

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JUVÊNIO BORGES SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

D597

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

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Rogerio Luiz Nery Da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-449-5

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Cooperativismo.
3. Cotas.
4. Vulnerabilidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro Direito Sociais e Políticas Públicas I. O livro é composto de vinte capítulos e é fruto dos artigos que foram apresentados no Grupo de Trabalho com o mesmo nome no XXVI Encontro Nacional do Conpedi em Brasília no dia 21 de julho de 2017.

Os trabalhos, com excelente qualidade, com a participação de autores pesquisadores de várias regiões do país, traduzem a preocupação científica teórica e empírica envolvendo questões de ordem geral sobre efetividade da igualdade e o sistema de cotas em concurso público, efeitos constitutivos da lei e suas repercussões na defesa do meio ambiente, o cooperativismo e o novo marco regulatório, análise da legislação de cotas eleitorais para a igualdade de gênero e a importância dessa política pública como instrumento democrático e o orçamento participativo como instrumento de formação da razão pública. Os artigos contemplaram ainda temáticas que refletiram sobre políticas públicas voltadas para situações de vulnerabilidade, moradia, educação, além de discussões concernentes à judicialização das políticas públicas e ativismo judicial.

Os capítulos, abordando temas diversos, convergem para uma temática que os une, a saber, as políticas públicas e o papel dos poderes legislativo, executivo e judiciário no que se refere à sua criação, implementação e controle, considerando os conflitos decorrentes da omissão do poder legislativo e limites de sua atuação, da discricionariedade e poder-dever do poder executivo, e do protagonismo do poder judiciário em face do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

Não obstante os capítulos tenham autores de várias regiões do país, sendo que alguns tem como objeto de pesquisa situações concretas e regionais, verifica-se que os mesmos problemas se apresentam nas várias regiões do país, sendo que a reflexão de situações locais específicas podem contribuir para uma melhor compreensão de situações semelhantes em outras regiões, assim como reflexões mais gerais contribuem para uma melhor compreensão de situações concretas locais, o que nos leva a concluir que a máxima que afirma ser necessário pensar globalmente e agir localmente se confirma.

A riqueza de análise e peculiaridade dos vários trabalhos apresentados em muito contribuiu para uma melhor percepção da realidade fática dos direitos sociais e políticas públicas no

Brasil, proporcionando-nos reflexões que alargam nosso horizonte de conhecimento e nos proporcionam melhores condições para uma atuação no sentido de superar as dificuldades que obstaculizam a concreção dos direitos sociais no Brasil, sendo que as políticas públicas constituem o instrumento privilegiado para a sua consecução, exigindo, portanto, aprimoramentos, que somente serão realizados com a participação popular e efetiva fiscalização por parte da população e dos órgãos competentes.

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva - Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery Da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina

A EFETIVIDADE DA IGUALDADE E O SISTEMA DE COTAS EM CONCURSO PÚBLICO

THE EFFECTIVENESS OF EQUALITY AND THE QUOTA SYSTEM IN A PUBLIC CONCOURSE

Fernando Antonio Reale Barreto

Resumo

A partir dos anos 2000 surgiram as cotas para pessoas com deficiência em concurso público; e, na década de 2010, as cotas para afrodescendentes em concursos, gerando o retorno de toda discussão acerca do critério de discriminação e sua correlação com esta política afirmativa implantada. Este artigo objetiva analisar tais cotas, para afrodescendentes e pessoas com deficiência. Aplica-se a pesquisa bibliográfica, com o apoio da legislação, jurisprudência e outras fontes, concluindo que, nas cotas para deficientes há um discrimen que a legitima, concretizando o princípio da isonomia; já as cotas raciais geram um tratamento discriminatório, violando o princípio da isonomia.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Concursos públicos, Cotas para deficientes e afrodescendentes, Discrimen, Princípio da isonomia

Abstract/Resumen/Résumé

From the 2000s, quotas for people with disabilities in a public concourse appeared; and, in the 2010s, quotas for afro-descendants in public concourse, returning all discussion about the criterion of discrimination and its correlation with this affirmative policy implemented. The purpose of this article is to analyze such quotas for afro-descendants and people with disabilities. Bibliographic research is applied, with the support in legislation, jurisprudence and other sources, concluding that, in quotas for the disabled, there is a discrimination factor that legitimizes it, concretizing the equality's principle; bat, the racial quotas cause discriminatory treatment, violating the equality's principle.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative action, Public concourse, Quotas for disabled people and afro-descendants, Discrimination factor, Principle of equality

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas de ações afirmativas são discutidas desde os anos de 1970, principalmente em países de primeiro mundo, como os Estados Unidos, em se tratando da questão racial. No Brasil, estão em voga desde os anos de 1990. Contudo, atualmente a quantidade de tais políticas é muito pequena ou mesmo ineficiente, desde a sua criação até a sua execução, constatando-se que servem muito mais de marketing político para os governantes, partidos, seus militantes e pessoas ligadas aos movimentos sociais, do que para efetivação de direitos sociais.

Superada uma primeira onda de ações afirmativas, as cotas universitárias, iniciadas principalmente na segunda metade dos anos 2000, essa temática voltou a ganhar evidência no Brasil nos dias atuais, na segunda metade da década dos anos 2010, haja vista a criação de cotas para afrodescendentes em concursos públicos. Recentemente, tanto a União, quanto muitos Estados e Municípios legislaram criando tais cotas, em percentuais dos mais variados.

Curiosamente, desde o texto original da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), já há a previsão de cotas em concursos, destinadas apenas às pessoas com deficiência, não havendo maiores discussões ou mesmo grandes celeumas judiciais quanto a tal possibilidade de ação afirmativa. Das demandas envolvendo essa temática, não se questionava a existência da cota em si, mas sim assuntos correlatos, como discussões acerca do tipo e grau de deficiência capaz de possibilitar uma situação que propicie tal deficiente a usufruir da cota no concurso¹, o que mostra um certo conformismo social e até mesmo jurídico quanto a existência de um percentual de vagas destinados aos deficientes.

