
COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DO DISTRITO FEDERAL

*RACIAL QUOTAS IN FEDERAL PUBLIC COMPETITIONS: ANALYSIS OF
THE JUDGMENT OF THE DECLARATORY ACTION OF
CONSTITUTIONALITY 41 OF THE FEDERAL DISTRICT*

Lucas Gigardello Faccio

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMPRS); Advogado. E-mail: lucas.g.faccio@hotmail.com. Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/3589522984074011>.

RESUMO

Este trabalho busca estudar a reserva de vagas em concursos públicos federais para negros. Medida regulamentada pela Lei 12.990/2014. Estuda-se o acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade número 41 do Distrito Federal. Apresenta-se o tema das ações afirmativas e o contexto da desigualdade racial no país. Utiliza-se do método de pesquisa monográfico, bem como do método de interpretação jurídica exegético para analisar alguns dos argumentos discutidos no acórdão. Aborda-se o princípio da igualdade, sua dimensão formal, material, e uma terceira de reconhecimento. Demonstra-se a ausência de ofensa aos princípios do concurso público, da eficiência e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Cotas raciais. Ações afirmativas. Constitucionalidade. Princípios.

ABSTRACT

This work seeks to study the reservation of vacancies in federal public tenders for blacks. Measure regulated by the Law 12.990/2014. The judgment of the declaratory action of constitutionality number 41 of the Federal district is studied. The theme of affirmative actions and the context of racial inequality in the country are presented. The method of monographic research is used, as well as the method of exegetical legal interpretation to analyze some of the arguments discussed in the judgment. It



discusses the principle of equality, its formal dimension, material, and a third recognition. The absence of offense to the principles of the public tender, efficiency and proportionality is shown.

Keywords: Racial quotas. Affirmative actions. Constitutionality. Principles.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objetivo elevar a discussão acerca da reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos. Entende-se que a relevância do tema a ser tratado está no fato de que, ainda em 2019, a desigualdade racial no Brasil mostra-se como um problema de difícil solução.

Para isso, analisa-se o conteúdo do acórdão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) número 41 do Distrito Federal, julgada em 8 de junho de 2017. Nessa ação, debateu-se acerca da conformidade da Lei 12.990/2014, que regula a reserva de vagas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, com a Constituição Federal (CF).

Devido à extensão dos temas tratados no acórdão, apenas alguns pontos serão abordados. Para isso, a análise será voltada com maior ênfase para o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso e para os pontos que o próprio ministro destaca (violação ao princípio da igualdade, ofensa aos princípios do concurso público, da eficiência e da proporcionalidade).

Ademais, no intuito de enriquecer o conteúdo da pesquisa, faz-se uma breve exposição do tema das ações afirmativas, haja vista a sua relação direta com a política de cotas raciais em concursos públicos. Neste âmbito, a presente pesquisa se propõe a explorar os pontos referidos sob a perspectiva da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Utiliza-se o método de procedimento de pesquisa monográfico, bem como o método de interpretação jurídica exegético, que possibilitará o auxílio de técnicas de interpretação típicas do direito (interpretação gramatical, lógica e histórica). Salienta-se que este trabalho não objetiva exaurir o tema das cotas raciais em concursos públicos, e muito menos das ações afirmativas, mas, sim, proporcionar material para futuras discussões. Por conta de seus objetivos, a pesquisa pode ser classificada como exploratória, por buscar proporcionar uma visão geral acerca de determinado tema, e explicativa, por se preocupar com a identificação dos fatores que acarretem determinado fenômeno.

2. O CASO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 41

A ação direta de constitucionalidade n. 41 do Distrito Federal fora proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). O requerente sustenta que há decisões contraditórias a respeito da validade da Lei 12.990/2014 em diferentes instâncias do país. Indica decisões que afastaram a sua aplicação, em controle difuso, sob o fundamento de que a reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade, art. 5º, caput, CF, a vedação à discriminação, art. 3º, IV, CF, o princípio da eficiência, art. 37, caput, CF, o princípio do concurso público, art. 37, II, CF, e o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, aponta uma série de concursos públicos que têm aplicado a reserva de vagas prevista na lei, bem como casos de ações que buscam assegurar o respeito ao conteúdo da lei. O CFOAB relacionou, ainda, a existência de controvérsias quanto à forma de verificação da condição de cotista dos candidatos. Diante disso, defende a importância de uma manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de estabelecer a segurança jurídica e afastar as discussões acerca da constitucionalidade da reserva de vagas, bem como do procedimento de autodeclaração da condição de cotista.

