

CONGRESSO DE DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

STÉPHANI FLECK DA ROSA

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA

A532

Anais do Congresso de Direitos Humanos [Recurso eletrônico on-line] Congresso de Direitos Humanos: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Livia Gaigher Bósio Campello e Elisaide Trevisam – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-879-0

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

Tema: Acesso à justiça e promoção dos direitos humanos e fundamentais.

1. Direitos humanos. 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Acesso à justiça. I. Congresso de Direitos Humanos (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



CONGRESSO DE DIREITOS HUMANOS

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal de Mato Grosso do Sul

CONGRESSO DE DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

O Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e o Observatório de direitos humanos, desenvolvimento sustentável e acesso à justiça realizou entre os dias 18 e 20 de outubro de 2023 o Congresso de Direitos Humanos, de forma híbrida e com o tema central “Acesso à justiça e promoção dos direitos humanos e fundamentais”, em parceria e apoio da Rede brasileira de pesquisa jurídica em direitos humanos (RBPJDH), do Instituto de Desenvolvimento Humano Global (IDHG), do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

O Congresso de Direitos Humanos, em sua primeira edição abrangeu todas as regiões do Brasil, além da submissão de trabalhos diretamente da Europa e América do Sul. Contou com a participação de docentes, graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores de diversas instituições apresentando suas pesquisas em grupos de trabalho, além de palestras e conferências, promovendo, assim, discussões e debates enriquecedores para a consolidação da pesquisa científica internacional e brasileira.

Contemplando áreas vinculadas aos direitos humanos, foram submetidos mais de 150 artigos científicos, dos quais 100 foram aprovados para apresentação. Esses trabalhos passaram por um processo de submissão e avaliação às cegas por pares. Eles foram distribuídos em 6 Grupos de Trabalho na modalidade online, abrangendo diversas áreas do direito. Além disso, mais de 100 acadêmicos se inscreveram como ouvintes para participar do evento.

Resultado de um esforço em conjunto, o evento promoveu contribuições científicas valiosas na área de Direitos Humanos entre os participantes do evento, palestrantes e docentes notáveis na comunidade acadêmica. As pesquisas apresentadas durante o Congresso demonstram a importância do debate e estudo das temáticas pertinentes à sociedade contemporânea.

É com grande satisfação que apresentamos os Anais que podem ser prontamente classificados como elementos de significativa importância no conjunto de publicações dos eventos científicos. Isso ocorre devido à sua capacidade de documentar conhecimentos que,

no futuro, servirão como referência para direcionar novas investigações, tanto a nível nacional quanto internacional, revelando avanços notáveis dos temas centrais que constituem o cerne dos estudos na área jurídica.

Desejamos uma excelente leitura.

Vladmir Oliveira da Silveira

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

Elisaide Trevisam

Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Vice-Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável.

**A AÇÃO AFIRMATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL –
APLICABILIDADE DO DECRETO ESTADUAL N.15.788/2021 NAS COTAS
RACIAIS.**

**THE AFFIRMATIVE ACTION OF THE STATE OF MATO GROSSO DO SUL –
APPLICABILITY OF STATE DECREE N.15.788/2021 IN RACIAL QUOTAS.**

André Luiz Matos Bezerra

Resumo

Quais são os critérios de avaliação fenotípica da afirmação das pessoas que se definem pardo e/ou preto? Quem são os agentes confirmadores dessa auto declaração? Como ocorre a aplicação da política de ações afirmativas em concursos públicos do poder executivo? Em decorrência do princípio da igualdade, o Estado de Mato Grosso do Sul promulgou a lei estadual n. 3.594/2008 de Cotas Raciais, regulamentada pelo decreto normativo n.15.788 /2021, visando isonomia fática. Será que a regulamentação atende as perguntas acima?

Palavras-chave: Ações afirmativas, Isonomia, Princípio da igualdade, Regulamentação, Concurso público

Abstract/Resumen/Résumé

What are the phenotypic evaluation criteria for people who define themselves as brown and /or black? Who are the confirming agents of this self-declaration? How is the affirmative action policy applied in public examinations in the executive branch? As a result of the principle of equality, the State of Mato Grosso do Sul enacted state law no. 3.594/2008 of Racial Quotas, regulated by normative decree n.15.788/2021, aiming at factual equality. Does the regulation answer the questions above?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative actions, Equality, principle of equality, Regulation, Public tender

INTRODUÇÃO

O presente analisará o decreto normativo n.15.788 de 2021 do estado de Mato Grosso do Sul, o qual é um dos pioneiros na realização de concursos públicos aplicando o sistema de reserva de vagas, regulamenta a lei estadual n. 3.594/2008 de Cotas Raciais e a Lei n. 3.181/2006 de reserva de vagas as Pessoas com Deficiência - PcD.

A norma regulamentadora, instituída em outubro de 2021, trouxe padrões observados nos concursos públicos para preenchimento de vagas do executivo estadual, delimitando as avaliações dos candidatos autodeclarados negros ou índios e dos inscritos como pessoa com deficiência, sendo legalidade necessária na realização dos certames da administração direta e indireta do Estado.

