

O SISTEMA DE COTAS RACIAIS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

João C. Da Cunha Junior
Leonardo Medeiros Junior

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto investigar a abrangência do sistema de cotas raciais na administração pública, bem como fazer um apurado histórico das ações afirmativas inspiradas no sistema norte-americano que passaram a ser implantadas no sistema de provimento de servidores público através de concursos. No entanto tendo em vista que nosso sistema social e jurídico é diferente do sistema norte-americano, tais ações afirmativas não encontram o mesmo respaldo legal concedido pelo Estado norte-americano. A ação afirmativa que mais se adéqua a realidade brasileira e o ordenamento jurídico pátrio é a que se baseia na condição social do cidadão e não em sua cor de pele, que flagrantemente atenta contra o princípio constitucional da igualdade. Com relação ao método de abordagem, será utilizado o método indutivo para que a partir de posições dos tribunais superiores e doutrinárias seja possível formar posição, principalmente do ponto de vista constitucional.

Palavras chaves: sistemas de cotas; princípio da igualdade, ações afirmativas, fundamento.

ABSTRACT

This paper intends to investigate the extent of the racial quota system in public administration, as well as making a historical overview of the affirmative actions inspired by the American system, which came to be deployed on the Brazilian public server system of admission, through public contest. However given that our social and legal system is different from the American one, such affirmative action lacks the legal support provided by the U.S. law. The affirmative action that would be best suitable to the Brazilian reality and the national legal system shall be based on the social condition of the people and not on their skin color, which blatantly violates the constitutional principle of equality. This work approach was based on the inductive method in order to reach a conclusion through the examination of higher courts precedents, especially focused on the constitutional point of view.

Key words: quota systems; principle of equality, affirmative action basis.

INTRODUÇÃO

Trava-se um debate nacional, tanto no cenário político como jurídico-administrativo em relação à viabilidade e os limites da implementação de projetos de ações afirmativas que viabilizem a inclusão das minorias na Administração Pública Brasileira.

Há, segundo Luciana de Oliveira Leal (2008, p.2), uma discriminação social ou desvantagem decorrente de discriminação histórica na sociedade que acarreta no presente, desigualdade social.

Ações afirmativas são no dizer de Joaquim B. Barbosa:

“políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas a concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”

As ações afirmativas surgiram, primeiramente, nos Estados Unidos da América, com uma forma de diminuir as desigualdades entre grupos, que historicamente eram discriminados e preteridos em uma sociedade onde a segregação era latente, conforme relata, Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“A expressão ação afirmativa, usada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser

superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.”

A Suprema Corte americana concluiu que era constitucional o uso de critérios raciais na implementação de políticas públicas que visem a diversificação da sociedade e evite a segregação nas áreas educacionais e em relação a empregos.

Embora no Brasil exista uma discriminação racial latente, e que tenha uma evidente desvantagem entre as raças consideradas, do ponto de vista econômico e social, o que não pode ser um motivo para que o sistema meritocrático de ingresso na Administração Pública seja atenuado em prol de uma desigualdade histórica.

BREVE HISTÓRICO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Brasileiro no tocante a Administração Pública baseia-se em uma série de princípios e normas que buscam resguardar e nortear os gestores público como bem cita Carvalho Filho(2013, p. 18) :

“Princípios Administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas “

Desta forma cumpre fazer a distinção de princípios e normas, visto que em um Estado Democrático de Direito, que tem a Constituição Federal no ápice pirâmide normativa cabe aos administradores e administrados serem regidos, por exemplo, pelo princípio da legalidade como bem elucidou Walber Siqueira Viera(2013, p. 2)

“De proêmio, insta deixar registrado que em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal é o alicerce de todo o ordenamento jurídico,

sendo, portanto, supedâneo para os atos jurídicos praticados não só pelos nossos administradores públicos como pelos administrados em geral.

Walber Siqueira Viera cita que segundo Reale(1980, p299) define princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*”.

Por outro lado temos a definição de princípio formulada pelo pensador jurídico Roberto Alexy(2008, p. 63):

“Princípios são normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizada em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, assim caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas , mas também das jurídicas”.

Por outro lado as normas encontram sua origem nos princípios que se encontram espalhados por toda Constituição Federal, tendo estes como uma importante fonte quando da elaboração das leis, tendo inclusive a função de preencher as possíveis lacunas daquelas.

