

POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES E CONCURSOS PÚBLICOS: IGUALDADE MATERIAL OU EXCLUSÃO SOCIAL?

AFFIRMATIVE ACTIONS ON ENTRANCE EXAMINATIONS FOR PUBLIC UNIVERSITIES
AND CIVIL SERVICE EXAMINATIONS: EQUALITY OR SOCIAL EXCLUSION?

ISABELA REZENDE MARTINS LIMA

Advogada

isabela.rezende.martins@gmail.com

“Assim, pois, os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos.” (Mt 20,16)

RESUMO: Destinada à inclusão de determinados grupos na sociedade, a política de cotas, hoje presente em processos seletivos para o ingresso em universidades e no serviço público, é aplicada por critérios raciais e sociais, em benefício de pessoas negras, pobres e deficientes. Ao estudar as razões pelas quais esses grupos foram escolhidos pelos legisladores brasileiros para compor o rol de beneficiários da política de cotas e, sobretudo, ao entender a finalidade das universidades e do serviço público, apresentamos novas ideias para a aplicação desta política tão em voga.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; ações limitadoras; oportunidade; concorrência.

ABSTRACT: Used to include certain groups of people in the society and today inserched on selection process to ingress on public universities and cargs, cotes are aplied through racial and social criteria, benefiting black, poor and deficient people. Trying to understand why some people were choosen by Brazilian legislator while benefical of the politics and finding whose are the razons of public universities and service, in this study we suppose new points of view about political cotes application.

KEYWORDS: Affirmative actions; limitative actions; oportunity; competition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Visão geral sobre a política de cotas. 3. Das cotas sociais e suas polémicas. 4. Das cotas raciais e suas polémicas. 5. Das cotas para pessoas com deficiência. 6. Sobre a finalidade do serviço público e das universidades públicas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Cotidianamente nos deparamos com várias políticas públicas no cenário brasileiro: benefícios em prol de mulheres,

crianças, idosos e deficientes, que causam sentimento de solidariedade em uns, indignação em outros, provocando questionamentos, até mesmo discussões, a respeito dessas políticas públicas.

Não menos questionada é a política de cotas: cotas em estacionamentos, com prioridade para idosos e pessoas com deficiência na mobilidade, percentuais mínimos para contratação nas empresas (o que existe no Direito do Trabalho há mais de uma década) e número mínimo de mulheres inscritas nos partidos políticos.

Esses três exemplos de ações afirmativas, como as cotas para ingresso em universidades e concursos públicos, estão previstos na Lei nº 12.711/2012, na Lei nº 12.990/2014 e na Lei nº 13.409/2016.

À medida que essas políticas são introduzidas no país, os brasileiros começam a formar opinião sobre elas. A mais polêmica parece ser a das cotas raciais, que, apesar da previsão legal recente (o que gerou certa obrigatoriedade no âmbito nacional), foi implantada pela primeira vez em 2002, na Universidade Nacional de Brasília (UNB).

As cotas raciais deram ensejo a questionamentos sobre a constitucionalidade da medida a partir do ajuizamento de uma Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 186), perante a Corte Constitucional. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a política de cotas raciais, que desde então é aplicada nas universidades públicas. Veja-se o que decidiram os nobres Ministros:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RA-

CIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa funda-

das na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (BRASIL, 2012).

A partir disso, insta ressaltar que diversos são os fundamentos que levaram a Suprema Corte a pender pela constitucionalidade das cotas raciais. Outrossim, é possível empregar novos argumentos para fundamentar ou refutar a política de cotas, motivo pelo qual a escolhemos como objeto de estudo.

Outro questionamento foi suscitado em sede de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC N^o 41), desta vez sobre as cotas raciais em concursos públicos. A Egrégia Corte decidiu mais uma vez a favor da política de cotas raciais, agora ampliada para cargos públicos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N^o 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO 1. É constitucional a Lei n^o 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo

estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator 'raça' como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma 'burocracia representativa', capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as

fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: 'É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.' (BRASIL, 2017).

Verifica-se, portanto, que, à medida que as políticas de cotas são inseridas no país, questiona-se a sua constitucionalidade. O presente trabalho visa a reconstruir os valores que fundamentam essas ações afirmativas, buscando entender por que certos grupos são eleitos como beneficiários delas.

Embora haja diversas formas de ação afirmativa no país, este artigo tratará apenas das cotas nas universidades públicas e nos concursos públicos, sem contudo restringir-se aos argumentos já consolidados no âmbito jurisprudencial.

2. Visão geral sobre a política de cotas

A palavra “cota” ou “quota”, segundo o Dicionário Aurélio, significa “parte que toca a cada uma das pessoas que devem pagar ou receber uma quantia” ou ainda “parte ou porcentagem que pertence a algo ou alguém” (FERREIRA, 2017).

Considerando o primeiro conceito, a palavra “quota” aparece apenas duas vezes na Constituição Federal (art. 161, inc. III, e § único) e é utilizada para referir-se a tributos. O mesmo ocorre em relação à palavra “cota”, com grafia distinta, porém usada com sentido semelhante pelo Constituinte (CF, art. 212, § 6º).

Já quanto ao segundo significado, a Constituição não faz menção em nenhum momento a “cotas” ou “quotas” como percentual devido a alguém. Não obstante, em vários momentos a Carta Maior estipula limites que podem ser considerados “cotas”, ou “percentuais”, sejam para fins negativos, sejam para fins positivos.

Para fins negativos, as cotas são empregadas de vários modos, geralmente em relação à segurança nacional. O artigo 37, inciso I, da Constituição da República dispõe: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.” (BRASIL, 1988). Já o artigo 207, § 1º, diz que é “facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de duas normas constitucionais de eficácia contida, ou seja, cuja previsão constitucional expressa possibilita a limitação de um direito por meio da edição de uma norma regulamentadora.

Sendo assim, para regulamentar o que dispõe o artigo 37, inc. I, da Constituição Brasileira, existe a (quase extinta) Consolidação das Leis do Trabalho, que no seu art. 349 assim estabelece: “O número de químicos estrangeiros a serviço de particulares, empresas ou companhias não poderá exceder de 1/3 (um terço) aos dos profissionais brasileiros

compreendidos nos respectivos quadros.” (BRASIL, 1943). Esta lei, embora anterior à promulgação da Constituição de 1988, foi por esta recepcionada.