Nos tópicos a seguir iremos nos debruçar dentro de argumentos que constituem os pilares de ações afirmativas como política pública fomentadora de equidade real, utilizando-se dos exemplos realizados em outros países, assim como a construção doutrinária no direito brasileiro, o qual frutificou algumas lei de normas que tratam dessa aplicabilidade.

Vale lembrar, o executivo federal reserva vagas conforme a Lei 12.990/2014, a qual destina de reserva de 20% aos que se considerarem negros, têm-se em vista, por sua vez, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) reservando aos candidatos indígenas, 116.346 mil auto declarados de povos originários, os auto declarados 45,3% como pardos e 10,6% como pretos da população brasileira e do Mato Grosso do Sul com 44,1% como pardos e 4,9% como pretos¹, considerando que pertence a este estado a segunda maior população indígena do país, (BRASIL, IBGE, 2022).

Desse modo, observaremos os pilares fomentadores de políticas públicas denominadas de ações afirmativas, a implantação de cotas raciais em nossa sociedade sul-mato-grossense, através das reservas de vagas em concursos públicos como fator de desenvolvimento social.

1. MINORIAS E AÇÕES AFIRMATIVAS

A presente parte tratara de identificar as minorias circunstanciais, diante de diversidade étnica cultural que permeia a região e o Estado brasileiro, tendo como grupo minoritário os

¹ O censo demográfico ainda não foi consolidado no dia de hoje, 18/09/2023, por isso se utilizou os dados específicos de população de pretos e pardos consolidado do censo demográfico de 2010 para mencionar especificamente os auto declarados pardos e pretos no estado de Mato Grosso do Sul.

vários grupos de povos nativos e de afrodescendentes, este último evidentemente abarcado pela minoria qualitativa nos ambientes de acessão de classes.

Nesse interim, partimos do ponto de minorias entabulado pela ilustre ministra do Supremo, Carmem Lúcia Rocha: “[...]Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder [...] (ROCHA 1996, p.285)”.

Cumpre salientar que estas políticas vêm se desenvolvendo através do plausível inconformismo do movimento negro em várias ocasiões, principalmente no século passado, ganhando maior visibilidade após o projeto da UNESCO proposto pela ONU, o qual desmascarou a falsa democracia racial, que foi primeiramente preceituada na obra de Gilberto Freire, pois se buscou a possibilidade de paz racial em nosso país como meio de se resolver os inúmeros conflitos étnicos (ou raciais) espalhados no mundo pós-guerra (VIEIRA, 2007).

O movimento negro só obteve sucesso indiretamente, após longa caminhada durante o século passado, sobrevivendo às ditaduras Vargasista e pós-golpe de 64, com a proposta de revisão do projeto da constituição de 1988, pelo então deputado constituinte Florestan Fernandes (pesquisador do projeto da UNESCO), no capítulo destinado a Ordem Social, oficializando a necessidade de ações afirmativas (J. SILVA, 2005).

Ademais, cabe salientar pela expressividade literal na Constituinte, deixou mais claro a aplicação das políticas sociais através de cotas através do Art. 37, §8º, da CF/88, prevendo reserva de vagas às Pessoas com Deficiência - PcD na investidura do funcionalismo público, por meio de concurso público, “*in verbis*”: “[...] reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência [...]”.

Assim, não se gerou polemica na criação e aplicação da Lei destinando cota em concurso público destinada aos deficientes físicos e sensoriais, em razão da expressa literalidade constitucional da necessidade de Ação Afirmativa nesse caso, composta por meio das leis federais 7.853/1989 e 8.112/1990.

Nesta toada, os povos originários são considerados os primeiros marginalizados na sociedade brasileira, uma vez que seus direitos naturais e respaldo cultural foram, durante tempos, ignorados em decorrência de sua adversidade a cultura expansionista capitalista empregada pelos europeus lusitanos, os quais ao adentrarem neste pedaço de América implantaram uma série de explorações (ALMEIDA e TEIXEIRA, 2011).

Embora seja a criação do Serviço de Proteção aos Indígenas - SPI, criada em 1910, dirigida primeiramente pelo emblemático Marechal Rondon, à época tenente-coronel, o primeiro ato estatal para cuidar dessa minoria. Essas políticas públicas eram voltadas para tutelar os indígenas que até então não teriam direitos civis para daí civiliza-los, como se fosse necessário trazê-los a cultura ocidental, no intuito de transformá-los em pequenos produtores rurais, mesmo, posteriormente, com a criação da Fundação nacional do Índio - FUNAI, em 1961, manteve-se o desrespeito à diferença cultural dessa minoria (PAULINO, 2008).

Essa concepção só foi aos poucos mudando, dando respaldo ao direito a ser diferente e não sofrer discriminação, oficializada pelo estado brasileiro a partir da promulgação do Estatuto do Índio, a Lei 6.001/73, e tomou, ainda, mais fôlego com a previsão constitucional elencada pela Constituição Federal de 1988, que determina a proteção aos costumes, a cultura e a terra desses povos originários (ALMEIDA e TEIXEIRA, 2011).

