causais.

Para além desse aspecto, tomando a “raça” como um construto social, é fundamental que o cientista social mantenha uma vigilância constante, para não acabar essencializando a própria ideia racial, ao reputar como fixas determinadas características que evidenciem determinada identidade racial (STEWART, 2008, p. 32). Nesse sentido, vale a pena resgatar a discussão de Rosemberg e Piza (1998-1999), intitulado “Cor nos censos brasileiros”, em que é abordada a dimensão psicossocial no processo de identificação de “raça” ou cor, e outros estudos que seguem nessa linha (PETRUCCELLI, 2000; SOARES, 2008; OSÓRIO, 2003).

O primeiro aspecto presente é que o sistema adotado no Brasil é de autoidentificação e, não, heteroidentificação⁵, ressaltando que “quando um respondente dos censos brasileiros declara sua cor, ele o faz em função de determinações tanto macro quanto microestruturais” (ROSEMBERG; PIZA, 1998, p. 123), sendo que “a cor (ou pertencimento racial) que alguém se atribui é confirmada ou negada pelo olhar do outro” (*ibidem*, p. 130). As autoras identificam então uma relação variável entre identidades raciais e linhas de cor e, a partir dos estudos de Cross Jr., como o pertencimento racial não é um dado imutável, possibilitando considerar que “na trajetória de vida das pessoas, haja mudanças no processo de autoclassificação de cor” (*ibidem*, p. 134). Tal ocorreria não só pela natureza relacional da identidade, mas também pelo fenômeno de uma heteroidentificação que ocorre no âmbito familiar, em que “um único respondente [pessoa maior que fala em nome da família] declararia a cor em nome de outros, que, futuramente, poderão alterar seu pertencimento racial”.

Nesse sentido, Soares (2008, p. 99) aponta que, em razão dessa mutabilidade da identificação racial, alterações em seu enquadramento, embora não alterem o tamanho das populações, reconfiguram seu “perfil racial”, que “pode mudar em velocidade muito superior ao ritmo secular de nascimentos e mortes que caracteriza boa parte das análises demográficas”.

⁵ Conforme as autoras (1998-1999, P. 124): “Entendemos por autoidentificação tanto as escolhas de cor feitas pelos indivíduos respondentes do rol das cores existentes no vocabulário racial brasileiro quanto no vocabulário utilizado pelos censos. Por heteroidentificação entendemos a atribuição de cor ou raça realizada pelo conjunto da sociedade brasileira aos descendentes de pretos, pardos, índios e brancos em que um componente racial ou de cor vem associado a posições sociais simbólicas e/ou concretas”.

Assim é que o autor, analisando a composição populacional brasileira de 1890 a 2007, busca identificar “quão importante é a mudança de identidade racial na mudança da composição racial da população brasileira” (*ibidem*, p. 111). Em conclusão, identifica o autor o “escurecimento da população brasileira nos últimos dez anos” que revela que “mudanças em como as pessoas se veem são responsáveis pela quase totalidade dessa mudança” (*ibidem*, p. 116).

Esses aspectos, no entanto, não são capazes de jogar por terra a classificação racial nos moldes em que utilizado pelo IBGE, como conclui Osório (2003). A uma, porque, ainda que exista uma grande diversidade de “termos de cor” a que possam ser atribuídos pelos respondentes do censo, as categorias tidas por principais, como branco, preto, pardo e amarelo absorvem o maior percentual de respostas, o que dá legitimidade ao sistema. O autor, no entanto, observa um aspecto importante, a demandar, da mesma forma que as observações anteriores, cautela do cientista social, no que refere a autoidentificação. À medida que as situações analisadas, seja do censo do IBGE, seja dos controles empreendidos pelas administrações públicas em seus registros pessoais, como o exemplo do SIAPE, no âmbito federal, “nenhum dos responsáveis pela identificação racial, entrevistadores ou entrevistados, viam na resposta algo capaz de garantir a titularidade de direitos”, ou seja, “sua aplicação em contextos nos quais o enquadramento em determinadas categorias possa alavancar vantagens pessoais deve ser feita de forma refletida” (*ibidem*, p. 35)⁶.

1.2 O papel das estatísticas na elaboração de políticas antidiscriminatórias

Muito embora as estatísticas raciais tenham sido usadas de forma ideológica para justificar a estratificação social com base na “raça” (ZUBERI, 2001; ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008), não se pode descartar “que o público em geral age e pensa politicamente dentro dos limites de categorias raciais e o governo desenvolve políticas que determinam ‘quem recebe o que’ com base nessas diferenças” (ZUBERI, 2001, p. 118). Assim, critérios “raciais” ou de “cor” podem ser classificações legítimas, principalmente se servirem a um uso legítimo (*idem*), ou seja, combater a estratificação social.

⁶ Esse fenômeno já identificado na literatura racial crítica é chamado de fraude racial (*racial fraud*) ou *box checking*, como “ação por uma pessoa que não é parte de uma minoria, ou de uma com uma conexão muito pequena com um

A classificação étnico racial no país, ainda que mereça ser problematizada em diversos aspectos, não milita a favor de abordagens desracializadas, conforme ressalta SOVIK (2004, p. 366): “Desistir prematuramente do estudo de identidades raciais, por demasiado complexas e numerosas, é fazer concessão à ideologia da mistura como antídoto ao racismo”. Esta também é a conclusão dos críticos raciais americanos, quando lidam com a cegueira racial (*colorblindness* ou *race blind*) (DELGADO; STEFANCIC, 1997; DELGADO; STEFANCIC, 2001), ou pós-racialismo (POWELL, 2014, p. 271) conforme o dilema apontado por Zuberi (2001, p. 120): “Duas preocupações principais caracterizam esse debate: (1) aderir uma análise de cegueira racial (*‘race-blind’ analysis*) (vendo a “raça” como um traço irrelevante ou superado); e (2) buscando a justiça social por meio de estatísticas conscientes sobre “raça” (*‘race-conscious’ statistics*)”. De fato, o foco apenas em políticas cegas à “raça” acaba por investir apenas em ações universalistas, em franca desconsideração com a história de discriminação racial do país (*idem*), ainda que tais políticas tenham sua importância. Por outro lado, ao se atentar para os aspectos da “raça”, é possível identificar as disparidades produzidas pela estratificação racial e, com base no contexto histórico, focar em oportunidades e resultados (*idem*).

Mesmo buscando-se o uso legítimo de estatísticas raciais nas políticas públicas, há se atentar, ainda, para que não se estabelecer uma relação causal entre “raça” e a situação social de estratificação racial que se procura combater. O autor propõe, assim, o conceito de causação manipulada (*manipulative causation*) em que leva em conta o fato de que, também as inferências causais podem, assim como os grupos de indivíduos, estar sujeitas a serem manipuladas, a partir dos dados estatísticos levantados. Tome-se o exemplo hipotético⁷ de que os negros se saem bem na faculdade por causa das ações afirmativas adotadas (*ibidem*, p. 132). O efeito causal, identificado pela teoria da causação manipulada, é que sem as ações afirmativas essas pessoas não iriam tão bem nas universidades. Ou seja, na ânsia de defender as ações afirmativas põe-se os dados para trabalhar a favor de um resultado específico problemático. O dilema óbvio é que, mesmo não defendendo uma concepção biológica de “raça” este tipo de raciocínio atribui a “raça” da pessoa uma determinada condição ou *status* (*ibidem*, p. 133). O mesmo pode ocorrer com concursos públicos, se for reputado às ações afirmativas a única possibilidade de acesso das

grupo minoritário, ganhar os benefícios dirigidos às minorias, como as ações afirmativas” (DELGADO, STEFANCIC, 2001, pp. 153-154).

pessoas negras ao serviço público.

Por esse motivo, a forma mais adequada de promover algum grau de justiça racial é se valer das estatísticas raciais para identificar como, num determinado contexto histórico e social, a discriminação produziu uma estratificação racial (*idem*, p. 134), ou seja, “o fator causal em estatísticas raciais são as práticas discriminatórias [dos empregadores], não a raça das pessoas envolvidas” (*ibidem*, p. 137).

Nesse sentido, ao tratar a questão das estatísticas raciais no combate às políticas de discriminação indireta, Maryse Potvin (2005, p. 32) aponta o uso massivo de estatísticas raciais como metodologia adotada pela Comissão de Equidade no Trabalho e que resultou na laboração da legislação canadense⁸ de equidade no trabalho:

A metodologia dessa abordagem e a implementação efetiva baseia-se crucialmente em estatísticas em cada estágio: recortando medidas discriminatórias dos sistemas de contratação de empresas; levantando a disponibilidade empregatícia de membros de grupos relevantes em dada área geográfica e em determinando uma proporção razoável para assegurar uma representação justa dos membros de tais grupos no mercado de trabalho. Ainda, os empregadores devem preparar e publicar relatórios estatísticos anuais.

Este amplo levantamento estatístico tem por objetivo aumentar a representação numérica de vários grupos sub-representados na força de trabalho empregada, buscando a sua paridade na população economicamente ativa, o que resulta numa “massa crítica”, capaz, por si, de transformar as relações entre indivíduos em determinada organização ou sociedade. Em que pese a relação causal aí estabelecida, nota-se que atende aos requisitos levantados por Zuberi (2001) no sentido de se valer de uma classificação relevante, para um uso relevante, sem essencializar a “raça” e atacando efetivamente os efeitos da discriminação racial.

Varella (2009, p. 115), com base na análise de Potvin (2005), identifica, portanto, no *Employment Equity Act*, de 1995, do Canadá, as medidas previstas na adoção de ações afirmativas no serviço público e nas empresas privadas. O objetivo da norma é o de “aumentar a representação dos grupos designados no mercado de trabalho” (*idem*). A primeira medida tomada foi a determinação PARA que se fizesse uma demografia interna a fim de identificar o grau de sub-representação de pessoas dos grupos minoritários e rever as práticas de contratação

⁷ O exemplo nem é tão hipotético assim, à medida que se refere ao estudo de Bowen e Bok (2000).

⁸ Não se pretende, com isso, ignorar, como já afirmado, o “antirracismo popular dos pretos e mulatos” (GUIMARÃES, 2009, p. 41) tampouco valorizar um “pensamento [...] que se estrutura e se desenvolve nos

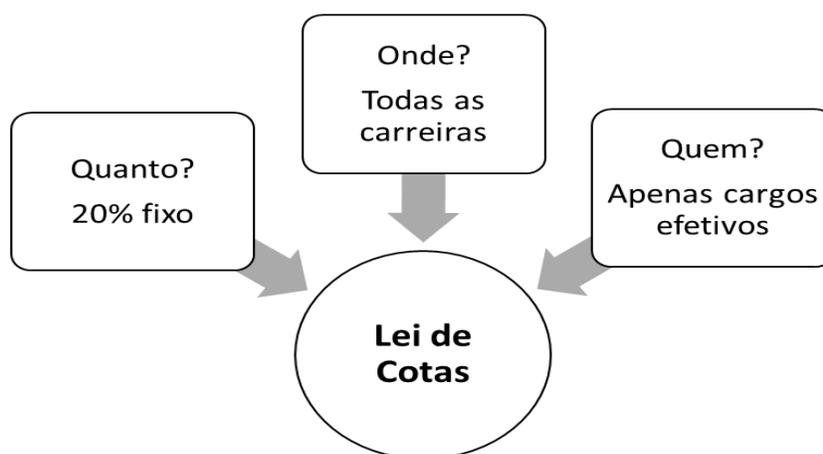
eivadas de discriminação indireta. Além disso, exigia-se a elaboração de um plano de igualdade no emprego, feito “a partir da adoção de metas numéricas para atingir a plena igualdade no emprego, como prevê a lei canadense” (*ibidem*, p. 116).

Verifica-se, assim, como o adequado uso das estatísticas raciais pode produzir efeitos concretos favoráveis ao combate da discriminação racial.

2. Análise das estatísticas raciais na lei de cotas raciais em concursos públicos

Com base nas questões teóricas anteriormente apontadas, é possível fazer uma crítica à Lei de Cotas, a partir de três aspectos: (i) “quanto” – o percentual fixo em 20% de vagas reservadas para ingressantes cotistas; (ii) “onde” – aplicação a todas as carreiras do Executivo Federal; e (iii) “quem” – a inclusão apenas dos cargos efetivos na política afirmativa analisada.

Figura 2– Aspectos analisados na Lei de Cotas



Em todos esses pontos, pode-se verificar os problemas já apontados pela corrente de estudos raciais críticos com relação à manutenção da sub-representação negra em setores relevantes da sociedade, o reforço a estereótipos de que negros e negras em determinados espaços são minorias e a incapacidade da branquidade em abrir mão dos privilégios que detém, para efetiva integração de todos e todas pessoas, independentemente de cor, na sociedade.

laboratórios petrificados do saber acadêmico” (MOURA, 1988b, p. 32). O objetivo é, antes, aproveitar o pensamento de uma “*intelligentsia negra* (não obrigatoriamente por negros)” (*idem*) para tentar aproximá-lo na prática nacional.

A crítica que se faz à política de cotas raciais em concursos públicos, no entanto, afasta-se, em muito, das que atualmente são feitas por alguns autores (AZEVEDO, 2014; BARBOSA, 2014; BERGSTEIN, CORREIA, 2012, BONADIMAN, 2014; SENHORAS, SOUZA CRUZ, 2015⁹) postulando a inconstitucionalidade da política por sua inadequação à realidade brasileira ou à especificidade dos concursos públicos. Bem ao contrário, por entender a essencialidade de políticas destinadas à população negra é que se pretende apontar inconsistências na lei e, em última análise, propostas a serem consideradas no seu aperfeiçoamento.

A análise que se faz não visa, por outro lado, a ignorar a importância da colocação de pessoas negras em postos vários no serviço público e, para além dos efeitos concretos individualizados de ganho social, os efeitos simbólicos para toda a sociedade. Reconhece-se a importância das cotas raciais, como hoje se configuram, e o que representa em termos de conquistas para toda a sociedade. A opção, portanto, no âmbito desse trabalho é de considerar a modelagem das cotas em face das suas possibilidades, mesmo reconhecendo seus méritos e profunda necessidade para a sociedade brasileira¹⁰.

2.1 “Quanto”: o percentual reservado de 20% das vagas oferecidas

De acordo com o pensamento liberal, o percentual de vagas reservadas para as políticas afirmativas deve ser razoavelmente calculado para trazer as expectativas de sucesso das vítimas para onde elas deveriam estar caso ausentes as privações passadas reconhecidas (ROSENFELD, 1991, p. 332). No entanto, essa mesma lógica estabelece um limite a essa tentativa de equilíbrio, à medida que propõe que:

O peso imposto a um membro inocente do grupo não beneficiado é limitado a diminuir

⁹ Em breve síntese, Azevedo (2014) entende que o julgamento da ADPF n° 186 não antecipa a constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos, por se tratar de valores objetivados distintos; Barbosa (2014) alega que a lei fere a meritocracia; Bergstein e Correia (2012) insistem na tese do “duplo benefício”, alegando que as cotas na educação já resolveriam o problema dos concursos públicos; Bonadiman (2014) alega que cotas raciais, em concursos públicos ou mesmo na educação, ofendem o princípio da igualdade; Senhoras e Souza (2015) alegam que a previsão ofende os princípios de igualdade e meritocracia, além de não incorporar outros grupos etnoraciais em condição vulnerável.

¹⁰ Exemplo disso é a ADC n° 41, proposta pelo Conselho Federal da OAB, visando a declaração da constitucionalidade da Lei de Cotas, com o objetivo de afastar os riscos de decisões isoladas que impedem a aplicação das cotas raciais nos concursos públicos por eventuais limites de sua disciplina legal.

a expectativa de conseguir um bem, objeto das ações afirmativas, ou o aumento do risco de perda desse bem, em tempos de economia em contração, desde que este aumento ou diminuição de expectativas envolvidas seja razoavelmente calculada para que o indivíduo inocente não seja colocado numa posição pior do que aquele que ele/ela estaria se não fosse pela privação reconhecida. (*idem*, p. 333).

Afora a óbvia crítica que se faz a ideia de que haveria membros “inocentes” do grupo não beneficiado¹¹, ou seja, o grupo beneficiado – a população negra, no caso – seria “o oposto à inocente” [culpado?] por buscar uma reparação (DELGADO, STEFANCIC, 2001, p. 79), o que se percebe é que a Lei de Cotas, da mesma forma que outras leis nesse sentido e até mesmo a Lei de Cotas na Educação Superior, trabalha com percentuais muito reduzidos que não representam, efetivamente, “as expectativas das vítimas”, tampouco possibilitam superar a sub-representação presente, em decorrência das “privações passadas reconhecidas”.

Vale ressaltar que não se pretende mais das políticas de ações afirmativas do que elas são capazes de fazer. Por certo que, atingidos os objetivos de reparação atual por discriminação passada, o sistema de cotas passaria a ser desnecessário. No entanto, tal risco sequer corre o risco de ocorrer com os atuais parâmetros dada a reduzida margem de inclusão promovida pela lei. Conforme noticiado na mídia, com base em dados divulgados pela SEPPIR, após um ano de vigência da lei, em junho de 2015, no universo de 4.177 vagas ofertadas nos concursos públicos federais, apenas 638 acabaram sendo ocupadas por pessoas negras, isto é, apenas 15,3% das vagas reservadas (COM, 2015). Já na educação, apenas a título de ilustração, se em dez anos de cotas raciais o número de negros e negras triplicou, passando de 16,7% para 45,5%, este número, no entanto, continua abaixo do índice alcançado por estudantes brancos, que em 2004 já correspondiam a 47,2% (FERREIRA, 2014).

Se por um lado, essa pequena margem de inclusão tem um efeito positivo não desconsiderado, por outro, a lógica de exclusão é mantida, sem contribuir para a diminuição da desigualdade racial. Conforme já destacado, este trabalho conjuga as correntes idealista e materialista para se pensar o combate à discriminação racial. Isto porque um pequeno percentual pode atender à corrente idealista, de aumentar a representação de um pequeno número de negros, no sentido de criar um novo imaginário, mas, sem que se altere o padrão geral de melhoria de vida da população negra – o que, no caso, demandaria um aumento do número de negros e

¹¹ Para uma precisa refutação ao argumento das pessoas “inocentes”, a partir do caso *Regents of the University of California v. Bakke*, conferir FISCUS (1992).

negras em todo o serviço público, para além da manutenção de ações universais¹² – é uma exigência que a lei não consegue enfrentar.

Três aspectos, portanto, parecem estar associados na Lei de Cotas à adoção do percentual de 20% de reserva de vagas: (i) a própria concepção equivocada do que seja “raça”; (ii) aquilo que se tem chamado do “politicamente possível” e (iii) a adoção de um percentual que não corresponde a representação negra na sociedade.

Quanto ao primeiro aspecto, ao fixar um percentual, aplicável por dez anos, a lei acaba por incorrer na perversa lógica de essencializar a “raça”, tornando-a um atributo fixo e imutável de cada indivíduo. Ora, sendo a “raça” uma construção, não um fato, ela se baseia em como uma pessoa se vê em relação a outras pessoas na sociedade, seu *status* social, sendo que a identificação racial está ligada mais com o “o resultado da mescla entre uma escolha feita com um contexto externo que a impõe”¹³ (ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 7), do que com a mera convicção íntima. No mesmo sentido, SOVIK (2004, p. 365) aponta: “a autoidentificação se faz comparativamente e o contexto familiar, de classe, regional (que pode mudar através da história) define o leque das respostas possíveis”.

A classificação racial, já há muito problematizada, aponta também para um aspecto que não é levado em conta, quando da fixação de percentuais fixos, referente à flutuação da população, em termos de autodeclaração de sua cor, seja em relação à alteração da percepção de quem fora classificado pelos respondentes, no caso de crianças e adolescentes, como pertencentes a uma “cor”, o que poderia alterar no momento em que estas pessoas passam a responder em nome próprio, seja com um número maior de pessoas se autodeclarando negras em razão da “maior consciência do significado social e/ou político de seu pertencimento racial” (ROSEMBERG; PIZA, 1998, p. 134). Tal possibilidade de aumento, aliás, já confirmada por Soares (2008, p. 111), como anteriormente destacado, tratada como mudança de identificação racial.

Mas, haveria alternativa? Ou, por outra, é possível utilizar as estatísticas censitárias como base das pesquisas, sem tornar o percentual rígido, a ponto de reforçar a sub-representação

¹² A essencialidade das ações universais, como instrumento de melhoria da qualidade de vida da população negra, é destacada por JACCOUD, 2008, p. 137.

¹³ O trecho, na íntegra, no original: “*Racial identity is about shared social status, not shared individual characteristics. Race is not about an individual’s skin color. Race is about an individual’s relationship to other people within the society. While racial identification may be internalized and appear to be the result of self-designation, it is, in fact, a result of the merging of self-imposed choice within an externally imposed context*”.

negra no serviço público?

Duas medidas deveriam andar juntas nessa empreitada. A primeira, embora radical, seria a própria não indicação de um percentual na lei. Tome-se, por exemplo, a redação da lei de cotas na educação superior:

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).

A não previsão de um percentual fixo, remetendo a levantamentos realizados pelo IBGE, reforça o emprego de estatísticas raciais, de forma a se ajustar a eventuais “mudanças de identificação racial”, para além do próprio aumento populacional. Entretanto, mesmo este dispositivo se simplesmente transplantado para a Lei de Cotas não surtiria efeito, em razão da periodicidade decenal do censo demográfico¹⁴ o qual coincide com o período de vigência da lei. Uma alternativa ao censo, com os mesmos dados coletados em relação ao mercado de trabalho, poderia ser, por exemplo, a utilização do Programa Nacional de Amostra de Domicílios Contínua – PNAD. Vale lembrar inúmeros cientistas sociais, sociológicos e economistas¹⁵ têm se valido de sua base de dados para traçar horizontes, em relação à desigualdade racial no país. As definições básicas do PNAD apontam sua utilidade para o escopo aqui proposto:

Definições Fundamentais

Objetivos: produzir informações básicas para o estudo do desenvolvimento socioeconômico do País e permitir a investigação contínua de indicadores sobre trabalho e rendimentos.