Segundo Carvalho Filho (2013 p. 19), o ordenamento jurídico-administrativo tem no princípio da legalidade todo um embasamento que repercutirá em todas esferas do poder, conforme cita o autor:

“O Princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não sendo, a atividade ilícita. “

O que é atestado pelo célebre administrativista, Celso Antônio Bandeira de Mello, que tal pontua:

”O princípio da Legalidade implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”¹

O mestre Helly Lopes Meirelles aduz sobre o princípio da legalidade:

“A legalidade como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”

Por outro lado a doutrinadora Maria Sylvia Zannela di Pietro ao tratar do princípio da legalidade relata que este princípio, juntamente com o controle da Administração pública pelo judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito as garantias individuais, aduz que porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, também estabelece os limites da atuação administrativa, como abaixo transcrito :

“É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite”

Outro princípio que norteia A administração pública é o Princípio da Moralidade que, como outros Princípios, está positivado na Constituição Federal da República do Brasil impõe que o administrador não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Devendo averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações,

mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto, segundo tal princípio nos é conceituado por Hely Lopes Meirelles:

“A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração pública(CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”

De outra forma, Maria Sylvia Zanella di Pietro ao tratar do princípio da legalidade, trata com nome diferenciado, por Moralidade Administrativa e citando Maurice Hauriou, diz que moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Contudo, cabe salientar que tal conceito é uma tanto vago visto que tais condutas não são explicitadas.

Temos também, como norteadores da Administração Pública o princípio da impessoalidade estampado no art. 37 da CF, que segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, dar margem a diferentes interpretações, pois ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros.

Relata a doutrinadora que exigir impessoalidade da Administração tanto terá que ser dos administrados como da própria Administração. Diz que no primeiro sentido o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear a administração.

No segundo sentido, conforme José Afonso da Silva(1989, p. 562), baseado nas lições de Gordillo que:

“os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade

administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”

Outro importante doutrinador que fala do princípio da impessoalidade e diz que tal princípio representa uma faceta do princípio da isonomia.(Carvalho Filho,2006 p.17)

Tal princípio visa um tratamento que objetiva um tratamento igualitário pela Administração Pública que deve dispensar aos administrados quando estejam em situações idênticas do ponto de vista jurídico-administrativo.

Aduz o eminente doutrinador que para que haja realmente impessoalidade deve a Administração pública voltar-se exclusivamente para o interesse público e não para o interesse privado, vedando-se, em consequência que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento a outros(Carvalho Filho p. 17).

Na história do Estado democrático de direito podemos observar duas formas de conceituar o princípio da igualdade, o material e formal.

A igualdade formal, que é direcionada para a proteção do Estado visando proibir tratamentos diferenciados aos cidadãos seja por critérios religiosos, morais, filosóficos, raciais, classe social ou sexo.

Entretanto, com a evolução do pensamento jurídico, a visão material do princípio da igualdade foi tomando cada vez mais força em razão das inúmeras desigualdades prejudiciais a paz social.

Por outro lado Hely Lopes Meirelles ao tratar de tal princípio relata que:

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988(art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o que impõe ao administrador público que se pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente

aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como o objetivo do ato, de forma impessoal.”

Logo, podemos dizer que ao administrador cabe buscar sempre o fim do interesse público amparado na norma, com os princípios norteadores da Administração Pública, correndo o risco de caso se desvie dessa finalidade incorra em uma ilegalidade ou até mesmo desvio de finalidade.

O SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NO SERVIÇO PÚBLICO

Com base nos ensinamentos do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, que de forma brilhante criou uma equação que visa estipular uma forma de justificar a limitação imposta ao princípio da igualdade, o doutrinador toca no ponto fundamental, como bem citou Walber Sigueira Viera(2013, p. 17):

“para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside a existência ou não de uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de discriminação e a discriminação legal decidida em função dele”(MELLO,2002, p.38)..

Adiante em seu pensamento passa o doutrinador a explicar tal afirmação:

“Esclarecendo melhor: tem que se investigar, de um lado aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada(MELLO,2002, p.38).

Assim, conforme aduz Walber Sigueira Viera que utilizando-se do princípio da isonomia(igualdade) da Administração Pública, para os concursos são estabelecidos critérios que devem ser atingidos por todos os candidatos, para que possam ter ingresso a um cargo público.