Ainda em relação aos estrangeiros, o artigo 190, *caput*, da Carta Magna assim diz: “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.” (BRASIL, 1988).

Por tratar-se o art. 190 da CF de uma norma constitucional de eficácia contida, foi recepcionada para regulamentá-lo a Lei nº 5.709/1971, que dispõe sobre as frações máximas de terra em território brasileiro que podem ser adquiridas por um estrangeiro.

Exempli gratia, o artigo 3º da citada Lei que diz o seguinte: “A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.” (BRASIL, 1971).

Além disso, na Instrução Normativa do INCRA nº 70/2011 são mencionadas várias outras normas para tratar da suscitada questão.

Portanto, o que foi dito até aqui neste item pode ser entendido como uma forma de “cota” que, em prol de um bem maior, qual seja, a segurança nacional, tem função negativa sobre quem é atingido.

Embora a segurança nacional tenha sido o bem mais resguardado na Constituição de 1988 no que se refere ao uso das cotas negativas, isso pode variar caso a caso, o que significa dizer que as cotas de caráter negativo podem distinguir-se quanto ao bem que se pretende ressaltar.

Com efeito, a política de cotas pode variar de acordo com o tipo de Estado definido pela Constituição (se liberal ou social) ou com a bandeira do partido político que se encontra no governo (de esquerda, de direita ou de centro).

Michael Sandel, em sua obra “Justiça: O que é fazer a coisa certa?”, dá um exemplo interessante sobre cotas negativas/limitativas, ao falar de uma política de cotas implantada nos Estados Unidos para restringir a aquisição de casas populares por pessoas brancas, a fim de aumentar o número de pessoas negras em certa região de Nova Iorque (SANDEL, 2013).

As cotas, no entanto, podem não somente limitar ou definir um percentual máximo, mas também definir um percentual mínimo. Isso dependerá do bem maior que se pretende buscar.

De qualquer maneira, é importante observar que as cotas serão por vezes “limitadoras”, por vezes “garantidoras” de determinado bem ou serviço a determinado(s) grupo(s). Quando limitadoras para um ou mais grupos, serão por consequência garantidoras para outro(s); quando garantidoras para um ou mais grupos, serão por consequência limitadoras para outro(s). Por esta razão é possível sustentar o caráter *dupla facie* das cotas.

Foi justamente esse caráter *dupla facie* que possibilitou o debate, no Supremo Tribunal Federal, a respeito da (in) constitucionalidade dessa política. E quando isto acontece, é sempre o princípio da igualdade que dá ensejo a fartas discussões.

De mais a mais, a questão das cotas, por atingir o princípio da igualdade, implica outras duas palavras, a saber: “oportunidade” e “concorrência”.

Ora, se determinado bem ou serviço pudesse ser efetivamente concedido a todos, não haveria que se falar em concorrência, tampouco em oportunidade, tornando-se desnecessária a implementação das cotas.

Conforme esse raciocínio, quando as cotas são limitativas, funcionam do seguinte modo: em uma hipotética situação em que as vagas não abrangem a totalidade da população, dá-se a chamada “concorrência” entre pessoas. Todos que pretendam candidatar-se a beneficiários de determinado bem ou serviço possuem, em princípio, as mesmas oportunidades. Porém, em decorrência de fatores externos ao Direito, o que Émile Durkheim chamou de “fato social” (DURKHEIM, 2011), alguns dominarão as vagas existentes, sem deixar espaço para os demais. Destarte, faz-se necessária a imposição de cotas limitadoras para esse grupo predominante, definindo-se-lhe um percentual máximo de vagas, a fim de que os demais possam gozar do bem ou serviço fornecido pelo Estado.

Já em relação às cotas aplicadas de maneira positiva, tem-se o seguinte: na situação hipotética em que as vagas não abrangem a totalidade da população, onde se dá a “concorrência”, todos que pretendem candidatar-se como beneficiários de determinado bem ou serviço possuem, em princípio, as mesmas oportunidades. Porém, por causa dos mencionados fatores externos (“fato social”), nem todos terão efetivamente a mesma oportunidade para concorrer ao benefício ou serviço, por conseguinte muitas pessoas de determinado grupo, por questões alheias ao mérito, não conseguirão usufruir do bem ou serviço pretendido. Assim, as ações afirmativas surgem para ajudar os potencialmente frágeis a atingir o que está em jogo, mediante a definição de percentual mínimo reservado a eles.

Cabe com isto afirmar que a presença das cotas diz respeito mais a um Estado Máximo Interventor do que a qualquer outro. Também chamado Estado Social, ele considera um grande número de bens/serviços como direito de caráter positivo, o qual incumbe ao Administrador Público garantir à população. O mesmo Estado que visa a resguardar o “direito à igualdade” de seus governados, depara-se com um problema quando, em razão da insuficiência de recursos financeiros, estes bens/serviços de sua incumbência não podem ser oferecidos a todas as pessoas. Então entra em cena o “Princípio da Reserva do Possível”, e o Estado adota políticas públicas como forma de justificar esta limitação. E são as cotas essas políticas de que falamos.

O Estado Liberal, por sua vez, que enfatiza o “direito à liberdade”, deixa a cargo dos indivíduos e da própria economia a problemática da “igualdade material” discutida neste trabalho, buscando intervir o mínimo possível nas questões de cunho individual. Também chamado de Estado Mínimo Interventor, ele, todavia, não fica isento da utilização das cotas, uma vez que concorrência e limitações sempre existirão por algum motivo. Esbarra, sobremaneira, na questão da meritocracia, quando assim procede.

Em suma, quando se trata de maior ou menor utilização desta política, parece natural que o Estado Social seja mais propício ao emprego das cotas como política pública, já que se preocupa mais com a chamada “igualdade de oportunidades”.

Muito cuidado, porém, deve-se ter quando se opta pela política de cotas em um país. No passado, tais políticas serviram por vezes para discriminar, ofender, humilhar pessoas, sob a égide do próprio Estado, que semeava a segregação. Vários são os exemplos, que mais adiante serão tratados.