Abrangência geográfica: Brasil, Grandes Regiões, Unidades da Federação, Regiões Metropolitanas que incluem municípios das capitais.

Periodicidade: trimestral (BRASIL, 2016¹⁶)

Como a periodicidade é trimestral, uma situação mais próxima da realidade em relação ao percentual populacional ou, se se pretender uma relação mais restrita, de pessoas no

¹⁴ A Lei Federal nº 8.184, de 10 de maio de 1991, que dispõe sobre a periodicidade dos Censos Demográficos e dos Censos Econômicos, prevê que o Poder Executivo fixará tais prazos, não podendo exceder a dez anos a dos Censos Demográficos e a cinco anos a dos Censos Econômicos. Legislação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8184.htm>. Acesso em 1º.03.2016.

¹⁵ Nesse sentido: IPEA, 2013; CHADAREVIAN, P. C. 2011. Para medir as desigualdades raciais no mercado de trabalho. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 2 (122), pp. 283-304, abr/jun; SOARES, 2008, pp. 97 a 129; IPEA, 2011. Retrato das Desigualdades de gênero e raça; PAIXÃO, 2010, entre outros.

¹⁶ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/sipd/segundo_forum/segundo_pnad_continua.shtm>. Acesso em 1º.032016.

mercado de trabalho, poderia ser utilizada como referencial, já levando em conta a qualificação dessas pessoas pelos diferentes programas vigentes, como, repita-se, cotas raciais na educação, cotas socioeconômicas na educação, ProUni e FIES.

A segunda medida seria a adequada coleta e análise dos dados de pessoal com base no quesito raça ou cor, como proposto por Tatiana Silva e Josenilton Silva (2014, p. 17) de forma a efetivamente identificar qual é a sub-representação negra no serviço público. Esta, aliás, uma das críticas já feitas à própria justificativa do projeto de lei, em que não constam referências aferíveis, com datas e números, que confirmassem a existência de 30% de pessoas negras na Administração Federal.

É dizer que ambas as propostas se baseiam na já citada experiência do Canadá (POTVIN, 2005; VARELLA, 2009, p. 115). De acordo com Varella (*idem*):

Ainda no que se refere à forma estabelecida por esta legislação para o cumprimento das metas, previu-se que as empresas deveriam observar a lógica da proporcionalidade, considerando os níveis de qualificação que a empresa possui, assim como os fluxos de entrada e saída dos empregados. De acordo com o que foi estatuído naquela legislação, para adotar as metas numéricas, as empresas deveriam considerar:

10.(2) (a) o grau de sub-representação de pessoas de cada grupo designado, em cada grupo ocupacional dentro da força de trabalho do empregador;

10.(2) (b) a disponibilidade de pessoas qualificadas nos grupos designados, dentro da força de trabalho do empregador e dentro da força de trabalho canadense;

10.(2) (c) a previsão de crescimento ou de redução da força de trabalho do empregador durante o período em que se aplicam as metas numéricas;

10.(2) (d) a previsão de rotatividade de empregados dentro da força de trabalho do empregador durante o período em que se aplicam as metas numéricas; (Canada, Employment Equity Act, Bill C-44, 1995. Part I, Employment Equity, Employer Obligations, art. 10^a, alínea 01, item d).

Esse, assim, o primeiro aspecto a se considerar.

O segundo aspecto, do “politicamente possível”¹⁷ é, de igual sorte, um problema de sub-representação negra nas instâncias políticas deliberativas (CAMPOS; MACHADO, 2015). Não que o fato de ser negro ou negra, por si, seja capaz de dotar a pessoa de uma sensibilidade

¹⁷ Durante a realização curso de aperfeiçoamento “Enfrentando às discriminações”, da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em parceria com o Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), realizado nos dias 14 a 17 de outubro de 2014, em Brasília, o autor dessa dissertação teve a oportunidade de questionar ao então Secretário Executivo da SEPPIR, Giovanni Harvey, o porquê da adoção de 20% cotas raciais nos concursos públicos, considerando a representação muito superior dos negros e negras na população brasileira. A resposta foi no sentido de que, no momento, 20% era o politicamente possível. Respostas no mesmo sentido foram dadas por outras fontes ligadas tanto aos Movimentos Negros, quanto ao SEPPIR.

especial à questão racial¹⁸ (KENNEDY, 1989¹⁹). Especialmente no Poder Legislativo brasileiro, há inúmeros exemplos de que esta lógica não se segue ao aumento de propostas legislativas de interesse da população negra²⁰. Entretanto, é claro que a configuração de um espaço plural, sem a simples prevalência do pensamento monolítico da branquidade, possibilitaria a formação de consensos em outras bases. Isto porque, conforme Delgado e Stefancic (2001, p. 57): “é necessário uma multidão dos oprimidos para fazerem suas vozes ouvidas e sentidas”²¹. A maior representatividade dos representantes dos “oprimidos”, no âmbito do legislativo, possibilitaria a criação de um ambiente mais plural, em que a voz divergente passaria a fazer tanto sentido quanto as falas tradicionais. Dizendo de outra forma, o aumento da representatividade põe em cheque a “empatia falaciosa” (*ibidem*, p. 27), que é a “crença que uma pessoa pode mudar uma narrativa apenas oferecendo uma outra melhor e que o leitor ou ouvinte empático irá rapidamente e confidentemente aceita-la” (*idem*). O politicamente possível ocorre em razão dessa aceitação parcial, sem adesão profunda, às narrativas de desigualdade racial e necessidade de aprovação de políticas públicas capazes de revertê-la²².

Por fim, o terceiro aspecto refere-se ao próprio percentual de 20%. Ao se fazer uma análise comparativa com outras experiências locais de reserva de vagas no serviço público, nota-se uma plasticidade no percentual 20% (vinte por cento) que não condiz com os levantamentos identificados da população local. Embora possa ser um bom *proxy* para determinadas localidades, conforme demonstrado no Quadro abaixo, em municípios que dispõe de leis próprias para seus próprios concursos públicos municipais, ainda assim, haverá sérias distorções em relação a outras localidades, que também possuem leis próprias²³.

¹⁸ Conforme Du Bois, em seu clássico *The Philadelphia Negro*: “First of all I became painfully aware that merely being born in a group, does not necessarily make one possessed of complete knowledge concerning it” (apud ZUBERI, 2001, p. 83).

¹⁹ Para uma réplica à crítica feita por Kendall Kennedy à alegação de que os acadêmicos oriundos de minorias (*minority scholars*) teriam uma perspectiva em si valiosa, ver DELGADO; STEFANCIC (2001, p. 87).

²⁰ Ver oposição na Constituinte de 1946, do Deputado Claudino José da Silva (PIRES, 2013, p. 103).

²¹ No original: “It takes a multitude of the oppressed to make their voices heard and felt”.

²² Na doutrina americana, em se tratando de relações raciais, o “politicamente aceitável” tem sido tratado como interesse convergente (*interest convergence*). Derrick Bell Jr. (1995), no artigo *Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma*, apresentado em 1978, em comemoração aos 25 anos da decisão da Suprema Corte Americana que aboliu o sistema de segregação racial nas escolas públicas, cunhou o termo no sentido de que “os interesses dos negros em alcançarem igualdade racial serão acomodados apenas quando convergirem com os interesses dos brancos” (*idem*, p. 22).

²³ Para uma distribuição geográfica nacional da população por cor ou “raça”, verificar “Mapa da Distribuição Espacial da População, segundo a cor ou raça – Pretos e Pardos”, do IBGE e SEPIR. Disponível em: <ftp://geoftp.ibge.gov.br/mapas_tematicos/mapas_murais/brasil_pretos_pardos_2010.pdf>. Para uma versão eletrônica interativa, ver “Mapa Racial do Brasil”. Disponível em: <<http://patadata.org/maparacial/>>.

Assim, exemplificativamente tem-se:

Quadro 8 - Relação dos Municípios X Percentual reservado em suas Leis X Margem da População local negra

Município	Percentual de reserva de vagas prevista na lei municipal (%)	Porcentagem da população negra na população total (%)	Porcentagem da população negra economicamente ativa na população total (%)
Bebedouro (SP)	20	26,18	20,93
Itu (SP)	20	24,34	18,96
Ituverava (SP)	20	27,32	21,38
Jaboticabal (SP)	20	22,47	17,38
Jundiaí (SP)	20	16,75	13,38
Limeira (SP)	20	18,86	14,83
Matão (SP)	20	24,12	19,27
Piracicaba (SP)	20	19,90	15,50
Caratinga (MG)	Não constam percentuais	46,19	34,70
Guaxupé (MG)	20	18,47	14,35
Criciúma (SC)	20	9,36	7,00
Bagé (RS)	20	19,18	14,03
Montenegro (RS)	12	9,28	6,80
Pelotas (RS)	20	15,96	11,92
Porto Alegre (RS)	12	16,56	12,49
Viamão (RS)	44	18,93	14,19
Ponta Grossa (PR)	10	14,08	10,93

Fonte: elaboração do autor.

Vê-se, a partir do quadro acima, que em poucos municípios que legislaram sobre cotas raciais em concursos públicos há correspondência entre o percentual de cotas raciais reservadas e o percentual da população negra local, variando, ainda, caso se compare a população total ou apenas a população economicamente ativa²⁴. A dificuldade de acesso ao processo legislativo de cada uma dessas leis impede identificar a justificção empregada para

²⁴ De acordo com o IBGE: “População Economicamente Ativa (PEA) - É composta pelas pessoas de 10 a 65 anos de idade que foram classificadas como ocupadas ou desocupadas na semana de referência da pesquisa”. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em: 30/10/2015.

cada caso²⁵ e em especial se este percentual corresponderia ao número necessário para combater a sub-representação em seus órgãos públicos.

Ao que parece, 20% é um percentual consagrado na “história” de reserva de vagas para políticas afirmativas com recorte racial no Brasil, conforme visto desde o Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que instituiu no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, que se viu seguido, por práticas isoladas em alguns ministérios, como é o caso da Portaria do Ministério da Justiça nº 1156/2001, que fixou o percentual de reserva de vagas em 20% para afrodescendentes²⁶. No entanto, passados mais de 15 (quinze) anos dessas propostas, por que a manutenção dos mesmos percentuais? Mesmo sabendo da mobilidade racial, algo parece não corresponder aos necessários ajustes que deveriam ter sido feitos à política.

Uma questão que se apresenta, portanto, é o porquê da não adoção de percentual, pelo menos, correspondente à população brasileira? No caso, de acordo com o PNAD 2014 (IBGE, 2014), a quantidade de negros e negras (pretos e pardos) é atualmente de 53% (cinquenta e três por cento) da população brasileira. No entanto, como já visto, as emendas propostas ao PL 6.738/2013, visando a aumentar o percentual de vagas reservadas para 50% foram afastadas, sem maiores considerações.

Uma vez mais, ao se comparar as cotas raciais em concursos públicos com outras políticas afirmativas, verifica-se que percentuais superiores poderiam ser adotados, não esbarrando no “politicamente possível”. Por exemplo, a Lei de Cotas na Educação prevê, em seu art. 1º, que “as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”. Do mesmo modo, a Lei Federal nº 12.034, de 2009, ao dar nova redação ao art. 10, §3º, da Lei Federal nº 9.504, de 1997, que dispõe sobre normas para eleição, criou a chamada cota eleitoral de gênero com a previsão de que: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para

²⁵ Embora quase todos os Municípios brasileiros disponham de sítio eletrônico, em que se consegue acessar a legislação local, raros o fazem em relação às Câmaras Municipais, para acesso ao processo legislativo.

candidaturas de cada sexo”. Ao que tudo indica, questão socioeconômica ou de gênero admitem percentuais mais consistentes sem grandes resistências. Mas, ao se buscar algo parecido em relação à “raça”, as barreiras assumem dimensões aparentemente “intransponíveis”.

2.2. “Onde” – distinção por carreiras

Outro aspecto passível de crítica na Lei de Cotas Raciais em Concursos Públicos é o tratamento igual dado a todas as carreiras do setor público federal, desconsiderando as especificidades da composição racial de cada uma. A depender da carreira tem-se, na verdade, uma sobre-representação negra a não justificar uma reserva de 20%. Já em outras, esse percentual afeta em muito pouco o universo de seus servidores, reforçando – ou ao menos não superando – a sub-representação presente.

A resposta universalista dada pelo Poder Executivo é, ainda, um exemplo de como os paradigmas não são facilmente superáveis e resistem à mudança, sendo tal enfrentamento da questão racial uma nota típica do liberalismo clássico, digna de críticas, conforme apontam Delgado e Stefancic (2001, p. 58):

O liberalismo clássico também tem sido criticado por excessivamente se ver apanhado na busca por universalidades, tais como parâmetros para admissão em universidades ou linhas gerais de sentenciamento (*sentencing guidelines*) que são as mesmas para todos. Os críticos [acadêmicos da teoria crítica da raça] apontam que esta abordagem é propensa a cometer injustiças aos indivíduos, cujas experiências e situações diferem do padrão. Eles [os críticos] buscam, ao contrário, tratamento individualizado – contexto – que dê atenção à vida das minorias. Este tipo de deficiência tende a ser particularmente gritante nos casos de “duplas minorias” [interseccionalidade²⁷], tais como de mulheres negras ou gays negros, cujas vidas são duplamente removidas da experiência dominante americana²⁸.

²⁶ Para o levantamento de todas as normas no período de 1950 a 2003, verificar: Ipea, 2003, Instrumentos normativos federais relacionados ao preconceito e às desigualdades raciais. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/images/stories/pdf/legislacao.pdf>>. Acesso em 1º.03.2016.

²⁷ De acordo com o glossário elaborado por Delgado e Stefancic (2001, p. 149): “*Intersectionality: Belief that individuals and classes often have shared or overlapping interests or traits.*” Para a origem do conceito, ver CRENSHAW, K. 1991. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, vol. 43, nº 6 (jul), p. 1241-1299.

²⁸ No original: “*Classical liberalism also has been criticized as overly caught up in the search for universals, such as admissions standards for universities or sentencing guidelines that are the same for all. The critics point out that this approach is apt to do injustice to individuals whose experience and situation differ from the norm. They call for individualized treatment—“context”— that pays attention to minorities’ lives instead. This deficiency is apt to be particularly glaring in the case of “double minorities,” such as black women or gay black men, whose lives are twice removed from the experience of mainstream Americans.*”

A crítica apontada por Delgado e Stefancic mostra-se extremamente relevante, uma vez que tratar as cotas raciais de maneira universalizante no serviço público federal, sem levar em conta o contexto em que a sub-representação ocorre, também em nada contribui para seu combate. Considerando que no âmbito federal, mesmo que haja uma lei geral disposta sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei Federal nº 8.112, de 1990), há, ainda, as diversas leis específicas sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos²⁹, seria nessas leis que deveriam ter sido feitas as alterações pretendidas, dando uma resposta mais contextualizada ao percentual de negras e negros ocupantes de seus cargos.

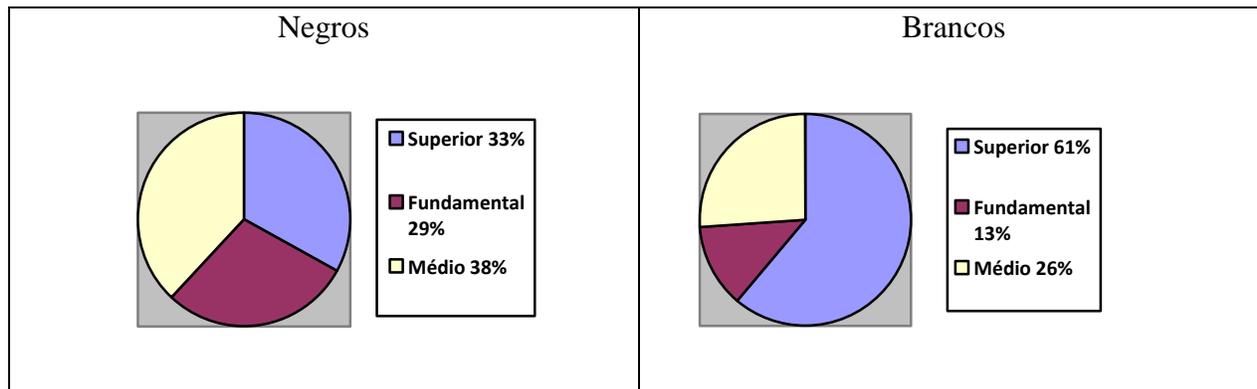
Osório (2006), ao buscar identificar se os negros encontram-se adequadamente representados no serviço público civil, mesmo não fazendo a individualização por carreiras (p. 50), e, ainda que conclua que apenas o grupo de mulheres brancas esteja sub-representada no serviço público (p. 68)³⁰, fornece elementos importantes ao inserir a variável educação, para distribuição dos servidores por níveis de escolaridade, segundo o grupo “raça”³¹, o que já possibilitaria a identificação das possíveis carreiras com sub-representação negra. Nesse sentido, tome-se o gráfico abaixo:

²⁹ Segundo PAES (2015), as principais carreiras do Poder Executivo são: Carreiras Fiscais (Auditor-fiscal – AFBRFB e analista-tributário – ATRFB, da Receita Federal; Auditor-Fiscal do trabalho – AFT); Carreiras do Ciclo de Gestão (Analista de comércio exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - ACE/MDIC; Analista de finanças e controle da Controladoria-Geral da União – AFC/CGU; Analista de finanças e controle da Secretaria do Tesouro Nacional – AFC/STN; Especialista em políticas públicas e gestão governamental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – EPPGG/MPOG; Analista de planejamento e orçamento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – APO/MPOG); Carreira Diplomática (IRBR); Carreiras da Área Jurídica (Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública da União); Carreiras do Núcleo Econômico e Financeiro (Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários; Superintendência de Seguros Privados); Carreiras do Núcleo Policial e de Inteligência (Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal e Agência Brasileira de Inteligência); Carreiras das Agências Reguladoras e outras carreiras, como de Assistente técnico administrativo do Ministério da Fazenda, as do Instituto Nacional do Seguro Social, do Ministério de Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG (Analista técnico de políticas sociais; analista de infraestrutura e analista em tecnologia da informação), da Petrobras, do BNDES, dos Bancos do Brasil e Caixa Econômica Federal, do Ibama, do Ipea, de Fiscal Federal agropecuário do Ministério da Agricultura.

³⁰ Para que não fique dúvidas quanto à conclusão do autor: “Todavia, ao se considerar os servidores de nível superior, tem-se três grupos sobre-representados, às expensas de apenas um sub-representado, as mulheres brancas. Ainda assim, poderia se ver no serviço público civil uma “preferência” mista por homens e por negros para os servidores de nível superior. Em outras palavras, em relação à população de 20 a 69 anos com escolaridade superior, percebe-se um excesso de servidores negros de nível superior e um excesso de servidores homens. O excesso de servidoras negras de nível superior é quase da mesma intensidade que o de homens brancos e o grupo com maior intensidade de sobre-representação é, sem margem de dúvida, o dos homens negros (*sic*)” (Osório, 2006, p. 68).

³¹ Embora o autor também o faça por gênero, para o âmbito desse estudo, serão destacadas apenas as conclusões referentes à “raça” ou cor.

Gráfico 1 – Distribuição dos servidores por níveis de escolaridade segundo grupos de “raça”



Fonte: MPOG/SRH, SIAPE, abril de 2003 (adaptado a partir de OSÓRIO, 2006, p. 64)

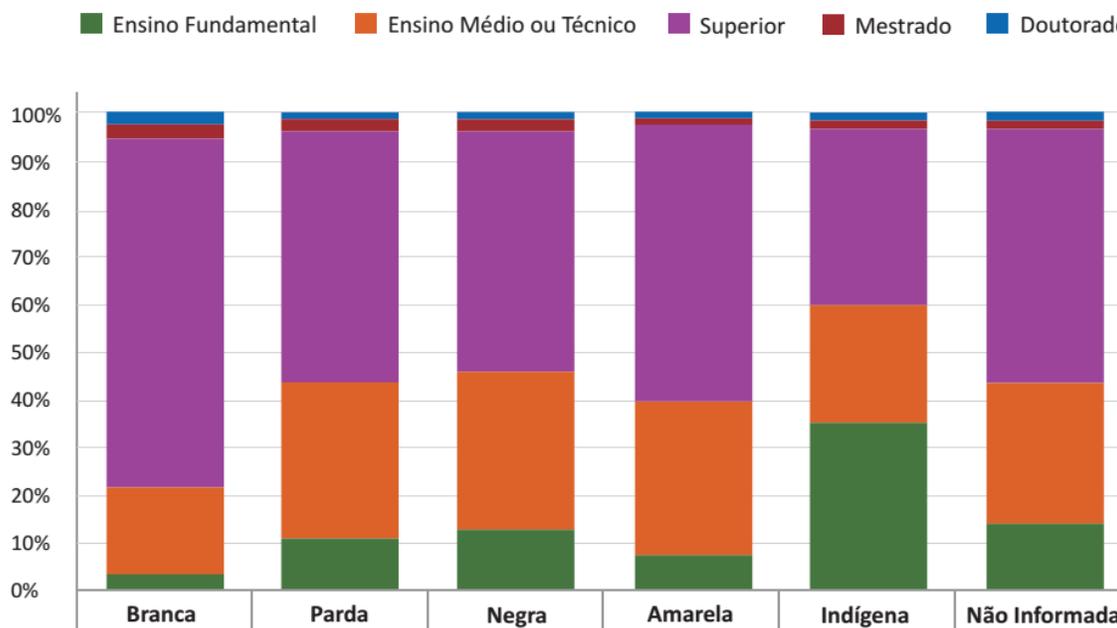
Assim, em 2003, a distribuição de servidores negros dava-se de forma mais acentuada em cargos de nível médio (38%), seguido de superior (33%) e fundamental (29%), a demonstrar uma maior representatividade nas carreiras que exigem menor grau de qualificação (níveis fundamental e médio). Diferentemente, para servidores brancos, a maciça concentração era em cargos de nível superior (61%), seguido à distância pelos de nível médio (26%) e bastante reduzida no nível fundamental (13%). Ora, mesmo na classificação avaliativa de Osório, quanto a ocupação de cargos de nível fundamental ou nível superior, desconsiderando a estratificação social daí decorrente, a conclusão de que “considerando o nível fundamental [...] homens brancos e negros estão sobre-representados, os últimos mais que os primeiros”, é claro que há necessidade de se pensar a própria ideia de aumentar a representação negra nesse tipo de cargo, levando em conta as particularidades de determinadas carreiras.