Tais critérios devem seguir uma busca pela isonomia material, dando condições para que os fins da Administração Pública sejam atingidos, qual sejam, servidores mais capacitados e com maiores condições para o exercício de suas atividades.

A Câmara dos deputados atualmente analisa o projeto de lei nº 6738/13, enviado pelo chefe do poder executivo federal, que cria a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos na esfera federal, englobando: Autarquias, Fundações Públicas, Empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela união federal.

A lei, conforme relata o site da Câmara dos Deputados, terá vigência de 10 anos, não se aplicando aos concursos que estejam já em realização.

Tal lei levará em conta, que concorrerão as vagas os candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos no momento da inscrição do concurso, tendo como parâmetro o quesito de cor e raça utilizado pelo IBGE, conforme o artigo 2º do supracitado projeto de lei abaixo transcrito:

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

O projeto de lei nº 6738/13, também ampliar o espectro de oportunidades para a classificação dos candidatos negros visto que concorrerão tanto nas vagas reservadas, quanto nas vagas de ampla concorrência, caso o candidato venha a ser aprovado dentro do número de vagas em ampla concorrência, não será diminuída a cota das vagas reservadas, é o que trata o artigo 3º *caput*, § 1º da referida lei abaixo “in verbis”

“Art.3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas

destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º

Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.”

Pode-se observar que tal critério fere o princípio da igualdade visto que a criação do sistema de cotas visa uma busca da igualdade material e na presente lei, o candidato que se autodeclare negro terá oportunidade de concorrer nas duas espécies de vagas.

A POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS

O regime democrático estar intimamente ligado a noção de igualdade visto que no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, uma verdadeira democracia não existirá enquanto tratamentos desiguais forem regra.

A esta altura podemos conceituar e identificar os elementos que nos permite afirmar a existência ou ausência das ações afirmativas em determinada sociedade, como bem conceituou Joaquim Benedito Barbosa Gomes:

“Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais como a educação e o emprego(Gomes, 2004).

Através do conceito acima exposto podemos identificar 3 elementos estruturantes das políticas das ações afirmativas:

1 - Políticas públicas e privadas : tomada nessa acepção, política quer significar conjunto de ações articuladas teleologicamente a algum fim, as quais devem ser levadas a cabo por empresas, entes da administração pública, associações civis, enfim toda sorte de pessoas físicas e/ou jurídicas que estejam aptas a contribuir para a superação da desigual distribuição de direitos baseada em raças.

2 – dirigidas a eliminação e/ou mitigação de discriminações injustas e de suas respectivas consequências, rumo a concretização da efetiva igualdade; e

3 – caráter facultativo, compulsório ou voluntário: embora nenhum particular, ou mesmo ente da Administração pública que não esteja diretamente envolvido em situações de desigualdade, estejam obrigados automaticamente a adotar Ações afirmativas, os mesmos podem fazê-los como forma de efetivar o princípio da igualdade.

Deste modo, a Constituição Federal da república Federativa do Brasil, inclui já em seu preâmbulo a definição de meta do Estado uma sociedade justa, igualitária e pluralista e sem preconceitos, o que é positivado também no artigo 3º.

Pode-se aferir claramente neste texto que o legislador originário teve a intenção de que se criem políticas públicas que tenham como objetivo erradicar disparidades injustas, medidas de discriminação positiva encontram legitimidade no Brasil, tanto no texto constitucional, mas também, como bem citou, Humberto Abreu noce(2010), na convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial(1969) que foi ratificada pelo Brasil.

A NATUREZA JURÍDICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

O Estado quando implementa medidas visando promover o combate as diversas formas de discriminação com o intuito de promover o princípio da igualdade, pode criar ações afirmativas em quaisquer dos poderes estatais, por via legislativa ou por via administrativa – como é o caso das ações feitas pelas

universidades públicas, com a autonomia reconhecida constitucionalmente e administrativamente, que o fazem em defesa do interesse de determinada coletividade.

O Ministro Ricardo Lewandowski no voto condutor proferido na ADPF nº 186, assentou o conceito das ações afirmativas “como medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

Vendo desta forma podemos dizer que as ações afirmativas possuem natureza jurídica de direito fundamental, alojando-se no princípio da igualdade, tanto do ponto de vista formal quanto material, sendo um instrumento para assegurar a igualdade substancial dos grupos marginalizados no sentido mais amplo.