Por isso, cada vez mais se deve a pesquisa de aplicabilidade das ações afirmativas aos grupos considerado minorias qualitativamente, a fim de se confirmar se a temporalidade e efetividade da política pública atendem o princípio da igualdade, em seu viés material.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DE IGUALDADE

Leva-se em consideração que o termo ações afirmativas engloba uma série de estratégias, iniciativas e políticas, que objetiva a reparação de grupos ou segmento social que devido a circunstâncias de outrora ou atuais estão em condições desfavoráveis principalmente por causa da discriminação negativa (MENEZES, 2021).

As ações afirmativas são definidas como sendo de natureza temporária, remediando as cicatrizes do passado, persistentes, das quais deixaram um grupo vulnerável, pelos descriditos juntados no decorrer do tempo, que fomentou a discriminação e desigualdade estrutural, permanente nos dias atuais, assim, visa ação positiva, reparadora ou a aliviar as desproporcionalidades preexistentes, com o fim de transitar da igualdade formal exposta no papel para a igualdade de material (PIOVESAN, 2005).

A política pública de ação afirmativa de cotas raciais busca concretização da igualdade material, pois ao contrário das ações proibitivas, não discriminatórias, essa últimas atuam somente após a ocorrência do fato, corretiva, e de certa forma para coibir. Assim, J.B GOMES pontua que há necessidade de implantação dessas políticas sociais quando se visualiza a predisposição de desigualdade fáticas atingindo determinado grupo em relação a outro grupo,

desse modo, tornam-se plausível a adoção de decisões políticas capazes de superar ou atenuar esta desigualdade (GOMES, 2001).

As ações afirmativas além destas características serem focadas na reparação, como também serem preventivas e diversificadoras, agindo de várias formas, não só no âmbito público como no privado. Destaca que as ações afirmativas buscam proporcionar ao consciente uma mudança de postura para não mais existir na sociedade as falácias de supremacia e de subordinação de um grupo em benefício de outros, de gêneros sobre o outro, surgindo daqui mais uma característica, modificativa da cultura, pois cria exemplos para tal feito, sendo capazes de elaborar reestruturação no pensamento comum proporcionando de fato o respeito à diversidade e ao pluralismo (GOMES e SILVA, 2003).

A afirmação estabelecida pelo cristianismo, “todos os homens são iguais perante Deus”, embasou a filosofia moderna, mais precisamente Hobbes, Kant, Locke e Rosseau, fomentadores da Teoria Contratual, o qual serviu para impulsionar as revoluções que deram fim aos governos medievais, ou como enuncia SILVA JR “institucionalizou o postulado igualitarista derivado da ética cristã, segundo a qual todos os seres são dotados da mesma dignidade”.

LOCKE (1996), trata igualdade partindo do teocentrismo, onde todos os homens são iguais perante Deus, sem subordinação, todavia, conceitua que as subordinações existentes só seriam possíveis por permissão divina. Conquanto, melhor se visualiza a afirmação quando se associa liberdade e igualdade, fundamentais para a construção da teoria do Contrato Social, considerando ambos os valores inalienáveis, e é o que observamos a seguir:

Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determinada todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano. (LOCKE, 1996, p.86)

ROSSEAU (1999) no “Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens”, buscou descrever as fontes da discriminação, tratando da igualdade neste antônimo, concluindo que as mesmas não são naturais do homem. Ilustrou que as diferenças políticas e/ou sociais são postas unicamente pelo convívio, uma vez que o homem no estado natural exercia a compaixão com os demais, enquanto o homem em convenção, extinguindo o

estado de guerra, se vê obcecado pela competição, detido no “discrímem”, conforme afirmativa abaixo:

[...] uma a que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das desigualdades moral ou política, por depender de uma espécie de convenção a ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, por serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles.(ROSSEUAU,1999, p.159).

Observa-se que estas políticas sociais visam o senso de justiça social, sem destoar do senso de equidade, pois são pontos de partida ou de chegada a consubstancia do direito de igualdade material, seja em pé de direitos ou obrigações o justo deve ser implantado como uma correção moderada, em razão da realidade em que vivem as minorias. Assim, para melhor se entender as Ações Afirmativas, BELLITANE, divide da seguinte maneira:

O fato é que as ações positivas, com vistas a obter uma igualdade substancial, podem ser de dois tipos: as que visam eliminar os obstáculos fáticos que impedem a igualdade de oportunidades (igualdade na partida); as que buscam garantir uma igualdade de resultados (igualdade na chegada) (BELLITANE, 2006,p. 46).

Ante o exposto, o Estado brasileiro firmou o compromisso de tratar da discriminação, coibindo-a, desabonando-a pelos meios de políticas de ações afirmativas, em 21 de dezembro de 1965, através Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a qual foi disposta na Resolução 2.106-A em acordo perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo ratificada pelo Congresso Nacional em 27 de março de 1968 (PIOVESAN, 2005).