Frise-se, todavia, que, segundo entendimento do STF, essas políticas se fazem legítimas porque pretendem beneficiar certos grupos (impondo percentual mínimo), e não limitá-los (impondo percentual máximo). Contudo, esta consideração pode ser refutada, haja vista as cotas limitativas que a própria Constituição Federal autoriza.

Neste compasso, apesar do entendimento da Egrégia Corte de que as ações afirmativas pareçam mais legítimas do que as ações negativas, nos permitiremos polemizar, noutro capítulo, a respeito das ações limitadoras. Por ora, ficaremos adstritos às hipóteses de ações afirmativas que a Constituição Federal de 1988 autoriza.

O artigo 37, inciso VIII, da CF/88 dispõe que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que só será plenamente atingida após sua regulamentação por uma norma infraconstitucional.

Ao regulamentar a referida norma constitucional de eficácia limitada, a Lei nº 8.112/1990, que cuida do regime jurídico dos servidores públicos da União, reservou às pessoas portadoras de deficiência “até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso” (Lei nº 8.112/1990, art. 5º, § 2º). Já o Decreto nº 3.298/1999, nos parâmetros da Lei nº 7.853/1989, estipulou em seu artigo 37, § 1º, reserva de “no mínimo o percentual de cinco por cento” às pessoas com alguma deficiência que desejem concorrer a vagas de emprego no âmbito público ou privado.

Significa dizer que, à luz da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário reservou às pessoas com deficiência

até 1 vaga especial do cargo público pretendido para cada 5 vagas previstas no edital. Isto não afasta o direito da pessoa com deficiência em tentar alcançar o cargo pretendido a partir da livre concorrência. Por outro lado, no âmbito privado, pelo menos 1 de cada 20 pessoas contratadas deve, obrigatoriamente, possuir algum tipo de necessidade especial, não havendo limitação quanto ao número máximo de pessoas deficientes que poderão ser contratadas.

Instaurada foi, assim, a política de cotas para pessoas com deficiência. Mas esta não foi a única previsão legal. O artigo 227 da Carta da República, em seu § 1º, inc. II, assim determina:

O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Para atender ao preceito constitucional supradescrito, foi criada a Lei nº 13.146/2015, que em seu artigo 47 dispõe:

Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados. (BRASIL, 2015).

E estipula:

[...] as vagas a que se refere o *caput* deste artigo devem equivaler a 2% (dois por cento) do total, garantida, no mínimo, 1 (uma) vaga devidamente sinalizada e com as especificações de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes de acessibilidade. (BRASIL, 2015).

Em igual sentido, a Lei nº 10.741/2003 garante política semelhante em relação ao idoso, quando em seu art. 41 assim diz:

É assegurada a reserva, para os idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso. (BRASIL, 2003).

Ainda o artigo 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina o seguinte:

A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área. (BRASIL, 1988).

Trata-se de outra norma que depende de regulamentação, porquanto de eficácia limitada. Com efeito, a Lei nº 10.097/2000 acresceu à CLT o seguinte conteúdo:

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo,

dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (BRASIL, 2000).

A Consolidação das Leis do Trabalho expõe, ainda, outro exemplo de ação afirmativa em relação à priorização de brasileiros na contratação para trabalho:

Art. 352. As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo. (BRASIL, 1943).

O percentual mínimo de contratação será, pois:

Art. 354. [...] de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. (BRASIL, 1943).

Outro tipo interessante de cota é o trazido pela Lei nº 9.504/1997, que inseriu percentual mínimo de 30% e máximo de 70% para candidatura de cada sexo em partidos e coligações (Lei nº 9.504/1997, art. 10, § 3º), pensando principalmente na inclusão de mulheres no âmbito político brasileiro.

Este foi mais um exemplo clássico de ação afirmativa, ou simplesmente cota, que merece destaque dentre outros tantos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Mister di-

zer que se trata de rol exemplificativo, ou seja, a política de cotas não se esgota, desde que em consonância com a Constituição Federal. Conforme já dito, as cotas são modalidade de política pública, não adstrita ao âmbito Federal, porquanto também presente nos Estados e Municípios.

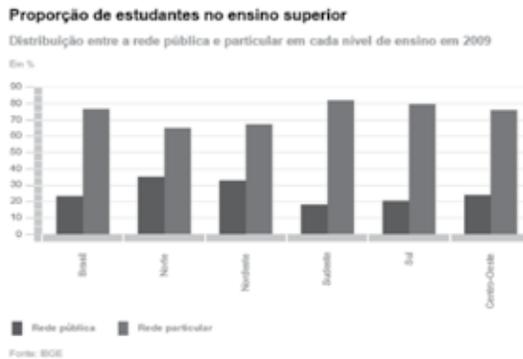
3. Das cotas sociais e suas polêmicas

O texto abaixo, extraído de “O Cortiço”, foi escrito em 1890 por Aloísio Azevedo, e demonstra muito bem o perfil dos estudantes há pouco ainda predominante nas universidades brasileiras:

O rapaz chamava-se Henrique, tinha quinze anos e vinha terminar na Corte alguns preparatórios que lhe faltavam para entrar na academia de medicina. Miranda hospedou-o no seu sobrado da Rua do Hospício mas o estudante queixou-se, no fim de alguns dias, de que aí ficava mal acomodado, e o negociante, a quem não convinha desagradar-lhe, carregou com ele para a sua residência particular de Botafogo. Henrique era bonitinho, cheio de acanhamentos, com umas delicadezas de menina. Parecia muito cuidadoso dos seus estudos e tão pouco extravagante e gastador, que não despendia um vintém fora das necessidade de primeira urgência. De resto, a não ser de manhã para as aulas, que ia sempre com o Miranda, não arredava pé de casa senão em companhia da família deste. Dona Estela, no cabo de pouco tempo, mostrou por ele estima quase maternal e encarregou-se de tomar conta da sua mesada, mesada posta pelo negociante, visto que o Henriquinho tinha ordem franca do pai. Nunca pedia dinheiro; quando precisava de qualquer coisa, reclamava-a de Dona Estela, que por sua vez encarregava o marido de comprá-la, sendo o objeto lançado na conta do fazendeiro com uma comissão de usurário. Sua hospedagem custava duzentos e cinquenta mil-réis por mês, do que ele todavia não tinha conhecimento, nem queria ter. Nada lhe faltava, e os criados da casa o respeitavam como a um filho do próprio senhor. (AZEVEDO, 1998).