O requerente apresenta, resumidamente, três argumentos para a procedência da ação: sustenta que a reserva de vagas se destina a diminuir a discriminação racial, presente no âmbito da educação e do mercado de trabalho; que essa política de cotas atua promovendo a igualdade material, alcançando uma igualdade de oportunidades entre brancos e negros; que essa política tem o intuito de assegurar uma maior representatividade aos negros e pardos nos cargos públicos federais. Defende, também, que o método da autodeclaração, previsto no art. 2º da Lei 12.990/2014, é o mais adequado, posicionando-se contrário à adoção de critérios objetivos para esse fim.

O Presidente da República, Michel Temer, em informação, manifestou-se pela integral constitucionalidade da lei em questão. Entende que esse dispositivo legal tem a finalidade de promover a realização dos direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da justiça social.

Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União defendeu o entendimento de que a lei está alinhada com os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade, assim como com o postulado do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, argumentou pela procedência do pedido.

Por conta da extensão e da complexidade dos argumentos abordados no acórdão, apenas os seguintes pontos serão analisados: violação ao princípio da igualdade, ofensa aos princípios do concurso público, da eficiência e da proporcionalidade. Para isso, far-se-á o estudo tendo por base o voto do Ministro Relator Luis Roberto Barroso.

Em seu voto, o Ministro inicia comentando a importância das ações afirmativas, de inclusão social, como as cotas raciais. Destaca a política de cotas raciais e sociais adotada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, local em que leciona. Refere que tem acompanhado uma profunda revolução com a inclusão de jovens negros e pobres no âmbito do ensino superior.

Tem-se, entre os argumentos contrários à reserva de vagas em concurso público, o de que a situação é diferente do ingresso no ensino superior. Entende-se a educação como direito fundamental, o que legitimaria a política de cotas para o acesso às universidades públicas. Todavia, esse não é o entendimento quanto ao acesso a cargo público, o que não permitiria a adoção desse tipo de política. Ainda, em comparação com o acesso ao ensino superior, outro argumento funda-se na ideia de que os interesses tutelados são diferentes. A ideia é que o concurso público tutela o interesse da coletividade, busca o bem comum, o que impediria esse tipo de política.

Visto isso, parte-se para a análise mais aprofundada dos pontos destacados anteriormente. Destaca-se, especialmente, os dados fornecidos por órgãos oficiais do Governo Federal que comprovam a realidade da desigualdade racial presente no Brasil.

2.1 A noção de ação afirmativa e a sua relação com as políticas de inclusão social

Inicialmente, tem-se que a política de cotas raciais, como a prevista na lei 12.990/14, nada mais é do que uma espécie de ação afirmativa. Mas antes de adentrar-se no que consiste essa ação, é interessante referir que por política pública entende-se a atuação do Estado, seja diretamente com o oferecimento de certo serviço, seja pela elaboração de leis, com o intuito de cumprir os preceitos de determinados direitos fundamentais (LULIA; PELLICCIARI, 2016, p.3)

Quanto às ações afirmativas, entende-se que são medidas que partem do reconhecimento da existência de diferenças na sociedade, realizando verdadeiras discriminações positivas, não visam a concessão de benefícios de uns em prejuízo de outros, mas sim proporcionar verdadeiras condições de igualdade, condições de inclusão social (MOREIRA, 2016, 132 p.). Diante dessa simples definição, tem-se que

a discussão sobre a existência de cotas raciais nos processos seletivos para ingresso no serviço público federal, trata, em verdade, da legitimidade ou não de uma ação afirmativa.

O uso dessas ações é recente na história, apenas em 1960, nos Estados Unidos da América do Norte (EUA), é que começou-se a instituir uma política de cotas raciais como espécie de ação afirmativa. Através do auxílio para ingressar no ensino superior, esperava-se romper as dificuldades decorrentes de um período obscuro de segregação no país. Alguns autores explicam que a adoção dessa política de inclusão racial pelos Estados Unidos, não fora impulsionada pela necessidade de diminuir as desigualdades. Em verdade, diz-se que houve uma junção dos interesses da população negra e da elite política do país, pois a segregação racial mostrava-se um forte obstáculo ao verdadeiro objetivo dos EUA, tornar-se líder das sociedades democráticas (MOREIRA, 2016, 122 p.).