De uma forma ou de outra, seja para afrodescendentes ou para deficientes, o certo é que hoje há a promoção de ações afirmativas em concursos públicos, por meio do emprego de cotas, que são percentuais de vagas destinados exclusivamente a um desses grupos.

¹ RMS 26071/DF. Julgamento: 13/11/2007. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido.

As ações afirmativas são políticas públicas voltadas para grupos em situação de vulnerabilidade e exclusão socioeconômica, como negros e pessoas com deficiência, ocasionadas por fatores escusos, históricos – do passado ou presente – ou mesmo fisiológicos, relacionados à etnia, religião, raça, gênero dentro outros.

Para se ter uma noção do caráter histórico do racismo contra os negros no Brasil, Fonseca (2009, p.77), discorrendo acerca da República Velha (1889-1930), afirma que:

Boa parte dos intelectuais acreditava que o caminho natural da sociedade brasileira era o branqueamento, sobre, tudo porque se entendia, à luz do darwinismo social, que o negro e o Índigena desapareceriam pelo contato com as populações superiores. O próprio mestiço sucumbida ao contato miscigenador do homem branco. Nunca se falava na mulher branca no processo miscigenador da população negra ou indígena. Mantinha-se, assim, a dupla mentalidade racista e machista do período anterior. Em tese, eugenia e hibridização da sociedade caminhavam de mãos dadas. Durante a República Velha, sociedade e governo articularam diversas medidas para acelerar o processo de apagamento e silenciamento da população negra no país após a Abolição.

Inegável que, ao longo de muitas décadas, afrodescendentes e pessoas com deficiência sofreram e sofrem discriminação de sutileza muitas vezes perspicaz, passando para a condição de grupo vulnerável. Se, no caso dos afrodescendentes, a discriminação decorre de caráter meramente ideológico, por parte do discriminador – que, de forma infame e criminoso comete ações de cunha racista – afinal, não há absolutamente nenhuma diferença fisiológica entre brancos e negros; no caso das pessoas com deficiência há, de fato, uma diferenciação fisiológica, gerada pela anomalia que carrega. Contudo, é bom desde já se deixar bem claro, o preconceito a este segundo grupo também decorre de um caráter ideológico – visto que a pessoa com deficiência, que verdadeiramente possui enorme capacidade física e psíquica, muitas vezes é estigmatizado e erroneamente colocado na condição de coitado, de ineficaz, de improdutivo.

Contudo, é interessante discutir qual a política pública, ou os limites dessa, deve ser voltada para os grupos vulneráveis; quais as ações que são cabíveis para amenizar ou mesmo solucionar todas as mazelas geradas por anos de discriminação.

Não é toda e qualquer ação estatal cunhada sob o manto de ação afirmativa que efetivamente tem racionalidade e respaldo jurídico. Há de haver uma ponderação entre a ação e o resultado, o meio e o fim. Ou seja, deve haver uma justificativa plausível que explique claramente o motivo do emprego daquela ação estatal ou da criação da norma jurídica privilegiadoras (a ação/o meio) e que efetivamente sirva a superar os fatores que geraram a discriminação (o resultado/o fim).

Sem tal ponderação, a ação afirmativa corre o risco de desvirtuamento e até mesmo perda de apoio social.

No caso das cotas universitárias para afrodescendentes, ditas cotas raciais, ou as cotas sociais, destinadas aos estudantes oriundos de escolas públicas, a reserva de percentual de vagas nas universidades públicas (o meio) foi justificada, dentre outros fatores, para reduzir a triste realidade do quadro social de pouquíssima incidência das pessoas negras e pobres das próprias universidades (o fim), gerado pela má qualidade das escolas que eles frequentaram: as públicas. Mostrou-se tão plausível esta ponderação, esta correlação entre meios e fins, que o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade das cotas universitárias, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF².

Voltando as atenções para o tema proposto, como base principalmente no princípio da isonomia, o presente artigo tem como objetivo analisar a ação afirmativa em concurso público, concretizada por meio de cotas de vagas em cargos públicos para afrodescendentes e pessoas com deficiência. Será que neste caso há uma relação entre os meios e os fins? São plausíveis a existência de cotas também para acesso a cargos públicos? Será que aqueles mesmos elementos

² ADPF 186/DF. Julgamento: 26/04/2012. Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

e argumentos que foram usados para justificar a constitucionalidade das cotas universitárias também servem a justificar as cotas em concursos públicos? Ou será que há outros elementos, mas que com a mesma grandeza confirmam a constitucionalidade? Nessa esteira, no presente artigo discute-se a existência e a legitimidade da ação afirmativa no âmbito do concurso público, sem trazer à tona a questão racial ou mesmo a físico/psíquica.

Quando se fala em concurso público logo se lembra de expressões como meritocracia e eficiência (ou princípio da eficiência, cunhado no artigo 37, caput, da Carta Magna). Criam-se correntes de pensamentos – voltadas para a impossibilidade de alteração do procedimento dos concursos – embasadas na forma objetiva de seleção, como sendo lídima e mais igualitária. Logo vêm afirmações e pensamentos críticos a qualquer ideia de alteração, como a criação de cotas. Enfim, a principal crítica às cotas é a de que o concurso, por não haver identificação dos candidatos e por ser objetivo (existência de uma prova objetiva) não se apega a critérios subjetivos de seleção, como a cor da pele, se apegando exclusivamente ao desempenho obtido por cada um; daí, falar em cotas seria violar a sistemática objetiva de seleção, o que violaria a isonomia.

Para o desenvolvimento do artigo, inicialmente serão abordados o conceito e a evolução histórica das ações afirmativas, evidenciando com se consolidaram como política pública.

A questão atinente ao mérito será também abordada, mas no capítulo seguinte. É preciso trazer a correta interpretação dos conceitos de meritocracia e eficiência, e assim será feito.