Ao se atualizar estes dados uma década depois, com base no caderno de Estudos ENAP (ESCOLA, 2014)³², não se chega a conclusão diferente. Tome-se, primeiro, a distribuição do nível de escolaridade³³, por “raça”/cor e, em seguida, a nova configuração da distribuição racial por categoria do cargo:

³² Não se ignora as limitações em se utilizar de dados coletados por terceiros para realização das análises aqui feitas. Entretanto, a obtenção de autorização de acesso ao Extrator de Dados do SIAPE é procedimento complexo, regido pela Portaria nº 246, de 8.12.2014, da Secretaria de Gestão Pública, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estando restrita a usuário órgão (ocupante de cargo efetivo ou cargo em comissão, empregado público ou contratado temporariamente) e a outros órgãos federais, mediante acordo de cooperação técnica e autorização específica quanto ao nível de acesso obtido.

³³ Segundo Escola (2014), “A informação sobre escolaridade somente é solicitada quando o servidor ingressa no serviço público, não correspondendo necessariamente à escolaridade atual do servidor”

Figura 3 – Distribuição do nível de escolaridade dos servidores do Poder Executivo, segundo a “raça”/cor – 2014



Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014. (ESCOLA, 2014)

Embora tenha aumentado a representação de pardos e negros³⁴, para o nível superior, se comparado ao gráfico montado por Osório (2006, p. 64), o que pode ser já decorrência das cotas na educação (SILVA, SILVA, 2014, p. 16), bem como de outras ações, como o ProUni e FIES (FERES JÚNIOR, DAFLON, CAMPOS, 2014) ainda assim, permanece um número maior da população negra (pretos e pardos) nas funções que exigem uma qualificação menor, ou seja, formação apenas fundamental ou de nível médio. No nível fundamental, por exemplo, a proporção de negros é mais que o triplo da que de brancos.

Essa conclusão fica ainda mais evidente ao se fazer a distribuição racial por categoria dos cargos, considerando o nível de atribuições. Embora a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis (Lei Federal nº 8.112, de 1990), em seu art. 5º, IV, fale em “nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo”, Rigolin (2007, p. 28) esclarece:

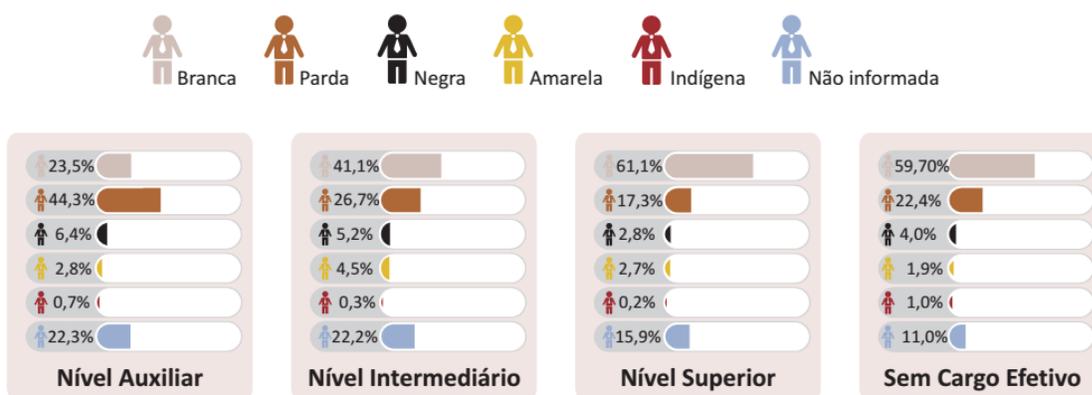
Não é apenas à divisão em ‘grau’ de ensino (alfabetização, 1º grau, 2º grau, nível superior) que o inciso se refere, pois, além dessa primeira e básica separação de níveis,

³⁴ A Classificação utilizada no SIAPE para “raça”/cor é negra e parda, diferentemente do IBGE e deste estudo, que utiliza a categoria negra para englobar pretos e pardos.

pode a lei (e deve, na melhor técnica), exigir, em muitos casos, que a escolaridade seja específica para cada cargo, conforme exijam as atribuições a serem desempenhadas, muitas das quais são privativas daquela profissão, por força de regulamentação dada por leis federais.

Com base nesse requisito é que é possível fazer uma distinção entre níveis auxiliares, nível intermediário e nível superior, seguindo grosso modo uma relação algo próxima com o nível de escolaridade, mas, levando mais em conta a estrutura hierárquica dos cargos.

Figura 4 – Distribuição dos servidores do Poder Executivo, segundo a “raça”/Cor, por categoria do Cargo – 2014.



Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014. (ESCOLA, 2014)

Ou seja, ao se tomar apenas o nível de formação já é possível identificar uma predominância negra (pretos e pardos) no nível auxiliar (total de 50,7%) e mesmo intermediário (31,9%), o que justifica questionar a ausência de opção apenas por carreira em que haja sub-representação negra para aplicação das cotas raciais. Nesse sentido, ao se verificar determinadas grupos e cargos, a sobre-representação branca e sub-representação negra ficam ainda mais claras:

Quadro 9 - “raça”/cor dos servidores que ingressam no serviço público federal por grupo-cargo - 2007 a 2012.

GRUPO-CARGO	Branca e outras (%)	Pardo/Negro (%)
Diplomacia	94,1	5,9
Cargos da CVM/SUSEP - superior	93,8	6,3
Carreira pes. Desenvolvimento	90,7	9,3

Metrol e qualidade		
Auditoria da Receita Federal	87,7	12,3
Carreira de oficial de chancelaria	86,7	13,3
Carreira de procurador da Fazenda Nacional	85,8	14,2
Advocacia-Geral da União (AGU) - carreira da área jurídica	85,0	15,0
Cargos das agências reguladoras – superior	84,4	15,6
Carreira fiscal do trabalho	83,4	16,6
Carreira na Defensoria Pública	80,5	19,5
Carreira de desenvolvimento tecnológico – intermediário	76,3	23,7
Carreira da prev. da saúde e do trabalho – intermediário	64,2	35,8
Carreira de perito federal agrário – Incra	62,8	37,2
Especialista em meio ambiente	62,1	37,9
Plano geral de cargos Poder Executivo - nível intermediário	61,2	38,8
Carreiras de suporte técnico - vários órgãos – intermediário	61,2	38,8
Carreira do DNPM - intermediário	60,0	40,0
Carreira de reforma e desenho agrário – Incra	58,3	41,7
Plano especial de cargos da Cultura – intermediário	56,3	43,7

Fonte: SIAPE. Dados relativos a agosto de 2012 (SILVA; SILVA, 2014, p. 9)

O Quadro apresentada por Silva e Silva (2014) possibilita uma leitura muito clara da ocupação da população negra em carreiras federais menos valorizadas, no sentido apontado por Therbon (2010), da hierarquização, concentrando-se naquelas que oferecem menor remuneração. Quanto mais se sobe no topo do quadro, mais decresce a representação da população negra.

Assim, se para Carreira da previdência, da saúde e do trabalho, de nível intermediário o percentual de 20% possibilitaria a elevação do número de negros e negras de 35,8% para 55%,

percentual representativo da população total, de acordo com o IBGE (2010), para carreiras como a Diplomacia, a passagem de 5,9% para 25,9% manteria uma representação pequena. Por outro lado, em nada justifica esse mesmo percentual de 20% para carreiras intermediárias da Cultura, por exemplo, em que o número de negros e negras já é próximo à média nacional.

Outros dois aspectos ainda poderiam ser considerados. O primeiro é referente à própria forma de seleção dos concursos públicos, sendo que, nessas carreiras menos valorizadas, normalmente há apenas uma ou duas etapas no processo seletivo, referentes a provas e provas e títulos, tão somente, mas não uma fase de provas orais ou entrevistas, momento esse em que uma seleção mais subjetiva, provavelmente, estaria mantendo um maior número de pessoas negras longe das aprovações. Já o segundo, refere-se à formação exigida para as diferentes carreiras e, à medida que o acesso da população negra aos cursos superiores é ainda inferior ao da população negra, nas carreiras em que se exige menor formação, há uma concentração daquele grupo. Essas cogitações, no entanto, não puderam ser comprovadas no âmbito desse trabalho, embora apareçam como uma possibilidade.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a distinção por carreira não ofenderia qualquer princípio constitucional, pois continuaria a atender às exigências fixadas pelo STF, no julgamento da ADPF nº 186, como destacado anteriormente, quais sejam, repita-se, (i) atingir grupos sociais determinados, (ii) de maneira pontual, (iii) atribuindo a estes certas vantagens, (iv) por um tempo limitado, (v) de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. Na verdade, a distinção por carreira atenderia de maneira até mais adequada do que a universalização prevista na lei os requisitos de atendimento pontual da medida e superação de desigualdades. Isto porque ao se deparar com carreiras em que já exista uma proporcional representação negra, conforme a população total, a criação de cotas raciais seria desnecessária. Não residiria nessas carreiras o problema de sub-representação. Manter a previsão genérica, na verdade, sem modificar de forma consistente a composição de cargos historicamente excludentes da população negra é o que ainda gera a perniciosa percepção de estratificação racial na sociedade brasileira.

2.3 “Quem” - a não inclusão dos cargos em comissão como objeto de reserva de vagas

Esta talvez seja a parte mais passível de críticas na Lei de Cotas. Isto porque é nas

relações que permitem a manutenção do privilégio branco que o racismo e a estratificação racial mais prosperam:

Estudos recentes sugerem que a desigualdade racial é criada em incontáveis interações sociais ocorrentes em diferentes níveis (por exemplo, organizações) e locais na sociedade. Estas interações representam os espaços sociais em que as características do agente, como a raça, são convertidas em benefícios e oportunidades – que são geralmente modestas no tamanho – e que, em consequência, desigualdades raciais notórias são criadas e mantidas. (STEWART, 2008, p. 113)³⁵

Em recente relatório apresentado pela relatora sobre Direito de Minorias da ONU, Rita Izsák-Ndiaye, em sua visita oficial ao Brasil, um dos aspectos destacados para o “fracasso das políticas de igualdade racial no Brasil” (POLÍTICAS, 2016), especialmente em relação ao sistema de cotas raciais nos concursos públicos foi, exatamente, a exclusão dos cargos em comissão (*positions of trust*), “que são geralmente as posições decisórias” nos órgãos públicos (ORGANIZAÇÃO, 2016a, p. 9). Instado a se manifestar sobre o relatório apresentado, o governo brasileiro, no entanto, manteve-se silente quanto a estes limites, preferindo ressaltar os avanços das políticas universalistas, como o “Bolsa Família” (ORGANIZAÇÃO, 2016b).

A conversão do “ser branco” na oportunidade de ser “nomeado para um cargo em comissão”, embora dotada de grande subjetivismo, parece guardar uma relação que transcende a competência técnica da pessoa nomeada. Afinal, “provimento em comissão de cargo público significa aquele preenchimento do cargo por cidadão livremente escolhido e indicado pela autoridade competente” (RIGOLIN, 2007, p. 25), sendo que “o elemento que se vai investir no cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar” (FIGUEIREDO, 2004, p. 591). Daí que haja quem, comparando-os com os cargos efetivos, providos por meio de concurso público, considerem apenas estes últimos o “mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 554).

Deixar, portanto, intocada uma parcela significativa de cargos e, principalmente, os que se destinam “às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (art. 37, V, da Constituição Federal de 1988) é dar margem para que uma das “cabeças da hidra” do racismo, do privilégio branco, prospere, conforme Delgado e Stefancic (2001, p. 79):

³⁵ No original: “[...] racial inequality is created in countless social interactions taking place at various levels (e.g., organizational) and locations in society. These interactions represent the social space where actors’ characteristics, such as race, are converted into rewards and opportunities – that are often modest in size – and, in turn, observed racial inequalities are created and maintained”.

[...] nosso sistema racial é como uma hidra de duas cabeças. Uma cabeça consiste no racismo escancarado – a opressão de pessoas com base no que elas são. A outra consiste no privilégio branco, um sistema pelo qual brancos ajudam uns aos outros [brancos]. Se alguém decepa uma cabeça, por exemplo, o racismo escancarado, mas deixa a outra intacta, nosso sistema de brancos acima dos negros se manterá virtualmente intocado. A condição para a reforma social, como destacado por um escritor, é que ‘tudo deve mudar de uma vez só’. Do contrário, a mudança é engolida pelos elementos restantes, de tal forma que ficamos praticamente como estávamos antes. A cultura se replica sempre e inelutavelmente³⁶.

É claro que quando se fala em cargos em provimento em comissão, deve-se ter mente que se está tratando do exercício de um dever³⁷ discricionário da administração³⁸, uma vez que presentes os quesitos de oportunidade e conveniência, que constituem seu núcleo. E, por óbvio, que não reside aí qualquer margem para arbitrariedades, vez que o próprio conceito de discricionariedade traz a previsão dos limites em que deve ser exercido:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 48).

Nesse sentido, ainda que mantida a liberdade na escolha, nada obsta que a nomeação para o cargo em comissão de forma a atender “a finalidade legal” seja, não só a expertise ou relação pessoal com o nomeante, mas também a promoção da diversidade no ambiente de

³⁶ No original: “our system of race is like a two-headed hydra. One head consists of outright racism—the oppression of people on grounds of who they are. The other consists of white privilege, a system by which whites help one another. If one lops off a single head, say, outright racism, but leaves the other intact, our system of white over black/brown will remain virtually unchanged. The predicament of social reform, as one writer pointed out, is that “everything must change at once.” Otherwise, change is swallowed up by the remaining elements, so that we remain roughly as we were before. Culture replicates itself forever and ineluctably.”

³⁷ A doutrina administrativa se refere a “poder discricionário” (Vitor Nunes Leal *apud* FAGUNDES, 1967, p. 83); MEIRELLES, 2005, p. 118; CARVALHO FILHO, 2007, p. 42; CANÇADO, 2004, p. 67), “ato discricionário” (FAGUNDES, 1967, p. 83; FIGUEIREDO, 2007, p. 202), ou a discricionariedade como “uma característica das ações administrativas” (CARVALHO, 2008, p. 406). Optou-se pelo termo “dever discricionário” atento à lição de BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 15): “Tomando-se consciência [...] desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um ‘poder’ discricionário”.

³⁸ Conforme assentado no STJ: “O preenchimento de cargos públicos comissionados passa pelo plano da discricionariedade administrativa quanto à escolha e nomeação de uma pessoa para seu exercício” (REsp 544.508/AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 256)

trabalho. Essa, aliás, a previsão de algumas leis municipais vigentes, tal como Caratinga-MG³⁹ e Guaxupé-MG⁴⁰, mas também de leis municipais não mais em vigência, como as de Campinas, Ibiá e Juiz de Fora⁴¹.

A liberdade de escolha, como uma preferência, aliás, pode, em muitos casos, ser relativizada, como sugerido por Sunstein (2009), tendo em conta o que o autor chama de preferências endógenas, uma vez que “as preferências não são fixas e estáveis, mas são em lugar disso adaptáveis a uma ampla gama de fatores – incluindo o contexto em que a preferência é expressa, as regras legais existentes, escolhas passadas e consumo e a cultura em geral” (*idem*, p. 221). Nesse sentido, “uma democracia que trate todas as preferências como fixas perderá importantes oportunidades de ganhos em bem-estar” (*idem*, p. 226). Ainda que o autor não tenha a escolha de certos cargos públicos em mente, mesmo porque, esta não é uma realidade norte-americana⁴², a discriminação e o respeito a minorias está no âmbito dessa discussão, o que lhe permite considerar a necessidade de controles democráticos dessas preferências endógenas, o que vai ao encontro do quanto aqui postulado.

Assim, mesmo com os inúmeros méritos da Lei de Cotas, um dos elementos estruturais para modificar a atual estratificação racial acabou sendo deixado de lado. Vale ressaltar que este ponto já havia sido também objeto de consideração quando do Decreto Federal nº 4.228, de 2002, que instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas, como anteriormente visto, merecendo de Osório (2006, p. 39) a seguinte análise:

Os DAS [cargos de direção e assessoramento superior] são os cargos cujos ocupantes são escolhidos por indicação de outros ocupantes de cargos superiores e/ou por considerações de ordem política. Podem ser ocupados tanto por servidores públicos permanentes como por cidadãos de fora do quadro e são hierarquizados em vários níveis segundo o grau de poder, com remunerações progressivamente mais altas. Uma possível razão para o interesse pelos DAS, uma vez que existem vários outros tipos de cargos e também funções gratificadas com essas mesmas características, pode ser o fato de que a maior parte desses outros é restrita aos servidores públicos permanentes. Outra é que a

³⁹ Lei Municipal nº 2.776, de 1.10.2003, que estabelece metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão.

⁴⁰ Lei Municipal nº 1.585, de 2003, que reserva 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração.

⁴¹ Estas últimas declaradas inconstitucionais por vício de iniciativa, vez que a origem do projeto foi da Câmara Municipal e não da Prefeitura.

⁴² A seleção para os cargos públicos, no sistema norte-americano baseia-se numa seleção prévia, que comprove a habilitação, possibilitando sua escolha, posterior, por quem detém competência para nomeação. Uma vez habilitada a pessoa para o cargo público, ela não precisa competir mais. A propósito ver Rodrigues, R. J. P. 1995. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em 24.03.2016.

estrutura dos principais órgãos da administração pública – os Ministérios – é hierarquizada pelos DAS. Os altos representam poder discricionário efetivo na execução das políticas e dos orçamentos públicos, embora não se possa menosprezar o poder relativo de outros grupos de cargos. (esclarecimentos acrescidos)

Ao se tomar a distribuição de cargos de direção e assessoramento superior (DAS) por “raça” e cor, vê-se que a omissão legislativa efetivamente é incapaz, ao menos no médio prazo, de reverter o privilégio branco na distribuição de cargos hierarquicamente mais elevados. Ou seja, também quanto mais se ascende no nível dos cargos DAS, mais decresce proporcionalmente a representação parda e negra/preta.

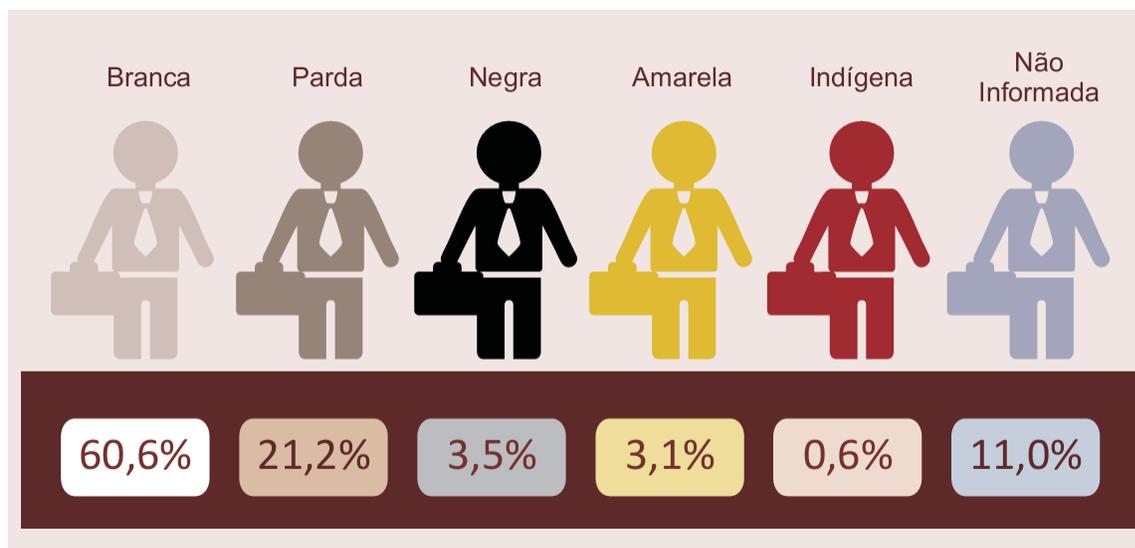
Quadro 10 – Quantitativo de ocupantes de cargos de direção e assessoramento superior (DAS), segundo a “raça”/cor, por nível de cargo – 2014

Nível do cargo	“raça”/cor						Total
	Branca	Parda	Negra	Amarela	Indígena	Não informada	
DAS-1	3.984	1.726	262	272	104	904	7.252
DAS-2	3.627	1.444	232	198	22	693	6.216
DAS-3	2.750	923	152	132	15	411	4.383
DAS-4	2.453	581	114	72	6	343	3.569
DAS-5	800	119	19	27	0	125	1.090
DAS-6	169	17	8	1	0	24	219
Total	13.783	4.810	787	702	147	2.500	22.729

Fonte: Siapex (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014.

