

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

**EDITH MARIA BARBOSA RAMOS**

**MARIA AUREA BARONI CECATO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Maria Aurea Baroni Cecato – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-616-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**

## **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

---

### **Apresentação**

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas I, durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Salvador/BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais, políticos e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 23 (vinte e três) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em quatro eixos temáticos: Direito à educação, acesso ao trabalho e igualdade de oportunidades; Direito à saúde, políticas públicas de saúde e judicialização da saúde; Direito ao meio ambiente e equidade; Questão social, direitos sociais e políticas públicas.

No tocante ao Direito à educação, acesso ao trabalho e igualdade de oportunidades, 7 (sete) artigos enfrentaram temas que trataram de questões como: 1) O jovem e o acesso ao trabalho: empregabilidade do jovem e o direito ao trabalho decente para uma vida digna; 2) A ADC 41 /DF e a constitucionalidade das ações afirmativas em concursos públicos; 3) A educação como fator de combate à pobreza: uma análise dos resultados do plano Brasil sem miséria; 4) Apontamentos sobre a legitimidade dos provimentos jurisdicionais para análise de políticas públicas relacionadas à fixação de corte etário para ingresso no ensino fundamental; 5) As

políticas públicas de inclusão ao ensino superior: uma análise do contexto brasileiro nos últimos 20 anos; 6) As violações dos direitos de adolescentes transexuais nas escolas e, ainda, a 7) Evolução do direito à educação no Brasil sob a perspectiva pós-colonial

Com relação ao eixo temático do Direito à saúde, políticas públicas de saúde e judicialização da saúde, foram apresentados 7 (sete) trabalhos que em certa medida, discutiram os limites e possibilidades das políticas públicas e do direito à saúde no atual sistema normativo brasileiro. Foram discutidos os seguintes temas: 1) A judicialização do direito à saúde: controle de política pública ou sistema de micro justiça?; 2) A Reforma Psiquiátrica brasileira: a desinstitucionalização da saúde mental e a cultura como alternativa terapêutica; 3) Direito à saúde, lógica de mercado e o seguro hipotético em Ronald Dworkin; 4) Limites e possibilidades do transconstitucionalismo na judicialização da saúde; 5) O direito à saúde e a invisibilidade estatística dos povos indígenas: a carência de dados demográficos e epidemiológicos; 6) Políticas públicas para incorporação de novas tecnologias no sistema único de saúde e, por fim, 7) Sistemas públicos de saúde e eficiência: um comparativo Brasil e Itália.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito ao meio ambiente e equidade, com um conjunto de 3 (três) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) A participação popular como instrumento de cidadania ativa por meio da governança nas políticas públicas, a fim de garantir o direito ao meio ambiente como elemento do mínimo existencial; 2) Dignidades da pessoa humana e da legislação, diversidade cultural e sustentabilidade das cidades: uma análise sobre a alocação de recursos; e, bem como 3) Direito do idoso e políticas públicas de sustentabilidade urbana.

Por fim, no quarto eixo temático, intitulado Questão social, Direitos sociais e políticas públicas, acolheu 6 (seis) artigos que conseguiram desenvolver de forma sistemática e atual elementos fundamentais para compreensão do eixo, quais sejam: 1) A questão social no Brasil: uma abordagem a partir da contrarreforma do estado brasileiro; 2) Apontamentos sobre o papel do Ministério Público no controle da implementação dos direitos sociais; 3) Dupla inclusão na América Latina: o comércio justo como proposta auxiliar à concepção da CEPAL; 4) Imigração, direitos sociais e cidadania – legislação e políticas públicas – reflexos nas serventias extrajudiciais; 5) Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade; e, ainda, 6) Reflexões teóricas e jurídicas sobre direito ao lazer e o tempo livre. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – UNIPÊ

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A ADC 41/DF E A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM CONCURSOS PÚBLICOS**

### **THE ADC 41/DF AND THE CONSTITUTIONALITY OF AFFIRMATIVE ACTION INTO CIVIL SERVICE**

**Gabriel Dias Marques da Cruz** <sup>1</sup>  
**Ricardo Oliveira Rotondano** <sup>2</sup>

#### **Resumo**

O artigo objetiva examinar a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF, relacionando-a ao histórico de segregação, discriminação e preconceito enfrentado por negras e negros no Brasil. Possui como hipótese de trabalho a afirmação de que o STF demonstrou efetividade sensibilidade ao apreciar o tema, validando a política pública inserida pela Lei Federal nº 12.990/2014. Ao final, concluiu-se pela confirmação da hipótese concebida, com a percepção, contudo, de que algumas peculiaridades no procedimento deliberativo do STF fizeram com que a fundamentação do julgado fosse prejudicada pela ausência de um debate verdadeiramente colegiado.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade, Ações afirmativas, Cotas, Concursos, Stf

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This paper's purpose is to examine the reasoning used by the Federal Supreme Court when adjudicating the Constitutional Declaratory Lawsuit 41/DF, relating it to the history of segregation, discrimination and prejudice faced by black people in Brazil. It has as a working hypothesis the assertion that the Court demonstrated sensitivity and effectiveness in appreciating the issue, validating the public policy inserted by Federal Law No. 12,990/2014. At the end, it was concluded by the confirmation of the hypothesis conceived. However, some peculiarities in the deliberative procedure of the Court caused problems by the absence of a truly collegial debate.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionality, Affirmative actions, Civil service, Brazilian supreme court

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito do Estado - USP. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Faculdade Baiana de Direito

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências

## **Introdução**

Este artigo surgiu a partir da necessidade de examinar a repercussão da discussão sobre reserva de vagas em concursos públicos no âmbito da mais importante Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o advento da Lei Federal de nº 12.990/2014, ao determinar que haja a reserva de 20% das vagas em concursos públicos da União para negras e negros, reinseriu no debate acadêmico brasileiro a discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, anteriormente apreciada pelo STF nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 186/DF. Ocorre que, nos autos da ADPF 186/DF, a discussão teve por marco central a legitimidade da reserva de vagas para acesso às instituições de nível superior, tendo sido discutida referência normativa da Universidade de Brasília. No presente caso, o problema que ensejou a elaboração do trabalho reflete uma amplitude maior, por se tratar da discussão de política pública aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo brasileiros, e materializada pela Lei nº 12.990/2014: seria, então, segundo o Supremo, legítima a reserva racial de vagas nos concursos públicos?