2.2 A importância da Lei 12990/2014 de cotas diante da realidade social brasileira

A lei 12.990/2014 estabelece uma reserva de 20% (vinte por cento) do número de vagas em concursos públicos federais para pessoas autodeclaradas negras. Ainda, estabelece que essa reserva deverá perdurar por dez anos (BRASIL, 2014).

Nas sociedades em que um grupo minoritário não possui representação adequada, as medidas afirmativas são fundamentais para reduzir as desigualdades existentes. Além disso, impede que a subordinação desse grupo aos grupos dominantes não seja eternizada. A deficiência na representação afeta diretamente o acesso desse grupo aos bens sociais (CLÈVE, 2015, 4 p.).

Destaca-se que no Brasil há evidentes desigualdades entre a população negra e a branca. A título de exemplo, em 2012, uma pessoa preta ou parda recebia em média 57,6% (cinquenta e sete vírgula seis por cento) do rendimento de uma pessoa branca, já em 2016 passou a receber em média 55,3% (cinquenta e cinco vírgula três por cento) (COORDENAÇÃO DA POPULAÇÃO E INDICADORES SOCIAIS, 2017).

É desanimador o percentual de pessoas com 25 anos ou mais sem qualquer nível de instrução, que em 2017 chegou a 7,2% (sete vírgula dois por cento). Nessa mesma faixa etária e período apenas 9,3% (nove vírgula três por cento) da população preta ou parda possuía ensino superior completo, enquanto o percentual alcançado pela população branca é de 22,9% (vinte e dois vírgula nove por cento) (COORDENAÇÃO DA POPULAÇÃO E INDICADORES SOCIAIS, 2017).

Esses dados demonstram, de modo claro, a existência de fortes desigualdades entre a população negra e branca no Brasil. Em face do contexto de desigualdades

que impera na sociedade brasileira, eleva-se a importância do julgamento da ADC 41. Visto isso, nos próximos tópicos far-se-á uma análise dos principais pontos abordados nesse caso.

3. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Um dos pontos, se não o principal, analisado na ADC 41 é se a política de cotas da lei 12.990/14 ofenderia ou não o princípio constitucional da igualdade (isonomia). Esse princípio é elemento central nas discussões acerca da adoção dessa espécie de ação afirmativa. Deve-se destacar a sua presença no primeiro artigo da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, ao se afirmar que todos os homens nasceriam livres e independentes, assim como, logo depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, ao estabelecer igualdade de direitos a todos (SARLET, 2018, 614 p.).

Outro marco importante na afirmação do princípio da igualdade é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu primeiro artigo estabeleceu que todas as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos. Reforça essa ideia em seu artigo VI ao definir que a igualdade perante a lei e a sua proteção (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Pouco tempo depois da Declaração de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou a Convenção para Eliminação de todas Formas de Discriminação Racial, em 21 de dezembro de 1965. Destaca-se esse documento por conta da sua relação com o tema desse trabalho, haja vista que surgiu para reforçar a ideia de igualdade entre todos, de respeito às diferenças, estabelecendo em seu primeiro artigo um conceito de discriminação racial.

Na realidade o princípio da igualdade esteve presente em todas as Constituições brasileiras. Chama atenção a sua presença na Carta Imperial de 1824 mesmo não sendo a ideia de igualdade que conhecemos hoje, haja vista as diferenças de tratamento entre a nobreza e escravos, por exemplo (BARROSO, 2011, p.2)

Chama atenção o fato de que inclusive a Constituição brasileira de 1967, promulgada na vigência do regime militar, assegurou, ao menos no seu texto, a isonomia de todos em face da lei, sem qualquer diferenciação por conta do sexo, raça, da religião pregada ou convicções políticas. Ainda, tratou de prever expressamente punição a quem agisse com preconceito racial em seu art. 157, §1º (BRASIL, 1967). Compreende-se, assim, que em sua origem histórica, o princípio da igualdade se vincula à primeira acepção, de uma igualdade puramente formal (BARROSO, 2011, 2 p.).

