Número 19 – julho/agosto/setembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DISCRIMINAÇÕES LEGAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM ESTUDO SOB OS PARADIGMAS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DAS MINORIAS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Profª. Raquel Dias da Silveira
Mestra e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG.
Professora de Direito Administrativo no IESB (Brasília – DF).
Assessora de Ministro do STJ.

SUMÁRIO: 1. Concursos públicos. 1.1 Características. 1.2 Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos 2. Princípio da igualdade. 2.1 Previsão constitucional e tentativa de compreensão da igualdade. 2.2 A busca pela igualdade material como justificativa para a promoção de ações afirmativas pelo Estado. 2.3 Os programas de ações afirmativas no Brasil por intermédio de concursos públicos. 3. Principais permissivos de discriminação legal em concurso público no Brasil. 3.1 Portadores de necessidades especiais. 3.2 Afro-descendentes e autóctones. 3.3 Discriminação por motivo de idade. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. CONCURSOS PÚBLICOS

1.1. CARACTERÍSTICAS

O art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, previu, como regra, o concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvados os cargos em comissão, declarados por lei, como de livre nomeação e exoneração.

Além da previsão expressa da parte final do inciso II, do art. 37, atinente aos cargos em comissão, o inciso IX aduz, ainda, os casos de contratação temporária, por excepcional interesse público, como exceção à regra geral de investidura em cargo e emprego público mediante concurso.

Como modalidade de licitação, é cediço que o concurso público, que se desenvolve por meio de um procedimento administrativo, visa, de um lado,

propiciar à Administração a oportunidade de selecionar aqueles mais capacitados para o exercício de funções estatais e, de outro, proporcionar a todos as mesmas oportunidades de integrarem os quadros da Administração.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS

FABRÍCIO MOTTA[1] observa que:

> *"o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos."*

Pontifica o jovem e estudioso professor goiano que, dentre os princípios informadores do instituto do concurso público, destacam-se o princípio democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer aos cargos públicos; o princípio da eficiência, que impõe à Administração o dever de selecionar, de forma objetiva e transparente, aqueles que possuem maiores atributos (méritos, qualificações e aptidões) para se adequarem ao oferecimento de um serviço público eficiente, e o princípio da isonomia, que consiste na igualdade de tratamento dos candidatos e na vedação de privilégio e discriminações injustificadas na contratação.

Outros princípios, tais como a legalidade, a moralidade, a razoabilidade e a publicidade serão igualmente aplicados à espécie, porém prevalecerão sempre, como "princípios – maiores", segundo as lições de FABRÍCIO MOTTA, o chamado "tripé" principiológico, democracia – isonomia – eficiência, cuja existência é imprescindível em todo e qualquer concurso público.

Destarte, para se entender o objeto central desse tema, as discriminações autorizadas por lei nos concursos públicos, é necessário, antes de tudo, compreender o exato alcance da aplicação do princípio da igualdade, não só como norte do recrutamento do pessoal da Administração Pública, mas, sobretudo, como inspiração de todo o agir estatal.

[1] MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. Revista Interesse Público. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E TENTATIVA DE COMPREENSÃO DA IGUALDADE

No nosso ordenamento constitucional, o princípio da isonomia foi largamente contemplado no "caput" do art. 5°, tendo a "igualdade de todos perante a lei" constituído a verdadeira premissa do chamado Estado de Direito no Brasil.

A definição aristotélica de igualdade, que consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam, vem, há muito, sendo criticada por alguns juristas, que alegam que a igualdade não pode residir apenas no campo formal[2].

Segundo DWORKIN, a igualdade é, antes de tudo, norma moral, da mais alta relevância, ao ponto de conseguir penetrar no campo do Direito, quando, a partir daí, ela passa a ser relida com conteúdo jurídico, alcançando, inclusive, o "status" de direito fundamental constitucionalizado, na forma de princípio, pela chamada Cláusula de Igual Proteção.

O princípio da igualdade, para o autor, deve ser desprovido de um único conteúdo, isto é, conteúdo que seja imutável e pré-definido pelo legislador. O princípio da igualdade, nesse sentido, deve possibilitar ao intérprete uma maior liberdade para decidir, com os elementos do caso concreto, quais as semelhanças que merecem tratamento igualitário e as diferenças que impõem um tratamento discriminatório aos indivíduos por parte do Estado.