Tendo a conclusão no Supremo Tribunal Federal, no julgado da ADPF 186, tendo o Ministro Ricardo Lewandowsky, acentuado que:

“Para efetiva a igualdade material, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalistas – a abranger número indeterminado de indivíduos – mediante ações de natureza estrutural; ou ações afirmativas – a atingir grupos sociais determinados – por meio de vantagens, por um tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares .certificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia. Anotou-se a superação da concepção estratificada da igualdade, outrora definida apenas como direito, sem que cogitasse convertê-lo em

possibilidade”²

A corte do STF- supremo Tribunal Federal apreciará o tema de modo geral, no provável mês de agosto do respectivo ano, contudo, se tem algumas decisões jurisprudenciais, como a que se segue:

Proposta a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº186-2 pelo partido DEM- DEMOCRATAS, que se opões aos atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso em universidade públicas. O partido alega haver ofensa aos respectivos artigos 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, caput; 205; 207, caput; e 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

*[...]Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, **indefiro** o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário.” (ADPF 186-2. STF. Ministro Ricardo Lewandowski).*

Em seguida o Tribunal Regional Federal da 4ª região decide por reconhecer a constitucionalidade do sistema de cotas, dispondo:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÕES AFIRMATIVAS. “COTAS” NAS UNIVERSIDADES. CRITÉRIO RACIAL. DISCRIMINAÇÃO. ISONOMIA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MÉRITO UNIVERSITÁRIO. 1.POLÍTICAS AFIRMATIVAS. Conjunto de políticas públicas e privadas, tanto compulsórias, quanto facultativas ou voluntárias, com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas. Técnicas que não se subsumem ao sistema de cotas, ainda que com elas sempre

relacionadas. 2. INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL. Previsão expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos, no Plano Nacional de Educação e nas Leis nº 10.558/2002, que criou o programa "Diversidade na Universidade" e Lei nº 10.678/2003, que criou Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Autorização, por via legal, para implementação, pelo Poder Executivo, de políticas afirmativas. Previsão em tratados internacionais. 3. CONSTITUIÇÃO. Previsão expressa no tocante à mulher (art. 7º, XX) e a portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII), a sinalizar baliza fundamental para aplicação do princípio da igualdade jurídica. Legislação infraconstitucional que estabeleceu cotas para candidaturas de mulheres, para portadores de necessidades especiais em concursos públicos e dispensa de licitação. 4. TRATADOS INTERNACIONAIS. Reconhecimento pelo Brasil da competência do Comitê Internacional para eliminação da discriminação racial. Internalização da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. Recepção dos tratados internacionais anteriores à EC 45/2002, com status supralegal ou de materialmente constitucionais, jurisprudência ainda não definida no STF, mas a indicar a possibilidade de constituírem "bloco de constitucionalidade", a ampliar núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade. 5. **PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** Revisão dos parâmetros clássicos, de forma a reconhecer sua dupla faceta: a) proibição de diferenciação, em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual"; b) obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa "direito a um tratamento especial". Rompimento com a visão clássica, de forma que a igualação jurídica se faça, constitucionalmente, como conceito positivo de condutas promotoras desta igualação. 6. DISCRIMINAÇÃO. Conceito internalizado pelo Decreto nº 65.810/69, reconhecendo diferenciações legítimas e afastando propósitos e efeitos de anular reconhecimento de direitos em pé de igualdade em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. Quadro cultural brasileiro complexo no que diz respeito ao reconhecimento da existência do próprio racismo, com a ideologia do "branqueamento" e o "mito da democracia racial". Informes internacionais questionando a dificuldade do aparelho estatal em reconhecer e promover atitudes antidiscriminatórias. Reconhecimento, por outro lado, de que a regra aparentemente neutra pode produzir discriminação, que a Constituição proíbe. 7.