Por fim, no texto da atual Carta Magna encontra-se o princípio da igualdade em diferentes artigos, entre os principais, cita-se o art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e inciso I. Ademais, insta salientar que há uma relação direta entre o princípio da igualdade, especialmente a chamada igualdade material – que será abordada no próximo tópico – com a redução das desigualdades sociais, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil previsto no art. 3º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3.1 As diferentes acepções do princípio da igualdade

O princípio da isonomia é tratado pela doutrina clássica em duas formas de incidência, uma formal e outra material. A respeito disso Barroso e Osório referem que no corpo da Constituição de 1988 a igualdade formal pode ser encontrada no 5º, *caput*, a material, no art. 3º incisos I e III, e, ainda, que no inciso IV do art. 3º tem-se uma terceira forma, a igualdade como reconhecimento (BARROSO; OSÓRIO, 2016, 208 p.)

Nessa linha, defende-se que o direito de igualdade, no Brasil, possui ao menos três dimensões. Uma primeira que veda comportamentos arbitrários, no sentido de que não se pode realizar diferenciações injustificadas com base em supostos valores constitucionais, bem como de que se deve tratar diferentemente situações cuja desigualdade seja evidente. A segunda consiste na proibição de discriminações com base apenas em categorias subjetivas. Já a terceira, expõe a necessidade de atuação do Poder Público para a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais (SARLET, 2018, 623 p.).

Além disso, Sarlet explica a existência das dimensões objetivas e subjetivas do princípio:

Desde logo, é preciso atentar para o fato de que também o direito de igualdade apresenta uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, e, no âmbito desta última, portanto, na condição de direito subjetivo, compreende uma face negativa (defensiva) e positiva (prestacional). No âmbito da dimensão objetiva, a igualdade, como já anunciado, constitui valor (e princípio) estruturante do Estado Constitucional na condição de Estado Democrático e Social de Direito, muito embora controversa a possibilidade de dedução, diretamente do princípio da igualdade, de deveres de proteção dos órgãos estatais. [...] Na condição de direito subjetivo, o direito de igualdade opera como fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções etc.), disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade. Também a

exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas pode ser reconduzida à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades. (SARLET, 2018, 624 p.)

Visto isso, tem-se por igualdade formal, num sentido clássico, a chamada igualdade perante à lei, ou seja, o fato de que todos devem ter seus direitos respeitados pela lei da mesma forma. Entende-se que há um duplo aspecto, o primeiro, voltado ao aplicador da lei, no sentido de que este deve atuar de modo impessoal, tratando a todos os abrangidos por determinada matéria de modo uniforme. O segundo, atua sobre o legislador, estabelecendo a ideia de que não é possível a elaboração de leis que criem discriminações sem fundamento razoável e legítimo. A efetividade dessas noções, não obstante as previsões legais, encontra como principais obstáculos, atualmente, os comportamentos dos indivíduos (BARROSO; OSÓRIO, 2016, 211 p.).

Em que pese a presença expressa da igualdade formal no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, conforme fora exposto acima, esse princípio, em especial na sua dimensão formal, podia ser encontrado nas Constituições anteriores, como a de 1824 ou 1891. Frisa-se que, durante a vigência dessas, convivia-se com um regime de escravidão entre outras desigualdades explícitas, hoje, inaceitáveis. Portanto, essa dimensão da isonomia mostra-se insuficiente¹.

É dominante a ideia de que, atualmente, a igualdade deve ser compreendida no sentido de que as reais diferenças de condições de cada indivíduo tem de ser observadas, a fim de que através de políticas públicas adequadas o Estado possa auxiliar na sua superação. Dessa forma, ao Estado incumbe muito mais do que apenas garantir a realização formal dos direitos fundamentais, tem-se por sua obrigação uma atuação direta na redução das desigualdades (CLÈVE, 2015, 6 p.).

Diante desse cenário de insuficiência da igualdade em sentido meramente formal, impulsionou-se o desenvolvimento de uma segunda dimensão, de um

¹ Nesse sentido, Clève elucida que: o mesmo pode ser depreendido da leitura do art. 5.º, XLI, que trata da punição de discriminações que violem os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a previsão de punição para o ato discriminatório e preconceituoso é reflexo de uma das dimensões da igualdade, de modo que, sendo todos iguais perante a lei, no contexto da sua aplicação não pode haver discriminação sob pena de violação direta da Constituição. Contudo, a dimensão da igualdade referida não é suficiente para o reconhecimento e emancipação de grupos com diferenças e especificidades circunscritas. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, n. 11504, p. 671- 695, ago. 2015. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-25.

segundo sentido do princípio, o material. Esse, com um objetivo claro de enfrentar de modo mais ativo as desigualdades sociais e econômicas.

Com isso, o aspecto material também consiste na exigência de que os tratamentos diferenciados decorrentes da atuação positiva do Estado sejam fundamentados em critérios que respeitem a dignidade da pessoa humana, bem como o texto Constitucional (SARLET, 2018, 619 p.). E é seguindo essa compreensão que o Ministro relator da ADC 41 dispôs que “[...] o que se exige é que o fundamento da desigualdade seja razoável e que o fim visado seja compatível com a Constituição.” (STF, ADC n. 41/DF).

O autor italiano Paolo Caretti explica que a coexistência da igualdade material e da formal, gera, por consequência, efeitos de limitação e complementação. Há a concretização do entendimento de que o aspecto material da igualdade serve como uma barreira ao rigor do aspecto formal. (CARETTI, 2005, 156 p.)

Acerca da dimensão chamada de reconhecimento, não há a defesa de uma atuação econômica para superação de dificuldades, mas sim uma espécie de reeducação da população, no intuito de romper estereótipos e estigmas culturalmente aceitos, a fim de que os diversos aspectos das diferenças presentes hoje na sociedade sejam respeitadas. Entende-se que a aplicação pura de medidas orientadas pelo conteúdo do princípio da igualdade na sua dimensão material, como as políticas de cotas, por exemplo, não permite que o resultado desejado seja totalmente alcançado (BARROSO; OSÓRIO, 2016, 215 p.).

A concretização das medidas afirmativas regidas pela igualdade material só será possível quando, concomitantemente, forem adotadas iniciativas visando a igualdade de reconhecimento. Quanto ao caso das cotas raciais tratado na ADC 41, não basta proporcionar o acesso aos cargos públicos através das cotas, se ao ingressar no serviço público o sujeito se deparar diariamente com pessoas que não respeitam a sua diferença, como a cor da pele no caso específico, ou qualquer outra como a orientação sexual, religião ou alguma deficiência física ou mental (BARROSO; OSÓRIO, 2016, 216 p.).

Depreende-se do exposto que a igualdade, a depender da situação, não proíbe tratamentos desiguais, pelo contrário, determina que haja um tratamento diferenciado, desde que diante do correto fundamento da necessidade dessa diferenciação. Segundo elucida Barroso, “será legítima a desigualdade quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no Texto Constitucional.” (BARROSO, 2011, 3 p.).

3.2 O princípio da igualdade e a política pública de cotas raciais

No julgamento da ADC 41 discutiu-se a constitucionalidade das cotas raciais para ingresso no serviço público federal. Como referido anteriormente, a instituição desse tipo de medida afirmativa iniciou nos Estados Unidos da América do Norte, como forma de combater a discriminação racial. Um dos fatores que impulsionaram essa medida foi o julgamento do caso *Brown versus Board of Education*, em 1954 pela Suprema Corte. Neste, entendeu-se que a segregação racial em escolas públicas ofendia a décima quarta emenda da Constituição Norte Americana (ARENHART, 2005, 1 p.).

Sobre a situação da população negra no Brasil, tem-se que com a abolição da escravatura o ingresso do negro na sociedade como trabalhador livre não evitou que a discriminação perpetuada durante o período da escravidão continuasse. A simples proibição da escravatura, sem qualquer medida de inserção da população negra na sociedade resultou na sua marginalização o que, conseqüentemente, permitiu a manutenção da discriminação dessa população (BARROSO; OSÓRIO, 2016, 217 p.).

Os dados apresentados no tópico 2.2 são suficientes para demonstrar que o contexto narrado pelos autores, de fato, influenciou na situação dessa população ao longo das décadas. As diferenças entre os salários, entre o nível de acesso à educação e taxa de desocupação, todas constatadas no ano de 2017, não deixam dúvidas de que há necessidade de fortes políticas públicas para a inclusão social da população negra.

Para que uma política pública que estabelece fatores discriminatórios entre sujeitos, como a das cotas raciais para ingresso no serviço público federal, seja válida, ou melhor, para que essa discriminação seja considerada legítima é preciso respeitar os valores presentes na Carta Magna, como visto no tópico anterior. Ao lado disso, também se deve analisar se o critério escolhido para distinguir os sujeitos é racional, lógico, a fim de proporcionar o tratamento diferenciado necessário com base na desigualdade existente (MELLO, 2000, 12 p.). Caso a política pública discriminatória não observe esses pontos, tem-se uma discriminação ilegítima, inválida, apta a criar mais desigualdades no contexto social.