Escrito em uma época em que ainda havia escravidão, o texto remete-nos à conclusão de que os estudantes que preenchiam as vagas no ensino superior eram em suma homens brancos e ricos. Eram raras as universidades espalhadas pelo Brasil, o analfabetismo era alto e as mulheres lutavam por sua autonomia. De todo modo, apenas à classe social mais privilegiada eram reservadas as vagas no ensino superior. Com o advento da Constituição de 1988, entretanto, passou a existir maior igualdade jurídica entre as pessoas.

Ainda assim, após pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2009, notou-se que o perfil dos estudantes nas universidades públicas brasileiras, no que diz respeito à classe socioeconômica, continuava semelhante ao descrito por Aloísio Azevedo, pois que a maioria dos estudantes do ensino superior era constituída por pessoas que vieram das redes particulares de ensino, conforme gráfico abaixo:



(Gráfico 1. BRASIL – IBGE, PNAD 2009).

O gráfico acima revela uma disparidade quanto à condição socioeconômica dos estudantes de universidades brasileiras no ano de 2009.

Alunos advindos de escolas públicas eram minoria nas universidades brasileiras, motivo pelo qual foi editada a Lei nº 12.711/2012, que reservou o percentual de 50% das vagas de instituições federais de ensino superior a alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas, reservando ainda esse mesmo percentual nas instituições federais de ensino médio e técnico para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental na rede pública.

Significa dizer que as instituições públicas de ensino superior cumpriam pouco sua finalidade, no que tange ao acesso irrestrito de estudantes.

Mas quais as consequências deixadas pelas cotas sociais? Há quem alegue que o acesso irrestrito de pessoas nas universidades brasileiras acabou por promover seu “sucateamento”, uma vez que muitos estudantes ingressariam simplesmente para usufruir do benefício da ação afirmativa, sem contudo cogitar na sua responsabilidade social ou na retribuição intelectual. Como consequência, inúmeras são as pessoas que ocuparam o banco de uma universidade, mas depois não seguiram carreira na profissão para a qual se qualificaram. Neste caso, não houve retribuição à sociedade, tampouco mão de obra qualificada ativa.

Por outro lado, é importante para o funcionamento de uma sociedade que haja várias habilidades. Essa variedade, entretanto, deve estar à altura da escolha de cada um, de forma que uma pessoa que nasça em determinada classe social não seja condicionada a nela permanecer para o resto da vida, se não quiser. Essa, basicamente, é a finalidade das cotas sociais.

Vale considerar, outrossim, que mesmo que haja cotas com o intuito de incentivar o povo brasileiro à qualificação com o ensino superior, nenhum estudante se sentirá motivado a prosseguir nos estudos, se não verificar retorno de valorização pessoal no mercado de trabalho, o que nos faz concluir que as cotas sociais constituem apenas o início de uma série de políticas necessárias para a “erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.” (CF, art. 3º, inc. III).

4. Das cotas raciais e suas polêmicas

Segundo Machado de Assis, “a escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais.” (ASSIS, 2012, p. 303).

No conto intitulado “Pai contra Mãe”, Machado de Assis lembra como eram as coisas antes da libertação e, com um jogo de palavras, questiona o interlocutor se realmente há diferença entre brancos e negros, quando o assunto é o direito à vida.

À luz da citação machadiana, observamos que a Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888, que extinguiu a escravidão, representou no Brasil apenas o início da luta pelos direitos das pessoas negras, fazendo-se insuficiente para apartar os efeitos até hoje vivenciados nesta sociedade.

Restringindo-se a dizer: “É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil” e “Revogam-se as disposições em contrário” (BRASIL, 1888), a Lei Áurea não previu para onde iriam os negros libertos, onde trabalhariam, como se sustentariam. Tampouco a suscitada lei previu os preconceitos que aquelas pessoas sofreriam após mais de um século de libertação.

Fatidicamente, o que as pessoas negras ainda enfrentam é a sua marginalização ou discriminação. Cabe lembrar, no entanto, que as ideologias, no sentido de que pessoas com determinadas características físicas deveriam ser tratadas como se objetos fossem, existiram no Brasil por quase quatro séculos, período muito inferior ao de liberdade (menos de um século e meio).

A Lei de Cotas pode então ser entendida como uma forma de combater efeitos indesejados da escravidão, buscando inserir nas instituições de ensino e no serviço público pessoas que outrora não gozavam de liberdade ou de qualquer outro direito reconhecido por lei.

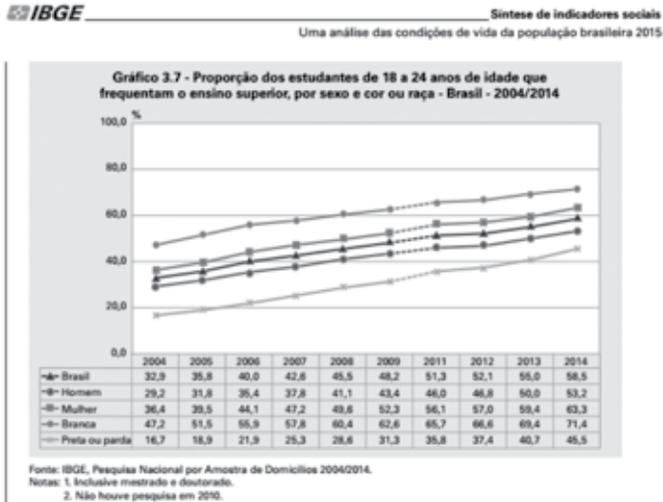
Mas há quem questione se não seria uma injúria (maior que a prevista no 140, § 3º, do Código Penal) a delimitação, na forma de “cotas”, de um grupo específico de pessoas a ser beneficiado por determinados bens/serviços públicos. Será que o sistema de cotas não reforça o preconceito que já existe em nossa sociedade?