Em seguida, como derradeiro, abordar-se-á a questão da existência das cotas em si no concurso; o porquê de, como forma de ação afirmativa, se criar uma sistemática especial de seleção em concursos públicos para afrodescendentes e pessoas com deficiência. Enfim, porque cotas para afrodescendentes e deficientes em concurso? É necessário trazer uma explicação plausível para tanto. Afinal, se qualquer benesse voltada a afrodescendentes e deficientes for rotulada com ação afirmativa, sem uma explicação coerente, que guarneça relação com a intenção da política afirmativa para grupos excluídos, além de perder apoio social e gerar descontentamento da sociedade, gera o desvirtuamento de política afirmativa.

Sem uma explicação eficaz, coerente e plausível, sem um liame entre a política afirmativa e a situação que gerou a exclusão social daquele grupo, aquela perde razão de existência. Uma prática como essa, sem qualquer liame com o *discrímén*, não pode ser considerada inclusiva.

Aplica-se a pesquisa bibliográfica para alcançar os objetivos aqui propostos, com o apoio da legislação sobre o tema, bem como da jurisprudência consolidadas, além das mais variadas fontes, como livros, revistas, jornais, artigos e sítios da internet, tudo em conformidade com a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como asseverado acima, as ações afirmativas são mecanismos temporários de integração social, promovidos pela iniciativa privada ou a Administração Pública, por meio da concretização da igualdade substancial, voltados para grupos em situação de vulnerabilidade e exclusão socioeconômica, ocasionadas por fatores escusos e históricos, relacionados à etnia, religião, raça, gênero, dentro outros.

Entre outros autores, Gomes (2001, p. 09) define a ação afirmativa como:

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

E finaliza:

...as ações afirmativas têm natureza multifacetária [18], e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Já segundo o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro³:

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócio-econômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural.

³<http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=1:o-que-s%C3%A3o-a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas?&Itemid=217> Acessado em 12 de julho de 2016.

Já na jurisprudência, cita-se um dos conceitos presentes no acórdão do julgamento da já citada ADPF 186⁴, ação que, se não a mais importante, uma das mais marcantes sobre o tema, onde se pacificou a questão, entendendo pela constitucionalidade do sistema de reserva de 20% das vagas no concurso de vestibular para ingresso na Universidade de Brasília:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais.

Por fim, agora trazendo o conceito legal, o artigo 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1969, pelo Decreto nº 65.810/1969 (BRASIL, 1969), dispõe que as ações afirmativas são:

(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

As ações afirmativas não surgiram no Brasil. Ao contrário, são uma cópia adaptada de modelos internacionais, especialmente dos Estados Unidos, onde são nominadas de *affirmative action* (ação afirmativa) e da Europa, onde são conhecidas como *discrimination positive* (discriminação positiva) e de *action positive* (ação positiva).

Discute-se muito sobre onde surgiu este modelo de política afirmativa. A maioria da doutrina informa que foi nos Estados Unidos da América, país conhecido pelos embates raciais entre negros e brancos, em meados dos anos de 1970, na forma de cotas raciais para ingressos em Universidades. Há três decisões muito importantes sobre o tema, proferidas pela Corte Suprema dos Estados Unidos: uma, de 1978, o Caso Bakke x Regents of the University of Califórnia, onde se confirmou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, por meio da utilização do critério "raça" como mais um elemento na seleção pelas universidades; os outros são o Caso Grütter x Bollinger e Gratz v. Bollinger, estes de 2003, que mantiveram o entendimento do Caso Bakke e, assim, entendeu-se que o sistema de cotas não violaria a cláusula de proteção da igualdade prevista tanto na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos, como no Título VI da Lei de Proteção aos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*).

No que pese a constate menção aos Estados Unidos quando se toca no assunto de ações inclusivas, ocasionado pela notoriedade dos seus *leading cases*, que até mesmo serviram de norte para as primeiras políticas desse tipo no Brasil, não foi lá onde elas surgiram. Estudos mais aprofundados revelam que surgiram na Índia as primeiras formas de ações afirmativas.

⁴ <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acessado em 13 de julho de 2016.

Neste país, há a previsão constitucional de 1949 de adoção de medidas inclusivas em favor de garantir o ingresso das classes desfavorecidas (*backward classes*) ou os intocáveis (dalits) na Administração Pública, no Parlamento e no ensino superior.

Como expos Gosh (1997)

A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi (...) o primeiro líder a se dar conta da importância do tema e a chamar a atenção das castas mais altas para esse antiquado sistema social que relega comunidades inteiras à degradante posição de 'intocáveis'. (...) A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do 'Government of India Act', de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das Scheduled Castes e das Scheduled Tribes (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante. A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição 'impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das Scheduled Castes ou das Scheduled Tribes'.

Pelo conceito apresentado, depreende-se que os objetivos precípuos das políticas inclusivas são a concretização do princípio da igualdade, em sua acepção substantiva, e cessar o status de inferioridade em que os grupos desprivilegiados se encontram, por meio do combate à discriminação e garantia do pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais pelos grupos desprivilegiados.

Tratando dos objetivos das ações afirmativas, Gomes (____, p.10-11) afirma:

Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.

Ainda, Silva (2003, p. 94), tratando dos objetivos das ações afirmativas, assevera:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão-somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária¹⁸, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de

normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. (grifo nosso)

Assim, a ação afirmativa, como o próprio nome indica, busca criar um sentimento de autoafirmação e autovalorização da pessoa pertencente ao grupo excluído, acabando com a ideia de subordinação e incapacidade, o sentimento de derrotado. Ainda, emprega mecanismos que barram a discriminação, de forma que esta não ocorra, operacionalizando a concepção material do princípio da igualdade. Enfim, a ideia não é a de reparação (pelo menos não na ideia de justiça reparatória, na lógica civilista), como tanto é difundido na doutrina, mas sim de prevenção (justiça compensatória). Deixa-se a reparação decorrentes de atos discriminatórios para as medidas penais e cíveis.