Igualdade é, pois, para DWORKING, igual consideração e respeito a todas os indivíduos, valorizando-se as suas diferenças e capacidades[3].

O Professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO[4] ministra que, quando falamos em igualdade entre os homens, não podemos esquecer de que, no íntimo, estamos nos reportando a um processo histórico de desigualdade. Daí, porque, não se pode olvidar que o preconceito, em maior ou menor grau, é constitutivo de todos nós, enquanto sujeitos envolvidos num processo de constante tentativa de crescimento e auto-superação.

---

[2] NERY e NERY, para quem a igualdade "no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial, não meramente formal" (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001)

[3] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 248/249.

[4] Anotações das aulas ministradas no Curso de Pós Graduação em Direito, disciplina Teoria da Constituição, na Universidade Federal de Minas Gerais, no segundo semestre de 2004.

Em obra magistral sobre o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[5] registra que ocorre ofensa ao princípio quando:

> *"I – a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;*
>
> *II – a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial;*
>
> *III – a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;*
>
> *IV – a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e*
>
> *V – a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita."*

Nesse mesmo caminho, partindo do pressuposto de que os homens, por natureza, são desiguais e que há uma igualdade fundamental, que nos insere na espécie humana e que nos põe como indivíduos e como pessoas, surge, consoante os ensinamentos de CALMON DE PASSOS[6], o dever de igualdade, como tarefa dos homens e não como algo resultante da própria natureza das coisas.

> *"Assim, o fator igualador não provém da natureza humana, mas de fora. E usa, analogicamente, a moeda. A moeda é um fator externo, necessário para igualar as atividades do médico e do agricultor. E se assim é, a nível de economia, assim deve ser a nível de convivência política, acrescentamos nós. O princípio da igualdade, conseqüentemente o da não discriminação, reclama um fator externo,*

[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da isonomia.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 47.
[6] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O princípio da não discriminação. *Revista Diálogo Jurídico.* V. I, n. 2, maio de 2001.p. 2

necessário à convivência humana, para nivelar, em termos de vantagens e encargos, homens diferenciados cultural e economicamente."

2.2 A BUSCA PELA IGUALDADE MATERIAL COMO JUSTIFICATIVA PARA A PROMOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PELO ESTADO

Na tentativa de conferir ao princípio da igualdade um caráter material, começou, sob influência de políticas públicas norte – americanas, consubstanciadas, mais precisamente, na Lei dos Direitos Civis de 1964, a crescer, no mundo ocidental, as chamadas ações afirmativas.

As ações afirmativas nascem, nos Estados Unidos da América, primeiramente, como programas para aumentar a matrícula de estudantes negros e de outras minorias em escolas e universidades públicas e privadas, admitindo que o critério racial conte, afirmativamente, como parte das razões de admissão desses jovens.

RONALD DWORKING[7] aduz que, no início, o objetivo dos programas de ações afirmativas era alcançar uma sociedade racionalmente consciente, ou seja, uma sociedade dividida em grupos raciais e étnicos, porém, que conseguisse proporcionar a cada integrante desses grupos direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras e oportunidades.

Explica o prestigiado jurista norte – americano que essa primeira visão dos programas foi, sem dúvida, uma análise incorreta, que, com o passar dos tempos, tem demonstrado efeitos bastante negativos. Pois, a sociedade norte-americana é, hoje, racialmente consciente, não em decorrência de ações afirmativas, mas pela conseqüência inevitável de uma história de escravidão, repressão e preconceito.

Num segundo estágio, os programas norte-americanos de ações afirmativas procuraram, de imediato, aumentar o número de membros de certas raças no mercado de trabalho, especialmente nas carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes, utilizando-se de critérios racionalmente explícitos.

A longo prazo, contudo, eles passaram a almejar a redução do grau de consciência racial da sociedade norte-americana, como um todo, de forma que, aos poucos, fosse se diminuindo a importância da raça na vida social e profissional das pessoas.

[7] DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. p. 238.

2.3 OS PROGRAMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL POR INTERMÉDIO DE CONCURSOS PÚBLICOS

No Brasil, os programas de ações afirmativas surgiram, com fundamento na própria Constituição da República de 1988, que, em inúmeros dispositivos, ressalta a necessidade de proteção e tratamento diferenciado a alguns grupos, para que possam se integrar, socialmente, em condições de igualdade.

Posteriormente, apontamos, como base legal dos programas de ações afirmativas no Brasil, as mencionadas legislações de proteção e incentivo aos portadores de necessidades especiais. Aos poucos, esses programas vêm sendo estendidos a outros grupos sociais, que passaram a ser denominados de minorias, tais como os afro-descendentes e os índios.

Encontram-se em pauta no Congresso Nacional projetos de lei, prevendo reserva de cotas para afro-descendentes, em concursos públicos, na esfera federal. Há, também, um outro projeto, de autoria do Senador Paulo Paim, obrigando a iniciativa privada a contratar 20% de negros, em todas as áreas e em todos escalões da empresa.

Recentemente, a Universidade de Brasília divulgou a previsão de cotas, em edital de vestibular, para o ingresso em todos os cursos, aos índios.

Nessa senda, além dos noticiários - alguns, inclusive, documentários de nível científico razoável -, a edição de obras jurídicas veio corroborar para que a discussão sobre o tema da discriminação legal das raças se tornasse inescusável aos operadores do Direito, que devem, ainda, estar afinados com as idéias concebidas por certas entidades da sociedade, interessadas nesse fim.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, JOAQUIM BARBOSA GOMES[8], jurista estudioso da matéria, assinala que ações afirmativas são políticas sociais de apoio e promoção de grupos socialmente fragilizados, visando promover sua integração social e, conseqüentemente, a igualdade material.

Em outras palavras, ações afirmativas é o tratamento desigual dado pelo Estado a certos cidadãos, que só se legitima quando dele resultar maior igualdade em termos substanciais[9].

> *"O princípio da igualdade, portanto, consiste na procura e definição de fatores externos mediante os quais se pode ter uma "moeda" política que permita igualar os homens essencialmente*

[8] GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como transformação social. A experiência dos EUA.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.
[9] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O princípio da não discriminação. *Revista Diálogo Jurídico.* V. I, n. 2, maio de 2001.p. 6.

> *diferentes, sob inúmeros aspectos, tanto biológica, quanto psicologicamente, tanto em termos materiais quanto em dimensão cultural."*

O elemento externo, que CALMON DE PASSOS associa à metáfora da moeda, enquanto unificação artificial de valores, no campo da economia, está também autorizada, na seara do Direito, a igualar as diferenças, ainda que seja pela discriminação ou pela imposição de um tratamento de desigualdade.

Logo, o Direito vai se valer desse elemento externo, qual seja a própria lei, para, em determinadas circunstâncias, balizadas por um juízo de ponderação de princípios jurídicos, autorizar a discriminação dos homens, com o objetivo de promover maior igualdade substancial entre eles.

Nessa linha de raciocínio, anota FABRÍCIO MOTTA[10] que:

> *"os concursos públicos não podem desigualar pessoas sem que o fator de discriminação possua correlação lógica com a desigualdade de tratamento e, mais ainda, esteja de acordo com interesses constitucionalmente prestigiados".*

3. PRINCIPAIS PERMISSIVOS DE DISCRIMINAÇÃO LEGAL EM CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL

3.1 PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

A primeira discriminação legal em concursos públicos, a que nos reportamos, encontra fundamento no art. 37, inciso VIII, da Constituição da República de 1988, segundo o qual *"a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência física e definirá os critérios de sua admissão".*

No âmbito federal a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, disciplinou aspectos sobre o apoio devido aos portadores de necessidades especiais e os meios para promover sua integração social.

Dispõe o art. 2° da Lei n° 7.853/89 que cabe ao poder público assegurar aos portadores de necessidades especiais o pleno exercício de seus direitos básicos, no âmbito da educação, saúde, trabalho, lazer e previdência social.

[10] MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. Revista Interesse Público. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54.

Para realizar tais objetivos, o inciso III, alínea “d” do mesmo artigo previu a obrigatoriedade para o poder público de promulgar legislação específica que discipline a reserva de trabalho aos portadores de necessidades especiais, nas entidades da Administração Pública e no setor privado.