A política de cotas raciais estabelecida pela Lei 12.990/14 institui², sem dúvida, uma discriminação positiva em prol da população negra. Tendo em vista que a

² Interessante destacar sobre a Lei 12.990/2014: Diferente poderá ser a situação em que as quotas persigam o propósito de compensar gravíssimas diferenças sociais históricas, além do combate do racismo estrutural da sociedade brasileira, excludente de parcelas consideráveis da população a iguais chances e condições do desenvolvimento de personalidades mediante ascensão socioeconômica. Esse é o caso das quotas aplicadas em benefício da população preta – na terminologia da segunda lei a seguir mencionada, primeira na ordem cronológica –, parda e indígena (cf. Lei 12.990/2014 – reserva de vagas a negros no serviço público; e Lei 12.711/2012 – correspondentes quotas universitárias). O art. 2º, caput, da Lei 12.990/2014, em cuja ementa lê-se:

desigualdade entre negros e brancos na sociedade brasileira é notória e cientificamente comprovada, conforme os dados já apresentados, que a Carta Magna estabelece a redução de desigualdades como um objetivo fundamental da República (art. 3º, III), que a reserva é de apenas 20% das vagas, não impedindo os demais sujeitos de exercerem seu direito e ingressarem no serviço público federal, esse tratamento diferenciado está em sintonia com os preceitos da Constituição Federal; portanto, legítimo.

4. A SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO, EFICIÊNCIA E PROPORCIONALIDADE

Outro tema muito discutido no julgamento da ADC 41 foi se as cotas raciais não ofenderiam os princípios do concurso público, da eficiência e proporcionalidade. Ao longo do acórdão, especialmente no voto do Ministro relator, afasta-se qualquer dúvida acerca de uma ofensa a esses princípios.

Quanto ao princípio do concurso público, esse consiste num instrumento de assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais da administração previstos no art. 37, *caput*. Nessa linha, o concurso atua na busca do interesse público, diz-se que, com isso, a Administração Pública selecionaria os sujeitos conforme suas capacidades e, assim, esse procedimento representa um meio de alcançar a máxima eficiência dos agentes administrativos (STF, ADC n. 41/DF).

Qualquer estudante de direito que faça uma disciplina de Direito Administrativo deve saber que a Administração Pública tem de atuar em prol do interesse público. Mas o conteúdo desse interesse não é tão simples quanto parece. De fato, a sua busca resulta na proteção do bem comum, bem como uma espécie de bússola à atuação dos agentes públicos. Ao lado disso, considerando-se os preceitos da Carta de 1988, como a inclusão social, entende-se que as ações afirmativas com o fim de assegurar a cidadania das minorias está de acordo com o interesse público (MOREIRA, 2016, 136 p.).

Sabe-se que o concurso público valoriza a ideia de merecimento, ao passo que tende a ser aprovado o candidato mais preparado para assumir a função, contudo a seleção do mais preparado não pode ser entendida como fim único. A Constituição Federal não estabeleceu uma finalidade exclusiva ao instituto do concurso público

“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”, trata “negros” como gênero que abrange as espécies “pretos” e “pardos”. NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 465 p.

(MARCONDES MARTINS, 2017, 2 p.). Ademais, a política de cotas raciais não exime os beneficiados de realizarem as provas, na verdade, cria uma segunda fila de candidatos, mas ambos tem de demonstrar os conhecimentos mínimos necessários para a aprovação.

Esse instituto tem como base a garantia da probidade e da impessoalidade no agir da Administração Pública, haja vista que se afasta a ideia de que possíveis favorecimentos sejam concedidos (MAZZILLI, 2012, 508 p.). Ainda, resta evidente a importância do concurso como um meio de efetivação da isonomia, pois permite que os candidatos que preencham os requisitos mínimos para o cargo passem pelas mesmas provas em busca da aprovação final.

A nomeação impessoal do concursado público permite que este se veja livre de possíveis restrições, limitações, ou afetações dos efeitos dos interesses políticos. O concurso possibilita que o sujeito, enquanto atua na condição de agente público, não seja forçado a “ignorar” eventuais falhas de outros colegas ou de superiores hierárquicos por receio de alguma represália, alguma punição, e o mesmo se aplica aos superiores com relação ao seus subordinados. Com isso, efetiva-se a legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa (MARCONDES MARTINS, 2017, 3 p.). Essa questão é tão importante, que a Lei 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais, em seu art. 116, VI, prevê como dever do servidor comunicar a autoridade competente acerca das irregularidades que tiver ciência em razão do cargo³.