Ruy BARBOSA (1997), seguindo a lição de Aristóteles, trouxe que igualdade consiste tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, e que se não for neste sentido não se encontrará a verdadeira igualdade, “*in verbis*”:

[...]A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria [...](BARBOSA, 1997. p.26)

Portanto, considera políticas públicas de ações afirmativas o corrigir de tratamentos discriminatórios, levando-se em conta não apenas o indivíduo e sim o grupo a que pertence, para destoar da desigualdade com a finalidade de igualar (FERREIRA FILHO, 2012). Como também² que o objetivo das ações afirmativas é a neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, idade, de origem nacional e de compleição física,

[...]Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais (GOMES e SILVA, 2003, p.90).

Ilustrando bem este objetivo o artigo “Conhecer a História: pressupostos a ações afirmativas”, a necessidade de iniciativas da direção, administrativamente, para proporcionar um melhor desenvolvimento ao todo grupo civilizacional que compõe a nação, através desta simples narrativa:

Era uma vez um criador de porcos. Um dia de muita alegria na casa do criador de porcos. Uma das porcas deu cria e nasceram doze leitões. Passadas algumas semanas, o criador, homem inteligente e bom administrador do chiqueiro, percebeu que p quatro dos leitões não estavam desenvolvendo como os demais. Passou então a observá-los. Notou que na hora de mamar, os demais corriam rapidamente e empurravam esses quatro pra fora das mamas, só permitindo que estes mamassem após eles se fartarem. Alguns dias de observação, o criador concluiu que o não desenvolvimento estava associado à má alimentação ou a falta dela. Estrategicamente, separou todos os leitões da porca-mãe. Na hora de mamar, soltava primeiro os leitões fraquinhos. Depois que estes se fartavam de leite, o administrador do chiqueiro soltava os demais. No decorrer de dois meses percebeu que havia encontrada a solução. Conseguiu assim recuperar os leitões fraquinhos e colocá-los no mesmo nível de desenvolvimento em que se encontravam os demais. Então chegou a hora de juntar todos novamente, pois as condições de disputa das tetas agora era igual. E assim se fez ação afirmativa [...] (J.G.ROCHA, 2007, p.87).

O desenvolvimento se dá pela garantia de que não só um grupo, para não virar oligarquia, mais todos os grupos que compõem o estado democrático de direito tenham seus direitos fundamentais saciados, tendo como problema a maneira como esta disposição é gestada pelos governantes.

Tais direitos são proclamados não só internamente, como na comunidade internacional em razão do enriquecimento dos assim conhecidos direitos humanos (internacionalizados através de tratados), sendo estes resguardados obtém, dessa maneira, o produto destes direitos, como bens fundamentais, a exemplo da educação e do emprego, os quais, segundo o ilustre

autor, através das ações afirmativas se concretizam aos demais em vulnerabilidades (GOMES, 2003).

Conclui-se, melhor, o objetivo das políticas sociais, Ações Afirmativas, através dos dizeres da ilustre ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rochas, “*in verbis*”:

É importante salientar que não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das majorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade (ROCHA, 1996. p.288-293).

Na verdade, não se quer perpetuar as discriminações já existentes, nem se promover a desigualação por meio destas políticas sociais, prima-se pelo fiel equilíbrio da balança social, justo, sendo necessário remediar, e, ainda, melhor, prevenir. E é o que a ministra denota das aplicações em outros estados que implantaram as mesmas medidas.

Se observa alguns critérios para auferir a constitucionalidade das ações afirmativas, as quais são chamadas de regras, sendo a objetividade, proporcionalidade, razoabilidade, finalidade, temporalidade e não onerosidade, segundo FERREIRA FILHO (2012).

Segue essas regras para implantação de ações afirmativas constitucionais, onde se identifica qual grupo será atendido, devendo ser inserida na medida certa, adequando-se ao ponto em que se encontra a desigualdade, pois o que se almeja é a igualação, dentro de um tempo razoável, afim de que tais medidas não onere o todo social, prejudicando outro grupo não beneficiado (FERREIRA FILHO, 2012).

Sendo assim, o esboço verificará, abaixo, se o decreto normativo estadual se encaixa como basilar a aplicação da isonomia fática, como ação afirmativa nos concursos públicos, como fomentador do princípio da igualdade.

3. APLICABILIDADE DE RESERVAS DE VAGAS PELO MUNDO

Um dos primeiros países a implantar estas políticas como prioridade foi os Estados Unidos da América, em meados de 1935, no Ato Nacional das Relações de Trabalho, para impedir a discriminação nas relações de trabalho, sendo os empregadores impedidos de promover qualquer repressão aos membros de sindicatos que fossem de seus quadros de funcionários (BELLINTANI, 2006).

Mas a expressão *Action affirmative* só foi utilizada pela primeira vez no governo Kennedy, referindo-se as políticas repressivas a discriminação no emprego, onde a vítima candidata a uma vaga de emprego, de qualquer forma hostilizado em razão de raça, sexo ou etnia, era motivado a ingressar ação judicial com fim de reparação do constrangimento sofrido em razão da discriminação racial (TOMEI, 2005).