Observe-se que a aplicação da Lei de Cotas pressupõe supressão ou redução das vagas antes abertas a todos, o que hoje é denominado “livre concorrência”.

Com efeito, se o beneficiamento de certos grupos causar indignação naquele outro habituado com o ingresso fácil, haverá entre os alunos/servidores uma divisão não desejada, o que fará da Lei de Cotas uma norma ineficaz, caso a sua existência se pautar somente no argumento do preconceito.

Outrossim, se a Lei de Cotas Raciais busca uma equiparação de direitos na fruição de bens e serviços, ousamos questionar: Será que a Lei de Cotas realmente funciona? Tem ela atingido a sua finalidade?

A respeito da raça dos estudantes universitários brasileiros, o IBGE constatou o seguinte:



(Gráfico 2. BRASIL – IBGE, PNAD 2014)

Conforme se extrai da leitura do Gráfico 2, das pessoas entrevistadas que se consideram brancas, 71,4% preenchiam vagas em universidades. Por outro lado, das pessoas entrevistadas que se consideram negras ou pardas, um percentual menor (45,5%) frequentava o ensino superior.

Significa dizer que, mesmo após a implementação das cotas raciais em benefício dos negros, as pessoas brancas ainda compõem a maior parte dos estudantes universitários, se considerarmos que não há discrepância entre a população branca e negra, que no Brasil perfazem meio a meio.

Thomas Sowell, PhD em Economia pela Universidade de Chicago, renomado norte-americano e também afrodescen-

dente, após anos de pesquisa de campo em vários países que utilizam a política de ações afirmativas, chegou à seguinte conclusão:

Muitas vezes, suposições abarcantes sobre o passado e afirmativas indiscriminadas sobre o futuro têm servido como substitutas da difícil tarefa de analisar fatos desagradáveis. Tais fatos incluem a história amarga de aumento da violência intergrupo onde a ação afirmativa existe há mais tempo, na Índia, e a guerra civil aberta, no Sri Lanka. Tem havido também uma dimensão moral nessas ilusões – a saber, a hipótese de que hoje podemos ressarcir os indivíduos pelo que foi feito a grupos no passado, que podemos consertar, atualmente, males feitos a pessoas que estão mortas há muito tempo. Por maçante que possa ser o reconhecimento, todo malefício perpetrado em gerações passadas, e há séculos, permanecerá sendo mal indelével e irrevogável, a despeito de qualquer coisa que possamos fazer agora. Atos de expiação simbólica entre vivos meramente criam novos males. (SOWELL, 2016, p. 221).

A partir desta afirmação, o autor da obra “Ação Afirmativa ao Redor do Mundo” chama de “ilusões” as assertivas de que as cotas possam ser consideradas medidas reparadoras de um passado brutal (SOWELL, 2016).

Porém, contrapondo-se a Thomas Sowell, o norte-americano Ronald Dworkin possui visão favorável às cotas raciais. Segundo ele: “É a pior compreensão possível supor que os programas de ação afirmativa têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas.” (DWORKIN, 2005, p. 439).

Ao analisar a política de cotas raciais instituída numa universidade de medicina norte-americana por volta dos anos de 1970, Ronald Dworkin chega a concluir que:

Os programas de ação afirmativa pretendem promover mais médicos negros para atender pacientes negros. E não porque é desejável que negros tratem negros e brancos tratem brancos, mas é improvável que agora os negros, e isso não é culpa deles, sejam bem atendidos por brancos, e porque a omissão em oferecer-lhes médicos em que confiem irá antes exacerbar que reduzir o ressentimento que hoje os leva a confiar apenas nos seus. (DWORKIN, 2005, p. 438).

O pensamento de Ronald Dworkin pende, assim, para o sentido de que as ações afirmativas sejam capazes de “reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso.” (DWORKIN, 2005, p. 439).

Já o pensamento de Thomas Sowell pende para o sentido de que todas as brutalidades sofridas pela população negra devam ser esquecidas e superadas independentemente da instauração de cotas, pois estatísticas mostram que estas políticas não introduzem um bom resultado à sociedade como um todo, mas somente agravam o problema.

Tomando tais argumentos para o caso brasileiro, o que é denominado por Sowell como “passado brutal” pode ser por nós entendido como a tentativa de minimizar/erradicar a cultura afrodescendente, fazendo do homem escravo um homem sem raízes. Com efeito, consideramos que somente há uma hipótese verdadeiramente forte para combater o genocídio sofrido: a valorização cultural massiva.

Ad argumentandum tantum, a partir das afirmações de Sowell poderíamos pensar nas pessoas negras não como descendentes de africanos que tiveram sua identidade cultural suprimida, mas como um povo que ajudou a construir a cultura brasileira enquanto cultura autônoma e abundante.

As comunidades quilombolas, o candomblé, a feijoada, o samba e o pagode, assim como vários outros meios de expressão cultural do povo negro, surgiram eminentemente no Brasil.

Também Nossa Senhora Aparecida, padroeira do Brasil (Lei nº 6.802/1980), possui especial importância na história do povo brasileiro. A imagem negra de Maria traz consigo uma interpretação de imensurável valor à cultura negra, demonstrando que para Deus não há diferença de cor.

Por que então denominar “afrodescendentes” pessoas que simplesmente podem ser denominadas “brasileiras”?

O pensamento otimista talvez seja, assim, uma forma mais sábia de lidar com os preconceitos vivenciados nos dias atuais. A conscientização cultural é aquilo de que carece o povo brasileiro, e nenhuma cota será capaz de delineá-lo.

De todo modo, esse não parece ser o pensamento do legislador brasileiro, que em 2014 editou a Lei nº 12.990, instituindo mais cotas para as pessoas negras, a quem foi reservado o percentual de 20% das vagas de concursos públicos.

5. Das cotas para pessoas com deficiência

Não é possível falar de deficiência sem recordar a maneira brilhante como José Saramago descreveu os sintomas de um homem cego.