Esses dados, de forma consolidada, englobando todos os cargos em comissão (DAS-1 a 6) e o percentual total, para facilitar a visualização da disparidade, é apresentada na figura abaixo:

Figura 5 – Distribuição de Ocupantes de DAS, segundo a “raça”/Cor – 2014.

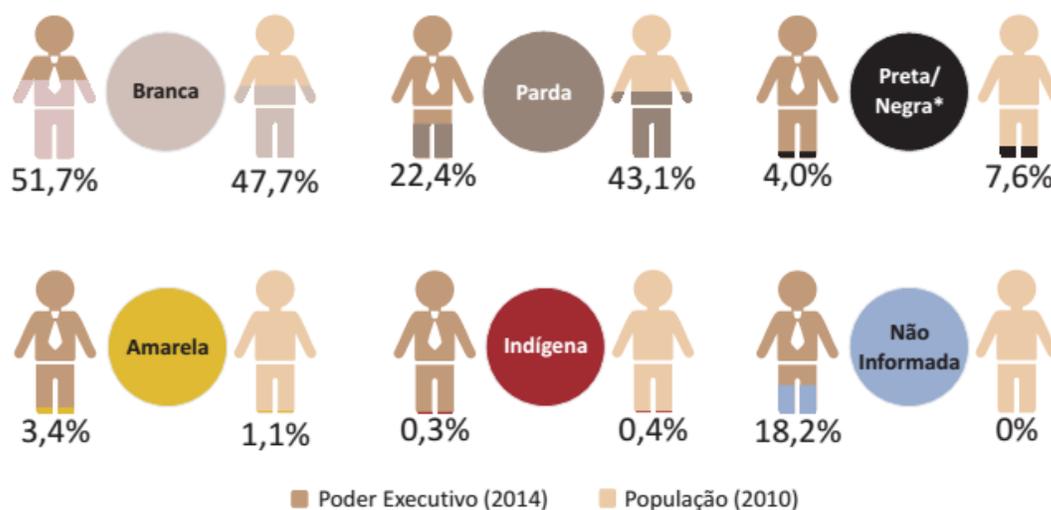


Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014 (ESCOLA, 2014).

Vê-se assim, que o número de pessoas brancas ocupando cargos em comissão (60,6%) é mais que o dobro do número de pessoas negras (pretos e pardos), que somam apenas 24,7% do total. Esse número que já indica uma sobre-representação branca em cargos comissionados e uma sub-representação negra é reforçada quando se compara esses percentuais com o montante da população brasileira, conforme abaixo:

Figura 6 – Distribuição por “raça”/Cor – Ocupantes de DAS x População Brasileira

3 Distribuição por Raça/Cor – População Brasileira x Poder Executivo

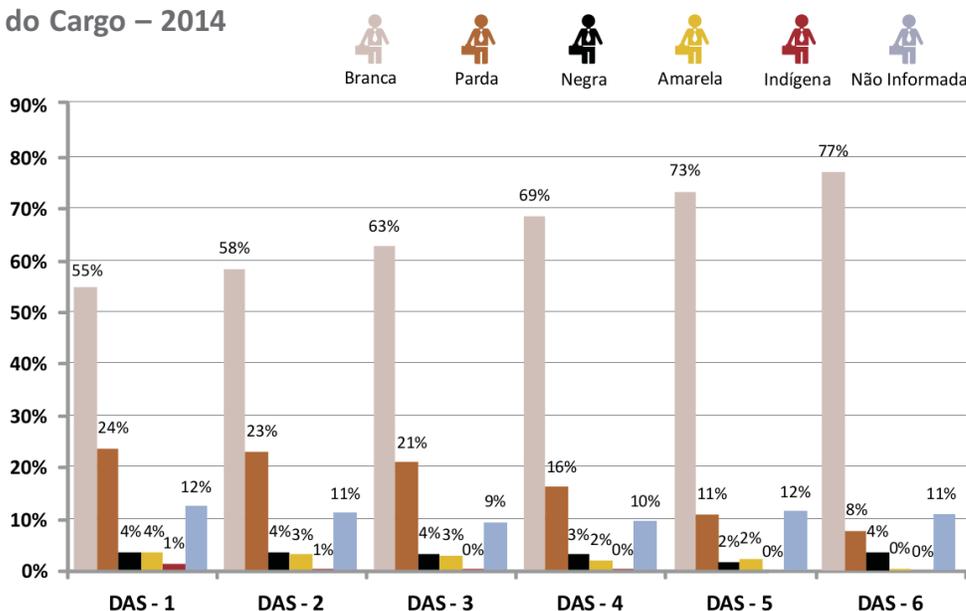


Fonte: IBGE, Censo Demográfico de 2010 e Siape/MP.

A partir do levantamento da ENAD (ESCOLA, 2014), ainda, vê-se que quanto mais se acende nos níveis dos cargos em comissão, mais “brancos” se tornam os servidores:

Figura 7 – Distribuição dos ocupantes de DAS, segundo a “raça”/Cor, por nível do cargo – 2014.

12 Distribuição dos Ocupantes de DAS, segundo a Raça/Cor, por Nível do Cargo – 2014



Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014.

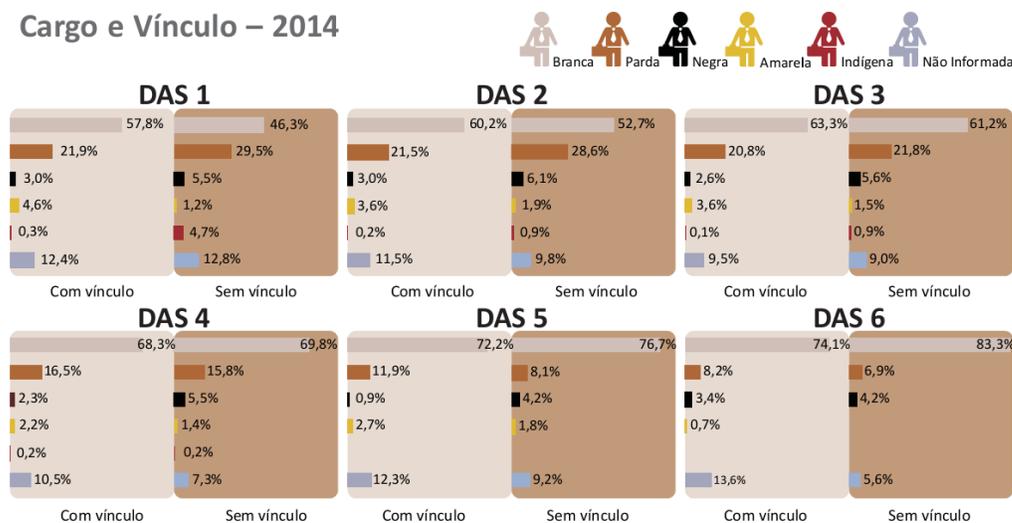
13

Todos esses dados confirmam a ausência de uma adequada representação da população negra na ocupação de cargos e comissão, justamente aqueles em que a livre nomeação se baseia em relações de confiança e trazem a marca do privilégio branco. À medida que a lei deixa intocado esse campo, uma vez mais, reforça a sub-representação.

Vale ressaltar, no entanto, que não se desconsidera que grande parte dos ocupantes desses cargos são oriundos da própria administração (LOPEZ, 2015), donde, ao se aumentar o montante geral de servidores negros, ingressantes pelo sistema amplo e pelo sistema de cotas da lei, haverá, em alguma medida alterações nesse perfil. A atual configuração, no entanto, demonstra, uma majoritária presença branca, conforme figura abaixo:

Figura 8 – Distribuição de Cargos de DAS segundo a “raça”/cor, por nível de cargo e vínculo – 2014

13 Distribuição de Cargos de DAS segundo a Raça/Cor, por Nível do Cargo e Vínculo – 2014



Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014.

- Conforme o Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005, os servidores de carreira (categoria “Com vínculo” na figura) são os servidores, ativos ou inativos, oriundos de órgão ou entidade de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas empresas públicas e sociedades de economia mista, ocupantes de cargo ou emprego permanente no qual ingressaram mediante concurso público ou, nos casos de ingresso anterior a 05 de outubro de 1988, mediante forma de provimento permitida pelo ordenamento da época de ingresso. A categoria “Sem vínculo” corresponde àqueles que não são servidores de carreira e foram nomeados discricionariamente para cargos de direção e assessoramento superior (DAS).

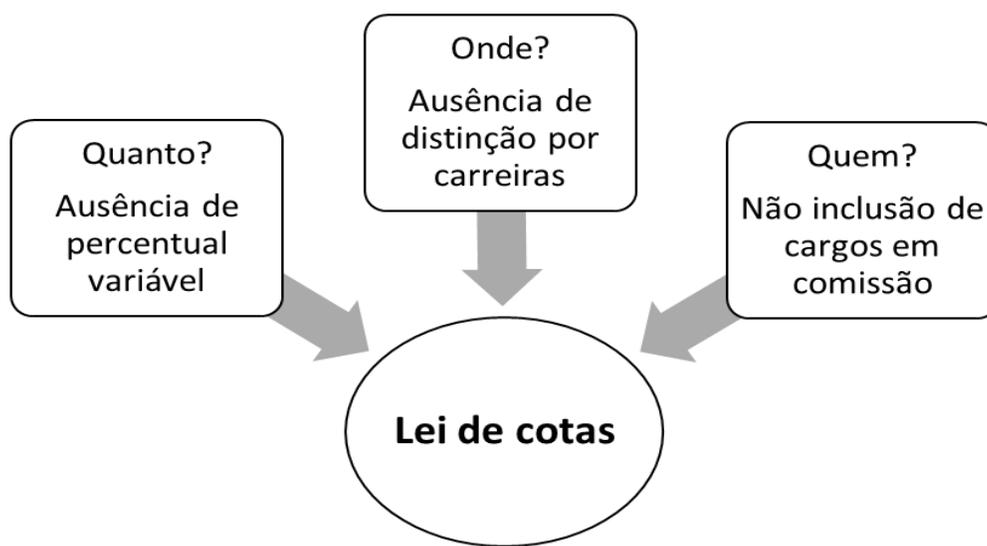
14

Dessa forma, como “a cultura se replica sempre e inelutavelmente” (DELGADO, STEFANCIC, 2001, p. 79) a mudança do padrão de nomeações de cargos em confiança apenas com base na maior “oferta” de servidores negros e servidoras negras talvez não ocorra na forma esperada pelos elaboradores da lei.

3. Um novo conceito para identificar os limites ao combate à sub-representação da população negra por meio das cotas raciais

A partir da análise feita é possível as seguintes conclusões parciais sobre a Lei de Cotas, nos três aspectos analisados: (i) “quanto” – o percentual fixo essencializa a “raça e, possivelmente, decorre da própria sub-representação negra nas instâncias deliberativas, além de não corresponder à população negra, sendo mais favorável a adoção de percentual variável; (ii) “onde” – a reserva aplica-se a todas as carreiras do Executivo Federal, mesmo as que já exista sobre-representação da população negra, quando deveria focar nas carreiras com baixa representação negra; e (iii) “quem” – a não inclusão dos cargos em comissão, *locus* em que a branquidade se reforça.

Figura 9 – Problemas identificados na Lei de Cotas



Estabelecidas estas premissas, é necessário, antes dos próximos passos, voltar ao conceito adotado inicialmente para as ações afirmativas:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2003, p. 37).

Com os objetivos de “corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação passada” e “concretizar o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais” em mente, foi possível uma análise mais profunda da Lei de Cotas buscando analisar como se efetivam tais objetivos.

Nesse sentido é que o também já citado conceito de sub-representação vem à tona novamente:

Por *sub-representação* deve-se entender a situação em que a proporção de pessoas de um grupo na população de interesse, no caso o serviço público civil, é inferior à proporção observada nas populações de referência, a população brasileira de 20 a 69 anos ou a PEA da mesma faixa de idade. Já a situação contrária, aquela em que a proporção de um grupo na população de interesse é superior à observada nas populações de referência, é designada *sobre-representação*. Logicamente, se as proporções em que um grupo se apresenta na população de interesse e na população de referência são iguais ou muito próximas, a representação é considerada adequada. (itálicos originais) (OSÓRIO, 2006, p. 54).

Seria impossível, no entanto, identificar todos os mecanismos sociológicos e institucionais que tornam o serviço público federal, assim como a política nacional, um espaço dominado por brancos (CAMPOS, 2015, p. 690). Tampouco se sabe em que momento e por quais fatores, quando do ingresso das pessoas negras na população economicamente ativa a opção por um concurso público é descartada. Essa é uma questão que pode estar ligada ao *déficit* de escolaridade (HENRIQUES, 2001; PAIXÃO *et all*, 2010), à adoção de exames padronizados, sendo possível o treinamento específico para neles bem pontuar (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. 105; DUARTE; CARVALHO NETTO, 2012, p. 64), na desconsideração do mérito “de chegada” e o mérito “de trajetória” (CARVALHO, 2006; SANTOS, 2003), sem falar na “função política não desprezível do racismo” (BERTÚLIO, 2012, p. 44; DUARTE, 2002; DUARTE, 2009; VALLE SILVA, 1980). Para além desses mecanismos já identificados, o presente estudo discute em que medida a sub-representação da população negra no serviço público pode também ser atribuída aos limites das próprias políticas de ações afirmativas.

A partir de três eixos de indagação (quanto, onde e quem) tentou-se identificar os limites desta política pública que enfrenta a sub-representação negra no serviço público, mas o faz de maneira aquém do possível, em razão dos seguintes aspectos: (i) um percentual fixo de vagas reservadas, não ancorado em dados estatísticos precisos, quer do público alvo, quer do *déficit* desse público no serviço público, e que, portanto, é adotado de forma genérica e em quantidade reduzida; (ii) a ausência de verificação e seleção apenas das carreiras públicas em que a sub-representação negra se mostra mais evidente, deixando de contemplar aquelas em que a sobre-representação torna desnecessária a reserva de vagas e (iii) a não inclusão de reserva de vagas para os cargos de provimento em comissão, que são aqueles que apresentam funções de chefia, coordenação e direção e, por isto, uma mais alta hierarquia no serviço público.

Embora sub-representação já tenha um uso consagrado na produção acadêmica, quer na questão racial (OSÓRIO, 2006; SILVA, SILVA, 2014), quer na questão política (CAMPOS, 2015; CAMPOS, MACHADO, 2015), quer nos estudos feministas (MOTA, 2014) sub-representação legal se apresenta como um novo conceito, um novo modelo ideal-típico (FREIDSON *apud* BECKER, 2007, p. 89), por se tratar de um “conjunto sistematicamente relacionado de critérios em torno da questão central [...] abstrata o bastante para ser aplicável a uma variedade de circunstâncias nacionais e históricas”. Para se chegar a este conceito, seguindo-se a trilha firmada por Becker (2007), estabeleceu-se um “diálogo contínuo com os dados empíricos”, como acima procurou-se fazer, na tentativa de verificar em que medida a desigualdades raciais, especialmente a sub-representação negra são atacadas na Lei de Cotas.

O elemento comum que se apresentou, a partir da revisão bibliográfica, como também visto acima, foi uma crítica quanto à relação entre direito e relações raciais e sobre o papel do direito para a manutenção das situações de discriminação fundadas na cor ou “raça” das pessoas. Entretanto, essa crítica dirigida à generalização universalizante do princípio da igualdade que deixa de considerar as especificidades da questão racial (DELGADO; STEFANCIC, 2001), exige cautela quando transposta para a discussão das políticas afirmativas de corte racial, uma vez que, de certa forma, a contextualização exigida foi feita.

Não se pode ignorar a necessidade de adoção de políticas de ações afirmativas como medida de combate ao racismo, como amplamente demonstrado. No entanto, ao se tomar um discurso tão generalizado, principalmente, do Poder Público, quanto ao grande avanço realizado com sua adoção (ALUNOS, 2015; FERES JÚNIOR *et all*, 2012), especialmente sob a forma de cotas raciais, seja nos concursos públicos, seja na educação, um sinal de “alerta” deve acender para o pesquisador, pois, conforme Becker (2007, p. 96): “cientistas sociais serão induzidos em erro se aceitarem as mentiras que as organizações contam acerca de si mesmas”.

No caso deste estudo, tentou-se identificar quais seriam estas “mentiras”, ou para ser mais preciso, quais as possíveis inconsistências nessa política pública. Para tanto, para além da revisão bibliográfica que investiga os percentuais de lei para procurar demonstrar a falácia de certas cotas “raciais” (FERES JÚNIOR, DAFLON, 2014), uma necessária investigação de campo, “diálogo com os dados”, foi feita, na tentativa de identificar os limites dessa política pública, como incapaz de ameaçar o valor da democracia racial e o privilégio branco. Chegou-se, assim, a uma série de elementos, apontados como relevantes nos estudos sobre cotas raciais em

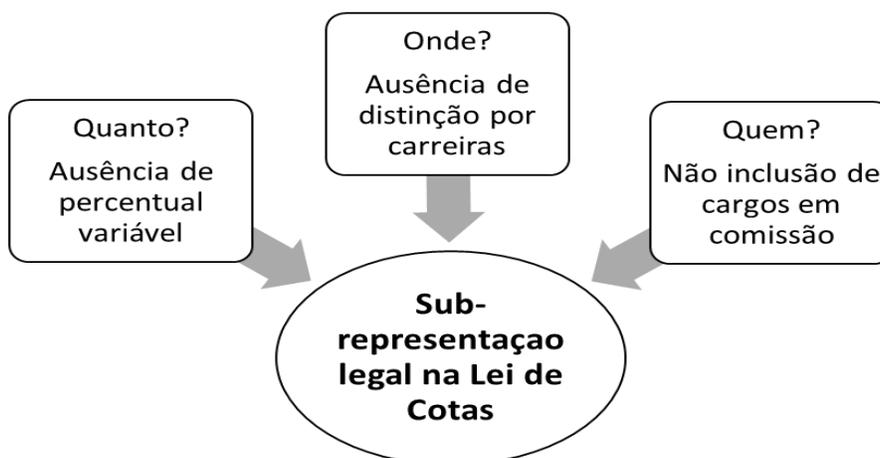
concursos públicos (OSÓRIO, 2006; SILVA, SILVA, 2014) e tentou-se fazer sua sistematização, no sentido de identificar quais os principais fatores que, atuando em conjunto, resultam numa excessiva limitação à lógica das políticas afirmativas, mantendo, ao invés de combater, a sub-representação da maioria marginalizada de negros no serviço público.

Se por um lado muito já foi dito sobre estratificação racial, por outro, “todo estudo pode dar uma contribuição teórica, acrescentando alguma coisa nova que precisa ser pensada como uma dimensão daquela classe de fenômenos” (BECKER, 2007, p. 102). Por isso, não é em vão, que se propõe um novo conceito para se refletir sobre políticas de ação afirmativa de recorte racial.

3.1 O que é sub-representação legal?

Chega-se, assim, ao conceito central para este estudo: **sub-representação legal é a situação identificada na legislação que rege as cotas raciais, que ao eleger certos critérios em detrimento de outros, no que se refere a quanto, onde e quem, mantém a proporção de pessoas que podem vir a ser beneficiadas por essa política inferior à proporção deste mesmo grupo na população brasileira.**

Figura 10 – Sub-representação legal na Lei de Cotas



A fim de se esclarecer quanto aos termos que compõe este conceito, passa-se a sua

análise em partes destacadas.

3.1.1 “Situação identificada”

A opção por “situação identificada” segue na linha de não se tentar estabelecer relações causais entre a sub-representação da população negra no serviço público e a Lei de Cotas. Os limites apontados podem não ser causa, mas são fatores que contribuem e encontram-se exclusivamente relacionados à própria lei. Ou seja, não se desconsidera os demais mecanismos de exclusão da população negra de determinadas ocupações no serviço público, mas, em termos do desenho da política pública, na legislação, é possível identificar certos limites.

3.1.2 “Na legislação que rege as cotas raciais”

Embora paradoxal, ao se legislar sobre ações afirmativas sensíveis à “raça” e cor, isto é, ao se trazer para o âmbito do direito a busca de uma solução de desigualdade e, em última análise, de justiça, ao invés de lograr combater a estratificação racial, o direito dá-lhe um reforço, inverte-lhe a lógica e, assim, mantém a sub-representação negra por força da lei.

É claro que não se trata de uma novidade o uso do direito para assegurar privilégios. Principalmente quando este caminha num sentido abstrato e distante das realidades, como alerta Castro (2012, p. 15-16):

[...] muitas vezes, as teorias e conceitos abstratos mostram-se completamente inadequados ou insuficientes como apoios intelectuais capazes de conduzir à superação de conflitos práticos. E insistir na utilidade ou validade prática de conceitos abstratos e amplamente abrangentes pode conduzir o jurista a adotar o expediente de escamotear a insuficiência ou inadequação das formas intelectuais empregadas para fundamentar decisões sobre problemas concretos. O direito, corre, então, o risco de tornar-se um instrumento de opressão. Declarar uma forma intelectual abstrata como fundamento de uma decisão prática, diante de uma ordem social perceptivelmente injusta, quando essa forma se mostra claramente inapta a apresentar um meio de mudança, é o ato que faz do jurista um opressor.

Muito se deve, como demonstram Delgado e Stefancic (2001, p. 131), a resistência da branquidade em aceitar uma progressão ordenada em relação à divisão do poder, com a

efetiva inclusão de minorias em níveis mais elevados e ocupações mais qualificadas, principalmente em órgãos públicos dotados de grande poder político. A Lei, assim, desempenha papel importante na manutenção da estrutura social estratificada racialmente.

