

DEBATES SOBRE A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA LEI DAS COTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

*Elói Martins Senhoras**

*Ariane Raquel Almeida de Souza Cruz**

A reserva de vagas para afrodescendentes trata-se de uma ação afirmativa instituída pelo Poder Executivo por meio da Lei 12.990/2014 para concursos da Administração Pública Federal, incluídas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, sem necessária extensão de cotas para concursos, seja nos Poderes Legislativo e Judiciário, seja nos entes subnacionais de estados e municípios.

O surgimento da Lei Federal 12.990/2014 não aconteceu por acaso, mas antes é o resultado de *benchmarking* em exemplos de sistemas de cotas raciais em concursos públicos implementados, tanto, no plano internacional, como nos casos da Índia, na década de 1940, e, dos Estados Unidos, na década de 1960, quanto, no plano nacional, em estados como Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, na década de 2000.

Oriunda de uma incremental agenda política de defesa de grupos minoritários e em condição vulnerável aberta pelo governo de Fernando Henrique Cardoso e que foi crescentemente sendo ampliada institucionalmente nos governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, a Lei Federal 12.990/2014 é o fruto de uma evolução nas discussões de ação afirmativa do aparelho do Estado com os movimentos sociais, em conformidade com os receituários de organismos multilaterais como o Banco Mundial para a focalização de políticas sociais compensatórias¹.

Conforme Senhoras (2005), enquanto, internacionalmente as estratégias de discriminação positiva presentes em ações afirmativas estão sendo retaliadas por outras políticas sociais focalizadas de natureza neoliberal, como é o caso estadunidense, no Brasil, elas foram propostas inicialmente pelos setores que mais apoiavam o neoliberalismo, refletindo não necessariamente a convergência de uma luta

* Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.works.bepress.com/eloi.

* Professora do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI-RR). Auxiliar de pesquisa, bacharel em Direito e especialista pós-graduada *lato sensu* em Direito Eleitoral. Endereço para contato: raquelkf@gmail.com.

¹ A difusão internacional de um padrão de política pública focalizada a partir da década de 1990 é o resultado da implementação de um receituário neoliberal sugerido por organismos multilaterais a fim de concentrar esforços orçamentários em populações alvo, diferentemente do que ocorreu em décadas anteriores desde a II Guerra Mundial, quando se consolidou o padrão de política pública universalizante por meio de um receituário keynesiano (SENHORAS, 2003).

dos negros brasileiros à cidadania, mas antes, refletindo a incorporação de uma tendência internacional retardatária que passou por reeleições endógenas.

Fundamentado pela noção de discriminação positiva de ações afirmativas para afrodescendentes, com a suposta ideia de combater, minimizar ou compensar os efeitos negativos da escravidão e do descaso estatal com os afrodescendentes, o Projeto de Lei 6.738/2013 foi apresentado em caráter de urgência pelo Governo Federal ao Congresso Nacional para a reserva de 20% das vagas dos cargos da administração pública federal para negros, resultando na Lei 12.990/2014 (SILVA e SILVA, 2014).

A Lei Federal 12.990/2014 que disciplina temporalmente a política de cotas raciais em concursos públicos federais com uma vigência de dez anos, entre 2014 e 2024, apresenta sua fundamentação de discriminação positiva a fim de promover a igualdade material em um tripé de antecedentes que é identificado pelas dimensões fática, axiológica e normativa.

Na *dimensão fática*, a política de cotas raciais em concursos públicos federais assenta-se na difusão de debates fora e dentro do Estado sobre ações afirmativas e discriminações positivas em razão da crescente organização de movimentos sociais que buscavam, tanto, conquistar novos direitos, quanto, regulamentar direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Na *dimensão axiológica*, com a Constituição Federal de 1988, os conceitos de vulnerabilidade (gênero) e hipossuficiência (espécie) forneceram fundamentação para a conformação das primeiras políticas de focalização a determinados atores e grupos sociais, repercutindo assim em uma crescente e ampla difusão do princípio da proteção para alicerçar direitos e garantias de minorias e grupos vulneráveis.

Na *dimensão normativa*, a política de cotas em concursos públicas tem raiz nos marcos normativos de inclusão, garantismo jurídico e reparação a danos, presentes na Lei 7.853/1989, conhecida como Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e regulamentada pelo Decreto 3.298/1999; na Lei 9.504/1997 que estabeleceu ação afirmativa em favor do sexo feminino por meio de cota eleitoral, bem como na Lei n. 12.288/2010, que estabeleceu o Estatuto da Igualdade Racial, e, na Lei 12.711/2012, intitulada Lei de Cotas para o Ensino Superior.

Com base nesta visão tridimensional do Direito sobre a conformação da Lei Federal 12.990/2014, observa-se que a despeito das polêmicas e polarizações existentes nos debates teóricos e doutrinários sobre o assunto, ela é claramente oriunda de uma maturação de fatos e ações políticas que gradativamente foram se consolidando após a Constituição Federal de 1988, a partir de um perfil de política pública de focalização para um público alvo de afrodescendentes e com conteúdo de discriminação positiva reparatória.

As principais características da discriminação positiva do sistema de cotas para afrodescendentes em concursos federais de cargos públicos, de acordo com a Lei Federal 12.990/2014, são resumidas em um percentual de 20% das vagas, com critérios de condicionalidade previstos quanto: a) número mínimo de vagas oferecidas em concurso para aplicação de cota; b) fracionamento das vagas; c) auto declaração de negro ou pardo; e, d) dupla forma de ingresso, tanto, por reserva de cota, quanto, por ampla concorrência.

Quadro 1 – Destaques na Lei 12.990/2014

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

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

[...]

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.

Parágrafo único. 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.

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.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

[...]

Fonte: BRASIL (2014).

Enquanto instrumento especial e temporário de focalização da política pública, a discriminação positiva da cota racial em concursos públicos, implementada pelo Poder Executivo brasileiro, caracteriza-se como uma estratégia de compensação para fortalecer o negro, pois ao romper a *igualdade formal* na norma tem por objetivo promover a *igualdade material* por meio de oportunidades que diminuam desigualdades historicamente acumuladas pela discriminação e marginalização (GLUTZ, 2010).

A discriminação positiva presente na Lei Federal 12.990/2014 introduz o tratamento desigual dos formalmente iguais tomando como referência, tanto, a experiência nacional da reserva de vagas de cargos públicos para deficientes físicos determinada pela Constituição Brasileira de 1988, quanto, a experiência internacional difundida em diferentes legislações desde a promoção de ações afirmativas nos Estados Unidos na década de 1960, por meio de cotas para grupos excluídos e estigmatizados em vagas escolares e em listas de candidatos a cargos políticos.

Caracterizada como um dos últimos instrumentos de discriminação positiva na focalização de políticas para a população negra, a Lei Federal 12.990/2014, o fazer parte de uma trajetória evolutiva de ações afirmativas estatais para afrodescendentes no Brasil e a própria Lei Federal 12.990/2014, acabou não passando despercebida da opinião pública, mas justamente ao contrário, suscitando polarizações contrárias e a favor que se manifestaram, também, nos debates entre os especialistas e doutrinadores sobre o assunto.

Por um lado, existe uma positiva interpretação da aprovação da Lei 12.990/2014 que estabeleceu as cotas raciais para negros e pardos para ingresso na Administração Pública Federal, uma vez que ela seria potencialmente um instrumento de justiça corretiva adequado à promoção da igualdade por meio de um perfil de *política de targeting* ou *focalização* que impacta diretamente na população alvo diferentemente de tradicionais *políticas públicas universais* de natureza social.

A efetividade da focalização de uma política pública exclusiva para afrodescendentes, conforme prevista na Lei das Cotas em Concursos Públicos, é demonstrada pela sua racionalização como política social, ao proporcionar eficiência pontual, justamente por propiciar uma ação reparatória, ao atingir uma população com problemas consolidados assincronicamente ao longo da formação histórica do país (SILVA e SILVA, 2014).

Sob a ótica doutrinária, a recepção positiva da Lei 12.990/2014 acontece uma vez que a Constituição Federal de 1988, não só não vedou a adoção de medidas de discriminação positiva, mas, antes, a favoreceu, pois o legislador constituinte definiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º com verbos que evocam ação, como construir, erradicar, reduzir, promover, bem como introduziu no artigo 37, VIII, o caso da discriminação positiva de portadores de deficiência.

O legislador constituinte trouxe na Carta Magna o entendimento de que existem temas de aplicação da regra da desigualação para igualar, como o caso das cotas raciais em concursos públicos, em que incidem as ações afirmativas reparatórias com uma natureza de discriminação positiva, já que o igual tratamento formal pela lei, para ser legítimo, pressupõe uma *igualdade fática* preexistente (TRINDADE, 1998; ROCHA, 1996).

De acordo com Silva (2011), a insistência na questão da superação do paradoxo da igualdade formal *versus* igualdade material se manifesta com crescente importância, uma vez que

esta é uma discussão contemporânea em que se registra plena compatibilidade das políticas de ação afirmativa e de cotas para negros implantadas pelo Estado brasileiro com o ordenamento jurídico internacional, justamente porque o ponto central da discussão sobre o princípio da igualdade no Direito Internacional Comparado deixa de ser a isonomia formal de direitos e passa a ser a isonomia material do direito à igualdade de oportunidades.

Por outro lado, a Lei 12.990/2014 é questionada por afetar o princípio constitucional da igualdade, uma vez que a justiça corretiva da política de ação afirmativa ao procurar melhorar a condição de um grupo social o faz de maneira ineficiente, afetando negativamente a condição de outros grupos sociais no mesmo concurso público por meio de uma quebra da igualdade formal das normas que se estende a todos, sem distinção ou privilégio (QUINTÃO, 2014).

A Lei das Cotas é caracterizada não apenas como inconstitucional por afetar o princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, mas também ineficiente sob a ótica das políticas públicas, ao gerar um padrão de política seletiva e autoritária que melhora o bem estar social de determinados atores, com aumento de eficiência parcial, embora, prejudicando o bem estar social de outros atores sociais, com efeitos na diminuição da eficiência geral.

Sob a ótica doutrinária², os questionamentos da discriminação positiva da Lei 12.990/2014 indicam que ela impacta negativamente, tanto, nos interesses públicos primários, ao romper com o princípio da igualdade, quanto, nos interesses públicos secundários, ao se desvencilhar do princípio da meritocracia que foi fundamental na evolução da Administração Pública Brasileira de um padrão patrimonialista em direção a um padrão burocrático que recentemente se converte em um padrão gerencial.

Por um lado, o questionamento sobre a inconstitucionalidade da Lei Federal 12.990/2014 surge lastreada pelo argumento de que ela afeta inúmeros dispositivos constitucionais, com destaque aos princípios da igualdade, já que a Constituição Federal de 1988 declara que todos são iguais, sem distinção de cor, raça, religião, não havendo espaço para um tratamento diferenciado entre negros e brancos no ordenamento jurídico brasileiro (BONADIMAN, 2013).

Por outro lado, também, cabe destacar a negação do princípio da meritocracia na Administração Pública, tendo em vista que a seleção de um candidato deixa de se basear na escolha dos mais aptos, passando a funcionar em função de cotas raciais que distorcem o fundamento do mérito no sistema, com significativo impacto de retrocesso no serviço público, voltando os cargos

² Segundo uma corrente moderada de doutrinadores que dissertam sobre os sistemas de cotas raciais, a defesa ou ataque às políticas de discriminação positiva varia conforme a própria natureza do processo de ação afirmativa. De um lado, existe plausível defesa de cotas raciais para ingresso na Educação Superior durante um lapso temporal, quando se objetiva preparar estudantes em condição vulnerável para o mercado de trabalho, sendo o sucesso profissional uma condição *ex post* conquistada com base no mérito de cada estudante. De outro lado, existe crítica à cotas raciais para o ingresso na Administração Pública, pois estas pervertem o próprio sistema de mérito, tornando-se o sucesso profissional em uma condição *ex ante* que é determinada pelo perfil racial.

públicos a serem tratados como prebenda ou benesse do Estado à determinada pessoa, tal como na era do patrimonialismo (BARBOSA, 2014).

Embasando-se nos debates polarizados a favor e contra a Lei Federal 12.990, é observável que a condição paradoxal da Lei Federal 12.990/2014 reside no próprio instrumento das cotas, a qual propõe combater os efeitos da discriminação por meio de uma discriminação positiva, embora, gerando impactos negativos sobre inúmeros princípios constitucionais, com destaque à igualdade e à meritocracia, o que demonstrando que a sua evolução normativa no Brasil é fruto claro de um arranjo político e não de uma convergência teórica ou doutrinária.

Conclui-se que em um contexto polêmico de polarizações doutrinárias em relação à discriminação positiva do sistema de cotas em concursos para provimento a cargos públicos, a Lei Federal 12.990/2014 se consolida no Brasil em conformidade à tendência internacional, permeada pela falta de convergência nos debates nacionais e por contradições, já que não incorpora outros grupos etno-raciais em condição vulnerável, mas que se materializa sob a liderança política da mão protetora do Estado na Era dos Direitos Humanos.

Referências

BARBOSA, J. F. S. “A desigualdade inconstitucional da Lei nº 12.990/2014, que estabelece cotas raciais em concursos públicos federais”. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n.4002, junho, 2014. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em 19/02/2014.

BONADIMAN, D. “A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros”. *Revista Âmbito Jurídico*, ano XVI, n. 117, outubro, 2013. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 19/02/2014.

BRASIL. *Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Brasília: Planalto, 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

BRASIL. *Lei Federal, n. 7.853, de 24 de outubro de 1989*. Brasília: Planalto, 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

BRASIL. *Lei Federal 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Brasília: Planalto, 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

BRASIL. *Lei Federal 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: Planalto, 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

BRASIL. *Lei Federal n. 12.990, de 9 de junho de 2014*. Brasília: Planalto, 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

GLUZ, N. "Discriminação positiva". In: OLIVEIRA, D.A.; DUARTE, A.M.C.; VIEIRA, L.M.F. *Dicionário: trabalho, profissão e condição docente*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

QUINTÃO, B. O. "A (in)constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos". *Revista Ius Gentium*, vol. 10, n. 5, 2014.

ROCHA, C. L. A. "Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica". *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996.

SENHORAS, E. M. "Cultura e Poder: Um percurso da construção dos discursos e ações sobre raça na formação nacional". *Revista Urutágua*, n. 8, dezembro, 2005.

SENHORAS, E. M. "Políticas Públicas nos Anos Noventa: Um Ensaio sobre as Causas e Implicações da Crise do Estado Brasileiro de Bem-Estar Social". *Revista Oikos*, vol. 2, n. 2, 2003.

SILVA, L. F. M. "Considerações sobre o tema 'políticas públicas de ação afirmativa para a população negra no Brasil'". *Revista Direito e Práxis*, vol. 3, n. 2, 2011.

SILVA, T. D.; SILVA, J. M. "Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013". *Nota técnica*, n. 17, fevereiro, 2014. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 19/02/2015.

TRINDADE, F. *A constitucionalidade da discriminação positiva*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 1998.