Nas palavras de Rocha (1996, p. 287):

Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

No que pese a singularidade entre as políticas inclusivas e as cotas, aquelas não se limitam estas. Como expõe Miranda (2010, p. 30):

É importante esclarecer que as ações afirmativas não se confundem exclusivamente com a política de cotas. Podemos classificar como ações afirmativas as medidas estatais e as medidas privadas voltadas para a integração socioeconômica dos grupos discriminados, mantendo sua identidade sociocultural. Por isso, na primeira definição, ressalta-se que as ações afirmativas não são atos de caridade nem de clientelismo. Estão pau-tadas pelo reconhecimento da identidade e o pertencimento cultural dos grupos sociais, o que significa partir das demandas que apresentam reconhecendo-as como direito.

Há várias outras modalidades de ações afirmativas. Além da citada, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator da ADPF nº 186 STF (BRASIL, 2012), em seu voto destacou outras três:

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

Acrescenta-se a esses exemplos o sistema de bônus e os incentivos fiscais, que motiva o setor privado a promover medidas inclusivas no âmbito das empresas.

Não há uma melhor ou pior forma de ação afirmativa. Todas têm o mesmo objetivo de concretização do princípio da igualdade. Cada situação que vai levar ao emprego de uma ou de outra. A situação de discriminação e os meios necessários para saná-la, elementos analisados no capítulo seguinte, é que determinarão a modalidade de política inclusiva.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS E COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE – FATOR DE DISCRIMINAÇÃO (DISCRÍMEN) E AÇÃO AFIRMATIVA

Essencial a uma análise acerca de ação afirmativa é a abordagem quanto ao elemento discriminador ou *discrímen* e sua correlação com a *desequiparação inclusiva*.

Pode se conceituar o elemento diferenciador como a situação ou característica que diferencia o grupo ou até mesmo uma determinada pessoa com a maioria. Pode-se dizer que é a peculiaridade que faz com que um determinado grupo seja caracterizado como minoria.

Como asseverado acima, sem uma explicação eficaz, coerente e plausível, sem um liame entre a política afirmativa e a situação que gerou a exclusão social, a *desigualação inclusiva* perde sua validade, pois foge dos parâmetros constitucionais.

Recorrendo mais uma vez às palavras proferidas do Ministro Ricardo Lewandowski, dessa vez na relatoria do julgamento da ADI nº 3.330 (BRASIL, 2012):

De se entender, pois, que a igualação faz-se juridicamente segundo o que se positiva no sistema de direito. O critério para que se considerem iguais ou desiguais as pessoas, haverá que ser fixada pelo legislador. Este tem de se ater a fator de *discrímen* que se compatibilize com os princípios constitucionais e que não supere as vedações constitucionais (discriminação em razão de sexo, raça, crença, etc.). Qualquer desigualação que estranhe aos parâmetros constitucionalmente definidos é considerado exacerbação indébita do legislador e não pode ser validada no sistema. (grifo nosso)

Segundo Mello (2003, p. 21-22):

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Sem uma correlação entre o *discrímen* e a regra de disparidade, a política inclusiva perde sua validade, passando a ser uma política casuística, eleitoreira, paternalista, de constitucionalidade duvidosa, com forte questionamento e reprovação social.

Quando as cotas universitárias para afrodescendentes e estudantes oriundos de escolas públicas, as cotas raciais e as sociais, surgiram no cenário nacional, no início dos anos 2000, muitos questionamentos surgiram, não só judiciais, mas também sociais. A pacificação, nos dois âmbitos, só se deu após a exposição acerca do *discrímén* e sua correlação com a política de cotas, no julgamento da ADPF nº 186, no STF.

Neste julgado, analisou-se o critério ético-racial como elemento de *discrímén* e sua correlação com as cotas universitária. O Relator se baseou em dados estatísticos fornecidos pelo IBGE, bem como dados históricos, que evidenciaram a discrepância entre afrodescendentes e brancos na formação escolar e acadêmica. Nas palavras do Relator da ADPF nº 186 (BRASIL, 2012):

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

(...)

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

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

Com essas afirmações, em vista da exposição da situação de discriminação (fator étnico-racial) e dos argumentos que justificavam a instituição de cotas universitárias, entendeu-se pela plausibilidade entre os meios e os fins almejados, haja vista a correlação lógica entre o *discrímén* e a desequiparação e, portanto, a sua conformidade jurídica.

Seguiu a lógica exposta por Mello (2003, p. 36):

De revés, sempre que a correlação lógica entre o fator de *discrímén* e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico (...). O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas que seja compatível com os valores sociais aceitos no Texto Constitucional.

Sintetizando o pensamento dos defensores das cotas universitárias, Fonseca (2009, p. 110) afirma que:

Segundo seus defensores, as cotas nas universidades públicas são importantes porque é nesse nível de ensino que se promove a mobilidade social, na medida em que ocorre a troca de experiências e de conhecimentos científicos, econômicos, políticos e sociais entre aqueles que vão governar e administrar a nação. Assim, a presença negra nas universidades públicas teria, em curto e médio prazo, enorme impacto social, cultural, simbólico e político.

Assim, pode-se concluir que há grupos que experimentam situações que os colocam em posição inferior, de desigualdade social. A estas situações a doutrina chamou de fator de discriminação. O legislador busca, por meio de ações afirmativas, em que se empregam medidas desigualadoras e privilegiadoras, que devem necessariamente ter ligação com aquele fator, corrigir a desigualdade, realizado o comando constitucional do princípio da isonomia, em sua acepção substantiva.

4 A EFETIVIDADE DA IGUALDADE ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E O SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Feita essa breve digressão sobre as ações afirmativas e a correlação entre o fator de discriminação com as medidas adotadas, necessário agora correlacioná-las com as cotas em concursos públicos.