Dora Bertúlio (1989) apresenta a relação entre direito e relações raciais, em que destaca o papel do Direito “como assegurador dos privilégios dos detentores do poder político e econômico e como mantenedor dos privilégios raciais do branco em nossa sociedade” (p. XXI). Embora não desconsidere o avanço na abolição de regras declaradamente discriminatórias, a autora destaca a persistência de “medidas institucionais e, paradoxalmente, a invisibilidade com que a condição de vida do negro é tratada pelas esferas públicas” (*idem*).

Tal se dá, uma vez que:

Travestido de humanista, o sistema jurídico formado neste país, desde a Independência, procurou preservar os valores das classes dominantes, enredado em conceitos nobres e libertários da Europa e dos Estados Unidos da América. A legislação imperial e a subsequente da República, bem como os articuladores (estudiosos e práticos de Direito Nacional), no que se refere às relações brancos/negros, tomaram atitudes de cunho nitidamente racista, quer enquanto ação, quer enquanto omissão, dentro de suas funções na instituição estatal. (BERTÚLIO, 1989, p. CXLVI).

Para fins do presente estudo, no entanto, desnecessário resgatar o papel do direito na criminalização do povo negro (DUARTE, 2005), tampouco revisar todas as diversas ações negativas desde o Brasil Império (VIEIRA JUNIOR, 2006), uma vez que há vasta bibliografia cobrindo o tema (BERTÚLIO, 1989). Suficiente reconhecer que, não obstante avanços, as injunções políticas são altamente desfavoráveis às minorias (SEGURA et al, 2013)⁴³. No dizer de Delgado e Stefancic (2001, p. 133), as reformas, de cunho racial, para serem aprovadas, devem “mobilizar todos os argumentos concebíveis, explorar cada brecha, falha, e vislumbre de interesses convergente”, fazendo-as “palatáveis para uma maioria que apenas em poucos momentos na sua história [de dominação] são tendentes a tolerar [as reformas]”⁴⁴.

⁴³ Em memorial que embasou o voto da *Justice Sotomayor*, no caso *Schuette v. BAMN* (572 U.S.____ (2014), em que se discutiu o a constitucionalidade do banimento do programa de ações afirmativas para acesso às universidades públicas no Estado de Michigan, contratos governamentais e empregos, foram utilizados os memoriais preparados por Segura e outros, em que apresentam vários estudos que indicam que minorias étnicas e raciais, de fato, acabam perdendo em votações populares, sendo que “é difícil encontrar mesmo uma única iniciativa popular, em qualquer Estado, na qual os eleitores aprovaram políticas que explicitamente favoreceram grupos raciais ou étnicos minoritários” (SEGURA et al, 2013).

3.1.3 “A escolha de certos critérios em detrimento de outros”

As cotas raciais nos concursos nos concursos públicos são apenas uma das várias políticas públicas em curso para o combate à desigualdade racial, como exemplo, as ações afirmativas promovidas pela Lei de Cultura Afro-brasileira na educação e de cotas sociais, com recorte racial, no acesso às instituições federais de educação e demais universidades, as ações universalistas, como, PROUNI e FIES (FERES JÚNIOR; DAFLON, 2014) e, também, o Programa Bolsa Família (MUELLER, 2015). Entretanto, como qualquer política pública, elas são – ou deveriam ser – fruto de uma análise da complexidade da interação desses diferentes sistemas.

Conforme PAGE (2015, p. 12), em prefácio à obra *Modelagens de Sistemas Complexos de Políticas Públicas* (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015), esclarece:

Sistemas complexos consistem de atores diversos e que se adaptam, que interagem com seus vizinhos e por conexões de redes. Essas interações produzem resultados agregados [...], mas também produzem fenômenos emergentes [...]. Esses fenômenos globais incorporam-se como parte real do mundo e, por sua vez, induzem (novas) adaptações no nível micro. Estes, ainda, criam novos fenômenos no nível macro.

Embora as experiências apresentadas nessa obra de Furtado, Sakowski e Tóvoli (2015) não abordem a questão do enfrentamento da desigualdade racial, bem como Mueller (2015, p. 307), nessa mesma obra, até constate que sobre racismo não há estudos de modelagem de sistemas complexos em andamento, ele fornece perspectivas importantes ao se pensar as ações afirmativas de cunho racial. “Modelos complexos representam lanternas a guiar-nos para novos locais no espaço de modelagem” (PAGE, 2015, p. 12). Nesse sentido, um desses “locais” a ser pensado é a própria noção de políticas pública “que pressupõe que as decisões de planejamento podem ser feitas, considerando todas as opções *ex-ante*” (MUELLER, 2015, p. 294). Na Lei de Cotas, como se pretendeu demonstrar, é justamente esta lógica, que parte da premissa que já teria sido identificada uma certa sub-representação negra no serviço público, que obsta a uma modelagem da política que vá sendo adaptada, à medida que seus efeitos são redimensionados, a partir da atuação dos diferentes atores envolvidos (público beneficiário e setor público contratante).

⁴⁴ No original: “Above all, they will need to marshal every conceivable argument, exploit every chink, crack, and glimmer of interest convergence to make these reforms palatable to a majority that only at a few times in its history has seen fit to tolerate them”.

3.1.4 “Quanto, onde e quem”

A maior inclusão de pessoas negras no serviço público tem efeito significativo na perspectiva individual de cada uma das incluídas, mas não necessariamente produz um impacto na estratificação racial da sociedade e no enfrentamento do racismo, uma vez que, conforme Kabengele Munanga (*apud* Bertúlio, 2012, p. 45),

Para a direita liberal, o combate ao racismo supõe uma guerra contra a pobreza e as medidas que promovem o crescimento econômico e o pleno emprego para os negros. A interessante questão que se colocaria é saber se, ao combater a pobreza do negro, está-se combatendo automaticamente o racismo”.

A Lei de Cotas, assim, como este estudo procurou demonstrar, ao não dispor adequadamente a respeito da quantidade de pessoas que estarão ingressando pelo sistema de vagas reservadas, em quais carreiras e para exercer que tipo de cargo, de chefia ou não, não é capaz de dar uma resposta mais efetiva ao racismo que se expressa “na ausência de negros [...] no preenchimento nos cargos que exigem formação superior” (*idem*). Uma inclusão em posições de menor vulto, como as carreiras de apoio, ainda agrava a percepção de posição subalterna da pessoa negra, pois quem não é visto como pessoa, não é sujeito, muito menos cidadão, como destaca Duarte (2004, p. 16):

A cidadania das populações negras poderá ser afirmada à medida que sua invisibilidade seja substituída pela construção de um espaço público de comunicação no qual a diversidade e a presença real dos sujeitos negros seja reconhecida. [...] Onde o verbo não pertence a poucos, onde o *logos* não vem marcado pela censura da ausência dos corpos dos interlocutores e suas perspectivas pode-se, talvez, falar em cidadania.

Daí a pertinência desses três aspectos na definição do conceito proposto de sub-representação legal.

3.1.5 “Proporção de pessoas que podem vir a ser beneficiadas”

Esse aspecto refere-se à população negra, como beneficiária das políticas públicas de recorte racial. Claro, como já tantas vezes frisado, que não se está a considerar o papel da “raça” para além daquele que ele hoje desempenha, referente à identidade da própria pessoa declarante.

Assim sendo, a proposta conceitual leva em consideração que “as pessoas que podem vir a ser beneficiadas” são aquelas que assim optarem por se autodeclararem negras na hora de fazerem sua inscrição no processo seletivo do concurso. No entanto, não se descarta que haja um certo tipo de controle nessa autodeclaração, de forma a excluir o abuso perpetrado por pessoas brancas (fraude racial) que apenas se autodeclararam negras para usufruir do benefício legal. Nesse sentido, somente poderão, de fato, ser beneficiadas aquelas que assim o desejarem e que não sejam excluídas por um sistema complexo de autodeclaração cotejada com heteroidentificação.

3.1.6 “Proporção [...] inferior à proporção deste grupo na população”

Diferentemente da concepção de que crê ser suficiente a inclusão de um pequeno número de negros em cargos estratégicos, para criar um novo imaginário, a análise mantém presente o conceito de ações afirmativas para reafirmar a necessidade de concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso.

Dessa forma, deve haver uma correlação entre a oferta de mão-de-obra e sua possibilidade de absorção no mercado de trabalho. Afinal, conforme James (2008, p. 31), “quem conta nas políticas públicas é determinado por qual grupo minoritário apresente a maior contagem populacional”.

3.2 O papel da lei na permanência da sub-representação e a possibilidade de sua superação

O contexto brasileiro, especialmente em relação à desigualdade racial, apresenta um histórico de negação de direitos para a população negra, conforme destaca Bertúlio (1989, p. CXLVII):

[...] é necessário o ponto de vista de que a História do Brasil, ou melhor, o Estado brasileiro não comportou rompimentos fundamentais em sua estrutura política. [...] Neste sentido, a estrutura jurídica, igualmente, vem se articulando, em cadeia, sem rompimentos. No que diz respeito ao tratamento da população negra, essa é dirigida para a conformação e determinação do espaço socioeconômico do negro, imbricada com a ideologia racista.

Essa lógica, de fato, permeou a produção do direito e as relações raciais no país, especialmente no período do Império (VIEIRA JÚNIOR, 2006), na República, embalada pelo

mito da democracia racial (PAIXÃO, 2014) e, certa forma, ainda continua a deitar raízes, mesmo no paradigma do Estado Democrático de Direito, na interpretação dos Tribunais (MOREIRA, 2013) ou na produção legislativa esvaziada de conteúdo (OSÓRIO, 2006; JACCOUD, BEGHIN, 2003).

André Marega Pinhel (2012, p. 35), ao analisar os debates do PL 73/1999, que viria a resultar na Lei de Cotas nas Universidades somente em 2014, demonstra os vários anos de debate no Legislativo, para além de inúmeras manobras regimentais e emendas, que marcaram sua discussão, em evidente contraste com a celeridade o projeto do ProUni, encaminhada como a Medida Provisória 213, de 2004, e convertida na Lei nº 11.096, de 13.01.2005. Da mesma forma, como já visto, o Estatuto da Igualdade Racial também sofreu do mesmo mal, conforme demonstram Santos, Santos e Bertúlio (2011) e Silva (2012), resultando em um texto com várias diretivas importantes, mas em muitos aspectos, totalmente simbólica, como é o caso das cotas nos serviços públicos (art. 39, do EIRA).

A Lei de Cotas apresenta uma singularidade em relação às anteriores legislações, em razão da sua aprovação extremamente célere no Poder Legislativo⁴⁵ e a completa ausência de alterações em seu conteúdo, o que leva a considerar até que ponto as lacunas apontadas nesse estudo já eram certa forma previstas pelos Congressistas, no sentido de não ser um risco de alteração das estruturas vigentes, resultando em, mais uma vez, uma legislação mais simbólica que emancipadora (DUARTE, 2012, p. 77).

A superação desses constantes atropelos na produção do direito passa, necessariamente, pela superação de um paradigma ainda formalista e na incorporação de novas perspectivas na sua produção. A corrente de pensamento crítica “O Direito Achado na Rua” tem há tempos destacado que o direito não é só o momento em que a norma é convertida em lei (LYRA FILHO, 1999, p. 29), mas todo o processo dinâmico de sua produção (*idem*) devendo levar em conta na sua elaboração “os movimentos sociais e suas práticas instituintes de direitos” (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 240). É com base nessa concepção, mas sem perder de vista a necessidade de positivação do direito – “*positividade do Direito não conduz fatalmente ao positivismo*” (LYRA FILHO, 1999, p. 26) – que a atuação de uma Secretaria como a SEPPIR,

⁴⁵ Não se ignora a complexidade do funcionamento do Congresso Nacional (ALMEIDA, A., 2015, p. 375-401), tampouco o “alto nível do poder presidencial” (MUELLER, 2015, p. 292), em razão do presidencialismo de coalizção (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 19-39), mas estes mesmos aspectos estavam presentes nas outras legislações, que tiveram uma aprovação dificultada.

por exemplo, com a sua expertise, seu diálogo com os movimentos sociais e a própria existência de ativistas institucionais, pode atuar como uma instância prévia, na elaboração, mas também de produção do direito e acompanhamento do processo legislativo, de forma a assegurar que uma tradicional dinâmica não se cristalize no direito e as relações raciais⁴⁶.

Para além da “aposta” em um único ou, ao menos, privilegiado, ator na produção legislativa, é possível colher da Teoria Crítica da Raça uma nova epistemologia ao lidar com o Direito e as relações raciais, cujo potencial de superação do paradigma liberal nessa área apresenta-se como uma perspectiva especial de emancipação racial. Trata-se da proposta elaborada por teóricos críticos raciais e sintetizadas por Tukurfu Zuberi e Eduardo Bonilla-Silva (2008, p. 329 e seguintes), nas seguintes concepções:

1. São rejeitadas a percepção ontológica e de existência física da identidade racial, a qual incorpora as bases e a natureza do racismo moderno e da supremacia branca. Uma identidade racial apenas deve ser percebida quando se estabelece um conflito com a existência do racismo que sustenta essa supremacia. Mas não pode ser uma experiência totalizante;
2. Todos os sujeitos são parte de um processo social e, por isso, se denota epistemologicamente seu lugar nas estruturas de poder, alguns expressando dominação, enquanto outros, resistência à dominação, o que afasta a concepção cartesiana de sujeito, como uma concepção idealizada de um construto que seja branco, burguês, macho, atomístico e heterossexual;
3. A epistemologia de uma liberação racial é descaradamente política, no sentido de que ela é profundamente refletiva e enraizada nos movimentos libertários do passado, presente e futuro; e
4. A epistemologia de emancipação racial é global, multicultural e em diálogo e solidariedade com todos os movimentos sociais de emancipação.

É dentro destas concepções que a presente proposta tenta fazer uma crítica à Lei de Cotas, destacando o equívoco de uma concepção essencialista de “raça”, à medida que a fixação de um percentual rígido demonstra essa equívoca situação de caracteres e identidades

⁴⁶ Para uma discussão específica sobre a relação da SEPPIR na aprovação da Lei de Cotas, ver FERREIRA, 2015.

inalteráveis dos indivíduos. Da mesma forma, a existência de estruturas de poder que permanecem intocadas pela Lei de Cotas é também uma preocupação, quer por manter um papel de subalternidade da pessoa negra em carreiras menos valorizadas, quer por, ao deixar intocado os cargos em comissão, acaba por reforçar o ideal branco do chefe, do gerente, de quem, afinal, manda. Ainda, a proposta valoriza o aspecto de uma política pública complexa que é o enfrentamento do racismo, a demandar um aprendizado constante e uma atenta e permanente reformulação de seus marcos, inclusive, a partir de outras experiências. Não que se pretenda reestabelecer um novo “modelo” eurocêntrico a ser seguido. Entretanto, não se pode desconsiderar as lutas de reconhecimento e redistribuição em outros países e culturas e, na medida do possível, aproveitá-la nas questões domésticas⁴⁷.

O passo mais além a ser dado nessa elaboração de emancipação racial é algo que não pode ser feito apenas com uma lei, mas que deve decorrer da análise dessa política pública como um sistema complexo (FURTADO, SAKOWSKI, TÓVOLI, 2015) ao levar em conta o combate ao racismo em sua “intersectionalidade com a matriz de dominação”⁴⁸, ou seja, com as demais formas de opressão como sexismo e as questões classistas, por exemplo. O resultado dessa compreensão holística dos sistemas de dominação é a própria desracialização da estratificação social, à medida que “raça” é apenas um desses mecanismos.

Surge aqui uma proposta bastante radical, com o objetivo de ser, de fato, emancipadora, à medida que “com o objetivo de mudar o lugar da raça no mundo, nós devemos mudar não apenas nosso próprio pensamento, mas também as condições sociais diárias que facilita a crenças na existência das raças”⁴⁹ (ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 336), ainda, de acordo com os autores é preciso abandonar uma lógica “branca” e um método “branco”, isto é:

⁴⁷ Esta é, de certa forma, a cautela que Ware (2004, p. 11) tem também ao tratar do tema da branquidade: “[...] uma das principais falhas desse corpo de trabalho é a maneira como o debate se estrutura quase exclusivamente em termos norte-americanos. Isso transmite a impressão lamentável de que a dinâmica da supremacia branca que funcionou nos Estados Unidos, historicamente, está de algum modo isolada e desvinculada do resto do mundo; por outro lado, pode sugerir a pressuposição de que o resto do mundo é igual aos Estados Unidos, ou, pior, de que deveria ser”.

⁴⁸ Conforme COLLINS (2000, p. 18): “*Intersectionality refers to particular forms of intersecting oppressions, for example, intersections of race and gender, or of sexuality and nation. Intersectional paradigms remind us that oppression cannot be reduced to one fundamental type, and that oppressions work together in producing injustice. In contrast, the matrix of domination refers to how these intersecting oppressions are actually organized. Regardless of the particular intersections involved, structural, disciplinary, hegemonic, and interpersonal domains of power reappear across quite different forms of oppression.*”

Desracializar nossos métodos de pesquisa é um processo em que duas forças – por definição, opostas umas às outras – culminam com a rearticulação do que signifique ser humano. O primeiro aspecto desse processo refere-se a como e porque as pessoas são racializadas no, e entre o, nascimento e morte. O segundo, entendimento mútuo ou amizade entre grupos raciais não altera as realidades raciais; o apagamento da humanidade trazida pela racialização não pode ser claramente entendido exceto na exata medida em que nós nos envolvemos numa pesquisa social para transformar as bases da sociedade⁵⁰.

É um projeto de envergadura, sem dúvida, transformar as bases da sociedade e não se pode desconsiderar as limitações de qualquer proposta acadêmica. Entretanto, o alerta dos teóricos críticos raciais é essencial, em especial na área do Direito. Se mantida uma crença na objetividade da lei e não houver um posicionamento em relação à realidade que ela produz, de muito pouco, ou nada, adiantará a análise do *status quo*. O Direito, até hoje – e ainda hoje – é um dos principais mecanismos de manutenção da sub-representação negra, assim como da sub-representação das mulheres, índios, deficientes e demais minorias. A superação dessa pecha, por óbvio ocorreria com a transformação da sociedade e suas bases de reprodução. Algo, ainda assim, é possível de se fazer na academia. Questionar os métodos com que se pesquisam a produção e os efeitos da lei parece ser um deles.

⁴⁹ No original: “*And in order to change the place of race in the world, we must change not merely our own thinking but also the social conditions of everyday life that facilitate beliefs in race*”.

⁵⁰ No original: “*Deracializing our research methods is a process by which two forces – by definition opposed to each other – culminate in the rearticulation of what it means to be human. The first aspect of this process concerns how and why people are raced at, and between, birth and death. Secondly, mutual understanding or developing friendships across racial groupings cannot change racial realities; the erasure of humanity that race has brought to bear cannot be clearly understood except in the exact measure that we engage in social research to transform it social basis*”

CAPÍTULO IV

Se fosse possível concluir

“When we are tackling a structure as deeply embedded as race, radical measures are required. ‘Everything must change at once,’ otherwise the system merely swallows up the small improvement one has made, and everything remains the same”.

(DELGADO, R.; STEFANCIC, J. 2001, p. 57)

Não obstante “raça” “não corresponder a nenhuma realidade natural” seu uso tem uma “realidade social plena” (GUIMARÃES, 2009, p. 11), daí que o combate à utilização desse conceito, como veículo para expressar preconceitos e valores negativos (*idem*), requer que ainda muito se fale de ações afirmativas para a população negra, que é a principal vítima do racismo. Eis o porquê de mais um estudo a respeito do tema, não obstante a rica produção nacional a se voltar para o direito e relações raciais.

Esse estudo, ao apresentar os paradigmas constitucionais do Estado de Direito ou Liberal, do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito (CARVALHO NETTO, 2004), buscou estabelecer recortes na realidade para tentar entender como os direitos da população negra foram sendo discutidos no Brasil. No entanto, ao invés de uma historiografia mais completa do conceito de “raça” e sua utilização em diversos momentos da história brasileira, optou-se pela análise de determinados momentos de produção do direito – Constituinte de 1824, Lei Afonso Arinos e Constituinte de 1988 – para demonstrar como, apesar das diferentes condições paradigmáticas desses períodos, a questão racial – isto é, como lidar com uma maioria negra, num país que tem a branquidade como um valor – mostrou-se como um *continuum* de forma a manter a estratificação racial.

Essa estratificação sempre se estabeleceu na dicotomia com o “outro”, na negação da cidadania de muitos, com o objetivo de assegurar um *status* privilegiado a poucos; no combate ao preconceito, como um mero problema de convicção íntima, ao invés do racismo como estrutura na qual se organiza o Estado; na incorporação seletiva e esvaziada de conteúdos emancipadores da população, não só negra, mas especialmente desta, quando novas

oportunidades de superação de velhas práticas surge. Estas situações, como visto, foram identificadas nesses três momentos históricos, repita-se, a Constituinte de 1824, Lei Afonso Arinos e Constituinte de 1988, respectivamente, mas são, na verdade, como procurou se demonstrar ao longo desse trabalho, fruto de uma prática política cotidiana, que ainda se furta a um verdadeiro pluralismo e no aprofundamento da democracia.

Mesmo com todas as tentativas de enfrentamento dos efeitos da discriminação, mormente a partir da Conferência de Durban, em 2001, com a introdução de políticas de ação afirmativa sensíveis à “raça” na agenda política brasileira, muito do que foi estruturado no plano legal, por exemplo, o Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto Federal nº 4.228, de 2002), não chegou a produzir os efeitos ali previstos. Da mesma sorte, a variada discussão no âmbito do Poder Legislativo sobre o tema sequer chegou a concluir o processo legislativo, findando-se, muitas vezes, com o término do mandato dos autores dos projetos.

