

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LAYRE COLINO NETO

**O SISTEMA DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS:
A QUESTÃO NORMATIVA**

**CURITIBA
2007**

LAYRE COLINO NETO

**O SISTEMA DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS:
A QUESTÃO NORMATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Fernando Gustavo Knoerr

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

LAYRE COLINO NETO

O SISTEMA DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS: A QUESTÃO NORMATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

DEDICATÓRIA

À minha mulher, Mariana, que sempre incentivou a busca de minha realização profissional.

Aos meus pais, Layre e Maria José, que por toda a vida não mediram esforços para proporcionar a realização dos sonhos meus e de meus irmãos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	PRINCÍPIOS RELACIONADOS À SISTEMÁTICA DE COTAS.....	09
2.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	10
2.2	PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	13
2.3	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	17
3	A QUESTÃO NORMATIVA DA SISTEMÁTICA DE COTAS	20
3.1	COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE COTAS	25
3.2	DO CONTEÚDO DA LEGISLAÇÃO SOBRE COTAS	28
4	A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA POLÍTICA DE COTAS.....	31
5	CONCLUSÃO.....	35
	REFERÊNCIAS.....	37
	ANEXOS.....	38

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo a análise da sistemática de cotas nos concursos públicos, a partir de uma leitura dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, e da razoabilidade (eficiência).

A necessidade de previsão legal para a efetivação da sistemática de cotas nos concursos públicos também é abordada nesta monografia, em razão da discriminação, ainda que indireta, que ocasiona em relação aos concorrentes das demais vagas.

Finalmente, a intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses relacionadas à política de cotas nos concursos públicos, enquanto ação afirmativa do Estado, é discutida neste pequeno estudo.

Palavras-chave: concursos; cotas; legalidade; minorias; normatividade; sistemática.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, até mesmo em razão de sua extensão territorial, possui características continentais. Cada uma das regiões do país possui elementos étnicos, culturais e sociais que lhes são próprias, o que leva à existência de diversas realidades dentro de uma única nação.

Tal diversidade acaba tendo por consequência a formação de vários segmentos populacionais dos quais, inevitavelmente, alguns se destacam e outros formam minorias, entendidas como “grupos distintos dentro da população do Estado (...) em princípio numericamente inferiores ao resto da população, em uma posição de não dominância, vítima de discriminação” ¹.

A realidade da discriminação é uma constante em nossas vidas sob os mais diversos aspectos, principalmente no que diz respeito ao acesso pelas minorias às principais necessidades básicas, como emprego, educação e saúde. É fato que nossa sociedade sempre marginalizou as minorias de longa data.

Especificamente no que diz respeito ao acesso ao emprego, visando a evitar, ou ao menos diminuir as discriminações sofridas pelas minorias no Brasil é que o Poder Público passou a adotar uma política de cotas nos concursos públicos a fim de prestigiar esses grupos populacionais menos favorecidos, facilitando-lhes o acesso a cargos, empregos e funções públicas que outrora eram preenchidos apenas pelas classes dominantes.

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 passou a ser usual a destinação de uma porcentagem das vagas disponíveis nos

¹ MAIA, Luciano Mariz. MINORIAS: Retratos do Brasil de hoje. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/luciano102.html>. Acessado em 05.05.2007.

mais diversos concursos para provimento de cargos, empregos e funções públicas aos portadores de necessidades especiais, até porque a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, do vigente texto constitucional.

Mais recentemente, outras minorias também passaram a ser prestigiadas no acesso às vagas oferecidas pelos mais diversos concursos públicos: os afro-descendentes, os indígenas, e os provenientes de condições sociais mais desfavoráveis, notadamente, estes últimos, nos concursos vestibulares para ingresso em universidades públicas.

Por óbvio que referida medida é polêmica, e pode ser analisada sob diversos aspectos: social, político, econômico, dentre outros. Todavia, este trabalho se limitará a examinar a questão das cotas em concursos públicos sob o prisma unicamente jurídico, em especial no que tange à sua questão normativa.

2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À SISTEMÁTICA DE COTAS

A sistemática de cotas nos concursos públicos decorre de uma ação afirmativa do Estado, que segundo GOMES² se define como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego”, e possui como pressuposto de validade o princípio republicano.

Este princípio jurídico, como bem colocam ARAÚJO e NUNES JÚNIOR³, “é um dado essencial de nossa Constituição Federal, pontuando não só a forma de governo, como também a própria organização do Estado e o relacionamento deste com os cidadãos”.

É exatamente neste último aspecto que o princípio republicano repercute na sistemática de cotas nos concursos públicos, pois o próprio legislador constituinte estabeleceu que a redução de desigualdades regionais constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal). Vale dizer, o princípio republicano assegura a igualdade de oportunidades aos cidadãos.

A igualdade de oportunidades, como sabido, não se dá de maneira linear, pois não existe uma homogeneidade entre os cidadãos. Assim, a efetividade do

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 102.

princípio republicano se dá na nivelação das condições pessoais de cada indivíduo, para que o exercício da cidadania possa se dar de maneira igualitária.

Frise-se, por oportuno, que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e da proporcionalidade são corolários do princípio republicano. O primeiro, possui caráter estruturante do ordenamento jurídico, enquanto que os princípios da igualdade e da proporcionalidade se consubstanciam nos dois principais pilares da sistemática de cotas.

Vejamos cada um destes princípios.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Deve-se entender por dignidade da pessoa humana a reunião de condições materiais e morais mínimas para que o ser humano possa viver de maneira descente na sociedade onde se estabeleceu. A Declaração Universal dos Direitos do Homem a considera, em seu preâmbulo, o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz no mundo.