Muito do que foi exposto quando se tratou das cotas em vestibular, para ingresso em universidades, não se adequam à situação do concurso público, para ingresso nos quadros públicos. Ainda, adiciona-se à discussão mais um fator, além da questão racial: a questão do deficiente, pois as cotas em concursos também abarcam as pessoas com deficiência.

Como versa a Carta Magna (BRASIL, 1988), artigo 37, II⁵, a investidura em cargos públicos depende da aprovação prévia em concursos públicos. A exceção é apenas para cargos em comissão e funções de confiança, que são de livre nomeação e destituição. Inclusive, nestes casos, já se manifestou o STF pela desnecessidade de estabelecimento de cotas, exatamente em face da regra da liberdade de escolha pelo gestor público daquele auxiliar que mais lhe traz confiança. Posicionamento correto ou não, para não fugir ao tema, neste trabalho apenas se atém aos casos em que há a necessidade de concurso para provimento do cargo.

Portanto, o concurso público é um procedimento usado pela Administração Pública para, de forma impessoal e primado pela eficiência, selecionar as pessoas mais aptas e capacitadas tecnicamente para ocupar os quadros públicos e desempenhar o melhor serviço,

⁵ Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

com melhor custo-benefício. Nessa senda, o concurso público usa a meritocracia para selecionar as pessoas que ingressarão nos quadros públicos; ou seja, seleciona o mais talentoso e capacitado individualmente.

Trazendo esclarecimentos acerca da meritocracia, afirma Barbosa (1996, p. 69):

Por outro lado, as sociedades igualitárias têm como princípio básico o fato de que os indivíduos são iguais e que a única coisa a diferenciá-los, para fins de ordenação social, em termos de status, poder econômico e político, é o desempenho de cada um. De acordo com a ideologia prevalecente no interior das sociedades individualistas e modernas, a posição de cada pessoa no interior da estrutura social deve ser determinada pela capacidade individual, por aquilo que cada um é capaz de realizar. Em outros termos, neste tipo de sociedade, o único tipo de hierarquia desejável e legítima é a que classifica as pessoas exclusivamente por seus talentos e capacidades individuais demonstrados no desempenho de determinadas tarefas e funções. Isso significa que as pessoas são comparadas e classificadas tomando-se como base o desempenho relativo de cada uma, e que nenhum outro fator (relações pessoais e consangüíneas, poder econômico e político) pode ser levado em conta nesse processo classificatório, sob pena de invalidar a filosofia central de todo o sistema. A estes são atribuídos reconhecimento público e formal sob a forma de cargos, salários, privilégios, status e prestígio. Além disso, o sistema meritocrático é uma exigência de uma sociedade democrática, que, do ponto de vista dos princípios, garante a igualdade de oportunidades para todos. Na medida em que as nomeações e promoções recaem em indivíduos capazes, de competência reconhecida e comprovada, esse princípio é concretizado, pois as oportunidades estão abertas a todos os que demonstram ter competência e não estão circunscritas às pessoas dotadas de relações pessoais e de parentesco. Em suma, nesta perspectiva, a meritocracia alia igualdade de oportunidades com eficiência

Nessa linha, abrir espaços para cotas em concursos, seja para afrodescendentes ou mesmo para deficientes, seria uma violação ao sistema meritocrático e ao princípio da eficiência, pois estaria abrindo mão de selecionar o candidato com mais qualidades pessoais, mais capacitado e preparado, e que alitaria melhor custo-benefício para a Administração.

Ocorre que, tal pensamento é muito raso e, portanto, não deve prevalecer.

A meritocracia, para ser aceita como sistema de seleção, deve ser associada à igualdade de oportunidades. Portanto, em um ambiente em que não há a prevalência da isonomia material, não sendo a todos propiciado os mesmos direitos e oportunidades, deve haver regras que viabilizem a existência de uma meritocracia substantiva. Ou seja, que associe o desempenho pessoal com as oportunidades que lhes foram propiciadas.

Seguindo essa interpretação, o constituinte originário, desde 1988, estabeleceu a possibilidade de um procedimento diferenciado e privilegiado de critérios de admissão das pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos, como determina o artigo 37, inciso VIII⁶ (BRASIL, 1988), regulamentada, em âmbito federal, pelas leis n^os 7.835/89 e

⁶ Artigo 37.

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

8.112/1990⁷. O legislador percebeu que as pessoas com deficiência, a vista de suas patologias, não têm as mesmas oportunidades que os não deficientes e, assim, necessitavam de regras especiais de admissão, uma ação afirmativa, a fim de equilibrar os direitos e oportunidades de acesso e, conseqüentemente, a meritocracia.

Analisando a situação vivenciada pelas pessoas com deficiência, no que tange ao aprendizado, em comparação com as demais pessoas, constata-se que aqueles experimentam nítida condição de desigualdade, peculiaridade que faz com que adquira a condição de grupo minoritário. A título de exemplo, um cego, pessoa que não enxerga em pelo menos um dos olhos, tem fisiologicamente menos condições que uma pessoa com visão normal de estudar, necessitando de mais estrutura para aprender.

Como já asseverou a jurisprudência, na fundamentação lançada pelo Ministro Felix Fischer, no julgamento do RMS n. 19.291-PA:

Há que se estabelecer distinção entre a pessoa plenamente capaz, o deficiente e o inválido. O deficiente é o subnormal, o meio-termo. É a pessoa que, não sendo totalmente capaz, não é, todavia, inválida, porque ser for inválida nem poderá concorrer a cargo público.

Se assim não for considerado, estará criada uma contradição: exige-se que o deficiente, para ingressar no serviço público, tenha condições mínimas de desempenhar as atribuições do cargo, mas, ao mesmo tempo, equipara-se a deficiência à invalidez.

O objetivo do benefício da reserva de vaga é compensar as barreiras que tem o deficiente para disputar as oportunidades no mercado de trabalho. Não há dúvida de que uma pessoa que enxergue apenas de um olho tem dificuldades para estudar, barreiras psicológicas e restrições para o desempenho da maior parte das atividades laborais.