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. Art. 207, V, CF. Previsão constitucional regulamentada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tendo como norte "as normas gerais da União" e do "respectivo sistema de ensino", podendo ser ampliadas ou reduzidas as vagas ofertadas. 8. SISTEMA MERITÓRIO. A previsão constante no art. 208, V da Constituição não estabeleceu o "mérito" como critério único e decisivo para acesso ao ensino superior, nem constitucionalizou o sistema do Vestibular. Existência de "nota de corte", a demonstrar que o mérito é conjugado com outros critérios de índole social e racial. Inexistência de "mérito" em abstrato. 9. AUTODECLARAÇÃO. Critério que não é ofensivo nem discriminatório em relação aos "negros", porque: a) já é adotado para fins de censo populacional, sem objeções; b) utilizado amplamente no direito internacional; c) guarda consonância com os diplomas legais existentes; d) constitui reivindicação dos próprios movimentos sociais antidiscriminação. 10. DISCRÍMEN RAÇA. Possibilidade admitida quando agir "não para humilhar ou insultar um grupo racial, mas para compensar desvantagens impostas contra minorias". Congruência com os ditames constitucionais de vedação ao racismo, na ordem interna e externa, de modo a indicar: a) no aspecto negativo, a necessidade de impedir qualquer conduta, prática ou atitude que incentive, prolifere ou constitua racismo; b) no aspecto positivo, um mandamento de otimização de medidas cabíveis e possíveis para erradicação de tal prática. Inexistência de "raças" a indicar, contudo, a necessidade de censura ao "racismo". Inteligência da decisão do STF no HC 82.424/RS. Preconceito, no Brasil, de fundo distinto daquele praticado nos EUA e África do Sul ("preconceito de marca" ao invés de "preconceito de origem"), a indicar a inaplicabilidade, aqui, das discussões sobre percentuais de genes africanos, europeus ou indígenas. 11. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Aplicação aos atos de todos os poderes públicos, vinculando legislador, julgador e administrador, mas com extensão e intensidade distintas conforme se trate de atos legislativos, da administração ou da jurisdição. Limites de "conformação" do administrador e do legislador a reduzir a análise de todas as possibilidades de escolhas postas à disposição. Verificação de: a) adequação, que não constitui o dever de escolher o meio mais intenso, melhor e mais seguro, mas sim a anular o ato somente quando a inadequação for evidente e não for, de qualquer modo, justificável; b) necessidade, em relação ao meio eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; c) proporcionalidade em

sentido estrito, comparando a importância da realização do fim e a intensidade da restrição de direitos fundamentais. Metas fixadas para educação nacional pelo Legislativo com duração de dez anos, passíveis de revisão. Não-comprovação de que as premissas para instituição de critérios de "inclusão social"- ampliação do acesso para estudos de ensino público e autodeclarados negros, promoção da diversidade étnico-racial no ambiente universitário, educação de relações étnico-raciais - não são critérios adequados, necessários e proporcionais para os fins constitucionais de repúdio ao racismo, redução das desigualdades sociais, pluralismo de idéias, garantia de padrão de qualidade do ensino, defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, valorização da diversidade étnica e cultural e promoção do bem de todos, "sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação". Percentuais de cotas que não constituem patamar elevado, seja porque 87% da oferta de vagas vem do ensino público médio e fundamental, seja porque a população negra brasileira é superior ao percentual estabelecido nas cotas. Reconhecimento de que os programas deixam sempre à disputa livre da maioria "a maior parcela de vagas", como forma de "garantia democrática do exercício de liberdade pessoal e realização do princípio da não-discriminação" (Cármem Lúcia Antunes). (TRF4, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2005.70.00.008336-7, 3ª Turma, Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, POR UNANIMIDADE, D.E. 24/04/2008).

Destarte, o ordenamento jurídico pátrio já ter incorporado o sistema de cotas para negros nas universidades, como ficou demonstrado nos julgados acima, o critério raça é bastante questionável no tocante ao método de aferição utilizado pelos institutos de pesquisa, por exemplo, IBGE, que deixa ao cargo do próprio cidadão a incumbência de se classificar, trazendo como isso disparidades.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FATOR DISCRIMINÁRIO

A Administração pública na busca de promover ações que tragam uma igualdade material, como já relatado, pode instituir discriminações positivas, justamente para obter esse ideal Constitucional de igualdade.

Entretanto, como poderemos encontra essa igualdade?, o Jus filósofo Norberto Bobbio, que determina que para a aplicação do princípio da igualdade nas relações sociais deve-se fazer as seguintes indagações: quem é igual?, em relação a que? Qual o critério justo ou médio para que algo seja de alguém de forma igualitária?³⁴

Feita essas indagações, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, apresenta um norte para responder tamanhas indagações visto que apresenta fórmulas para a utilização do princípio da igualdade material na criação das leis.