MORAES⁴ apregoa que a dignidade da pessoa humana se traduz em “um valor espiritual e moral inerente à pessoa”, que se constitui em um “mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”. PINHO⁵, por sua vez, conclui que “a dignidade da pessoa humana (fonte), assim, é o fundamento dos demais valores – como a justiça (fim) e a igualdade (meio)”.

⁴ MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

⁵ PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade: Investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 153.

A dignidade da pessoa humana está prevista no vigente texto constitucional como um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III). De acordo com SILVA⁶, “é valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Com base na lição de CANOTILHO⁷, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil, por se tratar de um elemento “constitutivo e indicativo das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Isso porque, além de fundamento da República Federativa do Brasil, como já mencionado, a dignidade da pessoa humana é utilizada como princípio integrador e interpretativo de todo o ordenamento jurídico.

Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana se expressa nos direitos e garantias individuais e coletivas, nos direitos sociais, nas relações familiares, nas relações contratuais, enfim, em todo o Direito, na medida em que este somente existe em razão do ser humano. Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana possui carga axiológica, o que lhe confere função hermenêutica em relação às demais normas.

Não pretende este estudo, em hipótese alguma, esgotar o tema concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, para melhor compreender o significado deste princípio no atual contexto jurídico, necessário se faz analisar a

⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 90, 1998.

⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria de Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1173.

inter-relação existente entre o indivíduo e o Estado. Nesse sentido, anota MALUF⁸ que “indivíduo e Estado, como liberdade e autoridade, são termos inseparáveis de um binômio”, concluindo que “não pode o Estado desrespeitar as prerrogativas naturais da pessoa humana, nem pode o homem prescindir da autoridade do Estado. Se o indivíduo se sobrepõe ao Estado, caminha-se para a anarquia (...) Por outro lado, se assume o Estado uma posição de premência absoluta sobre o homem, chega-se ao estatismo totalitário”.

É evidente que o princípio da dignidade humana surgiu como forma de harmonizar as relações entre o Estado e o indivíduo. Com efeito, ao mesmo tempo em que o Estado deve assegurar sua existência, deve respeitar o ser humano, assegurando-lhe condições que permitam pleno desenvolvimento para, consoante ensinamentos aristotélicos, poder viver com virtude.

No caso da República Federativa do Brasil, o fato de a vigente Constituição da República posicionar a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado revela que sua existência se dá em função do indivíduo, e não o contrário. Assim, a efetivação deste princípio deve se dar no sentido de assegurar aos nacionais e estrangeiros residentes no país a garantia de acesso ao mínimo essencial para a sua subsistência.

Em relação à sistemática de cotas nos concursos públicos, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana se revela na preocupação do Poder Público em proporcionar a determinados setores hipossuficientes da população brasileira o acesso a empregos, cargos e funções públicas. Muito embora o provimento dessas vagas seja realizado, em regra, por intermédio de concursos públicos abertos a toda população, a sistemática de cotas oferece uma concorrência

⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 313-4.

mais equilibrada e justa entre integrantes de minorias com características semelhantes enquanto oportunidades de formação intelectual e cultural.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, sem dúvida, se trata de um dos principais pilares da sistemática de cotas nos concursos públicos, pois legitima o tratamento diferenciado (formal e material) de acordo com as condições pessoais de cada indivíduo. Aliás, CANOTILHO⁹ o destaca como princípio informador de toda a ordem jurídico-constitucional.

A origem do princípio da igualdade remonta à antiga Grécia, em especial aos ensinamentos aristotélicos, que defendia que os iguais deveriam ser tratados com igualdade, assim como os desiguais com desigualdade. Tal pensamento, muito embora literalmente próximo ao sustentado por Rui Barbosa na sua célebre Oração aos Moços¹⁰, em nada se assemelham em conteúdo.

Com efeito, de acordo com a igualdade apregoada por Aristóteles, “deveria a lei levar em conta essas desigualdades naturais, que estavam, na verdade, sendo reforçadas”, como por exemplo a escravidão, que era essencial para a economia das Cidades-Estado da antiguidade¹¹. Aliás, SILVA observa que a igualdade

⁹ Op. Cit., p. 432.

¹⁰ “ (...) A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalesssem. (...)”. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.culturabrasil.pro.br/aosmoccos.htm>. Acessado em 08.09.2007.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. O Direito à Igualdade Formal e Real. **Revista dos Tribunais**, n. 651, p. 52-3, 1990.

defendida por Aristóteles possuía cunho meramente formal, o que levaria à uma verdadeira injustiça do ponto de vista material¹².

O mesmo autor avalia que a partir do conceito aristotélico de igualdade, o contido no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão¹³ não possui aplicabilidade, na medida em que os homens “nascem e perduram de maneira desiguais”. Acrescenta, ainda, que “a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos desta corrente são denominados nominalistas”.

Por sua vez, PINHO¹⁴ anota que os nominalistas aceitam a inexistência de unidade da espécie humana e, portanto, a desigualdade, o que leva à aceitação de privilégios para determinados grupos. Sem embargo disso, ponderam ARAÚJO e NUNES JUNIOR¹⁵ que “a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade”.

Rosseau aperfeiçoou o pensamento da esteira nominalista, desenvolvendo uma nova corrente chamada idealismo, onde são aceitas duas espécies de desigualdades: uma natural, originária da própria natureza humana, levando em conta fatores como idade e saúde; e outra de ordem moral, que é “estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros”, admitindo a existência de

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: MALHEIROS, 1997, p. 208.

¹³ Artigo 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

¹⁴ Op. Cit., p. 91.