Tal como na luta por direitos civis nos Estados Unidos, os avanços mais formais do que efetivos foram resultado de concessões, de interesses convergentes¹ da branquidade, para que a discussão sobre racismo fosse dosada de acordo com a capacidade de absorção das camadas detentoras de poder, sem que alterações significativas ocorressem, não obstante a denúncia permanente das lideranças negras e de parte da intelectualidade, numa constante luta para denunciar o vazio do mito da “democracia racial”.

Em determinado momento, no entanto, graças aos esforços intensos dos movimentos negros, as ações afirmativas ingressam com força na pauta nacional, não mais sendo passível de adiamento e, assim, surgem a lei que torna obrigatório o ensino de história e cultura afro-brasileira, as primeiras cotas raciais na educação superior e em concursos públicos de diversos Estados e municípios. Esse caminho extremamente conturbado, por vezes esvaziado pela inação administrativa e pontuado por inúmeras ações judiciais, teve, enfim, no âmbito do STF uma sinalização positiva, com o julgamento da ADPF nº 186, ao declarar a constitucionalidade da reserva de vagas para a população negra e indígena no vestibular da UnB, favorecendo o ambiente para a aprovação de uma lei de nível nacional que disciplinasse tanto as cotas nas instituições federais de ensino, quanto, anos mais tarde, as cotas nos concursos públicos federais.

¹ Para a discussão sobre o dilema dos interesses convergentes (*interest convergence*), ver BELL, JR. D. 1995. *Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma*. In: CRENSHAW. K. et all (ed.). 1995. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: The New Press. pp. 20-29.

Ambas, de extrema relevância para o combate aos efeitos presentes das discriminações passadas. Mas, em ambas, da mesma forma, com certos limites.

Políticas públicas são sistemas complexos (FURTADO, SAKOWSKI, TÓVOLI, 2015) e ao lidarem com relações tão impregnadas no tecido social brasileiro, como o racismo, certamente terão imensas dificuldades se não considerarem as inúmeras facetas que compõem este fenômeno e os diferentes mecanismos necessários para seu combate e, ao mesmo tempo, os que mantêm a sua reprodução. Ações universalistas, mas não só. Criminalização do racismo, mas não só. Ações afirmativas, mas, também, não só, ainda mais, em se tratando de cotas raciais. É todo um imaginário e uma distribuição desigual de direitos, deveres e *status* que se deve atacar. Várias frentes de batalha, em que cada uma tem sua importância e não pode ser tratada de forma menor, em razão dessa complexidade. Não só cotas raciais, mas, ao se estabelecer tais cotas, que elas cumpram o máximo possível de sua função.

Assim, o presente estudo buscou demonstrar que, não obstante a importância fundamental de políticas de ações afirmativas sensíveis à “raça” no Brasil, há questões que tornam os programas de cotas raciais em concursos públicos federais insuficientes para o combate à estratificação racial no serviço público. Longe de se propor uma explicação totalizante para a diminuta parcela de pessoas negras nos cargos de maior poder nos órgãos públicos, pelos inúmeros motivos cuja completa identificação extrapolaria os limites dessa dissertação, buscou-se identificar em apenas uma das políticas públicas de combate à desigualdade racial os principais obstáculos enfrentados por essa população. Como as ações afirmativas têm uma finalidade muito clara, foi possível descrever, como proposto, as opções – ou antes limitações – que resultaram numa lei de alcances essenciais, mas restritos, com um impacto aquém do possível.

Ao responder às questões quanto, onde e quem, fica patente o quão simbólica uma política pública pode ser, sem contribuir para o cerne do problema, que é a desigualdade racial no Brasil. A inserção no serviço público de pequeno percentual de pessoas que se identificam como negras, caso se mantenha o apego a soluções universalistas, mas fragmentárias do pensamento formalista-conservador, manter-se-á, ainda por muito tempo, uma situação de desigualdade, cuja diminuição depende de várias abordagens, mas que tem nas cotas um mecanismo importante que não pode ser desconsiderado. Por isso, buscando sintetizar os dilemas enfrentados pela lei de cotas nos concursos públicos, chegou-se ao conceito de sub-representação

legal, com o seguinte conteúdo, “a situação criada pela legislação que rege as cotas raciais, que ao eleger certos critérios (quanto, onde e quem) em detrimento de outros, mantém a proporção de pessoas que podem vir a ser beneficiadas por essa política inferior à proporção deste mesmo grupo na população brasileira”.

Tal conceito aqui proposto, portanto, adequa-se àquilo que DUARTE (2012, p. 77), denomina de “modelos retóricos de inclusão da população negra”, os quais, “têm por objetivo político impedir a implantação de soluções eficazes”, uma vez que “forjam percentuais tão mínimos ou barreiras tão extensas que não alcançam incluir, efetivamente [...] negros nas universidades públicas [ou órgãos e entidades públicas federais, ou, ainda, espaços de poder]” (explicações acrescidas). Conforme se tentou demonstrar, é exatamente o percentual (20%) e as barreiras apresentadas (exclusão de cargos em comissão e aplicação universal, não seletiva por carreira) esse modelo retórico de que Duarte fala e que se aplica também à hipótese das cotas raciais em concursos públicos.

Embora o conceito proposto tenha partido de um estudo de caso e seus termos estejam diretamente ligados aos elementos que o compõe, qual seja, cotas raciais para a população negra no serviço público, procurou-se dotá-lo da necessária generalização, a fim de torná-lo útil, ainda, a outros possíveis estudos sobre sub-representação. Assim, a variável “quanto” pode abranger não só percentuais, mas também, por exemplo, competências, poder de veto e voto, etc.; “onde”, para além de carreiras, pode se referir a instâncias deliberativas, partidos, instituições públicas ou privadas, ou qualquer espaço que se queira estudar; “quem”, pode abranger diversos grupos de interesse, como deficientes, mulheres, idosos e outras minorias.

Essa, a primeira contribuição que o presente estudo pretende dar à discussão sobre ações afirmativas, tema tão caro ao direito constitucional pátrio e que, tem sido tratado no âmbito dessa disciplina com um enfoque por vezes mais conceitual do que contextual.

Uma segunda contribuição, é quanto ao próprio marco teórico adotado, da Teoria Crítica da Raça, que tem sido bastante utilizada em estudos de educação no Brasil (GANDIN, DINIZ-PEREIRA, HYPOLITO, 2002; CRUZ, 2010; FERREIRA, 2014; ROSA, 2015), mas ainda incipiente no direito brasileiro (CONCEIÇÃO, 2014; MOREIRA, 2013; PIRES, 2013; SILVA, PIRES, 2015). Não se fez, no entanto, a mera importação de um modelo, mas, sim, o aporte adaptado e útil para se pensar na realidade nacional. Nesse ponto, concorda-se plenamente

com Silva e Pires (2015, p. 68), de que “ao levar em conta a realidade racial e o papel do direito na manutenção das desigualdades, a Teoria Crítica da Raça questiona fatos que também são relevantes no Brasil ao se discutir a estrutura racialmente hierarquizada da sociedade e das instituições”. Daí que à medida que o mito da “democracia racial”, embora desgastado, ainda se apresenta frequentemente como um ideal a ser alcançado (FRY et al, 2007), a ampla discussão pelos críticos raciais sobre “a cegueira da cor” (*color blindness*) e o pós-racialismo (POWELL, 2014), na sociedade norte-americana, continuam de grande utilidade para o enfrentamento do racismo no Brasil, em que a transcendência da “raça” (MOREIRA, 2013), atua como um obstáculo na conquista da efetiva igualdade.

Essa discussão resgata ainda o conceito de revolução passiva gramsciano (GRAMSCI, 2002), agora combinado com racismo institucional, que possibilita refletir sobre a produção do direito, de um lado, capaz de promover a pacificação das demandas sociais, mas, por outro, à custa das necessárias transformações das relações sociais, à medida que condiciona a assimilação das demandas aos interesses de uma elite branca, que se vale de todos os recursos políticos para manutenção de privilégios atrelados à branquidade. Tal como Gramsci, da mesma sorte, não se ignora a capacidade de abalar as estruturas do poder com essas alterações pontuais no gozo de direitos. Isto porque, se há um grau de controle na formalidade de produção dos direitos e na partilha do poder, já o resultado dessa mudança pode ser imponderável. Mas, sem desconsiderar a utilidade das cotas raciais nos concursos públicos e a efetiva geração de efeitos positivos na sociedade, é possível tecer algumas críticas, num ensaio sobre quais aspectos poderiam ser aperfeiçoados, caso fossem adotadas outras perspectivas, para além das que resultaram na lei, como aprovada.

Além disso, a discussão proposta procura deixar claro todo um imaginário em torno da branquidade que vê na reserva de cotas dois problemas intimamente relacionados à racialização. O primeiro, mantém viva a ideia de racialidade com uma identificação muito restrita do que se considera a pessoa negra, construída a partir da lógica do não-branco, como se esta marca fosse um padrão normativo, a partir do qual toda a sociedade deve se organizar e se submeter. O segundo, como o padrão é a branquidade, deixa-se de perceber o compartilhamento de espaços de poder como a decorrência lógica de uma sociedade plural, ora tratando-o como uma “esmola” desnecessária a quem somente pelo esforço pessoal teria condições de acessar estes postos concorridos, ora reputando tal política injusta, desconsiderando estes mesmos

esforços das pessoas negras e reputando o sucesso apenas à assistência que receberam. Esses aspectos, que não são os defendidos pelo autor desse trabalho, são, não obstante, muito utilizados pelos opositores dessa política².

Várias são as frentes de batalha e a capacidade da rearticulação da branquidade comprova, pela longa história de luta contra o racismo, como tanto há a fazer. Mesmo numa valiosa política de cotas raciais em concurso público, por exemplo, nota-se como a cabeça da hidra que representa o privilégio branco (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. 79) resiste bravamente ao excluir de seu âmbito os cargos em comissão. Isso, para não falar na ausência de implementação de outras ações afirmativas, como a educação afro-brasileira e efetivas cotas raciais generalizadas na educação superior e na pós-graduação, cotas raciais no trabalho e emprego da iniciativa privada e, até mesmo, na composição do Poder Legislativo³, para além da manutenção das já em vigor e das medidas amplas de combate à desigualdade. Ao assim argumentar, não se está esperando mais das ações afirmativas do que elas seriam capazes de fazer. Tampouco se considera que ações afirmativas se resumem a cotas. Mas, ainda com Delgado e Stefancic (2001, p. 57), “tudo tem que mudar de uma vez só”, caso contrário, o “sistema engole as pequenas mudanças realizadas e tudo permanece o mesmo”. E, assim, o próprio conteúdo das ações afirmativas, como visto, de corrigir ou mitigar os efeitos presentes de discriminação passada torna-se pouco efetivo.

Espera-se que o presente trabalho, ao apontar para as limitações da política de cotas raciais em concursos públicos, não sinalize negativamente como mais uma crítica em relação à inadequação das ações afirmativas ao contexto brasileiro. Ao longo do texto, ainda que críticas tenham sido feitas, procurou-se demonstrar, à saciedade, o quanto são imprescindíveis as cotas raciais nos concursos públicos, ainda que na forma como hoje previstas. Ciente da complexidade do tema, procurou-se mostrar aspectos a serem mais bem discutidos nas ações afirmativas, em especial nas cotas em concursos públicos, de forma a dotá-las de um potencial reparatório mais efetivo e, em última análise, de uma nova concepção concretizadora do direito de igualdade

² Ainda que por excesso de zelo, seguirei a advertência de Frankenberg (2004, p. 324), afirmando, com ela, que o uso dessas afirmações fora de contexto será objeto de ação judicial para resguardar a intenção original do autor.

³ Nesse sentido, a PEC nº 116, de 2011, de autoria do Deputado Luiz Alberto – PT/BA, que acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinando a reserva de vagas na Câmara dos Deputados, nas assembleias legislativas e na Câmara Legislativa, por cinco legislaturas, para parlamentares oriundos da população negra. Para seu andamento, verificar: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529275>>. Acesso em 14.03.2016.

constitucionalmente assegurado.

Por fim, como última ressalva, embora a Teoria Crítica da Raça tenha sido o Norte para as conclusões chegadas, não se ignora que uma teoria, por mais atraente que seja, possui seus limites e exige uma “crítica da crítica”, mormente em contextos sociais diferentes, como é o caso da experiência norte-americana e da própria Teoria Crítica da Raça. Uma primeira aproximação entre essas duas experiências, alienígena e nacional, é o que acabou orientando esse trabalho e as propostas que foram feitas, focando especificamente, naquilo que se entendeu por útil para reflexão sobre possíveis limites da Lei de Cotas. Em futuros estudos, no entanto, pretende-se um aprofundamento da experiência constitucional pátria, na tentativa de identificar em que momentos houve uma maior aproximação ou distanciamento entre a produção intelectual brasileira e os intelectuais norte-americanos, a fim de se tentar identificar se estas conclusões se sustentam em estudos de maior envergadura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, A. 2015. Superando o caos: Legislativos como sistemas complexos adaptativos. In: FURTADO, B. A.; SAKOWSKI, P. A. M.; TÓVOLI, M. H. 2015. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília, IPEA.
- ALMEIDA, D. R. 2011. *Repensando representação política e legitimidade democrática: entre a unidade e a pluralidade*. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- _____. 2015. *Representação além das eleições: repensando as fronteiras entre Estado e Sociedade*. Jundiaí: Paco.
- ALUNOS Negros e pardos em idade adequada na universidade triplicaram em dez anos. *O globo*. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/alunos-negros-pardos-em-idade-adequada-na-universidade-triplicaram-em-dez-anos-18221227#>>. Acesso em 04.12.2015.
- ANDREWS, G. R. 1991. *Negros e brancos em São Paulo (1888-1988)*. Bauru, SP: EDUSC.
- ARENDE, H. 2012. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.
- AZEVEDO, D. A. 2014. Cotas raciais no serviço público: o julgamento da ADPF 186 antecipa a constitucionalidade de quaisquer outras políticas afirmativas?. *Crítica Constitucional*. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/cotas-raciais-no-servico-publico-o-julgamento-da-adpf-186-antecipa-a-constitucionalidade-de-quaisquer-outras-politicas-afirmativas/>>. Acesso em 31.07.2015.
- AZEVEDO, C.M.M. 1987. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BANCO de dados do tráfico transatlântico de escravos. 2015. Disponível em: <<http://slavevoyages.org/>>. Acesso em 8.12.2015.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. 2000. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros.
- _____. 2006. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros.
- BANTON, M. 1991. *A ideia de raça*. São Paulo: Martins Fontes.
- BARDIN, L. 1977. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70.
- BARROSO, P. H. 1997. *Constituinte e constituição: participação popular e eficácia constitucional (1987-1997)*. 302 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – Especialidade Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- BASTIDE, R.; FERNANDES, F. 2008. *Branco e negro em São Paulo: ensaio sociológico sobre aspectos da formação, manifestações atuais e efeitos do preconceito de cor na sociedade paulista*. São Paulo: Global.
- BAUMAN, Z. 1998. *O mal-estar da pós-modernidade: inquietações da vida contemporânea e suas formas atuais de organização : uma relação de imanência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- BECKER, H. S. 2007. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar.
- BELL JR. D. 1995. Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma. In: CRENSHAW, K. et all (ed.). 1995. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: The New Press. pp. 20-29
- BELLINTANI, L. P. 2006. *Ação Afirmativa e os princípios do direito*. Lumen Juris: Rio de

- Janeiro.
- BENTO, M. A. S. 2000. Igualdade e diversidade no trabalho. In: BENTO, M. A. S. (org.). 2000. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo.
- _____. 2002. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, I.; BENTO, M. A. S. (orgs.) 2002. *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis - RJ: Vozes.
- BERCOVICI, G. 2013. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 305–325.
- BERGSTEIN, L. G.; CORREIA, T. R. C. 2012. A inconstitucionalidade das políticas de cotas raciais em concursos públicos de nível superior. In: PAMPLONA, D. A. (coord.) 2012. *Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá. Pp. 307-322
- BERTÚLIO, D. L. L. 1989. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- _____. 2012. Racismo e desigualdade racial no Brasil. In: DUARTE, E.C.P.; BERTÚLIO, D.L.L.; SILVA, P.V.B. *Cotas raciais no ensino superior*. Curitiba: Juruá. pp. 27-56.
- BITTAR, E. C. B. 2008. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*, nº 57, dez, p. 131-152.
- BOBBIO, N. 1995a. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB.
- _____. 1995b. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- BONADIMAN, D. 2014. A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros. *Revista Âmbito Jurídico*, ano XVI, n. 117, outubro, 2013. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 19/02/2014.
- BOWEN, W. G.; BOK, D. 1998. *The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions*. Princeton - NJ: Princeton University.
- BRANCO, M. 2015. Movimento negro pede regulamentação de cotas em concursos públicos. *Agência Brasil*. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/print/cidadania/2015/07/movimento-negro-pede-regulamentacao-de-cotas-em-concursos-publicos>>. Acesso em 1º.12.2015.
- BRASIL. 1824. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 23.02.2015.
- _____. 1874. *Annaes do Parlamento Brasileiro – Assembléa Constituinte – 1823*. Volume 5. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1823-discussao-sobre-o-conceito-de-cidadania.-debate-sobre-a-condicao-do-negro-no-brasil>>. Acesso em: 30.01.2015.
- _____. 1950. *Diário do Congresso Nacional*, dia 26.08.1950. Sessão de 25.08.1950. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1950-1970-2013-a-criminalizacao-da-discriminacao-racial>>. Acesso em 30.01.2015.
- _____. 1983. Câmara dos Deputados. *Dossiê - PL 1.332*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>>

- . Acesso em: 14.11.2015.
- _____. 1988. *Diário da Câmara dos Deputados*. Sessão de 12.05.1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1950-1970-2013-a-criminalizacao-da-discriminacao-racial>>. Acesso em 30.01.2015.
- _____. 1999. Câmara dos Deputados. *Diário do Legislativo*. 13.11.1999. P. 5411 e 5412.
- _____. 2000. Câmara dos Deputados. *Dossiê – PL 3.198*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C373033C9BB3925ECF79348A9A11F1F.proposicoesWeb2?codteor=983438&filename=Dossie+-PL+3198/2000>. Acesso em 18.11.2015.
- _____. 2003. Supremo Tribunal Federal. *Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 14.03.2016.
- _____. 2010a. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186 Recurso Extraordinário 597.285. *Notas taquigráficas*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 25.04.2012.
- _____. 2010b. Ministério da Educação. *Igualdade e autonomia: audiência pública sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 31.01.2013.
- _____. 2012a. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186*. Recurso Extraordinário n.º 597.285. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26.04.2014, DJe 20.10.2014 - ata n.º 153/2014. DJE n.º 205, divulgado em 17.10.2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em 11.12.2015.
- _____. 2013a. Câmara dos Deputados. *Avulso*. Projeto de Lei 6.738/2013: 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. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0EE6760B6E0AD47D21FD1D0B759FABEF.proposicoesWeb1?codteor=1238967&filename=Avulso+-PL+6738/2013>. Acesso em 21.09.2015.
- _____. 2013b. Câmara dos Deputados. *Agência Câmara Notícias*. “Em videochat, Pastor Marcos Feliciano defende cotas para negros em concursos”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/459036-EM-VIDEOCHAT,-PASTOR-MARCO-FELICIANO-DEFENDE-COTA-PARA-NEGROS-EM-CONCURSOS.html>>. Acesso em 21.09.2015.
- _____. 2015a. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Dados LDO*. Anexo I. Tabela

- 1 - Quantitativo Físico de Pessoal - Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/dados_1do/anexo_i-tab1-quant_fisico_pessoal-pexec.pdf>. Acesso em 8.12.2015.
- _____. 2015b. Banco Central do Brasil. *Informações sobre despesa de pessoal*. Quantitativo físico de pessoal. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?DESPESASPESSOAL>>. Acesso em 8.12.2015.
- _____. 2015c. Justiça Federal de Primeira Instância. Seção Judiciária do Maranhão. Terceira Vara. *Ação Civil Pública nº 3631-17.2015.4.01.3700*. Autor: Defensoria Pública da União. Réu: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia - IFMA. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis. São Luís - MA, 10.02.2015.
- _____. 2015d. Tribunal Regional Federal. Segunda Região. *Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000*. Relator Desembargador Federal Marcus Abraham. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: União Federal e Fundação Universidade de Brasília - FUB/UnB.
- _____. 2015e. Secretaria de Promoção da Igualdade Racial. *Nota Técnica nº 45/2015 - SPAA/SEPP/PR*.
- _____. 2015f. Procuradoria da República no Distrito Federal. *MPF/DF quer garantir reserva de vagas para negros e pardos em concursos das Forças Armadas*. Disponível em: <<http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/29-07-15-mpf-df-quer-garantir-reserva-de-vagas-para-negros-e-pardos-em-concursos-das-forcas-armadas>>. Acesso em 14.12.2015.
- BRITO, J.; EICHLER, A. 2006. Um texto desconhecido sobre a Constituinte de 1823. In: DEIRÓ P.E.S. 2006. *Fragmentos de estudos da história da assembleia constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. pp. 11-15.
- BUCCI, M. P. D. 1997. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, n. 133, jan/mar, pp. 89 a 98.
- BUCK-MORSS, S. 2009. *Hegel, o Haiti e a História Universal*. Pittsburg: University of Pittsburg. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.
- CAMPOS, L. A. 2015. Socialismo moreno, conservadorismo pálido? Cor e recrutamento partidário em São Paulo e Rio de Janeiro nas eleições de 2012. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 58, nº 3, pp. 589-719.
- _____; MACHADO, C. M. 2015. A cor dos eleitos: determinantes da sub-representação política dos não-brancos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº16. Brasília, janeiro - abril, pp. 121-151
- CANÇADO, M. L. F. L. X. 2004. Ato Administrativo. In: MOTTA, C. P. C. 2004. *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey. pp. 47-91.
- CANOTILHO, J. J. G. 2003. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina.
- CARDOSO, E. 2005. Quadro da questão racial no Brasil contemporâneo. In: MELLO, G. e BAIROS, L. (org.) *I Fórum Nacional de Performance Negra*. Salvador: Teatro Vila Velha.
- CARLOS, V. L. 2004. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Método.
- CARNEIRO, S. 2002. A batalha de Durban. *Estudos Feministas*, a. 10, 1º semestre, p. 209-214.
- CARONE, I.; BENTO, M. A. S. (orgs.) 2002. *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquidade e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes.
- CARVALHO, R. M. U. 2008. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado*

- e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm.
- CARVALHO FILHO, J. S. 2007. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARVALHO NETTO, M. 1992. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey.
- _____. 2003. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. *A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. pp. 13-39.
- _____. 2004. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, M. A. C. (org.) 2004. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- _____. 2005. Reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento mental em conflito com a lei. In: *Veredas do Direito*, v. 2, n° 4, p. 67-80, jul-dez.
- _____; SCOTTI, G. 2012. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum.
- CASTRO, M. F. 2012. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva.
- CHIAVENATO, J. J. 2012. *O negro no Brasil*. São Paulo: Cortez.
- CLÈVE, C. M. 2000. *Atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COLLINS, P. H. 2002. *Black feminist thought: knowledge, consciouness, and the politics of empowerment*. New York: Routledge.
- COM lei de cotas, 638 negros entraram no serviço público federal. 2015. *O Globo*, s/d. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/06/com-lei-de-cotas-638-negros-entraram-no-servico-publico-federal.html>>. Acesso em 12.12.2015.
- CONCEIÇÃO, I. A. 2014. *Movimentos sociais e judiciário: uma análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2012. *Informação nº 12-PP6940-8.2012 – COTAS RACIAIS*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>>. Acesso em 9.03.2016.
- CONVENÇÃO Nacional do Negro e a Constituinte. 1986. Disponível em: <<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVEN%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DO%20NEGRO%20PELA%20CONSTITUTINTE%201986.pdf>>. Acesso em 17.11.2015.
- COSTA, E.V. 2010. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. São Paulo: UNESP.
- CRUZ, A. C. J. 2010. *Os debates do significado de educar para as relações étnico-raciais na educação brasileira*. Dissertação (Mestrado em Educação) - UFSCAR, São Carlos.134p.
- DAMÉ, L. 2013. Movimento negro cobra de Dilma cotas raciais no serviço público. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19.07.2013. Disponível em <<http://glo.bo/13YkaQm>>. Acesso em: 30.08.2013.
- DELGADO, R.; STEFANCIC, J. 2001. *Critical race theory: an introduction*. New York: New York University.
- DILMA se compromete com movimentos negros a reforçar políticas afirmativas. 2013. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/dilma-se>>

- compromete-com-movimentos-negros-a-reforçar-políticas-afirmativas-8377.html>. Acesso em 17.09.2015.
- DOMINGUES, P. 2007. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Revista Tempo Histórico*, v. 2, n. 12, Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<http://aldeiagriot.blogspot.com.br/2008/11/artigo-movimento-negro-brasileiro.html>>. Acesso em: 12.12.2014.
- DUARTE, E. P. 2002. *Criminologia e Racismo*. Curitiba: Juruá.
- _____. 2004. Negro: Este Cidadão Invisível. In: Recrie: arte e ciência, *Revista Crítica Estudantil*, Ano 1, n. 1. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux.
- _____. 2009. *Do medo da diferença à liberdade a partir da igualdade* : identidade racial e políticas de ação afirmativa no ensino superior. 935 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- _____; SCOTTI, G. 2013. História e memória nacional no discurso jurídico: o julgamento da ADPF 186. *Universitas Jus*, v. 24, n. 3, p.33-45. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/2611>>. Acesso em 1º.06.2014.
- DUSSEL, E. 1993. *1492: o encobrimento do outro : a origem do mito da modernidade : conferências de Frankfurt*. Petrópolis - RJ: Vozes.
- DWORKIN, R. 1985. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University.
- _____. 2002. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge - MA: Harvard University.
- _____. 2007a. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2007b. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- EDUCAFRO. 2013. “O negro clama: regulamentação já!”. *Informativo mensal da Educafro*, ano XV, número 167, agosto. Disponível em: <<http://www.educafro.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Info-Agosto.pdf>>. Acesso em 28.09.2015.
- EM frente ao Planalto, Educafro cobra cota para negros em concurso. 2013. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24.06.2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1300438-em-frente-ao-planalto-educafro-cobra-cota-para-negros-em-concurso.shtml>>. Acesso em: 11.09.2013.
- ESCOLA Nacional de Administração Pública. 2014. *Servidores Públicos Federais: raça/cor 2014*. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/1099627-Servidores-Publicos-Federais-Raca-Cor-2014/>>. Acesso em 13.01.2016.
- FAGUNDES, M. S. 1967. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense.
- FANON, F. 2008. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA.
- FARRANHA, A. C. 2014. Equidade e política pública: anotações para uma metodologia de avaliação. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, v. 3, n. 3, set/dez.
- FERES JÚNIOR, J.; DAFLON, V. T. 2015. A nata e as cotas raciais: genealogia de um argumento público. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 21, nº 2, agosto, pp. 238-267.
- _____; _____. CAMPOS, L. A. 2012. Ação afirmativa, raça e racismo: uma análise das ações de inclusão racial nos mandatos de Lula e Dilma. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 399-414, jul./dez.
- FERNANDES, F. 1976. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar.

- _____. 2008. *A integração do negro na sociedade de classes: (o legado da “raça branca”)*, volume I. São Paulo: Globo.
- FERRAZ JR. T. S. 1995. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, N. 1995. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB. Pp. 7-18
- FERREIRA, A. J. 2014. Teoria racial crítica e letramento racial crítico; narrativas e contranarrativas de identidade racial de professores de línguas. *Revista da ABPN*. Disponível em: <<http://www.abpn.org.br/Revista/index.php/edicoes/article/viewFile/477/347>>. Acesso em 14.03.2016.
- FERREIRA, G. L. 2015. Movimentos negros e Poder Legislativo: a lei de cotas raciais para concursos públicos e o diálogo possível. *Paper* apresentado no IX Congresso da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica – RELAJU, realizado na cidade Pirenópolis – GO, em 30 de setembro de 2015, no Grupo de Trabalho: A Elaboração Legislativa e a Garantia dos Direitos Fundamentais.
- FERREIRA, P. 2014. Alunos negros e pardos em idade adequada na universidade triplicaram em dez anos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 4.12.2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/alunos-negros-pardos-em-idade-adequada-na-universidade-triplicaram-em-dez-anos-18221227#>>. Acesso em 5.12.2015.
- FIGUEIREDO, L. V. 2004. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. 2001. Bases institucionais do presidencialismo de coalizção. In: CHEIBUB, A.; LIMONGI, F. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV.
- FIORAVANTI, M. 1999. *Constitucion, de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta.
- FISCUS, R. J. 1992. *The constitutional logic of affirmative action*. London: Duke
- FOUCAULT, M. 1994. *The order of things: an archaeology of the human sciences*. New York: Vintage Books.
- FRAKENBERG, R. 2004. A miragem de uma branquidade não-marcada. In: WARE, V. (org.) 2004. *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond.
- FREITAS, D. 2002. Os libertos. In: MIRANDA, M. C. 2002. *A cidadania no Brasil : o índio e o escravo negro*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia.
- FREYRE, G. 1987. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Rio de Janeiro: José Olympio.
- FRY, P. et al. (org.) 2007. *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- FUKUYAMA, F. 1992. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco.
- FURTADO, B. A.; SAKOWSKI, P. A. M.; TÓVOLI, M. H. 2015. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília, IPEA.
- GANDIN, L. A.; DINIZ-PEREIRA, J. E.; HYPOLITO, A. M. 2002. *Para além de uma educação multicultural: teoria racial crítica, pedagogia culturalmente relevante e formação docente (entrevista com a Professora Gloria Ladson-Billings)*. Educação & Sociedade, nº 79, Agosto, pp. 275-293.
- GILROY, P. 1987. *‘There ain’t no black in the Union Jack’: the cultural politics of race and nation*. London: Hutchinson Education.
- GOMES, J. B. 2003. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (org.) *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades*

- raciais. Rio de Janeiro: DP&A.
- GOMES, M. V. P. 2009. *O movimento negro e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial: um estudo sobre a luta por sentidos sobre a desigualdade racial no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
- GONZALEZ, L. 1988. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Revista Tempo Brasileiro*, nº 92-93, jan/jun, pp. 69-82.
- GRAMSCI, A. 2002. *Cadernos do Cárcere*. V. 5, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GRIN, M.; MAIO, M. C. 2013. O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. *Topoi*, v. 14, n. 26, Jan./Jul., p. 33-45.
- GUEST, S. 2010. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- GUIMARÃES, A. S. A. 2007. Desigualdades raciais em novo regime de estado: as ações afirmativas no governo Lula. *Paper* apresentado ao XXVII Congresso Internacional da Lasa, Painel DEM014 “Lula’s Brazil, Looking Forward: Government/Social Movement”, Montréal.
- _____. 2009. *Racismo e antirracismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34.
- _____. 2015. Ação afirmativa, autoritarismo e liberalismo no Brasil de 1968. *Paper* preparado para a Reunião da LASA em San Juan de Puerto Rico, Panel Public Discrimination, 27-30 de maio de 2015.
- _____. MACEDO, M. 2008. Diário Trabalhista e democracia racial negra dos anos 1940. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 51, pp. 143-182.
- HARVEY, D. 2001. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola.
- HELLMAN, D. 2008. *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University.
- HENRIQUES, R. 2001. *Texto para Discussão nº 807 - Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA.
- HOLLAND, P. W. 2008. Causation and race. In: ZUBERI, T; BONILLA-SILVA, E. 2008. *White logic, white methods*. Plymouth: Rowman & Littlefield. Kindle edition.
- IKAWA, D. 2009. The right to affirmative action for blacks in Brazilian universities. *The Equal Rights Review*, vol. 3, Londres. Disponível em: <<http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/daniela%20ikawa.pdf>>. Acesso em 11.12.2015.
- IBGE. 2014. Apresentação PNAD 2001. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000024052411102015241013178959.pdf>>. Acesso em 20.10.2015.
- IPEA. 2013. Duas décadas de desigualdade e pobreza no Brasil medidas pelo PNAD/IBGE. *Comunicados do IPEA*, nº 159, out. Brasília: IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/131001_comunicado159.pdf>. Acesso em 20.10.2015.
- INSTITUTO Rio Branco. 2013a. Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco - Bolsa Prêmio de Vocação para a Diplomacia. In: SILVA, T. D.; GOES, F. L. 2013. *Igualdade Racial no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/images/stories/pdf/livro_igualdade_racialbrasil01.pdf>. Acesso em 27.10.2015.
- _____. 2013b. *Histórico do Programa de Ação Afirmativa*. Disponível em: <<http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/historico.xml>>. Acesso em 27.10.2015.

- _____. 2015. *Concurso de admissão à carreira de diplomata*. Disponível em: <http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/concurso_de_admissao_a_carreira_diplomatica.xml>. Acesso em 27.10.2015.
- JACCOUD, L. B. 2008. O combate ao racismo e à desigualdade: o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial. In: THEODORO, M. (org.) 2008b. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA.
- _____. (org.). 2009. *A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos 20 anos*. Brasília: Ipea.
- _____; BEGHIN, N. 2002. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea.
- JAMES, A. 2008. Making sense of race and racial classification. In: T. ZUBERI E E. BONILLA-SILVA (org). *White logic, white methods: racism and methodology*. Maryland: Rowman & Littlefield. Kindle Edition. p. 31-45.
- KELSEN, H. 1998. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- KENNEDY, R. L. 1989. Racial critiques of legal academia. *Harvard Law Review*, vol. 102, nº 8, jun. pp. 145-1819.
- KINTÊ, S. 2013. *Relato da Reunião com a Presidenta Dilma Rousseff*. Disponível em: <<http://www.sueidekinte.com/2013/07/relato-da-reuniao-com-presidenta-dilma.html>>. Acesso em 28.09.2015.
- KOERNER, A.; FREITAS, L. B. DE. 2013. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, v. 88, p. 141-184. p. 144
- KUHN, T. S. 1998. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva.
- LEAL, R.G. 2009. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- LEITE, M. P; SOUZA, S. M. 2010. Igualdade de gênero e raça no Brasil: discussão sobre a política pública de emprego. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 53, nº 1, pp. 195-231.
- LOPEZ, F. G. 2015. *Nota Técnica nº 16 - Evolução e perfil dos nomeados para cargos DAS na administração pública federal (1999-2014)*. Brasília: IPEA.
- LYRA FILHO, R. 1999. *O que é direito*. Brasília: Brasiliense.
- MACEDO JR. R. P. 2010. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espino em movimento. In: GUEST, S. 2010. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MALHEIROS, P. 1976. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*. Petrópolis: Vozes.
- MARTINS, E. 2008. *A assembleia constituinte de 1823 e sua posição em relação à construção da cidadania no Brasil*. 201f. Tese (Doutorado em História) - Universidade Estadual Paulista - UNESP, Assis.
- MEDEIROS, C. A. 2004. *Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: DP&A.
- MEIRELLES, H. L. 2005. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- MOEHLECKE, S. 2002. “Ação afirmativa: história e debates no Brasil”. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, pp. 197-217.
- MOREIRA, A. J. 2010. *Ações Afirmativas e Interesses Estatais: Políticas Raciais Como Instrumentos de Transformação Social*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/index.php/artigos/57-artigos/863-artigo->

- analisa-debate-legislativo-sobre-acoes-afirmativas-no-brasil >. Acesso em 15.11.2015.
- _____. [2013]. Racial justice in Brazil: struggles over equality in times of New Constitutionalism. Mimeo.
- MOREIRA, C. 2012. Branquitude x branquidade: uma análise conceitual do ser branco. *Paper* apresentado no III Encontro Baiano de Estudos em Cultura. Disponível em: <<http://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/05/Branquitude-x-branquidade-uma-ana-Ãlise-conceitual-do-ser-branco-.pdf>>. Acesso em 19.02.2016.
- MOTA, F. F. 2014. Sub-representação feminina e desigualdade de recursos: caminhos para uma democracia justa. *Paper* apresentado ao SPG23 – Tolerância, Justiça Distributiva e Reconhecimento, 38º Encontro Anual da ANPOCS.
- MOURA, C. 1988a. *Rebeliões na senzala*. São Paulo: Lech.
- _____. 1988b. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo: Ática.
- MUELLER, B. 2015. Sistemas complexos em políticas públicas no Brasil. In: FURTADO, B. A.; SAKOWSKI, P. A. M.; TÓVOLI, M. H. 2015. Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas. Brasília, IPEA.
- MUNANGA, K. 2005. Algumas considerações sobre ‘raça’, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, dez/fev, 2005-2006, p. 46-57.
- NASCIMENTO, A. 1980. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. *Paper* apresentado no 2º Congresso de Cultura Negra das Américas, Panamá.
- NOGUEIRA, O. 2006. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n.º 1, nov, pp. 287-308.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2001. *Declaração e plano de ação da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas*. Durban, África do Sul. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf>. Acesso em 8.12.2015.
- _____. 2016a. *Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorias relativo a su misión al Brasil*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/36/PDF/G1602136.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14.03.2016.
- _____. 2016b. *Report of the Special Rapporteur on minority issues on her mission to Brazil: comments by the State*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/040/65/PDF/G1604065.pdf?OpenElement>>. Acesso em 14.03.2016.
- OSÓRIO, R. G. 2003. *Texto para Discussão nº 996: O sistema classificatório de ‘cor’ ou ‘raça’ do IBGE*. Brasília: IPEA.
- _____. 2006. *Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil*. Programa de fortalecimento institucional para a igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego (GRPE). Cadernos GRPE, Brasília, n. 2.
- PAES, B. F. 2015. *Guia completo das carreiras públicas federais*. Niterói: Impetus.
- PAGE, S. E. 2015. Prefácio. In: FURTADO, B. A.; SAKOWSKI, P. A. M.; TÓVOLI, M. H. 2015. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília, IPEA.
- PAIXÃO, M. 2014. *A lenda da modernidade encantada: por uma crítica ao pensamento social brasileiro sobre relações raciais e projeto de Estado-nação*. Curitiba: CRV.
- PENA, S. D. J.; BORTOLINI, M. C. 2004. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das

- cotas universitárias e demais ações afirmativas? *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 31-50, abril. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14.03.2016.
- PETRUCCELLI, J. L. 2000. A cor denominada: um estudo do suplemento da PME de julho/98. *Textos para discussão*, Diretoria de Pesquisas, número 3. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
- PINHEL, A. 2012. Um debate sobre a legislação de cotas nas universidades públicas. In: COSTA, H.; PINHEL, A.; SILVEIRA, M. S. 2012. *Uma década de políticas afirmativas: panorama, argumentos e resultados*. Ponta Grossa: UEPG. Pp. 35-51.
- PIRES, T. R. O. 2013. *Criminalização do racismo* : entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, Rio de Janeiro.
- PIZA, E. 2000. O teto de vidro ou o céu não é o limite. In: BENTO, M. A. S. (org.). 2000. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo.
- _____. 2005. *Adolescência e racismo: uma breve reflexão*. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000100022&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 29.06.2015.
- _____; ROSEMBERG, F. 1998. Cor nos censos brasileiros. *Revista USP*, São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, n. 40, p. 122-137, dez. /fev. 1998-1999. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/40/13-edithpiza.pdf>. Acesso em: 29.06.2015.
- POLÍTICAS de igualdade racial fracassaram no Brasil, afirma ONU. 2016. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 14.03.2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/03/14/politicas-de-igualdade-racial-fracassaram-no-brasil-afirma-onu.htm>>. Acesso em 15.03.2016.
- POTVIN, M. 2005. *The role of statistics on ethnic origin and 'race' in Canadian anti-discrimination policy*. UNESCO.
- POULANTZAS, N. 1972. The problem of capitalist state. In: POULANTZAS, N. 1972. *Ideology and social science*. Fontana: Robin Blackburn,. p. 238–264.
- POWELL, C. M. 2014. Affirmative action and critical race theory. In: BECKMAN, J. A. (ed.) 2014. *Controversies in affirmative action: vol 3 : policy across Industry and Place*. Santa Barbara: ABC-CLIO. pp. 267-298.
- PROCURADORIA da República no Estado de São Paulo. 2015. *MPF/SP pede suspensão do concurso para professor do IFSP até que reserva de vagas para candidatos com deficiência, negros e pardos seja assegurada*. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/15-06-15-2013-mpf-sp-pede-suspensao-do-concurso-para-professor-do-ifsp-ate-que-reserva-de-vagas-para-candidatos-com-deficiencia-negros-e-pardos-seja-assegurada>. Acesso em 10.12.2015.
- RAMOS, A. G. 1995. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ.
- RAWLS, J. 2002. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- RIBEIRO, D. 1995. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- RIBEIRO, M. 2014. *Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil (1986-2010)*. Rio de Janeiro: Garamond.
- RIGOLIN, I. B. 2007. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. São Paulo:

Saraiva.