À vista desse elemento discriminador, fazia-se necessário o estabelecimento de uma regra especial, a fim de corrigir a distorção entre os concursandos deficiente e normais, ou seja, uma desequiparação inclusiva. E foi estabelecido, instituiu-se as cotas.

Assim, constata-se que, no caso das cotas para deficientes, há um liame entre esta política afirmativa e a situação que gerou a exclusão social, o que valida tal desigualdade inclusiva.

Voltando-se a partir de agora para as cotas em concursos públicos para afrodescendentes, constata-se que o raciocínio formado para se confirmar a constitucionalidade das cotas universitárias não pode ser empregado.

Muitas já são as normas dispendo sobre cotas em concursos para afrodescendentes. Nos últimos anos, s entes federativos, com espeque em sua autonomia legislativa para dispor

⁷ Artigo 5º.

[...]

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso

acerca da organização administrativa, têm reservado vagas na Administração Pública, a exemplo da Lei Federal n.º 12.990/2014⁸, que "reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

No que pese ter havido, no caso das cotas universitárias, uma política desigualadora em que interpretou sistematicamente o princípio da eficiência e o da impessoalidade, em cotejo com o da isonomia, em sua acepção substantiva, as semelhanças com as cotas em concursos param por aí. Aquelas se justificaram pela discriminação histórica sofrida, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita, pelos afrodescendentes, por dados estatísticos fornecidos pelo IBGE, bem como dados históricos, que evidenciaram a discrepância entre afrodescendentes e brancos na formação escolar e acadêmica.

O acesso à educação e o acesso aos cargos e empregos públicos são situações bastantes distintas, tanto do ponto de vista social quanto constitucional. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) determina que a educação é um direito social (artigo 6º), de dever do Estado (artigo 205), sendo obrigatório o seu fornecimento gratuito (208), bem como o acesso é obrigatório, gratuito e direito subjetivo, “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, conforme caput, do artigo 206.

Já o serviço público e, conseqüentemente, os servidores públicos que exercem a atividade, é uma necessidade do Estado para o exercício da atividade.

Enquanto o acesso à educação deve ser amplo, o acesso aos cargos públicos deve ser o mínimo possível, apenas o necessário para a execução da atividade com eficiência. Portanto, o objetivo da ocupação dos cargos públicos é o de otimizar a máquina pública e não de fazer justiça social e corrigir discriminações históricas ou geração de emprego e promoção de renda.

Ainda, na análise das cotas em concursos públicos, faz-se necessário lembrar que as cotas universitárias para afrodescendentes já garantem a estes o estudo na melhor universidade.

⁸ Lei Federal nº 12.990/2014

Art. 1º. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

[...]

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Com isso, pelo menos em tese, o concursando afrodescendente teve uma melhor formação acadêmica que muitos dos seus concorrentes, que não estudaram em universidades públicas⁹.

Já acerca do desempenho e da formação acadêmica, os estudantes afrodescendentes apresentam resultados extremamente semelhantes aos demais estudantes universitários, o que comprova que, após superar o curso universitário, não há diferença de conhecimento e capacidade técnica entre os não-cotista e os cotistas, mesmo aqueles oriundos de escolas públicas. As recentes pesquisas comprovavam que os estudantes cotistas, no que pese apresentarem uma média de desempenho inferior no exame de vestibular, apresentam uma equivalência de notas na universidade, em comparação aos não cotistas, quebrando as barreiras, tanto do preconceito quanto do ensino médio precário¹⁰.

Se para os casos de cotas para pessoas com deficiência foi fácil encontrar uma correlação entre o *discrímén* e política inclusiva, tarefa difícil é fazer o mesmo para as cotas em concursos pessoas afrodescendentes.

O fator de discriminação contém, em sua gênese, um pressuposto injustificável: os estudantes universitários afrodescendentes não possuem acesso à mesma educação superior de qualidade e, portanto, não possuem as mesmas condições de disputar com os demais, de forma objetiva, os concursos públicos.

Ora, as pesquisas feitas acerca do desempenho dos afrodescendentes e da formação acadêmica rechaçam qualquer tese de que eles se formam com menor bagagem de conhecimento acadêmico que os demais universitários. Ainda, outras pesquisas, dessa vez avaliando as universidades, evidenciam que os estudantes cotistas frequentam as melhores faculdades do país.

Portanto, esse *discrímén* é de difícil base constitucional e de difícil aceitabilidade social. Da forma que foi posta, não há uma correlação entre o *discrímén* e a regra de disparidade, que são as cotas. A princípio, tal política inclusiva não tem validade, assemelhando-se mais a uma política casuística, eleitoreira, paternalista, de constitucionalidade duvidosa. Possui diversos questionamentos e evidente reprovação social, ainda mais se for levado em consideração que aquele concorrente afrodescendente foi cotista em uma universidade pública,

⁹ Desde o ano de 2012, quando iniciou a pesquisa de avaliação das universidades brasileiras, públicas e privadas, até 2016, ano da última pesquisa, o RUF (Ranking Universitário Folha), que usa indicadores e dados de bases consagradas, como Inep-MEC, SciELO, CNPq, Capes e outros, apresentou resultados que mostram que as universidades públicas figuram entre as melhores do Brasil. Em todos os anos pesquisados, nenhuma universidade privada ficou sequer entre as 10 primeiras colocadas. Pesquisa disponível em <<http://ruf.folha.uol.com.br/2016/>>.

¹⁰ Pesquisa elaborada por Teresa Olinda Caminha Bezerra e Claudio Roberto Marques Gurgel, publicada no artigo de suas autorias, intitulado “A política pública de cotas na UERJ: desempenho e inclusão”, apresentado em 2012 no EnPAG – Encontro de Administração Pública e Governo - em 2012, disponível em <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2012/2012_EnAPG407.pdf>.

o que fez com que tivesse uma formação superior de excelência, melhor que a imensa maioria das universidades particulares.