O referido problema encontra justificativa para abordagem específica pela notória relevância da questão, tendo em vista a diversidade de estatísticas que demonstram o abismo entre negros e brancos no Brasil, caracterizador da percepção do racismo como prática corriqueira em uma sociedade que ainda luta pela afirmação da igualdade. Particularmente, assume também relevância conhecer, de forma detida, qual o entendimento do Supremo sobre a política de reserva de vagas em concursos, tendo em vista a estatura constitucional do Tribunal no Brasil e o alcance de suas decisões.

O artigo foi dividido em quatro tópicos, contemplando: (I) “A cor da escravidão”, dedicado a contextualizar os impactos da escravidão na sociedade brasileira; (II) “Por que precisamos de políticas afirmativas?”, que tem por finalidade justificar a relevância de medidas de discriminação positiva como realização do próprio princípio da igualdade; (III) “O controle de constitucionalidade no Brasil: a ADC e o seu funcionamento”, voltado para contextualizar algumas características centrais da ação declaratória de constitucionalidade, em sede da qual a controvérsia foi examinada pelo STF; (IV) E, por fim, o tópico “A ADC 41/DF e a constitucionalidade das ações afirmativas em concursos públicos”, dedicado à análise detida dos argumentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do tema.

Construiu-se como hipótese de trabalho a afirmação de que o STF demonstrou efetividade sensibilidade decidir o caso em análise e validar a política pública inserida pela Lei Federal nº 12.990/2014. Ao final, concluiu-se pela confirmação da hipótese concebida,

com a percepção, contudo, de que algumas peculiaridades no procedimento deliberativo do STF fizeram com que a fundamentação do julgado fosse prejudicada pela ausência de um debate verdadeiramente colegiado. Foi utilizada como metodologia o estudo de caso, amparado em levantamento bibliográfico.

Ao final, espera-se contribuir para uma análise cuidadosa da abordagem judicial conferida ao advento da Lei nº 12.990/2014, desnudando os argumentos empregados pela Suprema Corte brasileira e analisando algumas peculiaridades da votação colegiada.

## **1. A cor da escravidão**

Os séculos XV e XVI representaram uma brusca transição na história humana global: a expansão marítima europeia dá novos contornos para a distribuição de poder entre as nações. A Europa expande a sua riqueza e o seu poderio comercial, cultural e militar ao longo dos oceanos e igualmente dos territórios – especialmente em relação ao continente africano e, em sequência, ao continente americano. Nesse ínterim, o domínio que os Estados europeus passam a exercer sobre os demais povos faz com que a Europa se coloque historicamente como centro do mundo (LANDER, 2005).

Com as inovações marítimas desenvolvidas pelas nações europeias, os Estados se lançaram em uma corrida por riquezas e poder ao longo dos oceanos. Tornou-se possível percorrer uma maior distância de navegação em menos tempo; isto tudo com um poder de localização mais precisa, carregando uma carga humana, militar e de bens mais avantajada. A comercialização de produtos somente encontrados em territórios longínquos e distantes, como a Índia e outras nações orientais – atraiu o desejo e a ambição dos navegantes portugueses, espanhóis, holandeses, franceses e ingleses.

Na esteira do processo de conquista marítima e comercial dos europeus, estava a África. Localizada geograficamente como extenso continente próximo à Europa, o litoral africano foi sendo gradativamente ocupado pelos povos europeus. Principalmente à procura de ouro – do qual já tinham notícias desde 1415, com a conquista de Ceuta, cidade localizada no extremo norte africano – os europeus impuseram o seu poderio militar ante os povos africanos que resistiram à sua chegada, e estabeleceram relações comerciais com os grupos que os receberam amistosamente (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006).

Os europeus não conseguiram encontrar e explorar efetivas jazidas de minérios em solo africano. Entretanto, encontraram um outro produto, que foi a sua riqueza ao longo de séculos: o próprio povo africano. Começava no século XV uma trajetória de comercialização dos corpos de negras e de negros escravizados que impôs a dezenas de milhões de indivíduos

à violência, opressão e subalternização histórica – que traz reflexos até a contemporaneidade. A América foi o principal destino das escravas e escravos negros, que serviram como mão de obra para o enriquecimento do colonizador europeu (MACEDO, 2008).

Certamente, não foi o europeu branco que iniciou o processo de escravidão das negras e dos negros africanos. Historicamente, os povos africanos já manifestavam a prática escravagista: quando as distintas comunidades africanas entravam em choque, era comum que os africanos vencidos se tornassem escravos dos grupos vencedores. Mais do que isso, a escravidão poderia ser oriunda da punição social por delitos cometidos dentro da comunidade, como o roubo ou o assassinato. Além disso, a venda de determinado indivíduo como escravo não raras vezes se destinava à garantia de sobrevivência de alguns grupos – e até mesmo do indivíduo escravizado – em períodos de seca e de fome (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006).

Entretanto, a escravidão praticada pelos povos africanos em um estágio anterior à chegada dos europeus em seu território pode ser classificada como *escravidão doméstica* (SOUZA, 2003, p. 12). Ela difere drasticamente do modelo de escravidão estruturada pelos colonizadores europeus posto que, entre os povos africanos, não era raro que os escravos pudessem ter acesso à terra para produzirem ou mesmo se casarem com pessoas livres. Nesse prisma, a escravidão praticada na África era menos agressiva do que a edificada pelo europeu branco, que visava eminentemente o lucro com a objetificação e comercialização das negras e dos negros africanos.

Foi justamente o contato dos povos europeus com o continente africano que deu origem a práticas de escravidão em larga escala. Identificando as negras e os negros africanos como produto de grande valia para utilização nas colônias recém-invadidas, os portugueses, os espanhóis e os demais europeus aportavam na costa africana e abarrotavam os seus navios com crianças, homens e mulheres, que seriam direcionados para trabalhos manuais pesados e estafantes. O povo africano escravizado era visto como ouro pelo colonizador europeu – o “ouro negro”, que era comercializado sem qualquer pudor ou arrependimento.

Mesmo a ocupação do Egito e do norte da África pelos árabes, intensificando a comercialização de escravos, não se compara aos moldes mercadológicos estimulados pelas nações europeias a partir do século XV (ELTIS; RICHARDSON, 2003). Houve a maciça proliferação de caravanas militares com destino ao interior da África, tendo como objetivo único submeter os indivíduos das pequenas comunidades ao seu jugo, para venda aos europeus instalados nos portos africanos. Tal prática social histórica em pequenas proporções

ganhou dimensões intercontinentais, com as negras e os negros africanos sendo exportados em números absurdos ao longo dos oceanos.

Alguns números apontam um quantitativo total 4 milhões de escravas e escravos africanos trazidos para o Brasil (IANNI, 1988; CARVALHO, 2012; RODRIGUES, 2005). Outras pesquisas, entretanto, dão conta de números bem maiores: é possível que um total de 12 milhões de negras e de negros africanos escravizados tenham embarcado forçadamente em navios europeus para serem comercializados em território brasileiro (ELTIS; RICHARDSON, 2003). Tais estatísticas reforçam o paradigma estrutural de produção e de formação étnica que permeou a colonização nacional, baseado na intensa exploração da população negra.

A horda imensa de negras e de negros africanos trazidos para servirem como mão de obra no território americano era arduamente explorada e violentada, nas mais diversas searas – física, psicológica, sexual, cultural. Nesse quesito, a experiência de escravidão que lhes era imposta se tornava um suplício doloroso e desumano. A população escravizada era submetida a jornadas de trabalho forçado extenuantes, em condições deploráveis. Os castigos para aquelas e aqueles que ousassem desafiar os seus senhores, por sua vez, eram cruéis e vis, causando por vezes a morte do indivíduo punido. Mais do que isso, as mulheres – mas não somente elas – eram utilizadas impiedosamente para satisfazer os espúrios desejos sexuais do opressor branco.

Ser escravo era enfrentar um estado de *morte social* (PATTERSON, 1982, p. 97). Isto porque a conjuntura opressora imposta às escravas e aos escravos transformava o seu estado psíquico ao longo do cativeiro. Inicialmente submetidas/os à opressão e exploração violentamente impostas, as/os escravas/os cultivavam o temor ao seu dominador. Assolados constantemente pelas violências cotidianas e pela exploração desenfreada da escravidão, as negras e os negros escravizados passavam a não mais rejeitar o destino da morte, encarando-a como uma efetiva libertação do estado de coisas na qual estas/es estavam inseridas/os (GILROY, 2001).

Embora a imensa parcela populacional brasileira tenha sido constituída por negras e por negros ao longo dos séculos XVI e XIX, tal paradigma entrou em transição a partir de políticas governamentais de estímulo à imigração europeia – especialmente entre as décadas de 1850 e 1930. A necessidade de *branquear* a população brasileira foi tida como prioridade pelos ocupantes do poder à época no Brasil, posto que vigoravam rigorosos conceitos de degeneração de valores culturais, sociais, civilizacionais e humanos que estivessem ligados à raça negra (RODRIGUES, 2010). Até mesmo a miscigenação entre a população branca e a

negra era refutada, posto que traria supostos prejuízos à constituição de uma sociedade com preceitos evoluídos.

Não obstante a edificação de tais políticas discriminatórias e racistas ao longo de décadas, a população nacional é formada majoritariamente pela população negra – cerca de 59,4%, segundo o IBGE (CAMPOS, 2017). Entretanto, a condição social deficitária aparece como fator consolidado nesta parcela populacional, em comparação com os agrupamentos brancos da sociedade. A explicação inegavelmente pode ser relacionada com o histórico de escravidão, exploração e subalternização direcionado às negras e aos negros africanos e aos seus descendentes. Investigar esta relação entre o passado histórico brasileiro e os reflexos no presente é questão ímpar no diálogo para refletir acerca da formulação de políticas públicas que tenham a população negra como público-alvo.

## **2. Por que precisamos de políticas afirmativas?**

Eric Hobsbawm discorre, em sua obra *Sobre História* (1998), sobre a força que o passado possui dentro do tempo presente. Segundo o autor, embora o período contemporâneo insista em se revestir de uma suposta roupagem isolada e distante dos fatores históricos que o precederam, há uma ligação inegável entre a atualidade e o passado. Não é que o presente seja a cópia imutável e eterna da sociedade anterior; há um processo sucessivo de atos e fatos naturais e humanos que transforma o paradigma no qual a humanidade vive. Entretanto, a base sobre a qual o tempo presente se constituiu deve ao passado o peso da sua influência histórica, da sua determinação factual inescapável. Assim sendo, “o passado é essencialmente o padrão para o presente” (HOBSBAWM, 1998, p. 17).

O passado escravagista incrustado na história brasileira edificou uma série de relações sociais e raciais que, embora tenham acontecido há séculos, formularam as bases sobre as quais a sociedade se estruturou ao longo do tempo. Em uma análise breve, tais relações não tiveram fim há tanto tempo assim: a abolição da escravatura oficial no Brasil é datada de 1888, há cerca de 130 anos. A mutabilidade inerente à introdução de novos fatores tecnológicos, quase sempre rápida e voraz, contrasta com a transição de fatores culturais e sociais, “que implica um ritmo positivamente lento de mudança histórica” (HOBSBAWM, 1998, p. 19).

Nessa seara, a subalternização das negras e dos negros no Brasil, aos quais foram impostas condições de vida deploráveis e oprimidas, não se extinguiu por completo quando da aprovação da chamada Lei Áurea. A abolição da escravatura não trouxe automaticamente um novo paradigma de relações raciais, em que as negras e os negros ascenderam a postos de

igualdade socioeconômica semelhantes aos ocupados pela população branca. Pelo contrário: a situação de degradação social imposta à população negra pelas camadas institucionais e privadas detentoras do poder no país permaneceu, sendo a mesma alijada do processo de integração efetiva dentro do novo modelo de produção econômica nacional (FERNANDES, 2008).

As negras e os negros do país continuam apresentando índices de mortalidade, desemprego, analfabetismo, pobreza e renda significativamente mais preocupantes do que a população branca (IPEA, 2011). A população carcerária brasileira é eminentemente negra, e as taxas de condenação judicial por supostos delitos cometidos das pessoas de cor são estatisticamente mais altas do que aquelas provenientes de pessoas brancas (ADORNO, 1995). Relatos de discriminação e preconceito, mesmo direcionados contra pessoas com um poder aquisitivo considerável, são cotidianos dentro do contexto social brasileiro (R7, 2015; TRIBUNAPR, 2017).

A escravidão histórica da população negra no Brasil possui marcas visíveis e evidentes. Toda a formação da sociedade brasileira no período posterior à invasão portuguesa perpassou pela estruturação das instituições de enriquecimento e poder centrados na figura do branco europeu, às custas da opressão e exploração das negras e dos negros africanos e os seus respectivos descendentes. As estatísticas e dados elencados neste tópico revelam, de modo frontal e direto, tal panorama. É necessário, pois, enfrentar o discurso ainda vigente de apego a ideais fictícios de meritocracia e responsabilização individual pela condição social deficitária: superar a retórica de que a escravidão já acabou e que cabe à população negra lutar para ascender socialmente.

Sobre este cenário, Joe R. Feagin (2004) recorre ao antigo ideal jurídico de *unjust enrichment* estadunidense para repensar tal paradigma social. O autor aduz que, segundo a perspectiva legal deste ideal, o enriquecimento injusto (tradução nossa) envolve a obrigação de restituir os bens e a propriedade que por justiça e equidade pertençam a outrem. Tal ideal envolve, inclusive, a exigência social de reparação econômica ainda que tenha havido a transmissão deste patrimônio a terceiros – o que ampara possíveis casos de sucessão destes bens aos herdeiros daquele que se apropriou de forma indevida da referida propriedade.

Assim sendo, não haveria escusa para a parcela branca da sociedade atual arguir contra a reparação efetiva da exploração sofrida pelas negras e pelos negros descendentes de africanas e africanos. O patamar socioeconômico abastado ocupado pelos brancos dentro da sociedade nacional se deve, em grande parte, à posição hierarquicamente superior ocupada pelos mesmos ao longo da colonização brasileira, utilizando o trabalho forçado da população

negra para constituir a sua riqueza. A sucessiva transmissão destes bens através das gerações não apaga a linhagem ilegal da origem da formação deste poderio econômico, segundo o referido princípio jurídico.

A reparação pelas atrocidades cometidas no passado contra a população negra no Brasil é um imperativo moral e, também, jurídico. A formulação de institutos normativos para tornar mais equânimes tais relações sociais e econômicas entre as diferentes raças não pode ser negada por motivações individualistas, que buscam dissociar a relação evidente entre o passado escravocrata e o presente. Nesse campo, as políticas afirmativas se inserem dentro deste campo de reparação de injustiças históricas, tendo como principal objetivo a correção de desigualdades de cunho social, político, cultural e econômico (BERNARDINO, 2002).

Haveria, além do efeito reparatório pelas injustiças e atrocidades historicamente cometidas contra as negras e os negros, a profusão de um efeito secundário oriundo destas iniciativas legais: a criação de um sentimento de pertença racial entre os indivíduos negros. O reconhecimento da diferença, que ao longo da história brasileira teve o condão de oprimir e subalternizar a população negra, é utilizado pelos instrumentos de política afirmativa como um meio de racialização positiva, em que a construção de uma identidade negra passa a ser compartilhada não somente pelo movimento negro, mas também por toda a população negra (BERNARDINO, 2002).

Nesse quesito, a política de cotas em Universidades é um dos grandes exemplos de políticas afirmativas elaboradas tendo como condão a reparação histórica em relação às negras e aos negros na sociedade. Ancorada em uma necessidade prática de inserção da população negra dentro dos quadros do ensino superior, tal instituto normativo foi duramente questionado por grupos conservadores na sociedade pátria sob fundamentos diversos – e em especial, aqueles apegados a argumentos ligados à ideia de meritocracia e rompimento de uma suposta igualdade entre indivíduos em sociedade. Entretanto, a constitucionalidade da referida política afirmativa foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, encerrando as controvérsias jurídicas em torno do tema (BRASIL, 2014).

Posteriormente, a Presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.990/2014, que institui a política de cotas para pessoas negras em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no percentual de 20%. Tal iniciativa gerou, igualmente, uma série de contestações jurídicas, que se manifestaram principalmente por meio da parcela branca conservadora da sociedade. Nessa seara, de modo a pacificar a questão jurídica em tela e afastar qualquer

controvérsia sobre a referida lei, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade ante o Supremo Tribunal Federal.

### **3. O controle de constitucionalidade no Brasil: a ADC e o seu funcionamento**

Um dos traços mais ricos da experiência brasileira de controle reside na convivência de ferramentas de controle difuso-incidental e de controle concentrado-principal, revelando categorias de controle em casos concretos – típicas da tradição norte-americana, bem caracterizada pelo caso *Marbury v. Madison*, em 1803 – que convivem com o controle do tipo abstrato, derivado da matriz pensada por Hans Kelsen, em 1920.

Diante da referida complexidade, é necessário, para os fins específicos deste artigo, efetuar um recorte que privilegie a ação de controle a ser examinada no âmbito da pesquisa. Trata-se, neste caso, da chamada Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista na Constituição Federal de 1988 pelo artigo 102, inciso I, alínea *a*, e regulamentada pela Lei nº 9.868/99.

A ADC surgiu, no Brasil, no ano de 1993, tendo sido gestada pelo advento da Emenda Constitucional nº 3. Teve por finalidade a incorporação, ao já rico sistema de controle brasileiro, de uma ação que atenderia aos interesses do Governo Federal no sentido de pacificar controvérsias judiciais relevantes. A intenção que embasou a criação da ADC foi, justamente, a de eliminar dúvidas a respeito da aplicação de leis e atos normativos federais. Tal finalidade merece uma explicação mais cuidadosa.

Era comum que atos normativos editados pelo Governo Federal trouxessem significativa polêmica quando de sua aplicação concreta. Diante da grande quantidade de ações e recursos previstos legalmente no Brasil, torna-se relativamente esperado que os temas mais delicados venham a sofrer forte contestação judicial, prejudicando uma aplicação harmônica da legislação federal.

Pensou-se, então, em criar uma ação dedicada a pacificar controvérsias judiciais relevantes, de interesse do Governo Federal. Surgia a Ação Declaratória de Constitucionalidade, dotada de eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, destinada a prestigiar a segurança jurídica (AGRA, 2008, pp. 106-107; VELOSO, 2003, pp. 282-285; BASTOS, 1994, pp. 35-38; MENDES, 1994, p. 106; WALD, 1994, pp. 30-33).

A criação da ADC enfrentou diversos questionamentos (LEITE, 2014, pp. 110-117). Houve quem concebesse diversas inconstitucionalidades no novo instituto, pois não seria sequer uma ação ante a inexistência de partes, lide, ou autoridade de coisa julgada

(BRITO, 1994, p. 50). Seria inconstitucional, também, por demonstrar tendência de supressão de direitos e garantias individuais e violar o princípio da separação de funções (MARTINS, 1994, p. 133). Também houve quem cogitasse desrespeito ao princípio do devido processo legal (CRUZ E TUCCI, 1994, p. 149).

Ao menos três críticas dirigidas à ação declaratória foram mais significativas, envolvendo: (I) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; (II) a legitimidade ativa para a sua propositura; (III) e o seu objeto.

O primeiro severo questionamento direcionado à Ação Declaratória consistiu na possível contradição com o celebrado princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. O referido princípio traduz a mensagem de que leis e atos normativos do Poder Público – uma vez editados, regularmente, pelos Poderes competentes – nascem em acordo com a Constituição, sendo dispensável uma ação que ateste a sua constitucionalidade. Logo, a ADC não faria sentido por representar uma ação que confirma o que já se presume (SCARTEZZINI, 1994, pp. 1-13). Entretanto, o questionamento foi superado, em grande medida, com a lembrança de que a presunção de constitucionalidade é relativa; ou seja, espera-se, de regra, que leis e atos normativos respeitem a Constituição. Contudo, em casos de controvérsia judicial relevante – a qual representa, por sinal, requisito específico para a propositura da ADC, nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868/99<sup>1</sup> – seria justificável a utilização da ação (VELOSO, 2003, pp. 285-290).

Um segundo questionamento relativo à ação declaratória compreendeu a sua legitimidade ativa. Originariamente, a ação apenas poderia ser proposta por quatro legitimados: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República. O rol de legitimação ativa original ainda pode ser visualizado no artigo 13 da Lei nº 9.868/99<sup>2</sup>, que regulamenta a ação. A crítica consistia no fato de não fazer sentido que uma ação, em essência, idêntica à Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – embora com objetivo contrário, voltado para a confirmação da constitucionalidade e não para a declaração de inconstitucionalidade – possuísse

---

<sup>1</sup> Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

<sup>2</sup> Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa da Câmara dos Deputados;

III - a Mesa do Senado Federal;

IV - o Procurador-Geral da República.

legitimidade ativa distinta (FIGUEIREDO, 1994, p. 157). A crítica possuía, de fato, procedência, levando à alteração da Constituição Federal no ano de 2004 pela Emenda Constitucional nº 45. O advento da Emenda Constitucional nº 45 fez com que fosse unificado o rol de propositura de ações do controle concentrado-principal no Supremo Tribunal Federal, o que se deu no artigo 103 da Constituição Federal. Em suma, a ADC e a ADI Genérica passaram a ter a mesma legitimação ativa (AGRA, 2008, p. 108).

Por fim, um terceiro questionamento também merece uma análise específica. Corresponde ao objeto da ADC, mais limitado que o objeto da ADI Genérica. Ambas encontram amparo normativo, na Constituição, no disposto pelo artigo 102, inciso I, alínea *a*<sup>3</sup>. Ocorre que, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade permite o questionamento de leis e atos normativos federais e estaduais que contrariem a Constituição Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade apenas assegura, em seu objeto, o desejo de ratificação da constitucionalidade de leis e atos normativos federais. Trata-se de uma crítica ainda hoje pertinente, ainda não solucionada pela Constituição Federal.

De todo modo, a ADC conseguiu superar inúmeras barreiras e acabou por se inserir, de modo vitorioso, como mais um dos elementos do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Prevaleceu – no caso, após o julgamento da constitucionalidade da ação, realizado pelo STF em questão de ordem nos autos da ADC 1/DF (Rel. Ministro Moreira Alves) – a noção de que se trataria de um instrumento de processo objetivo, ou seja, um processo diferenciado em relação ao processo civil tradicional, porquanto destinado à preservação da própria supremacia da Constituição (MENDES, 1994, p. 54). Representaria um processo similar à Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora com a finalidade contrária (MACHADO, 1994, pp. 112-113; MENDES, 1994, p. 106); contudo, há quem defenda uma visão crítica a respeito, divergindo da identificação automática, em sentido contrário, entre ambas as ações (LEITE, 2014, pp. 123-130).

As estatísticas do Supremo Tribunal Federal revelam que a ação declaratória não vem a ser a mais utilizada, caso comparada às demais ações de controle concentrado. Uma simples consulta às estatísticas constantes na página virtual do Supremo Tribunal Federal revela a tramitação, no momento de conclusão desta pesquisa, de 26 (vinte e seis) Ações Declaratórias de Constitucionalidade no Tribunal, número ínfimo comparado às 243 (duzentas

---

<sup>3</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

e quarenta e três) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e ainda menor caso cotejado com as mais de duas mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>4</sup>.

Entretanto, pode-se dizer que a ADC conseguiu enfrentar parte significativa das críticas que sofreu, e passou a ser manejada, quando necessário, pelos atores jurídicos legitimados à sua propositura. Nos estreitos limites deste trabalho será examinado, a seguir, o julgamento da ADC de nº 41, voltada para a discussão da constitucionalidade das cotas para negras e negros em concursos públicos. A finalidade da ação era a comprovação da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, como restará mais claro a seguir.

#### **4. A ADC 41/DF e a constitucionalidade das ações afirmativas em concursos públicos**

A ADC 41 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), sendo que teve por objeto a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. A ação foi distribuída para a Relatoria do Ministro Roberto Barroso, tendo sido submetida ao rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99. Uma vez cumprido o rito regular, cabe examinar a argumentação contida nos votos dos Ministros do Supremo.

O **Ministro Roberto Barroso** sustentou, em Antecipação ao Voto, a relevância do empoderamento e do combate ao preconceito (STF, ADC 41/DF, p. 14). Discordou dos três argumentos que têm surgido para inviabilizar a Lei Federal, a saber: (I) que haveria violação do princípio da igualdade; (II) que haveria violação aos princípios do concurso público e da eficiência; (III) que haveria violação ao princípio da proporcionalidade.

No primeiro caso, o Ministro Barroso defendeu não ter havido violação ao princípio da igualdade por conta da necessidade de que haja um dever de reparação histórica, calcado nas feridas geradas pela escravidão, necessário para combater o racismo estruturalmente impregnado na sociedade brasileira, e presente nas mais diversas estatísticas existentes, reveladoras de uma cruel distinção no tratamento conferido a negros e brancos no Brasil (STF, ADC 41/DF, pp. 18-22). Defendeu, neste ponto, a compreensão de que a Lei nº 12.990 encampou, além das noções de igualdade formal e material, a noção de igualdade como reconhecimento, assegurando a dimensão simbólica de fazer com que negros ocupem posições de destaque em nossa sociedade (STF, ADC 41/DF, p. 22).

Com relação à violação aos princípios do concurso público, o Ministro Barroso entendeu também serem insubsistentes, pois os negros também precisam superar o patamar mínimo exigido em cada concurso público, assegurando o respeito ao mérito. Ademais,

---

<sup>4</sup> Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 09.04.2018.

quanto à eficiência, o Ministro entendeu ser necessária uma visão compatível com as noções de diversidade e pluralismo, capazes de resolver problemas com maior amplitude (STF, ADC 41/DF, pp. 22-23). Por fim, no que tange ao princípio da proporcionalidade, o Ministro argumentou no sentido de que as cotas nas universidades não representam uma garantia suficiente de reparação, havendo um “tempo de espera até que as pessoas estudem, se formem e se tornem competitivas” (STF, ADC 41/DF, p. 23). Ademais, salientou não ser correta a premissa de que serão exatamente as mesmas pessoas concorrendo às cotas nas universidades que disputarão vagas em concursos públicos, levando em consideração, inclusive, o fato de que há concursos para cargos que não exigem o nível superior (STF, ADC 41/DF, p. 24).

Ao final, o Ministro concluiu no sentido da constitucionalidade do percentual de 20% de reserva das vagas nos concursos públicos para negros, por ele considerado um percentual prudentemente conservador. Sustentou, ainda, a validade do critério da autodeclaração, passível de controle em caso de fraude (STF, ADC 41/DF, pp. 24-25).

Julgou, portanto, procedente a ação declaratória para pacificar a controvérsia judicial a respeito do tema, explicando, ainda, a sua compreensão sobre a incidência do artigo 4º da Lei nº 12.990 (STF, ADC 41/DF, pp. 25-27).

Em seu Voto propriamente dito os argumentos voltaram a ser mencionados com maior aprofundamento, realizando-se a devida comparação com o julgado na ADPF 186/DF, julgamento que ensejou a constitucionalidade das ações afirmativas nas universidades (STF, ADC 41/DF, pp. 28-66).

A seguir, sobreveio o voto do **Ministro Alexandre de Moraes**. O Ministro iniciou a sua exposição atestando o preenchimento, pela ADC, do pressuposto processual específico, concernente à efetiva demonstração de controvérsia constitucional relevante (STF, ADC 41/DF, pp. 73-74). Reafirmou a relevância de prestigiar o princípio da igualdade, retratando a posição histórica de discriminação dos negros no Brasil, o que exige políticas de reparação, reconhecimento e prestígio à diversidade (STF, ADC 41/DF, pp. 74-79). Chamou especial atenção para a questão do controle das declarações raciais falsas, previsto no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.990/2014, sustentando, no caso, uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo no sentido de que seja dada prevalência, no processo de controle de veracidade das informações prestadas, à verificação documental, sendo que a entrevista pessoal seria uma opção residual (STF, ADC 41/DF, pp. 79-86).

Em seu voto, o **Ministro Edson Fachin** também acompanhou a posição do Ministro Relator. Sustentou que a legislação federal efetivamente cumpre o princípio da igualdade (STF, ADC 41/DF, pp. 89-95), assim como reconheceu a validade do critério de

seleção empregado pela lei (STF, ADC 41/DF, pp. 95-97). Também defendeu que a lei federal respeitou o princípio da proporcionalidade e o princípio do concurso público (STF, ADC 41/DF, p. 97). Em raciocínio similar ao do Ministro Alexandre de Moraes, sustentou a viabilidade da técnica da interpretação conforme a Constituição. Contudo, aplicou a referida técnica ao artigo 1º da Lei nº 12.990/2014, no sentido de que haja maior abrangência do seu alcance. Embora o referido artigo descreva que a lei deve ser aplicada à administração pública federal, o Ministro defende sua incidência não apenas para o Executivo, “(...) como também os demais Poderes e órgãos a eles equiparados” (STF, ADC 41/DF, pp. 98-99). Tratou, ainda, da necessidade de respeito à pluralidade na composição das Comissões de Verificação das declarações raciais falsas, concordando com a concessão de interpretação conforme à Constituição ao artigo 2º da Lei nº 12.990/2014 (STF, ADC 41/DF, pp. 99-105). Por fim, também sustentou a incidência da técnica da interpretação conforme a Constituição do artigo 4º da Lei nº 12.990/2014, no sentido de que a ordem de classificação não se aplique, apenas, à nomeação dos cotistas, mas à toda sua vida funcional (STF, ADC 41/DF, pp. 105-106).

A **Ministra Rosa Weber**, a seu turno, também concordou com a posição firmada pelo Ministro Relator (STF, ADC 41/DF, pp. 107-110). Ressaltou a relevância da política de cotas no acesso ao serviço público, que está em consonância com os valores, princípios e regras descritos pela Constituição, e em conformidade com a garantia de pluralidade e diversidade (STF, ADC 41/DF, pp. 110-111). Reforçou a validade dos critérios empregados pela legislação questionada – em linha similar ao voto por ela proferido quando da tramitação da ADPF 186/DF – destacando o quanto as estatísticas revelam a discrepância entre negros e brancos no Brasil (STF, ADC 41/DF, pp. 113-114). Também rejeitou, na mesma linha das argumentações antecedentes, violação pela lei federal impugnada aos princípios da eficiência da administração pública (STF, ADC 41/DF, pp. 114-115). Concordou com os critérios de identificação racial consagrados normativamente, concluindo pela procedência da ADC (STF, ADC 41/DF, pp. 115-116).

O **Ministro Luiz Fux**, por sua vez, salientou o aspecto humanístico do tema, ressaltando que a legislação impugnada respeita o princípio da igualdade (STF, ADC 41/DF, pp. 117-118). Seu voto registra, em essência, quatro premissas aplicáveis ao tema, já presentes em outros votos: (I) a demonstração estatística das diferenças entre negros e brancos no que diz respeito aos indicadores sociais; (II) a disparidade econômica entre negros e brancos; (III) as mazelas oriundas do fim da escravidão vieram a se perpetuar pela ausência de políticas inclusivas e de combate à discriminação; (IV) a insuficiência de políticas universalistas, dissociadas de aspectos raciais, para a melhoria do quadro (STF, ADC 41/DF,

pp. 119-121). Salientou, ainda, a necessidade de aplicação da lei também nas promoções e remoções no serviço público, assim como a incidência da legislação para todos os Poderes da República e Unidades da Federação (STF, ADC 41/DF, pp. 122).

Sobreveio o voto do **Ministro Dias Toffoli**, o qual também concordou com a procedência do pedido, conforme o Relator. Em linha similar aos temas examinados pelos demais Ministros, também entendeu que a lei federal respeita o princípio da igualdade, salientando, particularmente, a noção de “igualdade aritmética”, destinada à promoção do pluralismo e da realização de diversos projetos de vida pelas pessoas (STF, ADC 41/DF, pp. 126-127). Também citou estatísticas importantes para a resolução do caso, assim como reforçou que a jurisprudência do Supremo possui um tratamento favorável às ações de natureza afirmativa (STF, ADC 41/DF, p. 128). O Ministro Dias Toffoli, entretanto, não acolheu as teses de ampliação do âmbito de aplicação do artigo 4º da Lei, assim como divergiu da incidência da lei para outros âmbitos da Federação além da União (STF, ADC 41/DF, pp. 129-130).

Em seu voto, o **Ministro Ricardo Lewandowski** asseverou argumentação similar à contida em voto proferido nos autos da ADPF 186/DF, justamente de sua Relatoria. Explicou que a política de ações afirmativas para reserva de vagas em concursos públicos não viola o princípio da igualdade (STF, ADC 41/DF, pp. 132-134), tendo, ainda, lembrado o caráter transitório da política. Por fim, concordou com a procedência da ação declaratória, ressaltando a importância da Resolução 203/2015, editada quando ocupava a Presidência do CNJ, e destinada à reserva de vagas para negros no âmbito do Poder Judiciário (STF, ADC 41/DF, p. 134).

Em sua manifestação, o **Ministro Marco Aurélio** também acompanhou o voto proferido pelo Ministro Relator, destacando que as ações afirmativas respeitam, efetivamente, o princípio da igualdade, e que a sua transitoriedade traduz a esperança de que, em algum dia, sejam políticas dispensáveis pela sociedade (STF, ADC 41/DF, pp. 135-137).

O **Ministro Celso de Mello**, por sua vez, iniciou o seu voto destacando o compromisso assumido pelo Brasil de combater a discriminação racial, amparado, inclusive, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (STF, ADC 41/DF, pp. 138-140). Mencionou ao longo de todo o voto robusta fundamentação internacional e jurídico-constitucional no sentido da necessidade de respeitar políticas de ação afirmativa favoráveis à população negra, salientando a dimensão ética e moral envolvida, assim como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (STF, ADC 41/DF, pp. 141-146). Destacou, em especial, o *status* privilegiado dos tratados e convenções

internacionais subscritos pelo Brasil, assentada a sua materialidade constitucional e pertinência ao conceito de bloco de constitucionalidade (STF, ADC 41/DF, pp. 146-147). Ressaltou o quanto a política instituída pelo Governo Federal respeita o princípio da isonomia, devendo haver a prevalência da interpretação mais generosa possível em se tratando da concretização de direitos fundamentais (STF, ADC 41/DF, pp. 150-152). Salientou a relevância da busca da felicidade como “fim natural da vida humana”, acompanhando, integralmente, o voto proferido pelo Relator (STF, ADC 41/DF, pp. 153-157).

A **Ministra Cármen Lúcia**, por sua vez, após traçar um histórico das ações afirmativas no contexto mundial, salientou a compatibilidade entre as medidas e os objetivos previstos pela Constituição Federal, assim como pela legislação correlata (STF, ADC 41/DF, pp. 162-173). Ao relembrar passagens da discussão relacionada ao âmbito das cotas nas universidades, reforçou a aplicabilidade de conclusões também ao caso examinado (STF, ADC 41/DF, pp. 179-180). Ademais, salientou as estatísticas que revelam a desigualdade entre negros e brancos no Brasil, asseverando, ao final, a procedência do pedido formulado, nos termos do voto do Ministro Relator (STF, ADC 41/DF, pp. 182-184).

Em síntese, nota-se a compreensão unânime, no Supremo Tribunal Federal, acerca da validade da política de reserva de vagas em concursos públicos, visualizando-a como instrumento a serviço do princípio da igualdade e enfrentamento do preconceito e racismo.

Embora a questão de fundo examinada pela Corte tenha sido alvo de defesa unânime pelo STF – raciocínio inspirado, em especial, pelas conclusões do Tribunal quando da apreciação de tema correlato, envolvendo as cotas para acesso às universidades (ADPF 186/DF) – a controvérsia do caso envolveu a possível aplicabilidade da técnica da interpretação conforme a Constituição no que diz respeito a dois assuntos: (I) procedimento de controle das declarações raciais falsas; (II) abrangência da legislação.

A falta de um procedimento deliberativo mais cuidadoso no Supremo – crítica cada vez mais intensa nos círculos acadêmicos – faz com que tenhamos, usualmente, a justaposição de votos, um somatório de entendimentos que não conversam entre si. Certamente tal constatação ajuda a explicar as variações de cada Ministro ao julgar o tema, muito embora, em essência, tenham concordado com a validade da política de reserva de vagas em concursos públicos para negros, nos termos instituídos pela Lei nº 12.990/2014.

Apesar de o julgamento efetuado pelo Supremo refletir uma sensível preocupação com o tema e ter, de fato, produzido uma conclusão relevante para o enfrentamento do trágico quadro de desigualdade que ainda separa negros e brancos no Brasil, a existência de um procedimento deliberativo aperfeiçoado teria o condão de produzir uma decisão ainda mais

qualificada. O quadro a seguir sintetiza a posição dos Ministros e evidencia o quanto assuntos relevantes constaram apenas em alguns votos e não fizeram parte da decisão colegiada:

<b>Síntese da Decisão da ADC 41/DF (Rel. Min. Roberto Barroso, 08/06/2017)</b>	
Decisão do Ministro Relator (STF, ADC 41/DF, p. 66)	Procedência do pedido para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, propondo a adoção da seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”;
Concordância integral com o Relator	Rosa Weber (STF, ADC 41/DF, pp. 115-116); Luiz Fux (STF, ADC 41/DF, p. 122); Ricardo Lewandowski (STF, ADC 41/DF, p. 134); Marco Aurélio (STF, ADC 41/DF, p. 137); Celso de Mello (STF, ADC 41/DF, p. 157); Cármen Lúcia (STF, ADC 41/DF, pp. 161 e 184);
Concordância com o Relator, fixando, ainda, interpretação conforme ao artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014	Alexandre de Moraes (STF, ADC 41/DF, p. 86), reconhecendo que haja interpretação conforme para fixar que (a) é mandatória a realização da fase apuratória da veracidade das declarações dos candidatos interessados em concorrer às vagas reservadas aos negros; e (b) nesse procedimento, deve ser priorizada a avaliação de natureza documental, fundada em fotografias e documentos públicos, figurando a entrevista como opção residual;
Concordância com o Relator, fixando, ainda, interpretação conforme aos seguintes dispositivos da Lei nº 12.990/2014: artigo 2º, <i>caput</i> e parágrafo único, artigo 1º e artigo 4º	Edson Fachin (STF, ADC 41/DF, pp. 105-106), que decidiu por: (i) dar interpretação conforme a Constituição do art. 2º, <i>caput</i> e parágrafo único, da Lei 12.990/2014, para assentar a necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais; (ii) dar interpretação conforme a Constituição do art. 1º da Lei 12.990/2014, para esclarecer que a política de cotas raciais de que trata a lei se aplica a todos os órgãos e instituições públicas federais, incluindo aquelas dotadas de autonomia em face do Poder Executivo Federal; (iii) dar interpretação conforme a Constituição do art. 4º da Lei 12.990/2014, para estabelecer que a ordem de classificação estabelecida no preceito se aplica não apenas à nomeação, mas também deve incidir sobre todas as demais dimensões da vida funcional dos servidores públicos cotistas;

Concordância com o Relator, mas declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 nos estritos termos de sua literalidade	Dias Toffoli (STF, ADC 41/DF, pp. 129-130), que decidiu por não acolher a tese de ampliação do artigo 4º da Lei, por ter apenas se referido à etapa de provimento do cargo, o que não permitiria a extensão do raciocínio para os casos de promoção e remoção. Ademais, não acolheu a extensão da aplicação da Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que a reserva de vagas seria aplicável, nos termos previstos pela norma, apenas à União;
---	---

Com efeito, o acórdão pesquisado revela a ausência de um debate mais pormenorizado entre os Ministros sobre as ressalvas formuladas pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Dias Toffoli, os quais efetuaram ponderações que não foram alvo de ampla discussão pelos demais integrantes do Colegiado.

Conclui-se, portanto, que o julgamento do Supremo Tribunal Federal, embora tenha representado uma efetiva conquista na celebração da constitucionalidade de lei que representa política afirmativa relevante para a sociedade brasileira, também expõe as dificuldades naturais de funcionamento deliberativo da Corte, que comprometem um posicionamento final mais qualificado e íntegro sobre todos os pontos em discussão.

## **Conclusões**

A temática do combate à discriminação e ao racismo, associada à prevalência verdadeira do princípio da igualdade, representa uma luta de séculos. Séculos de escravidão fizeram com que milhões de pessoas fossem tratadas como mercadorias, comercializadas, maltratadas física e moralmente e inseridas em um arcabouço de dominação hierárquica violenta.

Serão ainda necessários muitos anos de combate ao racismo, crime assombroso que ainda hoje em dia faz com que o ódio dirigido ao outro pela simples cor da pele seja relativamente usual em nosso cotidiano. Nele ainda persistem os resultados nefastos, amplamente comprovados pelas mais diversas estatísticas, de que a cor da pele diferencia as pessoas no Brasil e faz com que negros ocupem menos posições de destaque e sejam as vítimas preferenciais da violência cruel que prevalece em nosso País.

A análise cuidadosa dos argumentos contidos na ADC 41/DF revelou a sensibilidade unânime do Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão, na medida em que corroborou a validade do modelo de reserva de vagas para negras e negros em concursos públicos no Brasil. Ao sustentar a compatibilidade com a Constituição do regramento contido

na Lei nº 12.990/2014, o Supremo Tribunal Federal pacificou uma controvérsia judicial relevante de elevado significado social e histórico, bem como de repercussão nacional.

O julgado permitiu fosse dado mais um passo em prol da conquista de espaços no serviço público por pessoas que foram propositadamente alijadas no processo de integração nacional. Trata-se de um passo de grande relevância, e que tem a aptidão de colaborar para que tenhamos uma sociedade progressivamente igualitária.

A hipótese de pesquisa aqui concebida – no sentido de ser acertada a posição do Supremo Tribunal Federal ao julgar a constitucionalidade da previsão normativa federal de cotas para negras e negros em concursos públicos – pôde ser devidamente confirmada, quer por sua riqueza argumentativa, quer por sua contribuição substancial para o fortalecimento da igualdade.

Entretanto, algumas distinções no enfrentamento da questão – visualizadas, em especial, nos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Dias Toffoli – não foram alvo de discussão mais profunda ao longo da votação colegiada, o que prejudicou uma análise do assunto mais cuidadosa e que traria como resultado uma decisão ainda mais rica e completa, a evidenciar os prejuízos do procedimento deliberativo hoje existente no STF.

Trata-se, de todo modo, de uma decisão elogiável do Supremo Tribunal Federal, e que em muito contribuiu para que haja mais igualdade verdadeira no Brasil do futuro.

Um Brasil em que se espera que haja, na mesma linha de um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, uma sociedade livre, justa, solidária, pluralista e sem preconceitos, marcada pela miscigenação, pela diversidade de tons de pele e pelo compromisso com o respeito recíproco.

## **Referências**

ADORNO, Sergio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. **Novos Estudos**, n. 43, pp. 45-63, nov. 1995.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

ALBUQUERQUE, W. R.; FRAGA FILHO, W. **Uma história do negro no Brasil**. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Ação declaratória de constitucionalidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 35-38.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, ano 24, n. 2, pp. 247-273, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08.06.2017, p. 17.08.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2012, p. 20.10.2014.

BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 39-50.

CAMPOS, Ana Cristina. População brasileira é formada basicamente de pardos e brancos, mostra o IBGE. **Empresa Brasil de Comunicação**, 24 nov. 2017.

CARVALHO, José Murilo de (coord.). **A construção nacional**. 1830-1889. Rio de Janeiro: Fundación Mapfre e Editora Objetiva, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 137-154.

ELTIS, David; RICHARDSON, David. Os mercados de africanos recém-chegados às Américas: padrões de preços, 1673-1865. **Topoi**, Rio de Janeiro, pp. 9-46, mar. 2003.

FEAGIN, Joe R.. Documenting the costs of slavery, segregation and contemporary racism: why reparations are in order for African Americans. **Harvard BlackLetter Law Journal**, v. 20, pp. 49-81, 2004.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. 5. ed.. São Paulo: Globo, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade – inovação infeliz e inconstitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 155-181.

GILROY, Paul. **O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência**. Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora 34; Rio de Janeiro: Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 2001.

HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. 2. ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

IANNI, Octavio. **Escravidão e racismo**. São Paulo: Hucitec, 1988.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed.. Brasília: IPEA, 2011.

LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. **Sequência (Florianópolis)**, n. 69, pp. 109-132, dez. 2014.

MACEDO, José Rivair (org.). **Desvendando a história da África**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 107-119.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 121-136.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n. 3, de 1993. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 51-106.

PATTERSON, Orlando. **Slavery and social death**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

RODRIGUES, Jaime. **De costa a costa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **Os africanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

R7. Taís Araújo desabafa sobre racismo: “o negro brasileiro sofre preconceito diariamente”. **Portal de Notícias R7**, 8 nov. 2015.

SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 1-13.

SOUZA, Talita T. B. A.. Escravidão interna na África, antes do tráfico negreiro. **Vértices**, ano 5, n. 2, pp. 11-23, mai./ago. 2003.

TRIBUNAPR. Erika Januza, atriz de “O outro lado do paraíso”, sofre discriminação em loja. **Portal de Notícias TribunaPR**, 6 dez. 2017.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALD, Arnoldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994: 15-33.