Em 1990, com a promulgação do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, Lei n° 8.112/90, seu art. 5°, § 2°, passou a prescrever que:

> *“Art. 5°*
>
> *§ 2° “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.”*
>
> *Mais recentemente, foi editado o Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que consolidou as normas de proteção ao deficiente. O art. 37 desse decreto estatui o direito dos portadores de necessidades especiais de se inscreverem em concursos públicos, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadores.*
>
> *Consoante o § 1°, do art. 37, do Decreto n° 3.298/99, as entidades da Administração Pública, na realização de concursos, deverão reservar, no mínimo 5% das vagas previstas no edital, aos portadores de necessidades especiais. O § 2° estabelece que, no caso de aplicação do percentual referido no § 1°, se o número de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente.*
>
> *Combinando-se o disposto no art. 5°, §2°, da Lei n° 8.112/90, com o §1°, do art. 37, do Decreto n° 3.298/99, tem-se que a escolha do percentual de vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, a ser adotado pela Administração Pública, no âmbito Federal, pode variar entre o mínimo de 5% e o máximo de 20%, do total das vagas previstas no edital, para cada cargo, cujas atribuições forem compatíveis com a deficiência portada pelo candidato especial. A escolha do percentual é ato administrativo discricionário.*
>
> *Tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Mandados de Segurança MS 8.208-DF e MS 8.417-DF que, em se tratando de haver apenas uma vaga prevista em edital, não há que se falar em reserva legal para os portadores de necessidades especiais, pois, se assim o fosse, 100% das vagas seriam reservadas para os deficientes, o que implicaria ofensa ao princípio da isonomia e da ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos.*

Considerando-se a competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, para legislarem garantia aos portadores de necessidades especiais (art. 24, inciso XIV, CF/88), caberá a cada esfera de governo promulgar legislação própria sobre a matéria.

3.2 AFRO-DESCENDENTES E AUTÓCTONES

Embora exista no seio da sociedade brasileira o discurso que sustenta a ausência do racismo, a segregação campeia em quase todos os cantos do país.

A diferença é que, no Brasil, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a miscigenação e a idéia de identidade nacional, a partir da formação de um povo eminentemente mestiço, deram opacidade à questão racial, resultando na falsa impressão de que vivemos fraternalmente em uma democracia racial.

Outro fato importante a se considerar é que, no Brasil, também, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a segregação racial não fora institucionalizada pelo Estado. Isso quer dizer que, ao contrário de formarmos uma sociedade com consciência racial, preferimos acreditar que constituímos um povo mestiço. Ninguém nega a idéia de ter como descendentes brancos, negros e índios, mas a verdade é que a maioria de nós prefere se classificar como integrante da raça branca.

De conseguinte, apesar da convivência, aparentemente, pacífica, entre brancos e negros, é incontroversa a desvantagem econômica, social e cultural destes em relação aos primeiros.

Realmente, a abolição da escravatura no Brasil não deu fim à condição subumana de vida dos negros. Libertar não era suficiente para inserir os negros na sociedade, de forma que sempre faltou, por parte do Estado brasileiro, apoio, incentivo e educação, para que os negros pudessem efetivamente desempenhar seu papel de cidadãos.

Assim é que, há mais de um século, o deputado abolicionista Joaquim Nabuco pregava a necessidade de políticas públicas para se reverterem os males que a escravidão enraizou na população negra deste País.

DÉCIO JOÃO GALLEGO GIMENES[11] alerta que, segundo dados divulgados pelo Instituto Ethos, em pesquisa denominada de “Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e suas Ações Afirmativas”, em parceria com a Escola de Administração e Economia de São Paulo da FGV, IPEA, OIT e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas

[11] GIMENES, Décio João Gallego. Princípio da igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior. Jus Navegandi. p. 9.

Para a Mulher, a população negra no Brasil é de 45%, enquanto nos Estados Unidos da América o percentual é de apenas 13%. O Brasil é o maior Estado em população negra do mundo, fora os países da África.