Se a intenção do legislador era de corrigir distorções históricas e reparar toda a injustiça secular causada aos afrodescendentes, muito mais louvável seria estabelecer cotas raciais para os cargos em comissão, que tanto inflam a máquina pública, muitas vezes desnecessários, servindo de cabides eleitoreiros de emprego, ocupando erroneamente cadeiras que deveriam ser de provimento efetivo, portanto ocupadas por concursos públicos. Muito mais justo seria fazer uma justiça distributiva nesses cargos de livre nomeação e exoneração, cadeiras dificilmente ocupadas por pessoas excluídas socialmente.

Espera-se que as cotas universitárias corrijam as distorções históricas causados à população afrodescendente e pobre – que foi excluída do acesso ao ensino público de qualidade na educação infantil e no ensino médio, obrigações do Estado brasileiro – e lhes tornem aptos à vida profissional.

Como decidiu o Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no processo nº 0002429-87.2013.8.08.0000, julgado em 21/11/2013, rechaçando, por inconstitucionalidade, a Lei Municipal de Vitória, de nº 8.392/2012, “viola os princípios da isonomia, da impessoalidade, da finalidade e da razoabilidade a instituição de reserva de vagas em concursos públicos em benefício de afrodescendentes (cotas raciais) ”.

Salientou o Relator que o princípio da isonomia busca tratar desigualmente os desiguais, mas “a condição de afrodescendente não constitui critério discriminatório constitucionalmente válido para a reserva de vagas em concursos públicos”, pois o afrodescendente que presta concurso público não se encontra mais na suposta desigualdade que a ação afirmativa pretende corrigir, haja vista já possuir formação universitária, já tendo ultrapassado a “barreira racial” do acesso à educação. Ainda, asseverou o Relator que, diferente do acesso à educação, o concurso público não constitui mecanismo de distribuição isonômica de cargos e que busca selecionar o melhor candidato do certame, a pessoa que apresente as melhores condições técnicas, para melhor servir à sociedade. Vale destacar que a Educação é direito de todos e dever do Estado, como prevê a Carta Magna (BRASIL, 1988), já o cargo público não é. Nas exatas palavras do Relator (BRASIL, 2013):

O concurso público não constitui, simplesmente, num mecanismo de distribuição isonômica de cargos. Não: A isonomia é apenas um dos objetivos constitucionais que os concursos pretendem realizar. Dentre as finalidades do concurso público está a seleção dos candidatos que alcancem o melhor desempenho nas provas do certame. Pretende-se, pois, garantir que a sociedade, que é a destinatária final dos serviços públicos, seja atendida pelos melhores participantes do certame.

Também, na mesma decisão (BRASIL, 2013), aquele Tribunal entendeu que as cotas para afrodescendentes em concurso público geram preterição e violam o direito de toda a sociedade de ser servida pelo servidor público mais bem capacitado

Logo, no caso específico dos concursos públicos, a instituição de um tratamento privilegiado para determinada categoria de participantes - No caso, os afrodescendentes - Viola não apenas a isonomia entre os candidatos, mas também, e sobretudo, um direito difuso de toda a coletividade, a saber: O de ser atendida pelos melhores servidores disponíveis, compreendidos como os candidatos que alcançarem melhor desempenho nas provas do certame. Ora, se determinado candidato não lograria obter aprovação sem a reserva privilegiada de vagas, mas consegue ser aprovado em razão da "cota" estabelecida, então, forçosamente, terá havido preterição de candidatos melhor capacitados para o exercício do cargo. Obviamente, não se está aqui a afirmar que um candidato negro não possa ser um excelente servidor público nem que não possa obter as melhores classificações em um concurso. Só o que se assevera é que, em se tratando de serviços públicos, a sociedade tem o direito a ser atendida por aqueles que logrem obter as melhores classificações, segundo os critérios de seleção estabelecidos para a universalidade dos concorrentes. [...] Afinal, de outro modo haverá, sempre e forçosamente, candidatos melhor preparados - Segundo os critérios gerais adotados - Que acabarão preteridos pela Administração - Em prejuízo de toda a coletividade.

Outras decisões judiciais estão rechaçando as cotas em concursos públicos, no que pese o próprio STF sinalizar pela sua constitucionalidade das ações afirmativas para afrodescendentes em concursos públicos, já que editou a Resolução nº 548/2015, que destina, aos candidatos negros, 20% das vagas ofertadas para cargos efetivos no STF e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em concursos públicos¹¹.

Em outra decisão judicial, dessa vez nos autos do processo nº 0131622-23.2015.5.13.0025, que tramitou na 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, declarando explicitamente a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 12.990/2014, o Juiz afirmou:

Na verdade, o provimento de cargos e empregos públicos mediante concurso não representa política pública para promoção da igualdade, inclusão social ou mesmo distribuição de renda. Nessas condições, não há justificativa plausível para a instituição de critérios de discriminação positiva ou ações afirmativas nesse particular. Além disso, a reserva de cotas para suprir eventual dificuldade dos negros na aprovação em concurso público é medida inadequada, já que a origem do problema é a educação, para o que já foi instituída a respectiva política pública de cotas (Lei nº 12.711/2012 e ADPF nº 186). Então, fica evidente que a solução proposta pela Lei nº 12.990/2014 é inconstitucional, já que a instituição de cotas imporá um tratamento discriminatório, violando a regra da isonomia, e não suprirá o déficit de formação imputado aos negros.

Crer-se que, por fim, que não há uma justificativa plausível para a instituição de cotas para afrodescendentes – a criação de discriminação positiva – em concursos públicos, haja vista que não há correlação entre o fator de discriminação e o acesso aos cargos públicos e que os problemas com a educação destinada aos afrodescendentes estão sendo resolvido pelas cotas

¹¹ O artigo 2º da Resolução STF nº 548/2015, publicada no Diário Oficial da União, em 20 de março de 2015, assim dispõe: “Serão reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal do Supremo Tribunal Federal”.

universitárias, que propiciam a estes uma formação superior até melhor do que para aqueles que não tiveram oportunidade de estudar em universidades públicas. As cotas, neste caso, portanto, importarão em um tratamento discriminatório, sem o fito de realizar o princípio da isonomia, mas violá-lo.