Todavia, só em 1964 é que o governo Federal estadunidense implantou as ações afirmativas para preenchimento de vagas em seu quadro de funcionalismo, mais tarde se ampliou prevendo-a para mulheres, incluindo mulheres de grupos minoritários também. Com o advento do Civil Rights Act de 1964, desde 1972 os empregadores são obrigados a contabilizar a quantidade de funcionários por raça, e esta obrigação se estende aos sindicatos e agências de emprego, como meio perspicaz de diminuir a diferença de contratação de uma maior grupo racial em detrimento de outro grupo racial (TOMEI, 2005). Os EUA, foram considerados pioneiros na implantação em virtude da marginalização da comunidade afrodescendente tanto na relação social quanto na desproporcionalidade econômica.

Cabe ressaltar que as Ações Afirmativas nos EUA ganhou seu contorno de importância somente na década de 70, posto que fosse a partir desta passou-se a acionar o poder judiciário para aplicação destas políticas sociais, em razão do sistema *Common law*, vindo a Suprema corte americana dirimir os conflitos referente à constitucionalidade das leis que previam cotas raciais no ensino superior, como exemplo do caso Universidade da Califórnia contra Allan Bakke.

Mesmo com esta tomada de decisão, a Suprema Corte americana não só se fixou neste sentido, teve posteriormente decisões contrárias em diversos casos. Esta divergência serviu para aprimorar o debate, criando mais requisitos para formulação e aplicação das Ações afirmativas, desenvolvendo-se portanto um exame judicial complexo ou "*strict judicial scrutiny*", também, pontua-se o direito mínimo ou "*rational basis test*" (LENSUE, 2009).

Na Malásia, desde 1970, com o finto de erradicar a pobreza e igualar as raças, nativos ou não, se buscou com a implantação de cotas em universidades e em empregos nas empresas privadas estrangeiras, para favorecer a etnia bumiputras, nativos do país, que até 1969 sofriam com as disparidades de oportunidades quando em concorrência com os povos não nativos, cessando uma série de homicídios de pessoas de origem chinesa, dos quais se apurou como autor os nativos, que usavam como protesto a desigualação existente (TOMEI, 2005).

Já na Irlanda do Norte, o conflito discriminatório tem haver com a opção religiosa, por isso o governo Norte-irlandês promove a fiscalização de postos de trabalho, sendo o empregador obrigado registrar a opção de religiosa de seus empregados e verificar se não estão sofrendo discriminação por parte dos outros empregados, bem como promover a qualificação igualitária para ocupação igual entre empregados católicos e protestantes. E estas proposições, também, são aplicadas no quadro de funcionários públicos (TOMEI, 2005).

Segundo Manuela TOMEI (2005), na África do Sul, forte no combate à discriminação, motivado pelo fim da Apartheid, visou-se promover a oportunidade igual de emprego e controle do enriquecimento de alguns subgrupos raciais (existem várias etnias, tribos distintas) em detrimento dos demais, visualizando que há subgrupos marginalizados, sendo favorecido a estes a criação de seus próprios empreendimentos.

Ressalta-se a implantação de diversas leis buscando realmente a igualdade material, políticas sociais denominadas pelo governo Sul-africano de Atos: o primeiro entrou em vigor em 1988 - ficando a igualdade nas relações de emprego, o segundo em 1998 - desenvolvimento de habilidades, ato de 2000 - combater a discriminação injusta, e o último entrou em vigor em 2003- objetivando o aumento de negros como gerentes ou donos de seus próprios empreendimentos (TOMEI, 2005).

Na Índia, têm-se, das Ações Afirmativas, a bem sucedida implantação do sistema de cotas em concurso público, visualizamos que a atual governadora do estado da Nova Deli, segundo principal estado da Índia, e onde se localiza a capital nacional, tem sua origem na casta considerada até então como renegados ou intocáveis (LIMA, 2009). As políticas sociais neste país busca promover a igualdade material ao fomentar o desenvolvimento financeiro e a geração de oportunidade de emprego das castas e tribos menos favorecida, diante da milenar divisão social que o país, ainda, mantém. Hoje se tem na Índia como mais notável política afirmativa a *National SC and ST Finance Development Corporation*, que busca promover aquelas medidas expostas (TOMEI, 2005).

Diante do exposto, se evidencia que as experiências de reserva de cotas implementada como política pública em seu teor não discriminatório através de ação afirmativa, vem se demonstrando com ferramenta útil a igualdade material.

4. COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO E A NORMA EXPRESSA.

Antes de adentrarmos propriamente na regulamentação das reservas de vagas nos certames públicos, se esclarece que as ações afirmativas, quando abordam ações do poder público através de políticas de fomentação de emprego e/ou trabalho, são divididas em três grandes categorias, quais sejam: “medidas de divulgação e recrutamento, metas para as políticas públicas de aquisição e metas de contratação e promoção.”(TOMEI, 2005, p.19)”

Na divulgação e recrutamento o objetivo é encorajar o membro do grupo discriminado a concorrer a uma oportunidade de trabalho, por meio de divulgação focada em leva-lo a tal ponto, e o de recrutamento visa dar-lhe condições de concorrer à vaga, promovendo curso de preparação antes da realização de contratação, desenvolvendo habilidades e competências, para que se tenha igualdade na concorrência com outros indivíduos de outros grupos não discriminados (TOMEI,2005).