Aduz o doutrinador, que, primeiramente é necessário identificar o fator *discrímen* para que não se afronte o princípio da igualdade, depois verificar-se se há uma justificativa racional, porque não dizer lógico para atribuir tal fator discriminatório, depois deve-se observar se tal justificativa racional é afinada com o sistema normativo constitucional.

Assim a necessidade de identificar o objeto e o destinatário, tendo ainda que encaixá-los logicamente pela perspectiva constitucional.

O SISTEMA DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu pela primeira vez o sistema de cotas no concurso público através a lei 8.112/90, que rege o servidor público civil federal e determina que sejam reservadas até 20% das vagas para deficientes, desde que as atribuições do cargo sejam compatíveis com a deficiência.

Dessa forma foi emitido o decreto 3.298/99 que definiu o percentual mínimo de 5% que regulamentou a lei 7.853/89 que deve ser implementada em todo o Brasil.

_UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

3 - BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996.

4 - http://www.ambitojuridico.com/site/index.php?artigo_id=7862&n_link=revista_artigos_leitura.

É notório que as desigualdades sociais são um grave problema que tem raízes históricas na sociedade brasileira, contudo o fato de regulamentar um sistema de cotas que tem como *discrímen*, apenas a cor de pele se mostra um tanto desarrazoado.

Desde nossa formação vivemos em uma sociedade extremamente miscigenada onde o conceito de raça mostrou-se vago em uma nação que tem sua maioria “classificada” como parda e onde o próprio indivíduo se classifica em que cor se enquadra.

Implementar um sistema de cotas baseado em elementos tão subjetivos em razão da diversidade étnica brasileira ameaça o princípio da igualdade, que é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

O sistema de cotas raciais torna compulsória a reserva de vagas para a população negra nos concursos público feitos pela Administração Pública, o que passará a definir certos direitos com base na tonalidade da pele, e não pelo sistema da capacidade intelectual e pela excelência que devem pontuar os serviços públicos.

Outro ponto que pode ser debatido é o conceito de raça que no meio científico mostra-se um disparate científico.

Produzir sistema de cotas com base na cor de pele não trará uma justiça social, mas, poderá acirrar ainda mais o preconceito explícito e talvez o mais nefasto de todos o velado, que vemos todos os dias em nossa sociedade.

Basta entender que a implementação do sistema de cotas de negros nos concursos público não trará a justiça social tão buscada pelas entidades que lutam pela implementação dessa ação afirmativa visto que o problema reside nas condições econômicas da sociedade brasileira.

O que deveria ser feito era um investimento maciço em educação de base, com especial atenção a educação fundamental visando um preparo mais equânime das diferentes classes sociais, para que todos tenham condições de disputar os cargos no serviço público de forma mais isonômica.

CONCLUSÃO

Tendo como base as informações levantadas neste artigo, no que se refere à Constituição Federal da república Federativa do Brasil, fica claro que o sistema de cotas de negros nos concursos públicos da Administração Pública bem como as ações afirmativas implementadas no Brasil apresentam falhas quanto aos critérios para aferição do *discrímen*.

Quanto a natureza jurídica dos sistemas de cotas temos uma natureza jurídica de direito fundamental.

Cabe salientar que somente através de concurso público poderá o cidadão ingressar nos quadros da Administração Pública, com as exceções constitucionais ressalvadas.

Desta forma o Estado sempre deve buscar as pessoas mais preparadas no sentido *latu sensu*, para compor seus quadros cabendo ao sistema educacional o principal papel de minorar as dívidas sociais históricas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo:Malheiros,2002

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. Saraiva: São Paulo 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo 15. ed. São Paulo: malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ediouro,1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito Administrativo. 26. ed. Atlas São Paulo,2013.

Camara dos deputados. **Projeto de lei 6738/2013**. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. Direito administrativo, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 450.971-AgR/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. MS nº 24.020. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, j. em 06.03.2012, Dje de 13.06.2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VIERA, Walber Siqueira. O princípio da Isonomia e sua aplicabilidade no acesso aos cargos públicos efetivos no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Zênite , n. 149, dez. 2013.