Ninguém o diria. Apreciados como neste momento é possível, apenas de relance, os olhos do homem parecem sãos, a íris apresenta-se nítida, luminosa, a esclerótica branca, compacta como porcelana. As pálpebras arregaladas, a pele crispada da cara, as sobrancelhas de repente revoltas, tudo

isso, qualquer o pode verificar, é que se descompôs pela angústia. Num movimento rápido, o que estava à vista desapareceu atrás dos punhos fechados do homem, como se ele ainda quisesse reter no interior do cérebro a última imagem recolhida, uma luz vermelha, redonda, num semáforo. Estou cego, estou cego, repetia com desespero enquanto o ajudavam a sair do carro, e as lágrimas, rompendo, tornaram mais brilhantes os olhos que ele dizia estarem mortos (SARAMAGO, 1995).

O breve trecho de “Ensaio sobre a Cegueira”, escrito pelo português José Saramago, representa uma condição que pode atingir qualquer ser humano: a de deficiente.

De acordo com Débora Diniz, “o corpo com deficiência somente se delineia quando contrastado com uma representação de o que seria o corpo sem deficiência.” (DINIZ, 2007, p. 8). Não obstante isto, um novo conceito surge para dizer que “deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas também que denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente.” (DINIZ, 2007, p. 9).

A partir destas duas observações, passemos a reconhecer o que menciona a Constituição Federal, especificamente em seu artigo 37, inc. VIII, quando dispõe: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (Constituição Federal, art. 37, inc. VIII).

Com base nesta disposição constitucional, além de outras que podem ser mencionadas (art. 7º, inc. XXXI; art. 23, inc. II; art. 24, inc. XIV; art. 40, § 4º, inc. I; art. 100, § 2º; art. 201, § 1º; art. 203, inc. IV; art. 208, inc. III; art. 227, § 1º, inc. II; art. 227, § 2º; art. 244), nota-se uma preocupação especial do legislador constituinte para com as pessoas deficientes.

Não menos atento foi o legislador ordinário, ao observar a maneira contemporânea de conceituar “deficiência”, editando a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que visa à integração e à não discriminação da pessoa deficiente em vagas de estacionamentos, unidades habitacionais, hotéis e dormitórios, frotas e empresas de táxis, e até mesmo em empresas prestadoras de serviços de informática, que deverão atinar para as exigências básicas de adaptação das pessoas portadoras de alguma necessidade especial.

Conforme se pode perceber, a suscitada norma, autorizada pela Carta Maior, estatui outras modalidades de cotas, além da prevista na Lei nº 8.112/1990 (art. 5º, § 2º) – que reserva aos deficientes percentual de até 20% nos cargos e empregos públicos.

Todavia, para atingir a finalidade desta pesquisa, abstrairmos o percentual de vagas reservadas nos concursos públicos, previsto na Lei nº 8.112/1990, sem contudo esquecer a inovação trazida pela Lei nº 13.409/2016, que também reservou aos deficientes percentual de cotas nas universidades públicas. Essas duas modalidades de cotas ainda não foram questionadas em sede de Supremo Tribunal Federal, sendo pouco provável que o sejam, uma vez que esse tipo de ação afirmativa, voltada para pessoas com deficiência, não causa tanta repercussão como as políticas beneficiadoras de classes étnicas ou sociais.

No caso dos deficientes, a razão das cotas vai muito além do argumento do preconceito, embora também existente.

Historicamente falando, nota-se que bem no passado, por via de regra, uma pessoa deficiente era rechaçada do mercado de trabalho e excluída da vida social. Na obra “A República”, de Platão, existem menções nesse sentido:

– Tomarão conta das crianças que forem nascendo as autoridades para esse fim constituídas, quer sejam homens ou mulheres, ou uns e outros, uma vez que os postos de comando são comuns a homens e mulheres...

– Sim.

– Pegarão então nos filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores e qualquer que seja disforme escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.

– ... Se, realmente, queremos que a raça dos guardiões se mantenha pura. (PLATÃO, 2012, p. 155).

O acometimento, assim, de uma doença ou de qualquer causa que tornasse a pessoa “inválida” (palavra muito utilizada nas legislações mais antigas), seria suficiente para afastá-la do trabalho e deixá-la à sorte dos cuidados de terceiros. Se, contudo, ninguém se solidarizasse com o inválido, e na hipótese de ele não possuir economia própria, o pobre deficiente seria reduzido à condição de pedinte.

No livro dos Atos dos Apóstolos, demonstra-se a situação acima narrada:

Pedro e João iam subindo ao templo para rezar à hora nona. Nisto levavam um homem que era coxo de nascença e que punham todos os dias à porta do templo, chamada Formosa, para que pedisse esmolas aos que entravam no templo. Quando ele viu que Pedro e João iam entrando no templo, implorou a eles uma esmola. Pedro fitou nele os olhos, como também João, e disse: Olha para nós. Ele os olhou com atenção esperando receber deles alguma coisa. Pedro, porém, disse: Não tenho nem ouro nem prata, mas o que tenho eu te dou: em nome de Jesus Cristo Nazareno, levanta-te e anda! E tomando-o pela mão direita, levantou-o.

Imediatamente os pés e os tornozelos se lhe firmaram. De um salto pôs-se de pé e andava. Entrou com eles no templo, caminhando, saltando e louvando a Deus. Todo o povo o viu andar e louvar a Deus. Reconheceram ser o mesmo coxo que se sentava para mendigar à porta Formosa do templo, e encheram-se de espanto e pasmo pelo que lhe tinha acontecido (A BÍBLIA, Atos dos Apóstolos, 3: 1-10).

Podemos assim dizer que as instituições assistenciais, sejam elas públicas ou privadas, revolucionaram a condição a que estava reduzido o deficiente.

Mais ainda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, além das várias outras formas de integração instituídas por lei, somou-se como maneira de elevar a dignidade do deficiente, inserindo-o no mercado de trabalho, qualificando-o para o mundo e garantindo cada vez mais a sua independência financeira, locomotiva, além da liberdade de constituir família, ao devolver-se a sua total capacidade.

Destarte, as cotas para deficientes, quer seja em concursos, quer seja em universidades públicas, foram o método que o legislador encontrou para promover a valorização desse grupo que por muito tempo foi excluído.