¹⁵ Op. Cit., p. 131.

diversas classes sociais, a concentração de riquezas e o uso do poder como forma de promover a subordinação, por exemplo¹⁶.

Estas duas correntes doutrinárias (nominalismo e idealismo), contudo, têm como ponto de partida a figura do Homem individualmente considerado. A propósito, reconhece MALUF (1995) que este conceito é inconsistente e falho, pois faz uma abstração das desigualdades humanas e orienta o Estado a permanecer em uma posição de neutralidade em relação aos seus problemas sociais e econômicos.

Para os adeptos de outra corrente, chamada realista, reconhece-se que os homens são desiguais sob diversas perspectivas, ao mesmo tempo em que são iguais, pois “em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir”¹⁷. A respeito desta corrente doutrinária, acrescenta PINHO¹⁸ que para os adeptos do realismo a pessoa humana é considerada “em sua individualidade, porém, sem deixar de tomar em conta a humanidade. É que os indivíduos não são idênticos, na medida em que se diferenciam uns dos outros em inúmeros aspectos, mas, ao mesmo tempo, eles são iguais, uma vez que podem ser descritos por seus incontáveis traços comuns”.

Essa idéia, contudo, não é nova, e sua origem também se encontra na Grécia antiga em Platão, que sustentava a divisão do Estado em classes sociais, consoante a virtude que cada cidadão possuía. De acordo com as aptidões pessoais de cada um, pertenceriam à classe dos filósofos, dos guerreiros, ou dos produtores. E cada uma destas classes possuiria direitos e deveres próprios, nascendo, ainda

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 207.

¹⁷ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade Jurídica**. São Paulo: RT/EDUSP, 1973, p. 43 *Apud* SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 207.

¹⁸ Op. Cit., p. 94.

que de maneira primitiva, um conceito material de igualdade, pois para o Estado ideal, faz-se necessário a presença de pessoas desiguais¹⁹.

No contexto da vigente Constituição da República, MORAES²⁰ assevera que foi adotado “o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos tem o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”. Afinal, como bem coloca MALUF²¹, “o princípio da isonomia só pode ser entendido racionalmente, no sentido de promover, tanto quanto possível, uma igualização formal das desigualdades materiais”.

O princípio da igualdade deve, contemporaneamente, ser observado tanto na aplicação do Direito, como em sua criação. Na perspectiva da aplicação do Direito, este princípio se revela na submissão de todos os indivíduos ao ordenamento jurídico de maneira indistinta, sem diferenciações de qualquer natureza. A isonomia, por esta vertente, possui nítido cunho formal.

De outro lado, a observância do princípio da igualdade na criação do Direito deve se dar na abstenção de tratamentos distintos a indivíduos em igualdade de situações. É nesta seara que o princípio da isonomia ganha sentido material, e relevância para a sistemática de cotas nos concursos públicos.

Na medida em que os indivíduos são ontologicamente diferentes entre si, o legislador deve lhes conferir tratamento diferenciado para oportunizar uma igualdade de condições para o exercício da cidadania. Especificamente no que tange aos concursos públicos, a reserva de certas vagas para determinados grupos é um claro

¹⁹ PLATÃO. **A República**. S. Paulo: Nova Cultural, s.d.

²⁰ Op. Cit., p. 64.

²¹ Op. Cit., p. 284.

exemplo de manifestação do princípio da igualdade em seu sentido material, pois proporciona um nivelamento, ainda que forçado, entre os candidatos.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (RAZOABILIDADE)

O princípio da proporcionalidade, também chamado princípio da razoabilidade, segundo MORO²², tem origem européia, e no âmbito do Direito Constitucional é utilizado no controle dos atos legislativos. Com efeito, a função primordial da lei é justamente discriminar situações, mas nem por isso toda discriminação é rechaçada pelo princípio da isonomia.

De acordo com CANOTILHO²³, o atendimento ao princípio da proporcionalidade (por ele chamado de princípio da proibição do excesso) se verifica com a conjugação de três elementos: adequação da medida adotada para a realização do interesse público; a utilização do meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o cidadão; e a existência de uma “justa medida” entre o fim desejado e o meio utilizado.

Exemplificando, o artigo 115 do Código Penal²⁴ estabelece que os criminosos que tiverem mais de 70 anos por oportunidade da prolação de sentença penal condenatória terão os prazos prescricionais contados pela metade. Ainda, o

²² MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 194.

²³ Op. Cit., p. 266-270.

²⁴ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

artigo 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso)²⁵ confere prioridade na tramitação do processo onde figura como parte ou interessado pessoa maior de 60 anos de idade.

Referidas normas tem por objetivo conferir um tratamento diferenciado a indivíduos como idades mais elevadas, que se encontram em situações distintas em relação aos demais. Tal discriminação atende ao princípio da isonomia, pois “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”²⁶.

O próprio legislador constituinte estabeleceu que a redução de desigualdades regionais constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal), ao mesmo tempo em que o artigo 19, inciso III, da Carta Constitucional proíbe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Todavia, equilibrar esta equação não é uma tarefa fácil.

Em relação à sistemática de cotas nos concursos públicos, o princípio da razoabilidade deve ser observado no critério utilizado para a segregação das vagas, tanto no que diz respeito ao número de colocações que serão reservadas, bem como aos destinatários destas vagas. Com efeito, o objetivo desta política é proporcionar uma igualdade material de condições para a disputa das vagas nos concursos públicos sem, contudo, que o critério utilizado seja abusivo.

²⁵ Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da Isonomia: desequilíbrios proibidos e permitidos. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 1, p. 79 *Apud* MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 65.