Selecionar o sujeito mais competente conforme o mérito de aprovação no concurso, não significa que esse será excelente em todas as suas funções, que saberá lidar com todas as situações que se deparar como servidor público. Conforme o Ministro Relator na ADC 41, é notório que os principais cargos públicos, como membros do Judiciário e do Ministério Público, são ocupados quase que exclusivamente por pessoas brancas.

Nesse ponto, a importância da política de cotas raciais é evidente, como segue:

A diversidade racial pode contribuir para a solução desse problema ao incorporar pessoas que têm a vivência social do racismo e que não estão comprometidas com interesses de grupo. Embora todos os indivíduos comprometidos com a democracia saibam que o racismo afronta a dignidade humana, eles não têm conhecimento de como ele opera no cotidiano da

³ Texto integral do art. 116, VI, da Lei 8.112/90: art. 116. São deveres do servidor: [...] VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. BRASIL. **Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

população negra e ameríndia. Dessa forma, a diversificação racial do sistema judiciário permite que essa instituição pública possa apresentar soluções mais adequadas à demanda social de tratamento igualitário entre grupos sociais, o que obviamente pode ser considerado como um interesse público de primeira ordem. (MOREIRA, 2016, 139 p.)

Com relação ao princípio da eficiência, esse foi incluído ao texto constitucional pela Emenda n. 19 de 1998. Surge num período de descrença da população com os serviços públicos, evidencia-se como uma tentativa de afastar uma imagem de ineficiência. Salienta-se que há o respeito à eficiência “[...] quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração” (FRANÇA, 2012, 1015 p.).

A doutrina sustenta que esse princípio possui duplo aspecto: um primeiro, quanto à atuação do agente público, devendo-se buscar os melhores desempenho e resultado; um segundo, que diz respeito à organização, estruturação e disciplina da Administração Pública, mas com o mesmo fim de prestar o melhor serviço público possível (PIETRO, 2018, 151 p.).

Seguindo a importância da diversidade no serviço público, o Ministro relator explica que a reserva de vagas com as cotas raciais permite ampliar a atuação do princípio da eficiência, ao possibilitar uma maior representatividade da população negra. Com base na ideia de que o servidor leva para o trabalho suas experiências de vida, um serviço público com mais representatividade resultaria em mais qualidade para a população atendida. Desse modo, entendendo que o pluralismo e a diversidade no serviço público atendem ao princípio da eficiência, afastou-se qualquer receio quanto à eventual ofensa (STF, ADC n.41/DF).

O último ponto a ser trabalhado é a existência ou não de violação do princípio da proporcionalidade. Defende-se que a reserva de vagas para pessoas negras proporcionaria um duplo benefício, considerando-se que já há reserva de vagas para o ingresso nas universidades públicas. Argumento totalmente equivocados, já que um benefício não exclui o outro e nem ao menos está diretamente relacionado.

Sobre a proporcionalidade:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem

pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. (SILVA, 2002, 28 p.)

No que concerne aos elementos referidos, tem-se que a adequação trata da análise do meio utilizado para alcançar determinado fim, se este é o correto ao se considerar o interesse público como fim do agir da Administração Pública. A necessidade, também chamada de princípio da menor ingerência possível, consiste no fato de que o meio empregado seja o menos oneroso possível às pessoas. Exige da Administração uma espécie de avaliação das consequências a fim de que se opte pelo meio que cause menos transtornos ou ofensas à população (TEIXEIRA MARTINS, 2011, 166-169 p.). Já a proporcionalidade em sentido estrito é a concretização da avaliação referida, pois “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, 36 p.).

Outro fator que também afasta a tese de ofensa ao princípio da proporcionalidade é o tempo de duração da política de cotas. Conforme o art. 6º da lei 12.990/14, a reserva de vagas para pessoas autodeclaradas negras nos concursos públicos federais terá vigência de apenas dez anos⁴.

Esse caráter transitório demonstra que a medida tem o fim de auxiliar na redução das desigualdades, de atuar apenas enquanto essas desigualdades ainda afetarem a nossa sociedade. Assim, o legislador supôs que, num período de dez anos, essa espécie de ação afirmativa não será mais necessária. Mostrando-se que a medida é totalmente proporcional, não prevendo uma discriminação positiva, um benefício eterno que possa causar outras desigualdades.

Por fim, a política de inclusão racial através da reserva de vagas para ingresso no serviço público federal está em plena conformidade com os fundamentos da Constituição Federal. Destaca-se, de fato, como uma excelente medida para se alcançar a redução das desigualdades sociais, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Esse fora o entendimento da Suprema Corte ao declarar a Constitucionalidade da Lei 12.990/14.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou discutir a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos para a Administração Pública Federal, direta e indireta. Para

isso, analisou-se o acórdão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade número 41 do Distrito Federal. A Ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no intuito de sanar as discussões acerca da constitucionalidade da Lei 12.990/2014, que estabelece a reserva de vagas.

A fim de permitir uma melhor compreensão sobre o tema, fez-se uma breve abordagem sobre políticas públicas, ações afirmativas e a política de cotas raciais como uma espécie dessas. Destacou-se o início da adoção dessas medidas nos Estados Unidos da América do Norte.

Ainda, através de dados oficiais recentes, apresentou-se a realidade da desigualdade no Brasil. As diferenças salariais, de instrução ou de conclusão do ensino superior entre a população branca e a negra são marcantes. O que ressalta a importância de políticas de inclusão, como as cotas raciais. Além disso, essas informações acerca da desigualdade demonstram a relevância de se realizar trabalhos, pesquisas e estudos sobre o tema, tornando-o vivo não só no meio acadêmico, mas também para toda a sociedade.

Usou-se o voto do Ministro relator Luis Roberto Barroso como base, analisando-se quatro argumentos considerados principais. Sendo estes a ausência de ofensa ao princípio da igualdade, ao princípio do concurso público, ao princípio da eficiência e ao princípio da proporcionalidade.

Salientou-se que a política de cotas consiste numa discriminação positiva legítima, haja vista que o seu fundamento está em conformidade com a Carta Magna, com ênfase para o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais. Ainda, permanece a necessidade das pessoas negras de serem aprovadas, com a comprovação dos conhecimentos mínimos necessários para o exercício do cargo.

O caráter transitório da medida demonstra que o objetivo é auxiliar na redução de uma desigualdade social presente no momento e não criar um benefício eterno a certo grupo de indivíduos. Corroborando à correta decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar pela total constitucionalidade da Lei 12.990/2014.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Reserva de cotas pelo critério racial para o exame vestibular – princípio da isonomia – princípio do promotor natural. **Revista de Processo**, São Paulo, v.126, n. 5459, p. 141-151, ago. 2005. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-11.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante à lei. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 688, p. 714 – 734, ago. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-21.

BARROSO, L. R.; OSÓRIO, A. Sabe com quem está falando?: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204- 232, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição Federal. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 99 de 14/12/2017. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 12.990 de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/ DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia. Acesso em: 07 nov. 2018.

CARETTI, Paolo. *I Diritti Fondamentali: libertà e diritti sociali*. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, n. 11504, p. 671- 695, ago. 2015. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-25.

Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. p. 37, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 418, p. 1013-1027, nov. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-17.

LULIA, L. de T. T.; PELLICCIARI, N. R. Uma reflexão sobre a judicialização das políticas públicas com base na questão das cotas sociais e raciais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, n. 24152, p. 109-142, set-out. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-33.

MARCONDES MARTINS, Ricardo. Quais os limites para o uso de concursos públicos como instrumento de ações afirmativas?. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 2, n. 5018, p. 335-367, jul-set. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-33.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Concurso Público na Administração. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 7, n. 245, p. 507-512, nov.2012. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-6.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Adílson José. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 117- 148, mai - ago/2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-32.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito fundamental à igualdade. *In*: CANOTILHO, J. J. G.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; MENDES, G. F.; (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Organização das Nações Unidas. **Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. 1965. p. 2. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/quilombola/convencao.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. p. 14. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. *In*: SARLET, I. W.; MARINONI, L.G.; MITIDIEIRO, D. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. 235, p. 23- 50, abr/2012. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-27.

TEIXEIRA MARTINS, Fabiane Parente. A aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito ambiental. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 7, n. 224, p. 163 - 179, out/2011. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-16.

Recebido em: 27/05/2019

Aceito em: 01/10/2019

Como citar este artigo?

FACCIO, Lucas Girardello. Cotas raciais em concursos públicos federais: análise do acórdão da ação declaratória de constitucionalidade 41 do Distrito Federal. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo/RS. v. 09. n. 18. jul./dez. 2019, p. 62-79. Disponível em: <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>.