6. Sobre a finalidade do serviço público e das universidades públicas

Diante de todo o exposto, percebe-se que, para o deslinde desta pesquisa, cumpre saber qual a finalidade dos bens/serviços até então estudados, isto é, qual a finalidade da universidade pública e qual a finalidade do serviço público (Lei nº 9.784/1999, art. 2º).

Esta questão necessita ser desvendada para que o fundamento das cotas seja definitivamente encontrado. No mesmo sentido ressalta Michel Sandel:

Quem tem o direito de ser admitido em uma universidade? Ao abordar essa questão, perguntamo-nos (pelo menos implicitamente): ‘Qual é o propósito, ou o *télos*, de uma universidade?’ Como acontece com frequência o *télos* não é óbvio, mas contestável. Alguns dizem que as universidades existem para promover a excelência acadêmica, e que a promessa acadêmica deveria ser o único critério de admissão. Outros dizem que elas também existem para atender a determinados propósitos cívicos e que a capacidade de ser um líder em uma sociedade diversificada, por exemplo, deveria fazer parte dos critérios de admissão. Definir o *télos* de uma universidade parece essencial para que se determinem os critérios de admissões nas universidades. (SANDEL, 2013, p. 237).

Especificamente em relação à finalidade do ensino superior, a Lei nº 9.394/1996, que traz as diretrizes e bases da educação nacional, diz o seguinte:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (BRASIL, 1996).

A educação de ensino superior tem por finalidade, portanto, a capacitação das pessoas e a promoção da ciência.

Damos especial atenção ao conteúdo do artigo 43, inciso VIII, da suscitada Lei, que impõe como uma das finalidades da universidade a atuação,

[...] em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (BRASIL, 1996).

O mencionado texto impõe como universal a educação básica, e não a superior.

Todavia, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976, que tem o Brasil por signatário, dá igual tratamento à educação superior, que também deve ser acessível a todos:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. [...]

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. (BRASIL, 1992).

Concluimos assim que a universidade, além de capacitar pessoas e promover a ciência, possui uma finalidade implícita, que é a universalidade no ingresso, ou seja, toda pessoa deve ter acesso ao ensino superior. Por tal razão, podemos afirmar que as cotas baseadas na condição socioeconômica dos candidatos possui respaldo legal e, se não fosse o amplo acesso às universidades públicas, pessoas de condição financeira pouco avantajada não possuiriam nenhuma probabilidade de cursar uma faculdade, ficando condicionadas a reviver as mesmas mazelas de seus antepassados.

Destarte, as cotas, no caso das universidades, estão mais voltadas para a “igualdade de oportunidades”, o que acaba por afastar a extrema ideia de meritocracia baseada unicamente no fator “boas notas”.

Quanto à finalidade do serviço público, um princípio muito importante para o Direito Administrativo merece ser lembrado: o princípio da finalidade pública, segundo o qual “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais” (DI PIETRO, 2014, p. 66).

De acordo com a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a ampliação do próprio conceito de serviço público. (DI PIETRO, 2014, p. 66).

Nesse diapasão, a Lei nº 13.460/2017, que trata da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, dispõe em seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;

II - presunção de boa-fé do usuário;

III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo;

IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação;

V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação;

- VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais;
- VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário;
- VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários;
- IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade;
- X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento;
- XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;
- XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos;
- XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;
- XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e
- XV - vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada. (BRASIL, 2017).

Considerando o que dispõe o artigo 5º, inc. V, da Lei nº 13.460/2017, que traça como diretriz a ser cumprida pelos servidores, dentre outras, a “igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação” (BRASIL, 2017), deparamo-nos com o argumento de Dworkin, segundo o qual é necessária uma variedade de servidores para atender à mesma variedade de usuários sem qualquer discriminação (DWORKIN, 2005, p. 438).

Sob esta ótica, as cotas raciais em concursos públicos se sustentariam não em razão da “igualdade de oportunidades” dos servidores, mas sim em razão da “igualdade de trata-

mento” dos usuários. Tal argumento esbarraria noutra princípio, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal: o princípio da eficiência. Entretanto, somente seria suficientemente forte, se aceitássemos que todo servidor público branco possui preconceito contra usuários negros, o que parece uma inverdade. O mesmo vale para as cotas em concursos direcionadas às pessoas deficientes.

O argumento da “igualdade de oportunidades” dos beneficiários das cotas parece então elevar-se em relação ao argumento da “igualdade de tratamento dos usuários”. No entanto, um argumento que melhor parece amoldar-se tanto ao caso das cotas em concursos públicos, quanto ao caso das cotas em universidades públicas, é o argumento da “solidariedade social”, que parte do pressuposto de que cada indivíduo possui algum dom que possa utilizar para contribuir com o melhoramento da sociedade.

Especialmente em relação às pessoas com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência faz menção à solidariedade social, ao reconhecer

[...] as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza. (BRASIL, 2009).

Este fundamento faz recordar a seguinte história:

Caminhando, viu Jesus um cego de nascença. Os seus discípulos indagaram dele: Mestre, quem pecou, este homem

ou seus pais, para que nascesse cego? Jesus respondeu: Nem este pecou nem seus pais, mas é necessário que nele se manifestem as obras de Deus. (A BÍBLIA, João, 9: 1-3).

As cotas em concursos públicos, em ambos os casos (deficientes ou negros), serviriam então de incentivo para os beneficiários, pessoas pertencentes a um grupo relativamente escasso no exercício de determinadas funções.

7. Considerações finais

Até o presente momento, demonstramos que os grupos beneficiários das cotas estão amparados por razões que vão além de sua própria natureza. Significa dizer que a implementação das cotas não se restringe à meritocracia, mas, ao contrário, busca reconhecer a contribuição que cada grupo pode dar à sociedade. As cotas são, por isso, medidas integradoras.

Não olvidando a necessidade de valorizar os oprimidos, o que deve ser feito a partir da conscientização cotidiana das pessoas e fomentação da cultura brasileira, ousaremos propor aqui métodos mais neutros de utilização das cotas com base na finalidade do bem/serviço oferecido.

Atualmente existem percentuais de vagas em universidades e cargos públicos reservados a pessoas negras, pessoas pobres e pessoas deficientes. Dada a crescente utilização da política de cotas no Brasil, podem surgir novos grupos para somar-se aos atuais beneficiários das cotas. Se isso ocorrer, o percentual de vagas de “livre concorrência” será reduzido dia após dia.