Sobre o tema, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu recentemente que a reserva de cotas para afro-descendentes nos concursos vestibulares para ingresso na Universidade é discriminatória, reconhecendo, todavia, sua validade para alunos egressos do sistema público de ensino²⁷. De acordo com a decisão em comento, o Órgão Julgador não entendeu razoável a utilização da pigmentação da pele como *discrímen*.

De outro lado, este mesmo Tribunal entendeu razoável o não provimento de cargos da carreira da Polícia Federal por portadores de necessidades especiais em razão da natureza das funções inerentes ao exercício do cargo, a despeito da previsão constitucional da reserva de vagas²⁸.

Extrai-se, portanto, que a razoabilidade (proporcionalidade) do critério adotado para sistemática de cotas nos concursos públicos é verificada em cada caso concreto, não sendo possível estabelecer uma regra geral, estática, para tanto.

²⁷ TRF 4ª R. – 4ª T. – AG 2005.04.01.013445-0/PR – Rel. Juiz Valdemar Capeletti – D.E. 26.02.2007.

²⁸ TRF 4ª R. – 4ª T. – AC 2004.71.00.030628-7/RS – Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler – D.E. 30.07.2007.

3 A QUESTÃO NORMATIVA DA SISTEMÁTICA DE COTAS

Em relação à aplicação da sistemática de cotas nos concursos públicos, o artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal²⁹, estabelece duas garantias fundamentais que norteiam todo o raciocínio a respeito: a premissa de que todos são iguais perante a lei (princípio da igualdade formal), e a necessidade de lei para que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Uma primeira leitura, isolada, dos mencionados dispositivos constitucionais levaria à conclusão de que nenhuma discriminação seria autorizada em razão dos princípios republicano e da isonomia formal, especialmente ante a ausência de permissivo legal a respeito. Acrescente-se, novamente, que o artigo 19, inciso III, da Constituição Federal proíbe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Ocorre que a própria Constituição Federal, especificamente no que diz respeito aos concursos públicos, determina no artigo 37, inciso VIII, que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Ainda, dispõe em seu artigo 24, inciso XIV, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiências.

Trata-se, pois, de uma exceção ao princípio da isonomia trazida pela Constituição da República, justificada pela especial condição dos portadores de

²⁹ Art. 5º. – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

necessidades especiais, em atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, e da igualdade material, já estudados.

A propósito, ressalte-se que a vigente Constituição da República é eminentemente principiológica, e uma vez que os princípios, segundo ARAÚJO e NUNES JUNIOR³⁰, são regras-mestras dentro do sistema positivo, é possível dizer que o princípio republicano, externado por intermédio dos já referidos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da igualdade material se consubstancia no fundamento jurídico de validade da reserva de cotas para determinados grupos.

Sem embargo disso, entendo que não basta a mera referência principiológica para justificar a aplicação da sistemática de cotas, em especial no que diz respeito aos concursos públicos. É preciso que a matéria seja positivada, até mesmo para que seja atendido o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, por se tratar de uma restrição à concorrência de certas vagas em favor de integrantes de um, ou alguns grupos de pessoas.

Com efeito, a partir do momento em que o acesso aos cargos e empregos públicos deva se dar, em regra, por intermédio de concurso público, garantindo a ampla concorrência em razão dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa (artigo 37, *caput*, e incisos I e II, da Constituição Federal), a destinação de algumas vagas a determinados grupos se trata de medida excepcional. No caso específico dos portadores de necessidades especiais, como já mencionado, a própria Constituição Federal dispôs a respeito.

Todavia, hodiernamente notamos a destinação de percentuais diversos das vagas disponíveis em concursos públicos não apenas para os portadores de

³⁰ Op. Cit., p. 66.

necessidades especiais, mas também para os afro-descendentes e indígenas, por exemplo, razão pela qual a questão normativa da sistemática de cotas ganha relevância.

Para ser válida a reserva de vagas a determinados grupos é preciso previsão específica na própria Constituição Federal ou em lei em sentido estrito, pois somente estes diplomas normativos têm o poder de restringir o princípio da isonomia formal. Nesse sentido, anota MORAES³¹ que “só por meio das espécies normativas podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”.

Esta idéia não é nova. De acordo com o magistério de RAMOS³², desde as primeiras Cartas Constitucionais liberais “o juiz e o administrador não podem criar distinções desprovidas de respaldo legal”. Assim, não basta que um edital de concurso público para provimento de determinado cargo estabeleça a reserva de algumas vagas para certos grupos sem que exista um texto legal que legitime esta discriminação. Como nossa vigente Constituição Federal instituiu o princípio da igualdade em nosso ordenamento jurídico, este mesmo instrumento legislativo seria apto para excepcioná-lo. Da mesma forma, a lei em sentido estrito também tem o condão de criar exceções ao princípio da igualdade formal, pois o próprio artigo 5º, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal, reza que a igualdade se dá perante a lei.

A reserva legal para a criação de obrigações, além de uma garantia individual, se consubstancia “em uma garantia institucional de estabilidade das relações jurídicas”, como bem ressaltam ARAÚJO e NUNES JUNIOR (2006:135).

³¹ Op. Cit., p. 69.

³² Ob. Cit., p. 53.

Por oportuno, cabe mencionar que não há que se falar em medida provisória como instrumento legislativo para legitimar a sistemática de cotas, pois a despeito de possuir força de lei (artigo 62 da Constituição Federal), não se trata a matéria em tela de questão urgente, visando a afastar o procedimento legislativo constitucionalmente previsto.

No que diz respeito às demais formas normativas (Decretos, Resoluções, Portarias, etc.), muito embora o artigo 5º, inciso II, da vigente Constituição brasileira não faça referência expressa à lei em sentido estrito, adverte CRETELLA JÚNIOR³³ que “o vocábulo ‘lei’ não abrange os ‘atos administrativos’, o decreto, o regulamento, a portaria, o aviso, a instrução, a circular. No regime da Constituição de 1946, como, agora, na da de 1988, a lei, só a lei, é ato normativo primário”. Por sua vez, SILVA³⁴ acrescenta que “os elementos essenciais da providência impositiva hão que constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas”.

Ainda que assim não fosse, no caso dos concursos públicos tal exigência decorre do princípio da legalidade contida no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Não é demais lembrar que o concurso público é um procedimento administrativo, e a reserva de vagas a determinados grupos, por limitar a ampla concorrência, não pode ser fruto da discricionariedade do Administrador Público, mas sim deve estar prevista em lei em sentido estrito. Aliás, apregoa PIETRO³⁵ que “a administração não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.

³³ Op. Cit., p. 195.

³⁴ Op. Cit., p. 401.

³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 68.

Exemplificando a partir deste raciocínio, a Resolução nº 314/2005 do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, que destina em seu artigo 12, § 1º, 20% das vagas ofertadas em concursos públicos para estagiários à afro-descendentes; 5% para portadores de deficiências; e 5% para indígenas³⁶, não seria o instrumento normativo adequado para legitimar a reserva de vagas para os referidos grupos.

O mesmo se pode dizer em relação à Universidade Federal do Paraná, que ao publicar a Resolução nº 37/2004-COUN, regulamentando o concurso vestibular para ingresso naquela instituição no ano de 2005, destinou 20% das vagas disponíveis a afro-descendentes e outros 20% para alunos oriundos do sistema público de ensino, sem autorização legal.

O Poder Judiciário já se manifestou a respeito da exigência de lei para a reserva de vagas a certos grupos. Nesse sentido, o Juiz Federal Mauro Spalding, ao apreciar pedido de antecipação dos efeitos da tutela em questão relativa à reserva de vagas em concurso para ingresso na Universidade Federal do Paraná (autos nº 2005.70.00.016443-4, em trâmite perante a 7ª Vara Federal de Curitiba), entendeu que “...norma administrativa não tem *status* de lei e, portanto, não pode restringir direitos dos brasileiros, sob pena de afronta ao princípio da legalidade”³⁷.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Suspensão de Liminar nº 60, requerida pelo Estado de São Paulo em face do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Marília-SP, que determinou à Faculdade de Medicina de Marília – FAMEMA a

³⁶ Art. 12 - O número total de estagiários para a Secretaria do Tribunal não poderá exceder a trinta por cento do total de servidores ativos do quadro permanente da Secretaria.

§ 1º - Serão reservados os percentuais de vinte por cento, cinco por cento e cinco por cento das vagas de estagiários, tanto na Secretaria do Tribunal como nos cartórios eleitorais, para afro-brasileiros, indígenas e deficientes físicos, respectivamente, sendo o quantum delimitado no edital de abertura do processo seletivo.

³⁷ Decisão Publicada no Boletim nº 119/2005, da 7ª Vara Federal de Curitiba.

reserva de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos do ensino público, entendeu que “a decisão questionada impõe à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei”³⁸.

Mais uma vez, frise-se que tanto a norma constitucional como a lei em sentido estrito que vier a criar a reserva de vagas para concursos públicos a determinados grupos deve observar os já estudados princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade material e razoabilidade, sob pena de invalidade desta norma.

3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE COTAS

Outra questão interessante em relação à exigência de texto legal para reservar certas vagas a determinados grupos diz respeito à legitimidade para legislar a respeito. Consoante já sustentado, há a necessidade de norma constitucional, ou de lei em sentido estrito, estabelecendo a reserva de vagas para determinados grupos, por excepcionar o princípio da reserva legal constitucionalmente previsto.

Na hipótese de a própria norma constitucional estabelecer a reserva de vagas para determinados grupos – como foi o caso dos portadores de necessidades especiais (artigo 37, inciso VIII) – apenas sua regulamentação deve se dar por intermédio de lei (sentido amplo), e seus efeitos vinculam todos os entes federativos. Nesse aspecto, tanto a Lei nº 7.853/89, quanto o Decreto nº 3.298/99 regulamentam a matéria.

³⁸ STF – SL nº 60/SP – Rel. Min. Nelson Jobim – DJ 18.02.2005.

De outro lado, na hipótese de reserva de vagas por intermédio de lei ordinária, pode-se afirmar que a competência para legislar em relação à sistemática de cotas caberia a qualquer um dos entes federados, em razão da autonomia que possuem para se auto-organizarem, nos termos do artigo 18, *caput*, da Constituição Federal. Ressalte-se, mais uma vez, que a redução de desigualdades regionais constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal).

A competência legislativa para a sistemática de cotas seria uma hipótese de competência concorrente imprópria, que segundo ARAÚJO e NUNES JUNIOR³⁹ surge em razão da necessidade de implementação das competências materiais, “cujo regime jurídico indica a inexistência de limites a cada uma das ordens federativas, ou seja, cada uma delas pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias”.

A única exceção no que diz respeito à ampla competência legislativa sobre a sistemática de cotas se dá quando a própria Constituição Federal atribui privativamente a um dos entes a competência para legislar sobre determinado assunto. É o que se constata, por exemplo, em relação aos indígenas, pois o artigo 22, inciso XIV, do vigente texto constitucional determina que compete privativamente à União legislar a respeito.

Diversas legislações brasileiras criaram reservas de cotas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos. Tal se verifica, a título exemplificativo, no Estado do Paraná, onde a Lei Estadual nº 14.274/03 criou a reserva de vagas em concursos públicos a afro-descendentes. Referido texto legal determina em seu artigo primeiro a reserva de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos

³⁹ Ob. Cit., p. 275.

concursos públicos para este fim. Também no Município de Porto Alegre-RS a Lei Complementar Municipal nº 494/03 determinou a reserva de 12% das vagas dos concursos públicos realizados naquela municipalidade para serem preenchidas por afro-descendentes.

No âmbito Federal, muito embora ainda não exista legislação a respeito, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.198/00, que visa a instituir um estatuto de igualdade racial, destinando 20% das vagas disponíveis nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos a afro-descendentes, nos termos do artigo 52, inciso I, do texto substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Reginaldo Germano⁴⁰.

Finalmente, no que diz respeito à iniciativa de leis que tratem da reserva de vagas em concursos públicos, entendo que qualquer um dos legitimados pelo artigo 61, *caput*, da Constituição Federal pode iniciar o procedimento legislativo. Aliás, SILVA⁴¹ adverte que a iniciativa legislativa “é conferida concorrentemente a mais de uma pessoa ou órgão, mas, apenas em casos expressos é outorgada com exclusividade a um deles apenas”.

Com efeito, cabe mencionar que a iniciativa privativa atribuída a cada um dos três Poderes para criação, extinção e organização dos cargos e funções que lhe são próprios (artigo 51, inciso IV; artigo 52, inciso XIII; artigo 61, par. 1º, inciso II, alínea ‘a’; e artigo 96, inciso I, alínea “e”, todos da Constituição Federal) não lhes conferem legitimidade privativa para a questão da sistemática das cotas nos

⁴⁰ Art. 52. Fica estabelecida a cota mínima de vinte por cento para a população afro-brasileira no preenchimento das vagas relativas:

I – aos concursos para investidura em cargos e empregos públicos na administração pública federal, estadual, distrital e municipal, direta e indireta; (...)

⁴¹ Op. Cit., p. 497.

concursos públicos, pois a reserva de vagas não se relaciona com a organização das carreiras.

3.2 DO CONTEÚDO DA LEGISLAÇÃO SOBRE COTAS

Não basta apenas a existência de texto legal reservando uma parcela das vagas disponíveis nos concursos públicos a determinados grupos sociais para assegurar o cumprimento ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (princípio da legalidade). É necessário, também, a existência de Lei que identifique quais são os destinatários da sistemática de cotas, para assegurar o cumprimento ao princípio da isonomia.

Muito embora as legislações mencionadas a título de exemplo no capítulo anterior definam como afro-descendente todo aquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, tal critério é por demais vago, o que pode gerar muitas injustiças.

Quanto mais a legislação especificar os critérios para se definir se uma pessoa pertence, ou não, a determinado grupo, menor o campo de discricionariedade do Administrador Público ao aplicar as disposições legais a respeito da sistemática de cotas nos concursos públicos, o que assegura um melhor atendimento à vontade do legislador.

Não obstante, CANOTILHO⁴² conclui que para uma lei conferir tratamento distinto a dois indivíduos, deve ser justa. Para tanto, deve, primeiramente, inexistir

⁴² Op. Cit., p. 428-9.

arbítrio por parte do legislador. Ainda, para ser considerada justa, faz-se necessário a existência de um critério material objetivo, razoável, para justificar a discriminação.

Um exemplo recente da problemática da conceituação vaga e imprecisa dos integrantes de determinados grupos a que são destinadas cotas em concursos públicos ocorreu no concurso vestibular para a Universidade de Brasília deste ano, onde um de dois irmãos gêmeos que se declararam afro-descendentes não teve esta condição reconhecida, sendo eliminado do certame, enquanto o outro foi aprovado na condição de cotista⁴³. Se a legislação de regência da sistemática de cotas (que inexistente até o momento) definisse exatamente quem seria considerado afro-descendente, esta situação provavelmente não ocorreria.

Cabe destacar, também, que recentemente o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná enfrentou a questão da definição de quem seria considerado afro-descendente para fins de reserva de vagas ao apreciar a Apelação Cível nº 355.072-7⁴⁴, onde um candidato que se declarou afro-descendente foi excluído do Concurso para Provimento do cargo de Soldado do Corpo de Bombeiro da Polícia Militar porque a Comissão de Concurso entendeu se tratar de candidato 'branco'. Naquele julgado, entenderam os julgadores pela necessidade de pigmentação escura da pele para que o candidato fosse considerado afro-descendente.

Tais fatos, inevitavelmente, nos levam a indagar se somente aquele que possuir pigmentação de pele escura (negra ou parda) poderia ser considerado afro-descendente. O que dizer, então, de filhos de pais com cútis branca, porém africanos ? Estes não seriam assim considerados ?

⁴³ Fonte : Revista Veja, edição nº 2011 – ano 40 – nº 22 – publicada em 06.06.2007.

⁴⁴ 4ª Câmara Cível – Rel. Juiz Conv. Juiz Conv. Adalberto Jorge Xisto Pereira – V.U. – DJ 23.02.2007.

Por outro lado, no que diz respeito aos portadores de necessidades especiais, por exemplo, o artigo 4º do Decreto nº 3.298/99⁴⁵, que regulamentou a Lei nº 7.853/89 (dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência), define de maneira bastante específica quais são as pessoas assim consideradas, o que reduz bastante o subjetivismo para a aplicação da norma.

Desta forma, é preciso que a legislação, ao reservar vagas nos concursos públicos a determinados grupos, estabeleça com a maior clareza possível quais são os destinatários da norma, sempre observando os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade (proporcionalidade).

⁴⁵ Art. 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
- b) de 41 a 55 db - surdez moderada;
- c) de 56 a 70 db - surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 db - surdez severa;
- e) acima de 91 db - surdez profunda; e
- f) anacusia;

III - deficiência visual - acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SISTEMÁTICA DE COTAS

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, caput, que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção. Todavia, mencionado conceito reflete a idéia de uma isonomia formal, “no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos com igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”⁴⁶.

Todavia, sob o fundamento de que referido conceito deixa de atender aos anseios da totalidade da população, uma nova corrente doutrinária, cuja origem remonta, segundo MALUF (1995), aos ideais socialistas, passou a defender um novo conceito de igualdade, visualizado sob seu aspecto material, objetivando a eliminação ou, ao menos, a minoração das desigualdades vivenciadas no mundo real, fático, cujos contornos ultrapassam a mera previsão formalista que é sustentada pela corrente da igualdade formal.

Justamente com fundamento na igualdade material é que o Poder Público vem praticando as chamadas ações afirmativas que buscam prestigiar determinadas minorias na busca pela igualdade em sentido lato, que o conceito de igualdade formal não permite obter. E essas ações, ainda que por um lado possam transparecer uma idéia de justiça, sob outro prisma revelam uma forma positivada de discriminação, na medida em que para se prestigiar alguns, outros necessariamente são prejudicados.

Em razão da existência dessa dualidade é que ganha importância a atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos de interesses daí surgidos, uma vez que é o competente para ponderar no caso concreto qual Direito deve prevalecer.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 209.

Sobre a sistemática de cotas, a atuação do Poder Judiciário deve se limitar ao exame de sua legalidade, basicamente sob duas perspectivas: no que diz respeito à existência de autorização legal para a segregação de vagas, e em relação ao critério adotado para tanto.

Consoante raciocínio desenvolvido no decorrer deste trabalho, entendo que é imprescindível a implantação da sistemática de cotas nos concursos públicos por intermédio de lei em sentido estrito. E a verificação da existência de texto legal autorizando a reserva de vagas para determinados grupos deve ser feita pelo Órgão Julgador nos casos concretos.

Não é demais lembrar que nos casos de reserva de vagas promovida por legislação municipal ou estadual (respectivamente, para concursos públicos promovidos por cada uma destas esferas da Federação), compete à parte interessada provar a existência destas leis, nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil⁴⁷.

Ainda, no que diz respeito ao critério utilizado pelo legislador para a reserva de vagas destinadas aos cotistas, o Órgão Julgador deve se atentar à presença ou não da justa causa do *discrímen* eleito pelo legislador. Aliás, o Supremo Tribunal Federal⁴⁸ já manifestou que “revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos”.

Frise-se, novamente, que a segregação de algumas vagas em favor de certos grupos importa em restrição daquelas disponibilizadas para livre concorrência

⁴⁷ Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

⁴⁸ STJ – MS nº 24.831/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 04.08.2006, p. 26.

entre os demais candidatos e, justamente por isso, gera a necessidade de compatibilizar entre si diversos valores constitucionalmente protegidos.

Sem embargo disso, cumpre mencionar que o Poder Judiciário jamais deve interferir no mérito da implantação da sistemática de cotas, pois compete ao Administrador Público definir sua oportunidade e conveniência, sempre visando ao interesse público. Aliás, esta faceta do princípio republicano está estampada no artigo 2º da vigente Constituição Federal do Brasil, ao consignar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Sobre o tema, MEIRELLES⁴⁹ anota que "os agentes políticos (...) são as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição".

Esta matéria foi analisada com muita propriedade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 191.776-2. Naquela oportunidade, o Desembargador Ronald Schulman, relator do julgado, assim se manifestou:

(...) É princípio, e fundamental, do regime republicano, como então inspirado por Montesquieu e subsistente no tempo, a tripartição dos Poderes. Não por outra razão repete o art. 2º, da Constituição Federal de 1988 "que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

E sob pena da transmutação da natureza do regime político, risco da instauração do caos administrativo e sacrifício mesmo do Estado de Direito, pela ausência dos necessários freios e contrapesos, deve ele ser preservado e estritamente obedecido, mormente pelo Poder Judiciário, que é em última e inapelável instância o guardião, intérprete e aplicador da Lei.

Por isso que inadmissível a ingerência e invasão de um dos Poderes na esfera de competência de outro e, particularizando, do Poder Judiciário na

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 73.

do Poder Executivo, substituindo-se o Juiz ao Chefe deste último, ou aos seus delegados, praticando atos que a estes competem privativamente, consoante inclusive os lindes traçados na Lei Fundamental. (...) ⁵⁰

Assim, muito embora a atuação do Poder Judiciário em relação à sistemática de cotas seja um tanto quanto limitada, seu papel é de suma importância para a manutenção do Regime Democrático de Direito, na medida em que se evita abusos por parte dos demais Poderes constituídos.

⁵⁰ TJPR – 1ª Cam. Civ. – AI 191.776-2 – Rel. Des. Ronald Schulman – j. 12.03.2002.

5 CONCLUSÃO

A sistemática de cotas nos concursos públicos diz respeito a uma nova realidade, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e, principalmente, no princípio da igualdade, interpretado sob seu aspecto material, que objetiva oportunizar às minorias o acesso aos cargos e empregos públicos, de uma maneira mais justa.

Mais justa, porque os integrantes de minorias não têm as mesmas condições de enfrentar os concursos públicos da mesma forma que aqueles que possuem melhores condições econômicas e sociais. Sem embargo disso, a reserva de vagas dos concursos públicos para determinados grupos não deve se dar de maneira aleatória, fazendo-se necessário a utilização de um critério razoável.

A própria Constituição Federal de 1988 elenca como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução de desigualdades regionais. Todavia, também veda a criação de distinções ou preferências de qualquer natureza entre si.

Por se tratar de uma ação afirmativa que, naturalmente, cria privilégios a determinados grupos em prejuízo de outros, a sistemática de cotas nos concursos públicos deve ser implementada por intermédio de, ao menos, lei em sentido estrito, visando a atender o disposto no artigo 5º, inciso II, da vigente Constituição Federal.

Em razão do princípio federativo, cada um dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Município) tem competência para legislar a respeito da sistemática de cotas, salvo nas hipóteses em que o próprio texto constitucional definiu ente federativo deve fazê-lo. Ainda, os textos legais que determinarem a aplicação da sistemática de cotas devem definir, ao menos, quais serão as vagas

reservadas ao preenchimento por cotistas, bem como quem são os destinatários destas vagas.

No que diz respeito à política de cotas nos concursos públicos, a intervenção do Poder Judiciário deve se limitar à análise da legalidade da medida, tanto em relação à existência de lei em sentido estrito, como no que tange aos destinatários das vagas reservadas, pois em se tratando de uma ação afirmativa do Estado, a aplicação da sistemática de cotas depende apenas do atendimento ao interesse público.

Poucos são os casos relacionados à sistemática de cotas que foram levados ao Poder Judiciário, assim como escassos são os estudos realizados sobre este tema. Todavia, para a implantação da sistemática de cotas ser legítima, é imprescindível a existência de permissivo legal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria de Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade: Investigação na perspectiva de gênero**. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ANEXOS

ANEXO 1 – Lei Estadual nº 14.274/03 (Publicado no Diário Oficial nº 6634 de 26/12/2003)

A Assembléia Legislativa do Estado do Paraná decretou e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. Ficam reservadas aos afro-descendentes, 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos, efetuados pelo Poder Público Estadual, para provimento de cargos efetivos.

§ 1º. A fixação do número de vagas reservadas aos afro-descendentes e respectivo percentual, far-se-á pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e se efetivará no processo de nomeação.

§ 2º. Preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, a Administração fica desobrigada a abrir nova reserva de vagas durante a vigência do concurso em questão.

§ 3º. Quando o número de vagas reservadas aos afro-descendentes resultar em fração, arredondar-se-á para o número inteiro imediatamente superior, em caso de fração igual ou maior a 0,5 (zero vírgula cinco), ou para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (zero vírgula cinco).

§ 4º. A observância do percentual de vagas reservadas aos afro-descendentes dar-se-á durante todo o período de validade do concurso e aplicar-se-á a todos os cargos oferecidos.

Art. 2º. O acesso dos candidatos à reserva de vagas obedecerá o pressuposto do procedimento único de seleção.

Art. 3º. Na hipótese de não preenchimento da quota prevista no art. 1º, as vagas remanescentes serão revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação.

Art. 4º. Para efeitos desta lei, considerar-se-á afro-descendente aquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, a raça etnia negra.

Parágrafo único. Tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso de servidores.

Art. 5º. Detectada a falsidade na declaração a que se refere o artigo anterior, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei, sujeitando-se, ainda:

I – Se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão;

II – Se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, ser-lhe-á assegurada ampla defesa.

Art. 6º. As disposições desta Lei não se aplicam àqueles concursos públicos cujos editais de abertura foram publicados anteriormente à sua vigência.

Art. 7º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO EM CURITIBA, em 24 de dezembro de 2003.

Roberto Requião
Governador do Estado

ANEXO 2 – LEI COMPLEMENTAR Nº 494, de 10 de setembro de 2003.

Dispõe sobre a reserva de vagas para afro-brasileiros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e dá outras providências.

Art. 1º Ficam reservados aos afro-brasileiros 12% (doze por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pelo Poder Público Municipal para provimento de cargos efetivos.

§ 1º A fixação do número de vagas reservadas aos afro-brasileiros e respectivo percentual far-se-á pelo total de vagas no edital de abertura do concurso público e efetivar-se-á no processo de nomeação.

§ 2º Preenchido o percentual estabelecido no edital de abertura, caso a Administração ofereça novas vagas durante a vigência do concurso em questão, a reserva de 12% (doze por cento) aos afro-brasileiros deverá ser mantida.

§ 3º Quando o número de vagas reservadas aos afro-brasileiros resultar em fração, arredondar-se-á para o número inteiro imediatamente superior, em caso de fração igual ou maior a 0,5 (zero vírgula cinco), ou para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (zero vírgula cinco).

§ 4º A observância do percentual de vagas reservadas aos afro-brasileiros dar-se-á durante todo o período de validade do concurso e aplicar-se-á a todos cargos oferecidos.

Art. 2º O acesso dos candidatos à reserva de vagas obedecerá ao pressuposto do procedimento único de seleção.

Art. 3º Na hipótese de não-preenchimento da quota prevista no art. 1º, as vagas remanescentes serão revertidas para os demais candidatos qualificados no certame, observada a respectiva ordem de classificação.

Art. 4º Para efeitos desta Lei Complementar, considerar-se-á afro-brasileiro aquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor negra ou parda, pertencente à raça/etnia negra, prevista no inciso II do art. 3º do Decreto nº 13.961, de 14 de novembro de 2002.

Parágrafo único. Tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso de servidores.

Art. 5º Detectada a falsidade na declaração a que se refere o artigo anterior, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei e ainda:

I - se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes;

II - se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, ser-lhe-á assegurada ampla defesa.

Art. 6º As disposições desta Lei Complementar não se aplicam àqueles concursos públicos cujos editais de abertura foram publicados anteriormente à sua vigência.

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 10 de setembro de 2003.

João Verle,
Prefeito de Porto Alegre.