Já as metas para as políticas públicas de aquisição, busca privilegiar a contratação de empresas cujo quadro de funcionários haja uma porcentagem, cota de indivíduos de grupos discriminados, ou seja, o governo busca contratar empresas para fornecimento ou prestação de serviços que sigam a implantação de ações afirmativas (TOMEI, 2005).

Por fim, as metas de contratação e promoção, no qual há estabelecimento de cotas para admissão, treinamento, promoção e demissão, definindo números de indivíduos a cada caso, visa-se a igualdade estabelecendo estas regras, impedindo continuar a discriminação de certos grupos em razão da raça, etnia, religião e ou outros modos de discriminação, estabelecendo cotas, sendo constituídas com fim em si mesmas (TOMEI, 2005).

O decreto normativo n.15.788/2021, de publicação no dia 13/10/2021, revogou o decreto n.13.141 de 31/03/2011, sendo o terceiro do estado a tratar do assunto, o primeiro foi o decreto n.12.810 de 08/07/2009, o qual previa reserva apenas aos pretos, sem estender aos povos originários, e ao terceiro coube o procedimento de avaliação dos candidatos autodeclarados negros ou índios e dos inscritos como pessoa com deficiência.

Assim, a primeira redação da Lei n.3.594/2008, de 10/12/2008, foi alterada com a entrada em vigor da Lei n.3.939, de 21/07/2010, ampliando a previsão de reserva de vagas no

funcionalismo público aos povos originários. E agora por último fora novamente reformulada pela Lei n.4.900, de 27/07/2016, ampliando as reservas de vagas de 10% para 20% aos pretos e pardos.

Antes de adentrar na leitura desse decreto normativo, importante a tratarmos da definição de lei, cujo sentido se toma como amplo desde as primeiras positivções a época da República Romana (A Lei das XII Tábuas é considerada a primeira positivção), se contrapondo ao costume que é naturalmente não escrito, torna-se escrita, existe, fixa-se, para assim ser lida, obrigando a todos a lhe cumprir (DINIZ, 2009).

Não obstante disso, DINIZ(2009) e FERRAZ JR (2003) conceituam que o sentido expresso na Constituição Federal (“*in loco*” Art.59, I a VII) é o de Lei em sentido amplo, pois abrange todos os atos do processo legislativo e atos normativos emanado do chefe do Executivo do ente federativo, a exemplo os decretos emitidos especialmente com o finto de estabelecer a regulamentação das leis.

Embora tenha poder de lei, em seu sentido amplo, o decreto (nesse caso decreto normativo, nomenclatura adotada neste estado), são atos normativos secundários, cujo fundamento normativo subordina a uma lei já existente, não diretamente da Constituição, (DINIZ, 2009).

Sabe-se que a competência para expedição de decretos esta no artigo 84, inciso IV, da constituição federal, considerados como atos infralegais, pois não integram o processo legislativo, sendo editados puramente para satisfazer a regulamentação das leis as quais se propõem regulamentar, explicitando-a, detalhando conteúdo da lei (PAULO e ALEXANDRINO,2012).

Nesse diapasão, MELLO (2010) ensina que decreto regulamentar ou regulamento, ou nesse caso, decreto normativo, são atos gerais e abstratos, os quais competem privativamente ao chefe do poder executivo, expedindo-os com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais necessárias a Lei que lhe exprimiu validade de ato secundário.

Na lição do professor Paulo de Barros Carvalho, primeiro se identifica se a norma é valida ou não valida, partindo-se da análise se foi inserida no ordenamento jurídico de maneira correta e por autoridade competente, e, ainda, conceitua que cada norma traz em sua essência proposições prescritivas, sendo o estudo intrínseco a ciência do Direito (CARVALHO, 2012).

Desse modo, no presente esboço buscara com os métodos de interpretações existentes (literal, lógico, sistemático ou histórico, evolutivo ou teológica/sociológica), postulados pela hermenêutica, aclarar o decreto normativo alvo deste estudo.

Como leciona MONTOURO (2009, p.424): “A interpretação sociológica baseia-se na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidades sociais. Essa adaptação está prevista no art. 5 da Lei de Introdução ao Código civil [...]”

Para concorrer a uma das vagas do programa de reserva de vagas deste estado o candidato preenche um formulário declarando ser negro (considera-se pardo), ou se for o caso preenche o formulário declarando ser indígena, indicando qual das duas opções deseja concorrer para obter a vaga reservada destinada a destes dois grupos dentro da porcentagem legal (cf. Art. 13, § 1º, do Decreto Normativo).

Já a conclusão que considera o candidato negro ou indígena considera-se complexa, uma vez que devendo haver a declaração do candidato no momento da inscrição, onde também a opção de concorrer na reserva de vaga simultaneamente ao meio convencional ou apenas no meio convencional, há em seguida uma aprovação ou não pela Comissão Especial designada para cada caso (cf. Art. 13, § 2º do Decreto Normativo) para entrevista os candidatos, que será a seguir esmiuçada.

5. COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO NO DECRETO N.15.788 DE 2021.

No entender do decreto normativo vigente coube a Secretaria de Administração do estado a designação de duas comissões para promover a entrevista dos candidatos que se declararam em uma das raças cotistas (cf. inciso III do art.7º do Decreto Normativo).

Diferente das disposições contidas no decreto normativo revogado, o decreto normativo n. 15.788/2021, estabelece comissão de maneira mais curta elencando atributos aos possíveis membros como possuir reputação ilibada, residência no país e de forma preferencial apresentar experiência nos assuntos de igualdade racial e enfrentamento ao racismo (inciso I,II, III, do §1º, do art.16 do Decreto).

Foi retirado da regulamentação as indicações de um representante da Coordenadorias de Políticas para promoção da Igualdade Racial, um membro representante do Fórum Permanente das Entidades do Movimento Negro de Mato Grosso do Sul e um representante do Conselho Estadual dos Direitos do Negro (CEDINE), na verificação dos autodeclarados pretos.

Outrossim, o novo decreto não consta em sua redação na comissão de verificação de povos originários representantes de sua composição de um representante da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e de um representante do Conselho Estadual dos Direitos do Índio (CEDIN).

Entretanto, a Comissão designada para confrontar a candidatura do declarado indígena que deseje concorrer a reserva de vaga, será confrontada pela mesma a certidão administrativa emitida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas (RANI).

Permanecendo apenas na regulamentação da Ação Afirmativa, de reserva de vagas a verificação da autodeclaração de preto, a composição de servidores indicados pela Secretaria de Administração e Desburocratização – SAD, ao integrar o funcionalismo público no geral, conforme dispõem o inciso III, do §1º do art. 7º do Decreto.

Cabe apenas distinção dada pelo novo decreto a comissão de reserva de vagas nos concursos dos quadros do funcionalismo público dos concursos públicos para preenchimento de vaga na Procuradoria Geral do Estado e na Universidade Estadual, respectivamente os incisos I e II, do §1º do art. 7º do Decreto.

A Comissão designada para analisar as declarações destinadas para a reserva de vagas aos que se declararem pretos e/ou povos originários, levará em consideração para avaliar a declaração do candidato o fenótipo, não importando as avaliações de outros certames, de acordo com expresso nos artigos 18 e 19 do Decreto Normativo.

Ocorre que o novel deixou de tratar por vários assuntos tratados pelo decreto normativo revogado, como exemplo os casos identificação de má-fé, a penalização ou a exclusão do certame, ou caso já tenha ocorrido, e tenha sido nomeado será demitido, respeitando-se todo pertinente processo administrativo, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa, que apurará tais fatos que levou a consideração da má-fé.

Outro ponto também não abordado está nos casos não entenda ser o candidato da raça declarada, mas haja dúvida razoável, a possibilidade do candidato continuar participando do concurso público nas vagas destinadas a ampla concorrência, bem como os candidatos que tenham se inscrito para concorrerem à reserva de vaga e ausentes a entrevista. E por fim, a possibilidade de concorrer tanto na vaga reservada quanto na vaga de ampla concorrência.

Insta esses detalhes principalmente em razão do respalda do princípio da legalidade, onde todo processo deve estar vinculado pela lei, todo o processo de entrevista devera, assim

como toda a realização do concurso, seguir os liames previsto no edital, por sua vez vincula-se as normas de direito público vigentes, dentro do que leciona DI PRIETO.

E aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite [...]. [...] a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei (DI PIETRO, 2023, p.62).

Entretanto, repetiu-se as redações de que nos casos em que não se tenha classificado nenhum candidato inscrito na reserva de vaga, a vaga faltante será destinada aos que candidatos classificados que concorreram às vagas de ampla concorrência (conforme o §3º do art.4º do Decreto Normativo). Ademais, o caput do o artigo 4º prevê:

° A publicação do resultado final do concurso será realizada em 4 (quatro) listas, contendo uma a pontuação de todos os candidatos, incluídos os candidatos com deficiência, negros e indígenas, e as demais somente a pontuação daqueles que se inscreveram para as vagas reservadas à pessoa com deficiência, ao negro e ao indígena.

Bem verdade que o decreto Normativo revogado constava regulações não estavam previstas nas leis n.3.594/2008 e n.3.939/2010, lembrando que a segunda modificou a primeira prevendo cotas aos indígenas, salienta-se que o decreto normativo não tem a natureza de inovar, estava previsto algumas inovações irregulares: a) estava previsto de forma irregular que seria levado em consideração a maior pontuação que lhe classificou, a reserva de vagas aos negros e indígenas, tendo a cada 10 vagas da ampla concorrência destinada uma vaga ao primeiro candidato negro classificado; b) que iria concorrer nas vagas de ampla concorrência e na vaga reservada, e nos mesmos moldes, uma vaga a cada trinta e quatro vagas será destinada ao primeiro candidato indígena; e, c) se caso ocorra algum empecilho será destinada a vaga ao candidato de melhor colocação subsequente que além desta vaga concorreria de ampla concorrência.

Portanto, apesar de pontual nas supressões necessárias para não estender o poder de inovação ao decreto regulamentador, o novo decreto normativo, visando aplicabilidade das ações afirmativas pelo Estado, se demonstra reducionista das conquistas alcançadas até 2021, pelo abertura expressa do decreto normativo revogado.

CONCLUSÃO

As políticas de Ações afirmativas, para reparar e/ou distributivas, focadas na promoção de meios a fim de beneficiar pessoas de grupos, vítimas de discriminação, em estado de

desigualdade ou exclusão socioeconômica, neste momento ou em gerações passadas que impediram o real desenvolvimento atual, visa-se o aumento das minorias, no processo político, permitindo o acesso a emprego, bens materiais, trazendo respaldo à diversidade de cultura.

Assim, se previne de eventuais desigualdades ao implantar políticas sociais (Ações Afirmativas) corrigindo vícios pré-existentes que podem acarretar a discrepância, trata-se de meios que buscam destituir os vínculos discriminatórios, sofridos por um indivíduo ou grupos de indivíduos em decorrência dos termos definidores de etnia, raça, religião, opção sexual ou gênero, origem socioeconômica, casta ou classe social.

Estas políticas atingem preventivamente, mas também serve como reparação dos efeitos da discriminação negativa. São complementares das medidas puramente antidiscriminatórias, uma vez que estas atuam por meio de repressão aos discriminadores ou de conscientização dos indivíduos que podem vir a praticar atos discriminatórios, enquanto as primeiras busca transpor as barreiras da igualdade material.

O Estado se abstém de discriminar, forte no princípio de igualdade formal, perpetuado em quase todos os dispositivos constitucional pelo mundo contemporâneo, todavia, o Estado não pode se abster de inverter uma desigualdade estabelecida e deixar de impedir que outra se instale.

Destarte, inclui-se a inserção dos modos de integralização e revência de etnia e cultura, e principalmente da concretização do direito de igualdade, diferenciando-se das outras políticas pelo fato de que visa proporcionar barreiras à discriminação negativa, por isso ação positiva, afirmativa.

Portanto, acertada a manutenção da norma regulamentadora, em reservas de vagas às cotas raciais e aos PcD, apesar de ter suprimido partes inovadoras, traz estabilidade legal ao sistema constituído para essas ações afirmativas, porém poderá trazer fragilidades alguns pilares da reserva nos concursos públicos que poderá ser alvo de outra pesquisa mais profunda.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Hélio Santos de, e TEIXEIRA, Maria Cristina. Artigo: Ações Afirmativas como Medida de Proteção das Minorias. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 8, n. 8, 2011.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ação Afirmativa e os Princípios de Direito – A Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CARVALHO, Paulo Barros de. Curso de Direito Tributário. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33 ed. Editora Atlas, 2023.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação. 4ed. São Paulo, Atlas, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As Ações Afirmativas e Os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva. em Série Cadernos do CEJ, 2003, 24ªed.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto das ações afirmativas pelo direito constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 38, n.151, jul./set. 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate Constitucional sobre ações. In: Santos, E. dos Lobato, F. (orgs.). Ações Afirmativas, 2003.

LENSUE, Gizela. Dissertação de mestrado - Políticas de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia. Ponta Grossa, 2009.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa (Affirmative Action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição, Ed. Malheiros. Revista e Atualizada, 2010.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULINO, Marcos Moreira. Tese de Mestrado: Povos Indígenas e Ações Afirmativas: O caso do Paraná. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Educação. Rio de Janeiro, 2008.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 9ed. São Paulo, Método, 2012.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 18/09/2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1996.

ROCHA, José Geraldo. Artigo - Conhecer a História: pressuposto para a ação afirmativa – em Diversidades & Ações Afirmativas, por I.SANTOS e J.G.ROCHA (orgs.). Rio de Janeiro: CEAP;2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, Joselina; artigo Movimento Negro no Brasil : Uma História de lutas pela igualdade racial – em Diversidade & Ações Afirmativas; Ivanir dos Santos e José Geraldo da Rocha (orgs.) – Rio de Janeiro: CEAP, 2007.

VIERA, Andrea Lopes da Costa. A experiência de Ações Afirmativas no Brasil: questões sobre a implantação, institucionalização e manutenção - em Diversidade & Ações Afirmativas; Ivanir dos Santos e José Geraldo da Rocha (orgs.) – Rio de Janeiro: CEAP, 2007..

TOMEI, Manuela. Ação Afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios em projeto Igualdade Racial da OIT/BRASIL. Brasília, 2005.