

A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS PARA CONCURSOS PÚBLICOS COMO EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

THE CONSTITUTIONALITY OF QUOTAS FOR PUBLIC COMPETITIONS AS AN
EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Raíssa Schadeck¹

Osmar Veronese²

RESUMO

As dificuldades em reconhecer os direitos da população de pele negra no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro estão intrinsecamente ligadas a formação histórica, em especial em razão do tráfico de africanos para o trabalho escravo no Brasil. O escravo era tido como um ser animalesco, não-humano, sem acesso às condições básicas de sobrevivência e trabalho. Com a pressão interna e, especialmente, a internacional, há mais de século houve a “libertação dos escravos”, embora a formal liberdade não foi capaz de, por si, superar a herança tão brutal. À sombra dos avanços no campo da igualdade racial, o preconceito sobrevive, o branco tem mérito e o negro é inferiorizado, oprimido e excluído. Em razão desse contexto, surgiram as ações afirmativas como forma de remissão com a população de pele negra. A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, afastou a controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que prevê cotas para negros em concursos públicos, contribuindo para superar o racismo e a percepção depreciativa da raça vigente na sociedade brasileira, significando mais um passo para a soterrar a discriminação culturalmente arraigada. O presente artigo, baseado em abordagem histórico-dedutiva, utiliza como técnica de pesquisa a análise legislativa, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chaves: Constitucionalidade. Igualdade. Ações Afirmativas. Racismo.

ABSTRACT

The difficulties in recognizing the rights of the black skinned population within the Brazilian Democratic State of Law are intrinsically linked to the history of Brazilian society from the trafficking of Africans to slave labor in Brazil. The slave was regarded as an animal being, not human, without access to the basic conditions of survival and work. With the external pressure, the government of the time was forced to liberate the enslaved contingent, but such conduct resulted in the situation in which we live in the present moment. One lives in an anti-black society,

¹Mestranda em Direito e Multiculturalismo pela Universidade Regional do Alto Uruguai e Missões (URI).
Email: schadeck.raissa@gmail.com

²Professor doutor do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Email: osmarveronese@mpf.mp.br

where only white has merit and black is inferior, oppressed and excluded. From this idea, then, affirmative actions appeared as a form of remission with the black skin population. ADC No. 41 sought to dispel the judicial controversy over the constitutionality of Law No. 12,990 / 2014, contributing to overcoming racism and the depreciative perception of race present in Brazilian society, to compensate for culturally entrenched discrimination and to create leaders capable of serving as paradigms of integration and social ascension.

Key-words: Constitutionality. Equality. Affirmative Actions. Racism.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender alguns motivos da desigualdade racial no Brasil e seus reflexos no âmbito do Estado Democrático de Direito. Parte-se do escravismo, período que as desigualdades raciais e sociais se eclodiram no território brasileiro. No ponto, examina-se aspectos históricos e a situação dos escravos no período pré e pós-abolição.

Em seguida, discute-se a exclusão dos libertos, que mesmo diante de uma liberdade formal, continuavam com seus direitos fundamentais sonogados. Tais indivíduos foram estigmatizados, permanecendo excluídos, marginalizados e criminalizados em razão da condição social e, sobretudo, em razão da cor da pele.

Na busca de superar, passado de séculos de escravidão e de violação de direitos e garantidas fundamentais, nascem as chamadas “ações afirmativas”, as quais visam incluir os indivíduos no âmbito do Estado Democrático Brasileiro, pois, a despeito da cor da pele, é da essência da democracia, tratar todos os seres humanos como sujeitos capazes e socialmente iguais.

O presente tema tem relevância, não somente histórica, mas social e humana. Trata-se de ver o negro como pessoa, sujeito de direitos, estabelecendo discriminações positivas que visam à edificação de uma democracia material, com o Estado brasileiro implementando, em prol dessa população, políticas públicas de reparação das injustiças do passado e do presente.

Este artigo investiga os fundamentos que lastrearam a criação da legislação reservando 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 direta e indireta, as razões da interposição e o conteúdo da decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade cujo objeto foi o julgamento da matéria em tela.

Por que uma lei, com clara sinalização de um horizonte de igualdade material racial, necessitou ter sua constitucionalidade chancelada pela Suprema Corte? Será que a sombra do passado escravagista, expressa ou velada, ainda alimenta a resistência de setores da sociedade? Quais os principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para ratificar a implementação da discriminação positiva no âmbito dos concursos públicos? Em busca de respostas, a presente investigação segue um caminho histórico-dedutivo, repassando aspectos do passado e examinando os principais elementos que levaram a Corte Maior a declarar constitucional as cotas previstas na Lei n° 12.990/2014.

2. NAS PEGADAS DA HISTÓRIA: DA ABOLIÇÃO AOS DIAS ATUAIS

No início da colonização do Brasil, não existia mão de obra para a realização de trabalhos manuais. Diante disso, procurou-se utilizar o trabalho indígena nas lavouras. Entretanto, este tipo de escravidão não pôde ser levado adiante, pois os povos nativos resistiram e se esquivaram de qualquer tipo de coação, tanto porque conheciam a mata, quanto porque o trabalho braçal não fazia parte de seus costumes. Isso forçou os portugueses a fazer o mesmo que os demais europeus daquela época, ou seja, a buscarem negros na África para submetê-los ao trabalho escravo, o que ensejou a entrada maciça de africanos no Brasil. De acordo com historiadores, entre 1530 e 1850, cerca de 3,5 milhões de negros foram trazidos para o Brasil para serem escravizados (NABUCO, 2011).

A subjugação dos negros trazidos do continente Africano iniciava no transporte, nos porões dos navios negreiros, cujas péssimas condições levava muitos deles à morte antes de chegarem na América. Após o desembarque eles eram comprados por fazendeiros e senhores de engenho, que os tratavam de forma cruel e desumana (NABUCO, 2011).

Embora essa prática fosse considerada “normal” pela maioria, houve resistência a essas violações, repercutidas pelos abolicionistas, grupo formado por literatos, religiosos, políticos e pessoas do povo. Mesmo assim, o escravagismo perdurou por quase 300 anos, muito em razão das questões econômicas, na medida em que a economia do país se baseava no trabalho escravo (CONSETINO, 2015).

No processo de colonização, a subjugação era imposta aos negros que para cá

vieram, como também aos povos indígenas, havendo entre esses grupos alguma sintonia. Para Santos, o que há de específico na dimensão conceitual da descoberta imperial é a ideia de inferioridade do outro, dando o tom de que a descoberta não se limitou simplesmente assentar essa inferioridade, mas também a legitimá-la e aprofundá-la, colocando o “descoberto” abaixo e às margens, sendo tal “localização” que justifica as relações entre o descobridor e o descoberto após o seu acontecimento (SANTOS, 2002, p. 23).

A evolução do poder estatal no Brasil, primeiramente representado pelas Coroas portuguesa e espanhola, não encontrou no indígena um dócil alinhado, tampouco no negro, os quais representaram empecilhos aos interesses econômicos do colonizador. Entretanto, aos resistentes à submissão, respondia-se com violência, aprisionamentos, expulsão de seus espaços vitais originais, isso quando não eram mortos, ou seja, os conflitos de interesses e culturais eram “resolvidos”, na maioria das vezes, em favor do invasor, calçado na supremacia bélica (BRUM, DORNELLES, VERONESE, p. 23 e 26).

A partir de 1870, a região Sul do Brasil passou a empregar trabalhadores assalariados, no Norte, as usinas substituíram os primitivos engenhos, fato que permitiu a utilização de um número menor de escravos, e nas principais cidades as indústrias começam a surgir. Essa mudança de perfil econômico aliada à pressão política de outros países, como a Inglaterra, fez com que o Governo, para evitar prejuízo aos proprietários, iniciasse um processo lento e gradual de abolição da escravatura, a começar pela extinção do tráfico negreiro, em 1850, passando pela Lei do Ventre-Livre, de 1871, a qual tornava livre os filhos de escravos que nascessem a partir de sua promulgação (CONSETINO, 2015).

O próximo passo foi a aprovação da lei Saraiva-Cotegipe ou dos Sexagenários, em 1885, beneficiando os negros com mais de 65 anos e, finalmente, no dia 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, foi decretada a liberdade formal da população negra escravizada, formal pois até hoje se sente seus resquícios (NABUCO, 2011).

Após a abolição, a vida dos negros em território nacional continuou difícil. O Estado brasileiro não se preocupou em oferecer condições para que os escravos pudessem ser integrados no mercado de trabalho formal-assalariado e na sociedade, forçando-os à

marginalização. Prova do preconceito foi a expressa preferência pela mão-de-obra europeia, que aumentou muito no Brasil após a abolição, em detrimento da negra, aliada à imposição da Lei de Terras, a qual previa que as terras no Brasil só podiam ser transferidas por meio da compra e da venda, alijando-os, assim, de emprego, renda, terra e demais condições necessárias a uma vida digna (CONSENTINO, 2015).

Para entender as questões de pobreza e miséria social historicamente associadas com a escravidão no Brasil, e que ainda afetam as condições de vida das populações negras, é necessário analisar dois aspectos: as condições dos escravos e as condições da população pobre e livre que, no Brasil e em outros países latinos, com frequência era maior do que a dos escravos.

Esse era o quadro da sociedade brasileira ao final do século XIX: uma pequena elite branca, restos de uma economia escravista decadente, um grande número de escravos, muitos filhos “ilegítimos” de senhores brancos com escravas, descendentes de índios e brancos pobres, e imigrantes pobres chegando em número cada vez maior da Itália, da Alemanha e, mais tarde, do Japão. Esses imigrantes viviam no campo, trabalhando em fazendas de café, ou como meeiros em pequenas extensões de terra, mal produzindo o suficiente para sobreviver entre uma colheita e outra. Cada vez mais, migravam para as cidades, morando em barracões, trabalhando como vendedores ambulantes, artesãos, ajudantes ou empregados domésticos, ou vivendo na mendicância.

Esses contingentes não formavam um “exército industrial de reserva” no sentido europeu, uma vez que não havia mercado de trabalho, tampouco eram vítimas da destruição de uma ordem social tradicional, que nunca chegou a existir no Brasil. Esses excluídos constituíam a maioria da população e, mais tarde, quando o Brasil começou a desenvolver sua própria versão de sociedade assalariada e de estado de bem-estar social, apenas uma parcela dessa população foi inserida, contexto que até hoje perdura, refletido no desemprego, analfabetismo e falta de proteção social (SCHWARTZMAN, 2004).

As características da evolução brasileira ora noticiadas traduzem discriminação negativa, irrazoável, despótica, com ecos ainda presentes no modo de vida brasileiro. No intuito de suplantá-los, é fundamental examinar o princípio da igualdade e sua aplicação nas chamadas ações afirmativas, sublinhando a ideia de discriminação positiva.

3. AS COTAS RACIAIS NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A ideia de igualdade, como categoria jurídica, segundo Gomes (2001,p. 130) surgiu como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Entretanto, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos Estados Unidos e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal na qual a lei deve ser igual para todos, sem distinções irrazoáveis, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Idealizada para o fim específico de abolir os privilégios típicos do regime ancião e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX. Por definição,

[...] o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis (GOMES, 2001, p. 130).

O conceito de igualdade formal, surgiu para dar sustentação jurídica ao Estado liberal, a lei deve ser igual para todos, sem discriminações. Modernamente, o princípio da igualdade perante a lei foi tido, como a garantia da concretização da liberdade. Para os doutrinadores escola liberal, a simples inclusão do princípio da igualdade no rol dos direitos fundamentais, bastaria para ser efetivada no sistema constitucional (GOMES, 2001, p. 130).

Porém, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de ficção, em nome do lucro e da acumulação de capital (RODRIGUES, 2013, p. 53).

O conceito de igualdade formal, surgiu para dar sustentação jurídica ao Estado liberal, a lei deve ser igual para todos, sem discriminações. Modernamente, o princípio da igualdade perante a lei foi tido, como a garantia da concretização da liberdade. Para os doutrinadores escola liberal, a simples inclusão do princípio da igualdade no rol dos direitos fundamentais, bastaria para ser efetivada no sistema

constitucional (GOMES, 2001, p. 130).

Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira ou às constituições democráticas. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida e ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção (BASTOS, 1995, p. 164).

A noção de uma igualdade puramente formal, começou a ser questionada, quando se percebeu que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições. Não era o bastante proibir a discriminação, para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que se tinha, era tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica (GOMES, 2001, p. 130).

A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os indivíduos. Não se trata se um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida. Essa igualdade, segundo Bastos (1995, p. 165), a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos fatores que obstaculizam a sua implementação: a natureza física do homem, ora fraca, ora forte; a diversidade de estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora voltada para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até mesmo a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.

Alternativamente da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se, nos dias atuais, de fortificar a ideia de igualdade material ou substancial, que, distante, de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária, preconiza inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual são devidamente pesadas e analisadas as desigualdades reais existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se desse modo o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou

material propugna redobrada análise por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a evitar que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (GOMES, 2001, p.130).

Nos espaços de democracias ocidentais, o princípio da igualdade material não é desconhecido. Ele entra nas constituições sob forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais, quer imateriais. De tal modo, encontra-se regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento radical ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho. E muitos outros exemplos poderiam ser citados, como o igual direito ao acesso à instrução, à saúde, à alimentação etc. (BASTOS, 1995, p 165).

Da transição da ultrapassada noção de igualdade estática ou formal ao novo conceito de igualdade substancial surge a ideia de igualdade de oportunidades, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir, ou ao menos mitigar, o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social (GOMES, 2001, p.131).

Possui, portanto, o cidadão o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar. É certo que no direito civil reina um princípio amplo de autonomia da vontade. As partes podem-se determinar por critérios os mais diversos possíveis, sem necessidade inclusive de explicitá-los. Mas se, contudo, for possível, flagrar um particular na prática de um ato, com caráter nitidamente discriminatório, entende-se que para a parte prejudicada estaria aberto o acesso aos Tribunais para a devida reparação. Serio o caso, por exemplo, de alguém que anunciasse a venda de uma casa, excluindo, contudo, as pessoas negras da condição de eventuais compradores (BASTOS, 1995, p. 170).

Da visão de igualdade formal, acarretou o aparecimento em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de base e de promoção de certos grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação subjetiva genérica, o Direito passa a percebê-lo e a considera-lo em sua especificidade, como ser provido de características singulares.

Nas palavras de Flávia Piovesan,

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. (GOMES, 2001, p. 131, apud PIOVESAN, 1998, p. 130).

O indivíduo passa a fazer parte dessas novas políticas sociais. Para tais políticas, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de ação afirmativa ou, na terminologia do direito europeu, de discriminação positiva ou ação positiva. A consagração normativa de políticas sociais representa um momento de ruptura na evolução do Estado moderno (GOMES, 2001, p. 130).

Deste modo, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais, ocorrendo, com o advento do Estado Social, uma igualdade baseada nas diferenças de cada indivíduo (BONAVIDES, 2004, p. 376).

O precursor na aplicação das políticas sociais chamadas ações afirmativas foram os Estados Unidos da América. Tais políticas foram criadas a princípio como meios para solucionar a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Em seguida estas foram estendidas, às mulheres aos índios e às pessoas com deficiência físicas, e a diversas minorias étnicas e nacionais (GOMES, 2001, p. 130).

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade (GOMES, 2001, p. 130).

As ações afirmativas,

[...] visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloquente

manifestação da moderna ideia de Estado promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação (GOMES, 2001, p 132).

Trata-se, pois,

[...] de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo (GOMES, 2001, p. 132).

Em outros termos, ações afirmativas podem ser caracterizadas como meio de promover o princípio da igualdade de oportunidades, conduzindo ao cenário social aqueles que historicamente foram marginalizados.

Nesse sentido, ensina Gomes:

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraíam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados (GOMES, 2001, p. 133).

As políticas de igualdade formal engendradas pelo Estado Liberal em um primeiro momento assumiram o discurso de igualdade, onde o princípio da igualdade, em sua concepção formal não autorizava nenhum privilégio, favorecimento ou discriminação, vez que a lei, por ser igualitária, oferecia o mesmo tratamento para todos. Na mesma linha:

“A igualdade formal era entendida, num primeiro momento, como uma igualdade perante a lei, de modo que, para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados

jurídicos” (JENSEN, 2010, p. 37).

Com o tempo, entretanto, a neutralidade estatal abriu generosos espaços para a subjugação de grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos, o que forçou o Estado a abandonar sua inércia e atuar positivamente para as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais (GOMES, 2001, p. 132), eis que a igualdade apenas perante a lei oferece uma garantia insuficiente se não for acompanhada – ou não possuir também a natureza – de uma igualdade na própria lei (CANOTILHO, 1998, p. 389).

De tal modo, se conclui que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo e na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. De outra parte, há o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica (GOMES, 2001, p. 132). É preciso, de acordo com a síntese de Canotilho, “delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material” (1998, p. 389-390).

Da prática ativa do Estado surgiram as Ações Afirmativas, criadas a princípio nos Estados Unidos da América, e hoje já aplicadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações essenciais à circunstância de cada nação. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, avança no debate sobre o assunto começa a aceitar pelo menos em nível acadêmico, a debate do tema (GOMES, 2001, p. 134).

A instauração do direito à igualdade é trabalho fundamental a qualquer projeto de democracia já que em última análise a democracia representa a igualdade no desempenho dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca com base na democracia, exige fundamentalmente o exercício em igualdade de condições dos direitos humanos elementares (PIOVESAN, 2005, p. 52).

Se a democratização se confunde com a igualdade, a efetivação do direito à

igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o problema de promover a igualdade (PIOVESAN, 2005, p. 52).

A propósito:

Para a implementação do direito à igualdade, é decisivo que se intensifiquem e aprimorem ações em prol do alcance dessas duas metas que, por serem indissociáveis, não de ser desenvolvidas de forma conjugada. Há, assim, que se combinar estratégias repressivas e promocionais que propiciem a implementação do direito à igualdade. Reitere-se que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada hoje por mais de 167 Estados (dentre eles o Brasil), aponta para a dupla vertente: a repressiva punitiva e a promocional. Vale dizer, os Estados-partes assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas também o dever de promover a igualdade mediante a implementação de medidas especiais e temporárias que acelerem o processo de construção da igualdade racial (PIOVESAN, 2005, p. 52).

Desse modo, se estipula que, os direitos humanos não são um traço e sim um construído, salienta-se agora que a violação desses direitos também o é. Ou seja, as violações, as exclusões, as discriminações, as intolerâncias, os racismos, as injustiças raciais são um construído histórico a ser urgentemente desconstruído, sendo emergencial a adesão de medidas eficazes para romper com o legado de exclusão étnico-racial. Há que se lidar com tais amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade da população afrodescendente (PIOVESAN, 2005, p. 53).

Destacam-se, nesse sentido, as palavras de Abdias do Nascimento, ao apontar a necessidade da,

[...] inclusão do povo afro-brasileiro, um povo que luta duramente há cinco séculos no país, desde os seus primórdios, em favor dos direitos humanos. É o povo cujos direitos humanos foram mais brutalmente agredidos ao longo da história do país: o povo que durante séculos não mereceu nem o reconhecimento de sua própria condição humana (PIOVESAN, 2005, p. 53).

A efetivação do direito à igualdade racial há de ser um imprescindível ético-político-social, eficiente de confrontar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o total exercício de seus direitos e de liberdades fundamentais (PIOVESAN, 2005, p. 53).

Recentemente, foram criadas duas políticas de discriminação positiva que merecem melhor reflexão, quais sejam, a adoção de cotas sociais e raciais no âmbito, respectivamente, das universidades públicas (Lei nº 12.711/12) e dos concursos públicos (Lei nº 12.990/14). Por serem medidas relativamente novas e envolverem certa

subjetividade em sua adoção, trazem insegurança em sua aplicação. Resta saber se tais ações afirmativas, de fato, garantem e observam o princípio constitucional da igualdade.

Da análise das chamadas ações afirmativas e da noção de discriminação positiva, passa-se à análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, que versa sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS SINDICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A presunção de constitucionalidade envolvendo a atuação do legislador na feitura da norma não foi suficiente para espantar a controvérsia sobre a compatibilidade entre cotas raciais e Constituição Federal. Foi preciso provocar o Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a guarda dos valores constitucionais, para que afirmasse, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, prevista na Lei nº 12.990/2014, é constitucional.

Na ação, o autor afirmou haver decisões contraditórias a respeito da validade da lei em questão em diversas instâncias do país. Nesse sentido, apontou, de um lado, decisões que afastaram a sua aplicação, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade. E, de outro, registrou a existência de diversos concursos públicos em andamento com previsão de reserva de vagas nos termos da Lei nº 12.990/2014 e de ações judiciais visando assegurar a efetiva aplicação da lei em tais concursos (colocar em nota rodapé a ação proposta pelo Ministério Público)

Supremo Tribunal Federal julgou por unanimidade, procedente o pedido para ~~fins de~~ declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014:

“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que

respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 2017).

Em sua fundamentação, o relator da ação, discorreu que as ações afirmativas em geral e a reserva de vagas para ingresso no serviço público em particular são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade.

Nas palavras de Barroso:

A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento (BRASIL, 2017).

O Ministro segue o voto discorrendo acerca da igualdade como reconhecimento. Para Barroso, além da redistribuição, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014 tem como meta contribuir para o ganho de autoestima da população negra e a eliminação dos estereótipos raciais, e para o aumento da diversidade e do pluralismo do serviço público (BRASIL, 2017).

Com efeito, o racismo estrutural produz injustiças que não se confinam à estrutura econômica da sociedade, envolvendo, ainda, a ordem cultural ou simbólica existente. Tais injustiças decorrem de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusam os “outros” e produzem a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Para Barroso, padrões de valor cultural eurocêntrico privilegiam traços associados a indivíduos de pele branca, enquanto estigmatizam tudo o que codificam como negro, pardo ou amarelo, paradigmaticamente - mas não apenas - pessoas de cor. O efeito é interpretar minorias étnicas, imigrantes raciais, populações nativas, como “outros” inferiores e degradados, que não podem ser membros plenos da sociedade. O remédio demandado, nesse caso, seria, portanto, o reconhecimento, que envolve a modificação de determinados padrões de aceitabilidade social e a valorização da diferença (BRASIL, 2017).

Também essa forma de desigualdade, qual seja, o “mau” reconhecimento, produz uma sub-representação dos negros nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que acaba perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade. Nesse contexto, a ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 destina-se a abrir espaço para a ocupação de posições destacadas por parte de segmentos tradicionalmente excluídos, com três benefícios principais. Em primeiro lugar, ao garantir que os negros possam desempenhar os papéis mais valorizados na sociedade, contribui-se para a redução dos preconceitos e da discriminação. O fato de os negros não ocuparem os estratos mais elevados da sociedade institui um simbolismo que deprecia a negritude e embute uma ideia de superioridade dos brancos. Se nas repartições públicas não há negros nas funções de chefia, mas apenas na limpeza e na portaria, tal simbolismo se reproduz. Deste modo, a presente política tem como consequência o rompimento desse círculo vicioso (BRASIL, 2017).

A medida produz, em segundo lugar, um efeito positivo sobre o próprio reconhecimento e a autoestima da população afrodescendente. Repare-se que, nos últimos anos, as diversas políticas de combate ao racismo e a introdução de cotas para negros nas universidades públicas já produziram a ampliação do reconhecimento desse grupo. Como apontou o IPEA, o aumento progressivo do número de pretos e pardos nos Censos do IBGE não se deve à diferença das taxas de fecundidade das populações negra e brancas, mas sobretudo à ampliação do número de indivíduos que passaram a se reconhecer como negros. A reserva de vagas é também capaz de impulsionar a formação de novas lideranças negras em todas as carreiras e centros de poder na administração federal, que poderão vocalizar as demandas e promover os direitos desta parcela da população (BRASIL, 2017).

Em terceiro lugar, a adoção de tal medida pode ser justificada como medida de promoção do pluralismo e da diversidade na administração pública. Como apontou a EDUCAFRRO, representada pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, “as instituições que põem em prática políticas de ação afirmativa se beneficiam com a pluralidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. Mais que isso, a sociedade também se beneficia das referidas iniciativas, na medida em que a atuação de tais instituições se aperfeiçoa e se torna mais legítima, por mostrar-se mais sensível aos

interesses e direitos de todas as camadas da população, inclusive daquelas historicamente discriminadas”. Com a reserva de vagas, nossas repartições públicas passam a se tornar um espaço de convivência não-hierarquizado entre todos os estratos da população, possibilitando a troca de vivências e experiências entre pessoas de diferentes cores (BRASIL, 2017).

Diante desses múltiplos fatores, o Ministro Relator entendeu que a reserva de vagas para negros em concursos públicos atua no sentido de promover a superação dos estereótipos, a valorização da diferença e o pluralismo, em linha com os objetivos constitucionais de alcançar a igualdade material, não somente no campo da distribuição de bens sociais, mas também no campo do reconhecimento.

Posteriormente, o Ministro Relator trata especificamente dos mecanismos e critérios para o controle de fraudes. Neste ponto, analisa a compatibilidade da reserva de vagas a negros para ingresso no serviço público com os princípios do concurso público e da eficiência. Aduz que a seleção dos candidatos com a melhor colocação (em termos objetivos) nos concursos públicos seria uma exigência do princípio da eficiência, pois permitiria o recrutamento dos indivíduos mais aptos a prestar à população um serviço eficiente e de qualidade.

A exigência da realização de concurso público é associada à realização de dois fins constitucionais. Em primeiro lugar, o concurso permite que o acesso ao serviço público se dê mediante um regime de livre concorrência, com igualdade de oportunidade de acesso para todos os candidatos e impessoalidade nos critérios de seleção. Trata-se, sob essa perspectiva, de uma aplicação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa (BRASIL, 2017).

Em segundo lugar, o concurso público permite que, no atendimento do interesse público, a Administração Pública possa selecionar os indivíduos que estejam aptos a desempenharem as funções de que necessita, de acordo com suas habilidades físicas e intelectuais. Entende-se, nesse sentido, que o concurso público representaria um meio de alcançar a eficiência na atuação dos agentes administrativos, princípio acrescentado expressamente no caput do art. 37 pela Emenda Constitucional nº 19/1998. O princípio da eficiência relaciona-se com as ideias de custo/benefício, economicidade administrativa e sucesso na realização da finalidade pública de modo a que se produza o

atendimento satisfatório das necessidades da comunidade e de seus membros, particularmente no que toca aos serviços públicos (BRASIL, 2017).

Para Barroso,

[...] é possível defender que a reserva de vagas para negros na administração federal seria capaz de potencializar o princípio da eficiência, medida a partir do conceito da “representatividade”. A questão da participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos – a chamada “burocracia representativa” – tem recebido grande atenção de teóricos nas últimas décadas⁵⁶. A constituição de um serviço público “representativo” – i.e., capaz de refletir a composição da população que atende – produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas. Essa concepção se funda na ideia de que os servidores públicos refletem em seu trabalho, em alguma medida, suas histórias de vida, experiências sociais, valores e background. Com isso, a partir de uma composição mais plural, as instituições estatais, em todos os níveis e Poderes, passam a ter maior capacidade de atuar na defesa dos interesses de todos os grupos e segmentos da população, tornando-se mais democráticas (BRASIL, 2017).

Portanto, a reserva de vagas instituída pela Lei n° 12.990/2014 não viola os princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. Ao contrário, como qualquer outro candidato, o beneficiário das cotas deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais (BRASIL, 2017).

Com a finalidade de garantir a efetividade da política de ação afirmativa instituída pela Lei n° 12.990/2014, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes. As burlas à reserva de vagas para negros nos concursos públicos podem se dar, basicamente, de duas formas. De um lado, por candidatos que, apesar de não serem beneficiários da medida, venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame. De outro lado, a política também pode ser fraudada pela própria Administração Pública, caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos.

Atenta aos méritos e deficiências do sistema de autodeclaração, a Lei nº 12.990/2014 definiu-o como critério principal para a definição dos beneficiários da política. Nos termos de seu artigo 2º, determinou que “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”. Porém, instituiu norma capaz de desestimular fraudes e punir aqueles que fizerem declarações falsas a respeito de sua cor. Nesse sentido, no parágrafo único do mesmo artigo 2º, estabeleceu que “na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (BRASIL, 2017).

Por fim, torna-se necessário esclarecer o sentido e o alcance do art. 4º da Lei, que prevê que “A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros”. Embora seja possível entender que o dispositivo somente seria aplicável ao momento da nomeação dos candidatos aprovados, a interpretação adequada do preceito é aquela que garante a aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade também na composição da lista de antiguidade das carreiras. Com isso, garante-se que a política produza efeitos durante toda a carreira funcional do seu beneficiário, influenciando promoções e remoções. Ainda, impede-se que os negros sejam colocados sempre ao final da “fila”, privilegiando-se tão-somente o critério, superado pela Lei, das notas obtidas pelos candidatos (BRASIL, 2017).

Portanto, com o objetivo de garantir a efetividade desta política de ação afirmativa, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em relação a todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas naquelas oferecidas no edital de abertura); (iii) deve-se aglutinar, sempre que possível, as vagas em concursos com baixo número de vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade

na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da política (BRASIL, 2017).

O Ministro Relator conclui o voto declarando a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014.

5. CONCLUSÃO

A resistência em reconhecer os direitos da população negra, na esfera do Estado Democrático de Direito brasileiro está essencialmente ligada ao contexto histórico da sociedade brasileira, a partir do tráfico de africanos para o trabalho escravo no Brasil.

Para os escravistas da época, escravo não constituía um ser com aspectos não humanos, desse modo, sem acesso às condições básicas de sobrevivência e trabalho. Por meio de uma pressão política, o governo da época foi obrigado a libertar o contingente escravizado, porém tal conduta acarretou na circunstância na qual se vive no presente momento. Vive-se em uma sociedade heteronormativa onde foi estabelecido um padrão, assim, percebe-se privilégios de um grupo social em detrimento de outro.

Dessa forma, surgem as Ações Afirmativas, com objetivo de reduzir a desigualdade entre brancos e negros, visando a concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial.

A ADC nº 41, trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Na ação, buscou-se afastar a controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram por unanimidade procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, assim contribuindo para superar o racismo e a visão depreciativa da raça existentes na sociedade brasileira e para equilibrar uma diferenciação culturalmente arraigada, a fim de criar lideranças capazes de servirem como padrões de integração e ascensão social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.ius.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional.- 16 ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COSENTINO, Daniel Do Val. **A Transição Do Trabalho Escravo Para O Trabalho Livre E As Raízes Das Desigualdades Sociais No Brasil**. Disponível em: <www.economia.unam.mx/cladhe/registro/ponencias/448_abstract.pdf> Acesso em: 23 set.2015.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>> Acesso em: 15 mar. 2016.

JENSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. São Paulo :Publifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo).

PIOVESAN, Flávia. **Acções Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124>> Acesso em: 13 out. 2015.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Acções Afirmativas e Estado Democrático de Direito**: uma releitura a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da problemática do mito da democracia racial em ‘Casa-Grande e Senzala’ no Brasil. Trabalho de Pós-graduação. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesEB_1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim das descobertas Imperiais. *In* **Redes culturais, diversidade e educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SCHWARTZMAN, Simon. **Pobreza, exclusão social e modernidade: Uma introdução ao mundo contemporâneo**. Disponível em: <www.schwartzman.org.br/simon/exclusao.pdf> Acesso em: 25 out.2015.

Submissão: 19.09.2018

Aprovação: 20.10.2018