Desta feita, em determinado momento se verá uma inversão do instituto que hoje é considerado “ação afirmativa”. Pois que, na prática, o número exagerado de grupos beneficiários das cotas acabará por gerar uma ação limitadora.

Portanto, sugerimos, não quanto às cotas em concursos, mas quanto às cotas em universidades públicas, que sejam elas ações limitadoras. Neste caso, os mesmos fundamentos para justificar as cotas como ações afirmativas podem ser empregados para justificar essas cotas limitadoras.

Conforme foi demonstrado no presente trabalho, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística verificou que o perfil de estudantes das universidades é composto em maioria por pessoas que frequentaram a rede particular de ensino; pessoas que certamente possuem uma condição socioeconômica privilegiada.

Com este perfil, notamos que as pessoas pertencentes à classe econômica privilegiada ocupam vagas em universidades públicas que pessoas não abastadas deixariam de ocupar, se não fossem as cotas. Assim, pelo menos, por via de regra.

Com efeito, parece mais adequado ampliar a livre concorrência, substituindo nas universidades públicas as cotas sociais, raciais e para deficientes por cotas limitadoras de classe econômica elevada. Essa medida, em momento algum, feriria o princípio da igualdade, tampouco retiraria dos abastados o direito à educação superior, pois que dotados de condição econômica suficiente para financiar seus próprios estudos em universidades particulares. Por outro lado, tornaria mais democrática a fruição do serviço público de educação superior.

Já em relação às cotas em concursos públicos, considerando as várias fases de avaliação, dentre elas as de entrevista e de aptidão física, fases de concurso absolutamente subjetivas, pelo “argumento do preconceito” podemos sustentar a sua continuidade como ação afirmativa. Não olvidando, é claro, o argumento da “solidariedade social”.

Por todo o exposto, conclui-se que não há uma única razão, mas várias, para que o legislador implante, em determinados bens/serviços prestados pelo Estado, a política de cotas.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969), bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992), reforçam a necessidade de promoção, pelo Estado, dos grupos então especificados.

Tem-se, portanto, que os grupos de pessoas que atualmente fazem jus à política de cotas foram de certa forma definidos não por um sistema nacional, mas por uma convenção internacionalmente firmada entre países independentes.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico. (MELLO, 2017, p. 17).

Neste cenário, vale destacar o que dispõe o artigo I da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, segundo o qual:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades

fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL, 1969).

Pela leitura do artigo I da mencionada convenção, depreende-se que as cotas foram aceitas internacionalmente como medida assecuratória do progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, em busca da chamada “igualdade de oportunidades”. Tais medidas, como expresso no texto, devem ser provisoriamente implantadas, até que seja atingido o seu objetivo.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 13, é imperativo no seguinte sentido:

[...] a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

[...]

A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. (BRASIL, 1992).

A partir desse dispositivo, é importante frisar que, caso se verifique que a política de cotas raciais/sociais não atingiu sua finalidade precípua de integrar e equiparar, mas, ao contrário, tem promovido na prática a desunião das pessoas e grupos, será o momento de tirá-la de cena.

Esta realidade, todavia, carece de um estudo mais aprofundado, a que não vamos nos ater agora. Por outro lado, de

acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos. (BRASIL, 1992).

Com efeito, as cotas sociais nas universidades públicas servem para garantir o crescimento individual daqueles que nasceram nos grupos economicamente desfavoráveis, buscando providenciar meios de mitigação da miséria pela qualificação de mão de obra, incentivo à educação e equiparação das oportunidades, realçando a liberdade de cada um para o crescimento intelectual, pessoal, e econômico.

Por outro lado, conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009):

A deficiência é um conceito em evolução e [...] resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Além disso, reconhece:

[...] as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de

pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza. (BRASIL, 2009).

Segue, pois, os princípios a) do respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) da não discriminação; c) da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) da igualdade de oportunidades; f) da acessibilidade; g) da igualdade entre o homem e a mulher; e h) do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade (Decreto nº 6.949/2009, art. 3º).

Assim, no caso das pessoas com deficiência, as cotas compõem uma maneira integradora e não discriminatória, buscando a inserção deste público no mercado de trabalho e a sua máxima independência, por meio da facilitação no acesso a bens, serviços ou lugares.

A questão maior é a seguinte:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. (ARENDDT, 2017, p. 217).

Concluímos, assim, que a razão de existir das cotas fundamenta-se, sobretudo, na condição humana e no reconhecimento das diferenças enquanto realidade e forma de crescimento.

Já o motivo pelo qual determinados grupos foram escolhidos para o rol de beneficiários das cotas é justificado pela observação e pelo estudo. Trata-se de uma consolidação de ideias que certamente se iniciaram com aqueles que Sowell chama de “intelectuais”, isto é, “formadores de opinião, pessoas cujos comentários ajudam a criar todo um clima de opinião no qual as questões em voga são inseridas, discutidas e, em última instância, adotadas por aqueles que detêm poder político.” (SOWELL, 2011, p. 446).

8. Referências

A BÍBLIA. *Antigo testamento e novo testamento*. 168. ed. São Paulo: Ave Maria, 2005.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ASSIS, Machado de. *Contos escolhidos*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

AZEVEDO, Aloisio. *O cortiço*. Brasil: L & PM, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2014. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2009. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/default.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais*, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.802, de 30 de junho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6802.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10097.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 41, Plenário, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, DF, 8 de junho de 2017. *DJe*, 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186, Plenário, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 26 de abril de 2012. *DJe*, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURKHEIM, Émile. *Fato social e divisão do trabalho*. São Paulo: Ática, 2011.

EXPERT Group on Poverty Statistics. *Compendium of best practices in poverty measurement*. Rio de Janeiro, set. 2006. Disponível em: <https://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/26593/rio_group_compendium.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio de Português Online*. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. Brasil: Malheiros, 2017.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo*. São Paulo: É Realizações, 2016.

SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: É Realizações, 2011.

Artigo recebido em: 05/12/2017.

Artigo aprovado em: 18/04/2018.

DOI: