

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

IVAN DIAS DA MOTTA

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Ivan Dias da Motta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-360-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

É com grande alegria e cumprindo com uma relevante responsabilidade acadêmica que apresentamos esta coletânea de artigos, a qual é fruto dos debates realizados no âmbito do XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, oriundo do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II . Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu entre 07/12/2016 e 10/12/2016, na Cidade de Curitiba, sendo sediado pela UNICURITIBA e pelo seu programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito.

Dentre os 66 trabalhos selecionados para a temática de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, 22 artigos foram apresentados e debatidos neste Grupo de Trabalho. A abordagem geral dos artigos aponta a busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais, demonstrando a evolução e o interesse nas políticas públicas e a consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Os artigos apresentados enfrentaram os seguintes temas: acesso ao trabalho, educação, saúde, judicialização e gestão de políticas públicas, sustentabilidade e ambiente e questões de inclusão e gênero.

Discutiram-se como proposições do GT algumas questões aglutinadoras e metodológicas para futuras pesquisas:

- a necessidade de estudos sobre a concreção constitucional de direitos por meio de políticas públicas, assim como a eficiência, a efetividade e a eficácia da execução do orçamento público;
- na questão da judicialização da política pública, a necessidade de pensar um procedimento adequado para avaliação judicial da política pública e a efetividade da execução das sentenças;
- o tema da falta de dados públicos acessíveis sobre a concreção de políticas públicas de Direitos Sociais e mesmo Fundamentais individuais;

- metodologias para inclusão de direitos na agenda pública como vocalização de demandas sociais e Direitos Fundamentais.

Desse modo, fica patente nas pesquisas apresentadas a leniência ou mesmo a omissão do estado brasileiro na implementação de políticas públicas, apontando assim um comportamento juridicamente reprovável e transgressor. A atuação judicial, por sua vez, vem impondo ao Poder Executivo o cumprimento de muitas garantias e a efetivação de políticas públicas para garantia de Direitos Sociais previstos na Constituição.

Assim, os textos reunidos nesta obra refletem sobre questões centrais do Estado Democrático de Direito. Aos leitores, trata-se de uma ótima oportunidade para (re)pensar os Direitos Sociais e as políticas públicas.

Curitiba-PR, 09 de dezembro de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho - UPF e UFPR

Professor Doutor Ivan Dias da Motta - UNICESUMAR

SISTEMA DE COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS: ANÁLISE SOBRE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

THE RACIAL QUOTA SYSTEM IN PUBLIC TENDERS: ANALYSIS ABOUT YOUR (UN) CONSTITUTIONALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF BALANCING OS INTERESTS OF ROBERT ALEXY

**Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga ¹
Douglas de Assis Bastos ²**

Resumo

A distorção histórica de igualdade de oportunidades entre afrodescendentes e brancos demonstra o desnível intelectual entre os segmentos raciais, a dificuldade de acesso à educação e mercado de trabalho dos primeiros, exortando o importante papel das políticas de ação afirmativa como forma de redução dessa desigualdade substancial para compensar o abandono e realizar justiça social. Entretanto, cabe averiguar se o sistema de cotas raciais nos concursos públicos concretiza o princípio da igualdade ou compromete a isonomia dos participantes, além da possibilidade de transgressão do princípio da eficiência na Administração Pública, sob a perspectiva da teoria da ponderação de Robert Alexy.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Cotas raciais, Concurso público, Igualdade de oportunidades, Ponderação, Robert alexy

Abstract/Resumen/Résumé

The historic distortion of equal opportunities between african descendant and white people reveals the intellectual disparity between these racial segments, the difficulty of accessibility to education and labour market, exhorting the important role of affirmative actions as a form of reduction of this significant inequality, compensating the abandonment and achieving social justice. However, must consider if the racial quota system in public tender realize the principle of equality, or affect the isonomy of the participants in addition to possibility of transgressing the principle of efficiency in public administration, under the perspective of balancing os interests theory of Robert Alexy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative action, Racial quotas, Public tender, Equal opportunities, Balancing os interests, Robert alexy

¹ Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Alagoas.

² Pesquisador bolsista CAPES em nível de Mestrado na Universidade Federal de Alagoas

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) apresenta no *caput* do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Isto se deve à intensa mobilização e pressão dos movimentos sociais organizados, como o movimento negro no processo constituinte, em defesa da consagração dos direitos humanos na Carta Magna.

No que tange as relações sociais, pode ser considerada a mais avançada em matéria de direitos fundamentais, tanto no que diz respeito às liberdades individuais dos seus jurisdicionados, quanto nas ações positivas do Estado, em resguardar os direitos sociais na busca pela isonomia entre os indivíduos, o que fica claro a partir da leitura do seu art. 3º, incisos I, III e IV, que trazem como objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Na perspectiva histórica, a escravidão negra foi implantada durante o século XVII e intensificou-se entre os anos de 1700 e 1822, sobretudo pelo grande crescimento do tráfico negreiro. O comércio de escravos entre a África e o Brasil tornou-se um negócio muito lucrativo. Com a abolição da escravatura em 1888, tanto o Estado quanto a sociedade brasileira em nada contribuíram para a inclusão social dos negros recém-libertos, não havendo na época por parte do Estado, qualquer política pública no sentido de conceder assistência aos novos libertados, o que dificultou a inserção social e econômica desses cidadãos na sociedade brasileira (FERNANDES, 2008). Como resultado desta negligência estatal, a população negra nacional sofre até hoje com as dificuldades de inserção no campo de trabalho, educação, moradia e saúde por exemplo.

Referidas consequências sociais são reveladas por dados do CENSO 2010 (JUNIOR, MAURO, 2014) que mostram que a população negra representa apenas 20% dos brasileiros que ganham mais de dez salários mínimos, e que apenas 20% dos brasileiros que chegam a fazer uma pós-graduação são negros. Outro dado alarmante é que os negros auferem salários 2,4 vezes menores que os brancos, confirmando a tese de

que os negros possuem menos oportunidades e fazem parte de uma população economicamente excluída (JUNIOR, MAURO, 2014).

O Congresso Nacional já aprovou projetos que visam corrigir a iniquidade entre brancos e negros, tais como a de Lei nº 12.288/2010 (BRASIL, 2010) que reconheceu o Estatuto da Igualdade Racial; a Lei n 12.711/2012 (BRASIL, 2012) que implementou cotas sociais e raciais no acesso as universidades públicas e institutos de educação, ciência e tecnologia federais e a polêmica Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014) que reservou 20% das vagas para candidatos que se autodeclararem negos ou pardos nos concursos públicos federais.

O objeto do presente artigo é averiguar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais para a reserva de vagas nos concursos públicos através da teoria dos direitos fundamentais e técnica de sopesamento formuladas por Alexy, com intuito de verificar se o sistema concretiza o princípio da igualdade ou compromete a isonomia dos participantes do certame e a igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos, além de não observar o princípio da eficiência na Administração Pública.

1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade jurídica para ser interpretado hodiernamente passou por uma evolução desde o Estado Liberal, passando pelo seu aperfeiçoamento no Estado Social de Direito, até sua consolidação de interpretação ocorrida no Estado Democrático de Direito, para que fossem concebidas suas diferentes dimensões de atuação: formal e material. Seu reconhecimento quando das primeiras declarações de direito, inspiradas com bases em ideias iluministas, em virtude do respeito da dignidade da pessoa humana, implicava na igualdade de todos perante a lei, onde adquiriu-se a noção de que o indivíduo é ser distinto do Estado, não podendo a lei ser aplicada de forma diferenciada entre os sujeitos destinatários da norma. Tratava-se da igualdade em sua dimensão formal, onde a isonomia se restringia à vedação da discriminação, e sua atuação tinha caráter negativo, pois o que se lutava na época liberal era a vedação de distinção de tratamento entre os indivíduos, uma vez que os sujeitos ligados ao soberano detinham privilégios injustificados em detrimento dos demais. No dizeres de Piovesan (2008, p.888) “é nesse contexto que se afirma a chamada igualdade formal, a igualdade geral,

genérica e abstrata, sob o lema de que “todos são iguais perante a lei”. Continua a autora atentando para o destinatário da Declaração Universal de 1948 e Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, do mesmo ano, que pune a lógica da intolerância “pautada na destruição do “outro”, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião” (PIOVESAN, 2008, p.888).

Entretanto, verificou-se que a igualdade perante a lei não era suficiente para que se chegasse ao real ideário de isonomia em seu aspecto substancial, pois não havia um condicionamento ao legislador de que o mesmo não poderia realizar discriminações na própria elaboração da lei. Tanto é que indivíduos de um mesmo grupo deveriam receber tratamento idêntico, contudo nada impedia que grupos distintos tivessem tratamento diferenciado, por não haver proibição de existência da desigualdade na lei.

Desse modo, com o advento do Estado Social, a igualdade evoluiu em seu conceito para abranger a figura do legislador, ganhando, assim, conteúdo material, no qual o princípio passa a ser a exigência da própria lei, vinculando tanto o seu elaborador quanto seu aplicador. Com isso, a igualdade substancial, como forma de reconhecer os direitos sociais, passa a exigir atos concretos que viabilizem a igualdade no plano fático, traduzida pela igualdade de oportunidades, ou seja, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Em outras palavras, a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos (PIOVESAN, 2008). Surge, então ao lado do direito à igualdade, o direito fundamental a diferença e a diversidade, que por sua própria natureza, exige um tratamento especial.

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) adotou ambas dimensões do princípio da igualdade, desde o seu preâmbulo ao destacá-lo com um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, ao artigo 5º, *caput* ao preconizar que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”; no inciso I de referido artigo ao prever que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, dispositivos que representam a igualdade formal, como também no artigo, 7º, incisos XXX e XXXI que revestem sua dimensão material, ao proibir distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferenças de salários; de exercício de funções;

de critério de admissão por sexo, idade, cor ou estado civil; e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Ressalte-se ainda que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. É a partir da leitura deste último inciso que iremos desenvolver o presente estudo, tendo em vista que não se deve interpretar literalmente dito dispositivo constitucional sob pena de estarmos negando a essência da igualdade substancial, não realizando justiça social no caso concreto, uma vez que se estaria deixando de lado grupos minoritários existentes na sociedade brasileira que não possuem as mesmas condições de oportunidade para competir pelos bens da vida considerados escassos.

Por outro lado, deve-se aferir em que medida devem ser incrementadas ações positivas a fim de que sejam reduzidas e eliminadas as desigualdades sociais presentes, sob pena de se conceder privilégios injustificados a determinado segmento, a princípio desfavorecido, coadunando-se não com uma diferenciação legítima, mas sim com uma discriminação negativa, repugnada pelo princípio da igualdade.

Devido à pluralidade existente na nossa sociedade, na qual, determinados grupos estão em posição de desvantagem com relação a outros, faz-se necessária a instituição de políticas de caráter afirmativo em prol dos grupos inferiorizados, a fim de que se atinja a equidade entre ambos, concretizando, assim, a esperada justiça social. Entretanto, resta saber quais tipos de políticas de cunho positivo que realizam a devida diferenciação como forma de redução ou eliminação das desigualdades sociais existentes.

2. POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Gomes (2001) define as ações afirmativas como políticas públicas ou privadas e mecanismos de inclusão com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido, qual seja, o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos têm direito. Sua finalidade ultrapassa a dimensão da igualdade formal de prevenir, coibir e punir atos discriminatórios, tendo o papel positivo de gerar condições para que as consequências sociais concretas da discriminação passada ou presente sejam

progressivamente reduzidas e até eliminadas, até alcançar a promoção da efetiva igualdade de oportunidades, notadamente no acesso ao ensino e mercado de trabalho.

ROCHA (1996) defende que deve-se interpretar a expressão “minoria” não em seu sentido quantitativo, mas no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, pois, na prática a minoria nem sempre representa o menor número de pessoas.

São dois os fundamentos que justificam a implementação de ações afirmativas: a justiça compensatória e a justiça distributiva. De acordo com o primeiro enfoque, referidas ações representam um ressarcimento pelos prejuízos, ônus e limitações impostos a determinados grupos sociais, discriminados injustificadamente pela sociedade pretérita, significando um instrumento de restauração do equilíbrio antes rompido, cuja ruptura ocasionou conseqüentemente uma injusta distribuição de vantagens e benesses em favor grupos mais influente. Já pelo segundo fundamento, ditas políticas positivas seriam legítimas por voltarem-se a realização da igualdade proporcional, com a distribuição de direitos e obrigações entre os membros da sociedade levando-se em conta os elementos concretos existentes, como oportunidades e necessidades. Nada mais é do que a redistribuição de ônus, vantagens e bens entre os membros da sociedade. Nos dizeres de Rawls (1999, p.4) os princípios da justiça social “proveem uma forma de atribuir direitos e deveres às instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e limites da cooperação social”. Segundo referido autor, todos os bens sociais primários (liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da autoestima) devem ser distribuídos de maneira igual a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos estes bens beneficie os menos favorecidos.

Fraser (2003) vai além ao defender que a justiça exige simultaneamente redistribuição e reconhecimento de identidades, devendo as políticas públicas adotá-los de forma conjugada, nunca excludente. Ora o modelo de *status* proposto pela filósofa abarca a redistribuição de bens e riquezas sociais, assim como, o reconhecimento valorativo-cultural das diferenças. É por isso que as políticas públicas afirmativas deveriam adotá-los de forma conjugada para reparação de injustiças no âmbito social, econômico e cultural.

As políticas de ações afirmativas não representam uma ofensa ao princípio da igualdade, pelo contrário, trata-se na verdade da realização do postulado em sua dimensão material, uma vez que tem por objetivo implementar ações positivas que visam à eliminação ou redução das desigualdades sociais.

Para a aplicação dessas ações afirmativas deve-se levar em conta o caso concreto posto em análise, não podendo aplicar essa teoria com generalidade e de forma indiscriminada, sob pena de se reproduzir um resultado desproporcional, que ao invés de igualar as oportunidades entre segmentos sociais desiguais, acaba por favorecer indevidamente determinado grupo social.

O Brasil importou a doutrina das *affirmative actions* norte-americana sem realizar as devidas adaptações com o contexto social pátrio. Ressalte-se que ambos os países tiveram distintas formas de colonização como informa Kaufmann (2007): a estadunidense consistiu na povoação do território pelos ingleses que, fugidos das perseguições religiosas geradas pela Reforma Protestante Inglesa bem como pelo cercamento dos campos que obrigaram centenas de famílias inglesas a procurar outro local para sobrevivência, contribuíram na imigração para os Estados Unidos. Já a brasileira foi caracterizada pela exploração pelos portugueses, que devido inexistência de excedente populacional apto a promover a colonização, vieram somente homens para terras tupiniquins, e a ausência de mulheres brancas fez com que ocorresse o caldeamento entre os lusitanos com índias e negras, favorecendo, assim, a formação de um povo altamente miscigenado, lembrando ainda que o próprio português já era miscigenado pelo fato da permanência moura na região ibérica perdurar por oito séculos. Há ainda diferenças entre a interação social entre brancos e negros em ambas sociedades, uma vez que aqui a possibilidade de alforria advinha tanto de disposições normativas, quanto de determinações dos senhores como ato de última vontade, além do escravo negro poder comprar sua liberdade. Já nos Estados Unidos houve a edição contínua de leis que visavam evitar a existência de negros livres nos estados escravistas. Dado interessante é a forma como a abolição se deu nos dois países: enquanto no Brasil foi adveio de governante com a promulgação da Lei Áurea pela Princesa Isabel, nos

Estados Unidos sobreveio por uma intensa Guerra Civil que vitimou 600.000 (seiscentas mil) pessoas (KAUFMANN, 2007).

Isso contribuiu muito para a adoção de uma política segregacionista no país norte americano, corroborado pela Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, onde nasceu a famosa máxima do *equal, but separated* (iguais, mas separados), que consistia na possibilidade de brancos e negros deterem direitos iguais, porém deveriam ficar separados, já que a ideia de igualdade não significava que brancos e negros pudessem dividir o mesmo espaço físico (OLIVEN, 2007). Entendeu o Judiciário americano que *Equal Protection Clause* – cláusula de igual proteção – da 14ª Emenda não é violada se os ambientes separados oferecessem a mesma qualidade, comodidade e conforto.

Em 1954 a Suprema Corte deu nova interpretação a 14ª Emenda, no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, decidindo que a doutrina do *separate but equal* feria referida emenda, considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não propiciava às crianças negras as mesmas oportunidades das crianças brancas e causava um sentimento de inferioridade que poderia afetar a motivação de aprender (CABRAL, CANGUSSU, 2008). Entretanto, mesmo com este avanço do ideário de igualdade entre raças, a sociedade norte-americana ainda não aceitava a inclusão social dos negros, sendo constantes os conflitos sociais que sacudiam o país nas décadas de 50 e 60.

Além desta mudança de entendimento jurisprudencial, o presidente Nixon, compreendeu que não bastava o comprometimento oficial com as políticas de combate a discriminação, mas a adoção de medidas inclusivas para a inserção do negro na sociedade, sob pena de assim não o fazendo, eclodir a Segunda Guerra Civil. Já na década de 60, pressionado por manifestação sociais, o congresso americano aprovou em 1964 o *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Civis) que além de banir todo o tipo de discriminação, concedeu ao governo federal poderes para implementar a dessegregação (OLIVEN, 2007).

Atento as necessidades de incluso social do negro nos campos da educação e trabalho notadamente, o governo brasileiro, principalmente a partir do início dos anos 2000, defendeu na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afrodescendente, nas

áreas da educação e trabalho (ALVES, 2002). Atualmente, após a regulação do sistema de cotas no acesso as universidades públicas e institutos federais, houve a promulgação da Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014), que reservou pelo prazo de dez anos, o percentual de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta, elegendo como critério aferidor da raça a autodeclaração do candidato como 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.

Entretanto, com a evolução da Administração Pública e as necessidades de prestação de serviços públicos de qualidade para atender os anseios da população, fez-se necessária a seleção dos candidatos mais capazes a exercer a função pública, sendo eleito o concurso público o meio mais democrático para se aferir o mérito de cada aspirante

3. CONCURSO PÚBLICO COMO FORMA DE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS

A Administração Pública brasileira passou por três modelos que se sucederam no tempo: patrimonialista, burocrática e gerencial. O primeiro tratava o aparelho estatal como uma extensão do poder do soberano, no qual seus auxiliares possuíam status de nobreza real e os cargos eram considerados prebendas. A Administração era pautada basicamente no nepotismo, uma vez que não havia nenhum teste para aferir o mérito do servidor, ficando a escolha a critério do imperador (SILVA, 2013). Como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista, foi necessária a burocratização da Administração Pública, que se consolidou na era Vargas, nascendo o poder racional-legal, com a instituição de carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo, fixação de competências de forma objetiva, e a importante figura do concurso público como forma de ingresso no serviço público, sendo mantido este modelo burocrático inclusive na Constituição de 1988 (SILVA, 2013).

Entretanto, apesar da qualidade deste modelo de efetividade no controle de abusos, havia a falta de eficiência e a incapacidade do Poder Público de ver o cidadão como um cliente na efetiva prestação do serviço público. No governo FHC a reforma governamental ganha o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), e seu ministro Bresser Pereira, defende que a Administração Pública burocrática deve ser substituída pela administração pública gerencial para que o serviço público não se oriente para lucro mas para atendimento do interesse público e necessidades coletivas (PINHO, 1998).

Com o advento da emenda constitucional nº 19/1998 (BRASIL, 1998), foi introduzido o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Lei Maior, que consiste basicamente na necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços públicos, tendo o cidadão como beneficiário. MELLO (1992) entende que o princípio da eficiência possui estrita intimidade com o do próprio da legalidade, sendo a revelação do dever administrativo por excelência, uma faceta de um princípio mais amplo no Direito italiano: o princípio da boa administração. Na mesma linha de pensamento, MOREIRA NETO (2000) leciona que a eficiência transcende o conceito de poder-dever de administrar, afirmando pela administração burocrática, empenhada em lograr apenas a eficácia jurídica, para estabelecer como um passo adiante, o dever de bem administrar, que é hoje respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltado à eficiência da ação administrativa pública.

Surge a Administração Pública Gerencial que necessita de profissionais bem qualificados para o exercício do cargo público, tornando o concurso público ainda mais relevante na escolha dos servidores, pois a aferição da capacidade dos candidatos se torna imprescindível na seleção, onde o mérito e os critérios objetivos são essenciais para o acesso à função pública, sendo ainda a concretização do regime democrático com a participação mais intensa dos cidadãos.

4. ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS SOB A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

O concurso público é a forma mais democrática de acesso aos cargos públicos, pois visa atingir a maior parte dos candidatos sem a discriminação de raça, cor, sexo e idade. Entretanto, a Administração Pública começou a notar que nem todos os aspirantes a desempenhar a função pública estavam em posição de igualdade na concorrência, havendo grupos com oportunidades limitadas na competição. Como forma de combater a desigualdade existente e a fim de se fazer justiça social, o Poder Público adotou ações positivas para reduzir e eliminar esse desnível observado, elegendo o sistema de cotas raciais nos certames, sob a justificativa de que os afrodescendentes não detiveram das mesmas oportunidades de estudo e trabalho que os brancos, o que ocasionou em uma exclusão social histórica para esta classe, devendo o Estado compensar a própria omissão, oferecendo mecanismos assertivos de inclusão social.

Entretanto, o debate acerca das ações positivas em favor da sociedade negra no Brasil ainda não foi totalmente esgotado, uma vez que foi tratada a possibilidade de criação de cotas raciais para o acesso ao ensino superior nas universidades públicas, mas não fora discutido pela Suprema Corte a criação de cotas raciais para o acesso aos cargos públicos da Administração Pública.

A verificação da constitucionalidade do sistema de cotas raciais para o acesso a função pública não é tarefa tão simples em nível de se aplicar o entendimento consagrado pela Suprema Corte Brasileira no caso do acesso ao ensino superior nas universidades públicas, já que ambos casos concretos diferem muito entre si. Como diferenças podem-se elencar as seguintes comparações:

- Na universidade pública há o exercício de atividade destinada ao ensino e aprendizagem, enquanto o serviço público é o efetivo exercício da atividade profissional;
- Na universidade há grande número de vagas ofertadas periodicamente, mediante exames vestibulares e o ENEM, sendo que o vínculo com a instituição dura poucos anos, rompendo-se com a formatura, não havendo ainda remuneração pela atividade, enquanto que no serviço público há reduzido número de vagas destinadas a suprir as necessidades da Administração Pública que tem como objetivo a realização do interesse público, sendo que o vínculo do servidor perdura muitos anos, inclusive décadas, rompendo-se normalmente com a morte, exoneração ou aposentadoria, havendo remuneração como contraprestação da função pública exercida; e

- A educação superior é direito constitucionalmente assegurado pelo artigo 208, V da Lei Maior (BRASIL, 1988), enquanto que a ocupação de cargo público não é direito do cidadão, mas sim necessidade da Administração Pública que necessita de agentes capazes e eficientes para administrar o *múnus* público.

Como forma de ilustrar a diferenciação entre o sistema de cotas para o acesso as instituições de ensino superior pública e aos cargos públicos da Administração Pública, trazemos a baila trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia na Reclamação (Rcl) 17585/SC (STF, 2014), em que a magistrada diferencia o caso julgado pela Suprema Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 (STF, 2014), com o presente na reclamação intentada, que é a reserva de vagas raciais em concurso público municipal:

Inicialmente, há que se ter em vista que o caso em exame é diverso daquele submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM). Na citada *actio* o Plenário do STF considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes em determinada Universidade, o que diverge da pretensão inicial, cuja ação afirmativa está direcionada à reserva de vagas em concursos públicos municipais.(...)

Neste momento revela-se essencial verificar se esse modelo de ação afirmativa adotado pela Administração Pública reduz as desigualdades de oportunidades dos afrodescendentes no acesso a função pública, ou trata-se de medida desproporcional que ultrapassa o *discrímen* razoável que realize a justiça social entre as classes.

A Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) possui uma extensa lista de direitos e garantias fundamentais positivados que inevitavelmente se chocam entre si, cabendo ao intérprete e aplicador do direito identificar os bens e valores postos em conflito para metodologicamente e de forma racional solucionar o dilema.

Alexy (2014, p.90) define os princípios como “normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo, assim, mandados de otimização que podem ser satisfeitos mediante graus variados. Quando há colisão entre norma principiológicas, Alexy (2014) entende

que não há a possibilidade de se trabalhar no plano da validade, assim como é feito com as regras, mas no da dimensão de peso. A análise da controvérsia fixa-se na precedência de um princípio em face do outro sob determinadas condições, logo os princípios tem pesos diferentes e aquele de maior peso cederá em favor de outro para a solução do caso concreto em exame diante das condicionantes fáticas e jurídicas disponíveis (ALEXY, 2014).

Nesta análise do sopesamento dos interesses ou bens em jogo, diante das condições existentes, um princípio terá um peso maior em relação a outro e é a partir deste momento, após a ponderação que surge uma regra que será aplicada diretamente ao caso concreto.

Para que a ponderação seja realizada de forma racional, diminuindo na medida do possível os graus de subjetivismo presente nas decisões, Alexy elegeu a máxima da proporcionalidade como meio metódico de se solucionar conflitos constitucionais de forma racional, sem que nenhuma restrição a direitos fundamentais obtivessem dimensões desproporcionais.

Em que pese as críticas formuladas por juristas como Müller, Böckenford e Habermas que entendem que a ponderação como expressão de pré-compreensões mal explicada daquele que decide com suas ligações com caso concreto; uma saída fácil para se obter uma resposta que deseja, além de um método irracional, não se nega que qualquer decisão judicial carrega consigo marcas de subjetividade, até porque o direito não é uma ciência da natureza, mas social aplicada. O que se entende é que a ponderação formulada por Alexy, é um método racional e de controle intersubjetivo e previsível da decisão (SILVA, 2011) onde através de uma demonstração argumentativa, o aplicador buscará garantir a objetividade da interpretação, expondo os argumentos dos pontos subjetivos de forma racional, a fim de se alcançar a justeza do veredito.

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas tem seu desdobramento no ideário de devido processo legal substantivo e justiça (BARROSO, 2010) sendo relevante na aferição do meio pelo qual se atingirá o fim almejado, devendo aquele ser proporcional, sem que seja produzido um resultado

injusto e inconstitucional quando da verificação da ponderação em jogo. Divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, enquanto os dois primeiros estariam relacionados à análise das condições fáticas, o terceiro seria uma decorrência das condições jurídicas (ALEXY, 2014).

A adequação representa a relação entre meio e fim pretendido, os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos e os meios adequados devem ser aptos Para o atingimento dos referidos fins (BARROSO, 2010).

A necessidade segundo Barroso (2010) transpassa a noção de vedação do excesso do meio utilizado para se atingir o fim pretendido, logo havendo meio alternativo para alcançar o mesmo fim, não resta verificado o requisito.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a verificação do custo benefício da conduta, significando verificar se as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens, tratando-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim. É nesta etapa que a ponderação é realizada no caso concreto, sob pena de obtermos decisões judiciais ilegítimas.

Passa-se agora para a análise da constitucionalidade da reserva de vagas por fatores raciais em concurso público, utilizando-se a técnica da ponderação e a máxima da proporcionalidade propostas por Alexy, em vista da inevitável colisão entre os princípios da isonomia material com o da eficiência administrativa.

As cotas raciais na seleção pública são adequadas para se atingir o fim colimado, já que esta diferenciação promove a igualdade de oportunidades entre as raças no acesso aos cargos públicos, combatendo a exclusão social que acoimam os afrodescendentes, e verifica a capacidade dos mesmos em exercer a função pública, uma vez que os negros se submetem as mesmas provas que os brancos, não havendo distinção na aplicação dos testes do certame.

Todavia o sistema de cotas raciais nas seleções esbarra no subprincípio da necessidade, já que existem outros meios menos gravosos para se alcançar a sonhada igualdade de oportunidades entre as raças no acesso à Administração Pública, por meio de outras formas de ação afirmativa. Há a presença de outras modalidades positivas que

fazem com que o desequilíbrio existente entre os segmentos raciais seja reduzido até se chegar a sua total eliminação, como as ações compensatórias pelo oferecimento de cursos preparatórios gratuitos pelo estado e/ou liberação de recursos financeiros para a preparação de candidatos bem como pelo próprio setor privado com a criação de bolsas de estudos para afrodescendentes como forma de uma melhor preparação para participação no certame. As próprias cotas raciais e sociais existentes nas universidades públicas são medidas que de certa forma promovem um maior equilíbrio entre os concorrentes, já que a minoria socialmente excluída já tem a oportunidade de garantir o mesmo nível de formação profissional e intelectual nas instituições superiores de ensino.

Aferindo o último subprincípio restante, a proporcionalidade em sentido estrito, deve-se verificar se as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens. Analisando racionalmente a questão e observando os princípios regedores da Administração Pública, como impessoalidade, moralidade e eficiência, as cotas raciais não atendem também a esta relação de custo benefício, pois as vantagens conferidas pela reserva de vagas fazendo com que os afrodescendentes tenham as mesmas oportunidades no acesso aos cargos públicos, não superem as desvantagens, já que abre a possibilidade de candidatos com menos condições intelectuais e técnicas exercerem a função pública em detrimento de concorrentes mais capazes e aptos a prestar o serviço público de melhor qualidade e perseguir o seu fim ideal estatal traduzido no incansável atendimento das necessidades públicas.

A jurisprudência pátria já se deparou com a questão da constitucionalidade do sistema de cotas raciais nos concurso públicos em pelo menos duas oportunidades. No primeiro caso o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26089/PR (STJ, 2008) declarou que a lei estadual que prevê reserva de vagas destinadas a afrodescendentes está de acordo com a ordem constitucional vigente. Já no segundo caso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou procedente a Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00 (TJSC, 2007), entendendo que as cotas raciais se consubstanciam em um acesso facilitado aos descendentes afro-brasileiros, sendo inegável se tratar de uma discriminação e distinção entre brancos e negros.

Entretanto o Supremo Tribunal Federal ainda não se deparou especificadamente com o objeto deste estudo, tendo somente uma decisão recente da Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha, confirmada pelo colegiado, negando seguimento ao Mandado de Segurança nº 33072 (STF, 2014), sob o fundamento de que descabe o ajuizamento deste remédio constitucional contra lei em tese nos moldes da Súmula nº 266 do Excelso Pretório. Na oportunidade, o Instituto de Advocacia Racial –IARA, questionava que a Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014) não havia observado o princípio da proporcionalidade de gênero, nem incluído os Poderes Judiciário e Legislativo na norma.

Agora, cabe aguardar se a Suprema Corte Brasileira irá declarar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nos concursos públicos, e se os argumentos serão os mesmos utilizados para a justificação da reserva de vagas nas universidades públicas, quais sejam, de inclusão social dos negros, agora nos setores públicos, como forma de compensação pela dívida histórica existente com relação a este segmento racial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo delineou a distorção histórica de igualdade de oportunidades existente entre afrodescendentes e brancos brasileiros, desde a época da alforria aos tempos atuais, demonstrando o desnível intelectual presente entre os segmentos raciais elencados, e dificuldade de acesso à educação e mercado de trabalho dos primeiros, enaltecendo o importante papel das políticas públicas de ação afirmativa como forma de redução e extirpação dessa desigualdade substancial, com vias a compensar o abandono histórico por parte do Estado e realizar justiça social concretamente.

As políticas afirmativas em prol dos negros e pardos já são uma realidade em nossa sociedade, com o avanço da atuação estatal positiva como na eleição de cotas raciais e sociais para o ingresso nas universidades públicas concretizando o direito social a educação conforme garantido na Constituição da República.

Entretanto, analisando o sistema de cotas raciais nos concursos públicos como forma de acesso a função pública, através da técnica da ponderação e máxima da

proporcionalidade formuladas por Alexy, defendidas por estes autores por entenderem que trata-se de método racional para obtenção da justiça da decisão, essa política de ação afirmativa para inclusão social dos negros na Administração Pública, não se coaduna com o princípio da igualdade, na medida em que se revela em uma diferenciação desproporcional, por não atender o subitem da necessidade na técnica de ponderação, já que há outros mecanismos positivos de diminuição da desigualdade social menos gravosos que concretizam a igualdade de oportunidade como: oferecimento de cursos preparatórios gratuitos pelo Estado; liberação de recursos financeiros para a preparação dos candidatos; oferta de bolsas de estudo para os concorrentes afrodescendentes por parte dos cursos preparatórios particulares; as próprias cotas raciais e sociais existentes para ingresso na universidade pública, que de certa forma, já proporciona um maior equilíbrio entre os aspirantes aos cargos públicos, sem que haja a inobservância dos princípios administrativos da impessoalidade e eficiência.

Para aplicação deste sistema de ação afirmativa traduzido em reserva de vagas para grupos minoritários desfavorecidos, deve-se levar em conta o caso posto em análise, não podendo aplicar a teoria das ações positivas com generalidade e de forma indiscriminada, sob pena de se reproduzir um resultado desproporcional, que ao invés de igualar as oportunidades entre segmentos sociais desiguais, acaba por favorecer indevidamente determinado grupo social .

Por outro lado, revela-se necessária a adoção de outras políticas de ação afirmativas com vistas a diminuir e reduzir a desigualdade de oportunidades que acometem os afrodescendentes, não podendo o Estado nem a sociedade brasileira se furtar de referido mister somente adotando o sistema de cotas como forma de remediar a sua omissão histórica em prol deste segmento social marginalizado, mas procurando solucionar o problema em sua origem, através de fomentação e reestruturação da educação infantil e básica pública de qualidade, com igualitário acesso a todas as raças.

Caso contrário, apoiando-se o governo apenas nas cotas raciais no acesso a função pública, abre margem a eternização de referida diferenciação desproporcional, com prorrogações sistemáticas de prazos de sua validade nos certames, causando no futuro, a transformação da ação positiva de redução de desigualdades sociais em

privilégio injustificado provocando o desequilíbrio entre as raças na igualdade de oportunidades no acesso ao serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. 3ª Tiragem São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALVES, J.A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos. **Rev. bras. polít. int. vol.45 no.2 Brasília July/Dec. 2002**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009. Acesso em 04 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. 1988. Disponível em:<<http://senado.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL, Lei 12.288/2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. *In*: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. 2010. Disponível em:<<http://senado.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL, Lei 12.711/2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. *In*: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. 2012. Disponível em:<<http://senado.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL, Lei 12.990/2014. 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. *In*: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. 2014. Disponível em:<<http://senado.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL, STF, 2014, ADPF 186, Rel.: Ricardo Lewandowsky, DJe nº 205, 17/10/2014.

BRASIL, STF, 2014, MS 33072, Rel.: Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha, DJe nº 156, 13/08/2014.

BRASIL, STF, 2014, Rcl 17585, Rel.: Carmen Lucia, DJE nº 115, 13/06/2014.

BRASIL, STJ, 2008, RMS 26089/PR, 5ª Turma, Rel.: Ministro Félix Fischer, DJe 09/05/2008.

BRASIL, TJSC, 2005, Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2005.021645-7/0001.00, Tribunal Pleno, Rel. :LUIZ CÉZAR MEDEIROS, DJe n.326 08/11/2007.

CABRAL, Bruno Fontenele, CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. A luta em defesa da igualdade e das liberdades públicas no direito norte-americano. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1914, 27 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11777>>. Acesso em: 26 out. 2014.

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

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political philosophical exchange**. London: Verso, 2003

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUNIOR, L. P., MAURO, V.S. da. O sistema de cotas raciais como política pública no brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. **XVIII CONGRESSO NACIONAL COMPENDI UFPB. A Humanização do direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. Direitos sociais e políticas públicas V**. p.316-334, João Pessoa, nov.2014. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4654bbe0a0074175>. Acesso em 30 ago. 2016.

KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. AÇÕES AFIRMATIVAS À BRASILEIRA: NECESSIDADE OU MITO? **Revista Jurídica UNIJUS**, v.10, n.13, Uberaba, p.117-144, nov. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. ed. 12, São Paulo Malheiros, 1999, p. 92.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, nº 221, jul./set. de 2000, p. 84.

OLIVEN, A.C. **Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil**. Educação. Porto Alegre/RS, ano XXX, n. 1 (61), p. 29-51, jan./abr. 2007. Disponível em http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf . Acesso em 18 out 2015.

PINHO, José Antônio Gomes de. Reforma do aparelho do estado: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. **O & S**. V.5 n.12 mai./ago. 1998.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Estudos Feministas**, Florianópolis, p. 887-896, set./ dez. 2008.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, p. 85-99. 1996.

SILVA, Adival do Carmo. **Evolução da administração pública no Brasil e tendências de novos modelos organizacionais 2013**. Disponível em: <http://www.ice.edu.br/TNX/storage/webdisco/2013/12/13/outros/27b4d512efbac7d37520bc37aa78cac1.pdf>. Acesso em : 02 set. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In: Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. MACEDO Jr., R.P. Barbieri, C.H.C.Orgs. Ed. Saraiva, 2011. São Paulo.