Já as cotas para pessoas com deficiência se mostram válidas e corretas, pois estes realmente convivem com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, dentre outras, que podem obstruir, impedir ou dificultar sua vida, que os colocam em condição de desigualdade com as demais pessoas. Assim, há um *discrímén*.

5 CONCLUSÕES

Recentemente, a União, muitos estados e municípios editaram normas promovendo ações afirmativas em concursos públicos, por meio do emprego de cotas, destinando percentuais de vagas exclusivamente para afrodescendentes, semelhantemente ao que já discorria a Carta Magna de 1988, para as pessoas com deficiência.

O objetivo principal das políticas inclusivas é a concretização do princípio da igualdade. Mas, ainda, objetiva cessar o status de inferioridade em que os grupos desprivilegiados se encontram, combatendo a discriminação e garantindo a estes o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Para que haja legitimidade na ação afirmativa, é necessário que ela possua um liame com a situação que gerou a exclusão social. Enfim, é imprescindível uma correlação entre o elemento discriminador ou *discrímén* e sua correlação com a desequiparação inclusiva, que é a regra de disparidade, sob perda de validade da ação afirmativa e até mesmo apoio social, adquirindo a pecha de política casuística, eleitoreira e até mesmo paternalista.

Nas cotas universitárias para afrodescendentes e estudantes oriundos de escolas públicas constatou-se a correlação entre o *discrímén* e a regra de desequiparação inclusiva, a partir do cotejo de dados que evidenciaram a discrepância entre afrodescendentes e brancos na formação escolar e acadêmica.

Já nas cotas em concurso público, não há uma justificativa plausível para a criação de discriminação positiva e instituição de cotas para afrodescendentes, haja vista que o fator de discriminação – de que os estudantes universitários afrodescendentes não possuem acesso à mesma educação superior de qualidade e, portanto, não possuem as mesmas condições de

disputar com os demais, de forma objetiva, os concursos públicos – é rechaçado pelas pesquisas feitas acerca do desempenho dos afrodescendentes e da sua formação acadêmica. Estas mostram que estes se formam com bagagem de conhecimento acadêmico iguais aos demais universitários. Ainda, este *discrímen* é rechaçado também pelas pesquisas que avaliam as universidades, pois evidenciam que os estudantes cotistas frequentam as melhores faculdades do país: as faculdades públicas. Portanto, não há correlação entre o fator de discriminação e o acesso aos cargos públicos.

Já as cotas para pessoas com deficiência servem para uma realidade muito distinta das cotas para afrodescendentes e, portanto, se mostram válidas e corretas. Diferentemente dos afrodescendentes, as pessoas com deficiência convivem com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, dentre outras, que podem obstruir, impedir ou dificultar sua vida. Portanto, mesmo que estes passem por um ensino universitário de qualidade, ainda assim a sua condição pessoal, decorrente da deficiência que possui, os colocam em condição de desigualdade com as demais pessoas. Indubitavelmente, há um *discrímen* que legitima esta ação afirmativa. Ademais, acrescenta-se aos pontos a favor das cotas para pessoas com deficiência o fato de estarem previstas na Carta Magna de 1988, desde a sua criação pelo constituinte originário.

Reforça a conclusão aqui apresentada as inúmeras decisões judiciais recentes, apresentadas acima, que chancelam as cotas, em concurso público, para pessoas com deficiência e rechaçam as para afrodescendentes, sob diversos argumentos, como o de que estas cotas ditas raciais violam vários princípios presentes no ordenamento jurídico nacional, como a isonomia, a impessoalidade, a finalidade e a razoabilidade. Porém, há outros julgados com conteúdo exatamente oposto, entendendo pela constitucionalidade das cotas raciais em concurso público. O próprio Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter apreciado ainda a matéria, sinaliza por entender constitucional estas cotas, visto que

Conclui-se que as cotas em concurso público para pessoas com deficiência possuem legitimidade, pois concretizam o princípio da isonomia. Diferente, as cotas em concurso destinadas aos afrodescendentes, importam em um tratamento discriminatório, sem o fito de realizar o princípio da isonomia, mas sim o contrário, no que pese haver decisões judiciais favoráveis e contra, o que evidencia que este tema ainda demorará para ter um entendimento pacificado.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Livia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? *Revista do Serviço Público*, Ano 47, v. 120, n. 3, p. 58-102, set./dez. 1996.
- BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade as ações afirmativas. *Lua Nova*, n.63, São Paulo, 2004.
- BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 144, p. 157-175, out./dez. 1999.
- BRASIL, Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.
- DUARTE, A. C. A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 22 de abril de 2014.
- FONSECA, Dagoberto José. Políticas Públicas e Ações Afirmativas. São Paulo: Selo Negro, 2009.
- GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no estado democrático de direito: o problema das cotas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 43, n. 172, p. 99-108, out./dez. 2006.
- GOSH, Partha S. Positive Discrimination in Índia: A Political Analysis. Disponível em: scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India>. Acessado em 13 de julho de 2016.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.
- _____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Revista e Direitos Difusos*, ano II, v. 09, out., 2001.
- _____. O debate constitucional sobre as cotas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. (Orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Celso Antônio B.. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MIRANDA, Shirley Aparecida de *Diversidade e ações afirmativas: combatendo as desigualdades sociais*. Série Cadernos da Diversidade. Ouro Preto: Autêntica Editora, 2010.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 131:283-295, jul./set. 1996.
- SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- SILVA, Fernanda Duarte L. L.; GOMES, Joaquim B. B. *As Ações Afirmativas e o Processo de Promoção da Igualdade Efetiva*. Série Cadernos do CEJ, n. 24. Brasília: CJF, 2003.