- RIOS, R. R. 2008. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- ROCHA, C. L. A. 1996. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, a. 33, n.º 131, jul/set, p. 283-295.
- RODRIGUES, R. N. 1957. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara.
- ROSA, K. 2015. A (pouca) presença de minorias étnico-raciais e mulheres na construção da ciência. *Paper* apresentado no XXI Simpósio Nacional de Ensino de Física, 26 a 30 de janeiro de 2015, em Uberlândia – MG.
- ROSENFELD, M. 1991. *Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry*. New Haven: Yale University.
- SANTORO, W. A.; MCGUIRE, G. M. 1997. Social Movements Insiders: The impact of Institutional Activists on Affirmative Action and Comparable Worth Policies. *Social Problems*, vol. 44, n.º 4, pp. 503-519.
- SANTOS, H. 2001. Discriminação racial no Brasil. In: SABÓIA, G. V.; GUIMARÃES, S. P. (orgs.). 2001. *Anais de seminários regionais preparatórios para a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília: Ministério da Justiça.
- SANTOS, J. A. F. 2011. Desigualdade racial de saúde e contexto de classe no Brasil. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 54, n.º 1, pp. 5 a 40.
- SANTOS, M.A.O. 2012. *Políticas raciais comparadas: movimentos negros e Estado no Brasil e Colômbia (1991-2006)*. 152f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- SANTOS, N. N. S. 2015. *A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direito*. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
- SANTOS, S. A.; SANTOS J. V. M.; BERTÚLIO, D. L. 2011. *O processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de junho de 2010*. Brasília: Inesc.
- SANTOS DE SOUZA, R. A. 2013. A extinção dos brasileiros segundo o Conde Gobineau. In: *Revista Brasileira de História da Ciência*, v. 6, n.º 1, p. 21-34, jan/jun.
- SCALOPPE, L. A. E. 2015. A participação política no pensamento liberal: Rawls e Dworkin. In: *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n.º 110, out./jan., p. 799-822.
- SCHMITT, C. 1996. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta.
- SCHWARCZ, L. M. 1993. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- SEGURA, G. et al. 2013. Brief of amici curiae political scientists in support of Chase Cantrell Respondents. Supreme Court of the United States. *Schuette versus BAMN*. Disponível em:
<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs-v2/12-682_resp_amcu_ps.authcheckdam.pdf>. Acesso em 11.03.2016.
- SENHORAS, E. M.; SOUZA CRUZ, A. R. A. 2015. A lei das cotas em concursos públicos da administração pública federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. 1, n.º 10, maio.
- SILVA, C. L.; PIRES, T. R. O. 2015. Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. *Paper* apresentado no XXIV

- Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Mesa Direito dos Conhecimentos. 11.11.2015 a 14.11.2015. Belo Horizonte – MG.
- SILVA, T. D. 2012. *Texto para discussão 1712* - Estatuto da Igualdade Racial. Brasília: IPEA.
- _____; SILVA, J. M. 2014. *Nota Técnica nº 17* - Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Brasília: IPEA.
- SILVA, E.G. SFOGGIA, I. 1997. O crime de racismo na legislação penal brasileira: passado, presente, futuro. In: Igualdade, *Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente*, ano V, nº XV, jan. /mar. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_2_2_2.php>. Acesso em 9.03.2015.
- SILVA JÚNIOR, H. 2000. Ação afirmativa na Constituição de 1988. In: BENTO, M. A. S. (org.). 2000. *Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo.
- _____. 2001. Reflexões sobre a aplicabilidade da legislação anti-racismo. In: SABÓIA, G. V.; GUIMARÃES, S. P. (orgs.). 2001. *Anais de seminários regionais preparatórios para a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília: Ministério da Justiça.
- _____. 2002. O princípio da igualdade e o direito de igualdade processual. *Revista de Direito. Faculdade Metodista*. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/474/470>>. Acesso em 9.03.2016.
- SILVEIRA, R.D. 2009. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão das minorias nas últimas décadas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, jul. /set. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 22.08.2013.
- SIMSON, D. 2014. Exclusion, punishment, racism and our schools: a critical race theory perspective on school discipline. *UCLA Law Review*, v. 61, nº 506, pp. 508 – 563.
- SOARES, S. 2008. A trajetória da desigualdade: a evolução da renda relativa dos negros no Brasil. In: THEODORO, M. (org.) 2008. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea. pp. 97-118.
- _____. A demografia da cor: a composição da população brasileira de 1890 a 2007. In: THEODORO, M. (org.) 2008. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea. pp. 119-130.
- SOLARZANO, D.; CEJA, M.; YOSSO, T. 2000. Critical race theory, racial microaggressions, and campus racial climate: the experiences of African American college students. *The Journal of Negro Education*, vol. 69, nº. 112, pp. 60-73.
- SOUZA, M. G. 2010. *Ações afirmativas e inclusão de negros por “cotas raciais” nos serviços públicos do Paraná*. 457f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara.
- SOUZA CRUZ, A. R. 2005. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey.
- SOUZA JÚNIOR, J. G. 2008. *Direito como liberdade : o Direito Achado na Rua : Experiências populares emancipatórias de criação do direito*. 338f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília.

- SOUZA SANTOS, B. 1988. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados* [online], vol.2, n.2, pp.46-71.
- SOVIK, L. 2004. Aqui ninguém é branco: hegemonia branca e media no Brasil. In: WARE, V. (org.) 2004. *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond.
- SKIDMORE, T. E. 2012. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras.
- STEWART, Q. T. 2008. Swimming upstream: theory and methodology in race research. In: ZUBERI, T; BONILLA-SILVA, E. 2008. *White logic, white methods*. Plymouth: Rowman & Littlefield. Kindle edition.
- SUNSTEIN, C. R. 1994. The anticaste principle. *Michigan Law Review*, v. 92, n.º 8, Symposium: Visions of Equality: The future of Title VII, pp. 2410-2455.
- _____. 2009. Preferências e política. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.º 1, Brasília, jan-jun, pp. 219-254.
- TAYLOR, R. S. 2009. Rawlsian affirmative action. *Ethics*, n.º 119, Abril, pp. 476-506.
- TELLES, E. E. 2003. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford.
- THEODORO, M. (org.) 2008a. À guisa de conclusão: o difícil debate da questão racial e das políticas públicas de combate à desigualdade e à discriminação racial no Brasil. In: THEODORO, M. (org.) 2008b. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA. pp. 167-175
- _____. 2008b. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA.
- _____. 2014. Relações raciais, racismo e políticas públicas no Brasil contemporâneo. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 8, n. 1, pp. 205-219. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/11461/8120>>. Acesso em 20.10.2015.
- THERBON, G. 2010. Os campos de extermínio da desigualdade. *Novos Estudos CEBRAP*, n.º 87, julho, pp. 145 - 156.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. 2013. *Análise do sistema de cotas para negros da Universidade de Brasília*. Universidade de Brasília: Brasília.
- VALLE SILVA, n. 1980. O preço da cor: diferenciais raciais na distribuição da renda no Brasil. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, vol. 10, n.º 1, abril, pp. 21-44.
- VARELLA, S. F. 2009. *Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos*. 319 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília.
- VIEIRA JÚNIOR, R. J. A. 2006. *Responsabilização objetiva do Estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá.
- WARE, V. 2004a. O poder duradouro da branquidade: ‘um problema a solucionar’. In: WARE, V. (org.) 2004b. *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond.
- _____. (org.) 2004b. *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond.
- YIN, R. K. 2015. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman.
- ZUBERI, T. 2001. *Thicker than blood: how race statistics lie*. Minneapolis: University of

Minnesota.

_____; BONILLA-SILVA, E. 2008. *White logic, white methods*: racism and methodology. Maryland: Rowman & Littlefield. Kindle Edition.

APÊNDICE

APÊNDICE A – Mapa das Cotas Raciais no Serviço Público

Neste levantamento apenas a legislação em vigência foi considerada

ÂMBITO NACIONAL

NÃO HÁ

ÂMBITO FEDERAL E ESTADUAL

Resolução nº 203, de 23.06.2015, dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.

ÂMBITO FEDERAL

Deliberação da Mesa do Senado Federal, de 13.05.2014, reserva de 20% (vinte por cento) das vagas dos concursos para servidores públicos do Senado para negros, assim como na contratação de pessoal terceirizado.

Lei Federal nº 12.990, de 9.06.2014, 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.

Resolução nº 548, de 18.03.2015, que institui a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Instrução normativa nº 63, de 18.03.2015, institui a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

Ato Conjunto nº 2, de 22.04.2015, que institui reserva para negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

ÂMBITO ESTADUAL

REGIÃO NORDESTE

BAHIA

Lei nº 13.182, de 6.06.2014, institui o Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia e dá outras providências.

MARANHÃO

Lei nº 10.404, de 29.12.2015, 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 estadual, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pelo Estado do Maranhão

REGIÃO CENTRO-OESTE

MATO GROSSO DO SUL

Lei nº 3.594, de 10.12.2008, institui o programa de reserva de vagas para negros em concursos públicos para provimento de cargos em Mato Grosso do Sul.

REGIÃO SUDESTE

RIO DE JANEIRO

Lei nº 6.067, de 25.10.2011, dispõe sobre reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua administração indireta.

SÃO PAULO

Lei Complementar nº 1.259, de 15.01.2015, autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada em concursos públicos, nas condições e para os candidatos que

específica e dá outras providências correlatas.

REGIÃO SUL

PARANÁ

Lei nº 14.274, de 24.12.2003, reserva vagas a afrodescendentes em concursos públicos.

RIO GRANDE DO SUL

Lei nº 14.147, de 19.12.2012, assegura aos negros e pardos o mesmo percentual apurado pelo IBGE, referente a sua representação na composição populacional do Estado do Rio Grande do Sul, o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública Direta e Indireta, para provimento de cargos efetivos.

ÂMBITO MUNICIPAL

REGIÃO SUDESTE

ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Nova Iguaçu

Decreto nº 9.064, de 5.11.2011, reserva 20% das vagas para negros e indígenas nos concursos públicos da prefeitura e da Administração Indireta

Resende

Lei nº 4.095, de 18.03.2004, estabelece quotas de 20% reservadas para afro-brasileiros em concurso público para provimento de cargos efetivos da administração pública e dá outras providências

Rio de Janeiro

Lei nº 5.695, de 27.03.2014, dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal da administração direta e indireta

ESTADO DE MINAS GERAIS

Campos Altos

Lei nº 236, de 22.12.2006, institui o programa municipal de ações afirmativas para proteção da

população negra

Caratinga

Lei nº 2.776, de 1.10.2003, institui o programa de ações afirmativas no município de Caratinga

Guaxupé

Lei nº 1.585, de 25.09.2003, reserva cargos no serviço público para afrodescendentes

ESTADO DE SÃO PAULO

Bebedouro

Lei nº 3.250, de 13.02.2003, cria o Programa Municipal de Ações Afirmativas

Cubatão

Lei nº 2.782, de 2.10.2002, dispõe sobre a reserva de cargos no serviço público municipal para negros e afrodescendentes

Embu das Artes

Lei Complementar nº 137, de 12.03.2010, dispõe sobre o estatuto e o regime jurídico dos servidores públicos do município de Embu, de suas autarquias e fundações

Itatiba

Lei nº 3.798, de 2.05.2005, prevê a reserva de cargos públicos, no âmbito da administração pública municipal, para negros e afrodescendentes

Itu

Lei nº 391, de 11.02.2003, autoriza o Executivo Municipal a destinar cota de vagas em concurso público para provimento de cargos públicos e para serviços terceirizados

Ituverava

Lei nº 3.544, de 24.11.2004, dispõe sobre o programa municipal de ações afirmativas

Jaboticabal

Lei nº 3.134, 20.05.2003, cria o programa municipal de ações afirmativas

Jundiaí

Lei nº 5.745, de 14.02.2002, reserva vagas no serviço público para afrodescendentes

Limeira

Lei nº 3.691, de 13.03.2004, reserva 20% dos cargos de provimento por concurso público, de direção, chefia e assessoramento, em comissão, nos órgãos e entidades da administração direta e indireta, aos afro-brasileiros

Matão

Lei nº 3.576, de 22.12.2004, dispõe sobre a reserva de vagas oferecidas em concursos públicos

para o provimento de cargos ou empregos na administração pública direta, indireta e fundacional do Município de Matão para afrodescendentes

Piracicaba

Lei nº 6.246, de 3.06.2008, dispõe sobre a consolidação das leis que disciplinam as atividades, os programas e as iniciativas na área de interesse social do município de Piracicaba

Porto Feliz

Lei nº 4.993, de 4.11.2011, dispõe sobre reserva de vaga para afrodescendente e indígena nos concursos públicos para provimento de cargo efetivo e emprego público integrante dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da administração indireta do Município de Porto Feliz

São Paulo

Lei nº 15.939, de 23.12.2013, dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados

CENTRO-OESTE

MATO GROSSO

Cuiabá

Lei nº 5.842, de 30.07.2014, institui o sistema de cotas de 20% para negros e índios brasileiros em concursos públicos no município de Cuiabá

Poconé

Lei nº 1.476, de 5.05.2008, prevê a reserva de cargos públicos, no âmbito da Administração Pública Municipal para afrodescendentes

São José dos Quatro Marcos

Lei nº 1.552, de 25.09.2014, dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais, para o ingresso de negros e afrodescendentes em cargos no serviço público municipal

MATO GROSSO DO SUL

Amambai

Lei nº 2.435, de 2015, reserva 20% das vagas em concursos públicos para cargos efetivos

NORDESTE

BAHIA

Teixeira de Freitas

Lei nº 815, de 18.11.2014, dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos

Salvador

Lei Complementar nº 54, de 18.11.2011, acrescenta dispositivo à Lei Complementar nº 1, de 1991.

SUL

PARANÁ

Araucária

Lei nº 2.070, de 20.10.2009, reserva vagas a negros e pardos em concursos públicos, conforme específica

Colombo

Lei nº 1.005, de 5.07.2007, dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e dá outras providências

Ibiporã

Lei nº 2.236, de 10.12.2008, dispõe sobre a reestruturação do Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município de Ibiporã

Ponta Grossa

Lei nº 7.696, de 23.07.2004, dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos

RIO GRANDE DO SUL

Canguçu

Lei nº 3.997, de 11.03.2014, dispõe sobre o estabelecimento do sistema de cotas raciais para ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e contratações

Bagé

Lei nº 3.938, de 23.09.2002, reserva de 20% das vagas aos concursos públicos municipais para descendentes afros

Caxias do Sul

Lei nº 6.377, de 1.06.2005, reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais

Montenegro

Lei nº 4.016, de 15.01.2004, reserva de 12% (doze por cento) das vagas oferecidas nos Processos Seletivos públicos realizados pelo Poder Público Municipal, para provimento de empregos efetivos

Pelotas

Lei nº 4.989, de 21.11.2003, dispõe sobre a reserva de vagas para afrodescendentes em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos

Porto Alegre

Lei Complementar nº 746, de 3.11.2014, assegura aos candidatos negros a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos nos órgãos da Administração Direta e nas entidades da Administração Indireta

Viamão

Lei nº 3.210, de 23.01.2004, dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e cargos em comissão

ANEXOS

ANEXO A – LEI DE COTAS

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.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam reservadas 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, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º 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).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

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.

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.

§ 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.

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

Brasília, 9 de junho de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

Miriam Belchior

Luiza Helena de Bairros

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.6.2014

ANEXO B – Estados e Municípios que legislaram sobre reserva de vagas com critérios raciais na Administração Pública

ESTADO	RESERVA DE VAGAS	LEGISLAÇÃO
1. Paraná	Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos estaduais	Lei nº 14.274/2003 e Lei nº 16.204/2008
2. Mato Grosso do Sul	Reserva de 10% das vagas para negros e 3% para indígenas nos concursos estaduais	Lei nº 3.594/2008 (alterada pela Lei nº 3.939/2010) e Decreto nº 13.141/2011
3. Rio de Janeiro	Lei nº 6.067, de 25.10.2011, dispõe sobre reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua administração indireta	Decreto nº 43.007/2011 e Lei nº 6.067/2011 (alterado pela Lei nº 6.740/2014)
4. Rio Grande do Sul	Assegura aos negros e pardos o mesmo percentual apurado pelo IBGE, referente a sua representação na composição populacional do Estado do Rio Grande do Sul, o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública Direta e Indireta, de quaisquer dos Poderes do Estado, para provimento de cargos efetivos	Lei nº 14.147/2012, ¹ .
MUNICÍPIO	RESERVA DE VAGAS	LEGISLAÇÃO
1. Nova Iguaçu (RJ)	Reserva de 20% das vagas para negros e indígenas nos concursos públicos da prefeitura e da Administração Indireta	Decreto nº 9.064/2011
2. Resende (RJ)	Reserva de 20% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 4.095/2004
3. Rio de Janeiro (RJ)	Reserva aos negros e índios 20% (vinte por cento) das vagas	Lei nº 5.401/2012

¹ O TJRS, no Incidente de Inconstitucionalidade, nº 70057658593 (Nº CNJ: 0490486-05.2013.8.21.7000, julgou inconstitucional a parte da Lei que se aplicava a “quaisquer dos Poderes do Estado”, afastando sua aplicação ao Poder Judiciário. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-orgao-especial-tj-rs.pdf>>. Acesso em: 17.11.2015.

	oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta	
4. Vitória (ES)	Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 8.392/2012 ²
5. Bebedouro (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais. O município também reserva vagas para ingresso e obtenção de bolsas em instituições educacionais de nível superior	Lei nº 3.250/2003
6. Campinas (SP)	Reserva de vagas de 30% para afrodescendentes (15% homens e 15% mulheres) em cargos comissionados na Administração Direta e Indireta	Lei nº 12.156/2004 ³
7. Cubatão (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 2.782/2002
8. Embu das Artes (SP)	Reserva de 5% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais (art. 4º, §4º)	Lei complementar nº 137/2010
9. Itatiba (SP)	Reserva de 25% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 3.798/2005
10. Itu (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 391/2003
11. Ituverava (SP)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 3.544/2003
12. Jaboticabal (SP)	Reserva de 20% para negros e afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 3.134/2003
13. Jundiaí (SP)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, nos cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 5.745/2002 (alterada pelas Leis nº 5.979/2002, nº 6.750/2006 e nº 7.209/2008) e Decreto nº 18.667/2002.

² Suspensa em razão da ADI nº 0002429-87.2013.8.08.0000, pelo TJES.

³ Declarada inconstitucional na ADI nº 0222473-79.2012.8.26.0000, pelo TJSP, em 8.05.2013.

14. Limeira (SP)	Reserva de 20% aos afro-brasileiros nas contratações de funcionários e celebração de contratos com prestadoras de serviços de mão-de-obra continuada na Administração Direta e Indireta	Lei nº 3.691/2004 e Decreto nº 109/2004
15. Matão (SP)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 3.576/2004
16. Piracicaba (SP)	Reserva de 20% das vagas para pessoas da raça negra para provimento dos cargos ou empregos da Administração Direta e Indireta (art. 93)	Lei nº 6.246/2008
17. Porto Feliz (SP)	20% aos afrodescendentes e indígenas nos concursos do Poder Executivo e da Administração Indireta	Lei nº 4.993/2011
18. Betim (MG)	Reserva de 15% das vagas para negros nos concursos municipais	Lei nº 4.119/2005 e nº 4.925/2009 ⁴
19. Campos Altos (MG)	Reserva de 10% das vagas para negros nos concursos municipais	Lei nº 236/2006
20. Caratinga (MG)	Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão	Lei nº 2.776/2003
21. Contagem (MG)	Reserva de 12% das vagas para negros nos concursos municipais	Lei nº 4.310/2009 ⁵
22. Guaxupé (MG)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 1.585/2003
23. Ibiá (MG)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	Lei nº 1.686/2002 ⁶
24. Juiz de Fora (MG)	Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, 30% nos cargos comissionados e 20% nas empresas terceirizadas que prestem serviço ao Legislativo	Lei nº 10.283/2002 e Resolução nº 1.193/2004 ⁷
25. Criciúma (SC)	Reserva de 20% das vagas para	Lei Complementar nº 32/2004 ⁸

⁴ Declarada inconstitucional pela ADI nº. 0270063-49.2011.8.13.0000, do TJMG, em 13.05.2011.

⁵ Declara inconstitucional pela ADI nº 0456720-02.2011.8.13.0000, pelo TJMG, em 30.04.2013.

⁶ Declarada inconstitucional na ADI nº 1.0000.06.435144-8/000, julgada pelo TJMG, em 8.08.2007.

⁷ Declarada inconstitucional na ADI nº 1.0000.00.327572-4.000, julgada pelo TJMG, em 8.08.2007.

⁸ Declarada inconstitucional na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00, pelo TJSC, em 27.09.2007

	afro-brasileiros nos concursos municipais	
26. Arroio Grande (RS)	Reserva de 10% das vagas para descendentes afro nos concursos municipais	Lei nº 2.239/2005 ⁹
27. Bagé (RS)	Reserva de 20% das vagas para descendentes afros nos concursos públicos municipais	Lei nº 3.938/2002 e Decreto nº 17/2007
28. Cachoeira do Sul (RS)	Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 3.550/2004 e Lei nº 4.018/2010 ¹⁰
29. Caxias do Sul (RS)	Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 6.377/2005 e Decreto nº 13.146/2007
30. Montenegro (RS)	Reserva de 12% de vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 4.016/2004 Lei nº 4.038/2004
31. Pelotas (RS)	Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 4.989/2003 (alterada pela Lei nº 5.858/2011)
32. Porto Alegre (RS)	Reserva de 12% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei Complementar nº 494/2003 e Decreto nº 14.288/2003
33. São Leopoldo (RS)	Reserva de 12% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 5.784/2005 e Decreto nº 4.415/2005 (alterado pelo Decreto nº 4.532/2006)
34. Viamão (RS)	Reserva de 44% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais e 10% aos indígenas	Lei nº 3.210/2004 e Lei nº 3.257/2004
35. Araucária (PR)	Reserva de 10% das vagas para negros e pardos nos concursos municipais	Lei nº 2.070/2009 e Decreto nº 23.523/2010
36. Bituruna (PR)	Reserva de 10% aos negros nos concursos	Lei Estadual nº 14.274/2003
37. Colombo (PR)	Reserva de 10% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 1.005/2007
38. Guarapirama (PR)	Reserva de 10% aos negros nos concursos	Lei Estadual nº 14.274/2003
39. Ibiporã (PR)	Reserva de 5% aos afrodescendentes nos concursos	Lei nº 2.236/2008
40. Nova Fátima (PR)	Reserva de 10% aos negros nos concursos	Lei Estadual nº 14.274/2003
41. Ponta Grossa (PR)	Reserva de 10% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais	Lei nº 7.969/2004
42. União da Vitória (PR)	Reserva de 10% aos negros nos concursos	Lei Estadual nº 14.274/2003
43. Poconé (MT)	Reserva de 20% aos afrodescendentes nos concursos e	Lei nº 1.476/2008

⁹ Declara inconstitucional na ADI nº 70018384198, pelo TJRS, em 14.05.2007

¹⁰ Declarada inconstitucional na ADI nº 70029963311, pelo TJRS, em 28.09.2010

	nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração	
44. Souza (PB)	Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão e de servidores em concursos públicos	Lei nº 1.982/2004 e Lei nº 2.097/2008 (revoga lei anterior)
45. Salvador (BA)	Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei Complementar nº 54/2011
46. Cornélio Procópio (PR)	Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais	Lei nº 411/2008

Fonte: IPEA, s/d (SANTOS, SANTOS, 2014).