> *"A desigualdade gritante entre brancos, negros e pardos pode ser auferida com dois dados principais: índice de analfabetismo (21% para negros, 19,6% para pardos e 8,3% para brancos) e índice de renda em salários mínimos (2,43 salários para negros, 2,54 salários para pardos e 5,25 salários para brancos). Ainda, segundo dados do IBGE, recentemente divulgados, do 1% dos mais abastados do país, 88% são brancos; contrariamente, dos 10% mais pobres 70% são negros ou pardos."*

Apontam LUIZ FERNANDO MARTINS DA SILVA e CLEBER LÁZARO JULIÃO COSTA[12] que:

> *"apesar da melhoria nos níveis médios de escolaridade da população brasileira ao longo do século XX, o padrão de discriminação racial, expresso pelo diferencial na escolaridade entre brancos e negros, mantém-se perversamente estável entre as gerações. De fato, a escolaridade média de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos. Apesar da escolaridade de brancos e negros crescer de forma contínua no século XX, 2,3 anos de estudo é a diferença observada na escolaridade média dos pais desses jovens. E, de forma assustadoramente natural, encontra-se a mesma diferença entre os avós desses jovens. Assim, brancos e negros olham um para o outro durante um século e, do ponto de vista relativo, situam-se estritamente na mesma posição."*

Aduz LUIZ FERNANDO MARTINS DA SILVA[13] que:

> *"constatada nos EUA a ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual das ações afirmativas, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da*

[12] SILVA, Luiz Fernando Martins et COSTA, Cleber Lázaro Julião. A teoria de Oracy Nogueira: ruptura às teorias tradicionais e fonte para o embasamento das políticas de ação afirmativas e seus mecanismos. Jus Navegandi. p. 9.
[13] SILVA, Luiz Fernando Martins. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. Jus navegandi. p. 3.

> *imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais."*

Inspiradas nas políticas públicas norte-americanas, especialmente nos casos Bakke contra a Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, de 1977, e Weber contra Siderúrgicos da Kaiser Aluminum Company, em que a Suprema Corte decidiu que são legítimas as cotas especiais para negros em universidades e empresas, surgem, também, nos últimos anos, no Brasil, ações afirmativas voltadas para a instituição de reserva de vagas, em universidades públicas, para afro-descendentes. Essas ações se verificaram com maior intensidade no Distrito Federal e no Estado do Rio de Janeiro. A Universidade Federal de Minas Gerais optou por ações que facilitassem o ingresso de pessoas de baixa renda nos vestibulares.

Ocorre que, em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal publicou edital de licitação, visando a contratação de servidores, para o desempenho de serviços especializados do Tribunal, no qual se previa a reserva de 20% das vagas para negros.

Em 13.05.2002, por meio do Decreto n° 4.228, o governo federal instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a Secretaria de Estado de Direitos Humanos e o Ministério da Justiça, destinado a mulheres, portadores de necessidades especiais e afro-descendentes.

Posteriormente, a Medida Provisória n° 63, de 26.08.2002, convertida na Lei n° 10.558, de 13.11.2002, esta regulamentada pelo Decreto n° 4.876/2002, instituiu o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, visando propiciar o acesso ao ensino superior de afro-descendentes e índios.

3.3 PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE IDADE

Tem entendido o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgamentos, que a previsão de limite de idade, para inscrição em concurso público, só é constitucionalmente admissível, quando a natureza das atribuições do cargo lhe justifique.

Tal posicionamento assenta-se no disposto no art. 7°, inciso XXX, da Constituição Federal, segundo o qual:

> *"Art. 7° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;"

Posteriormente, fora consagrado pela Súmula n° 683 do STF, publicada no Diário da União em 09.10.2003:

"O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima, em face do art. 7°, inciso XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido"

Recentemente, em 10.08.2004, no julgamento do recurso especial n° 64.200-8, o Superior Tribunal de Justiça considerou inconstitucional edital convocatório de concurso público e reconheceu o direito da candidata Mirian de Lourdes San Martin Rocha à indenização, a ser paga pelo Tesouro Nacional, em decorrência da fixação de limite de idade para o ingresso no serviço público.

4. CONCLUSÃO

O tema versado no presente estudo, além de polêmico, permeia os mais diversos campos do conhecimento humano, como o Direito, a Sociologia, a Política e, sobretudo, a Ética.

Muito se tem discutido sobre as ações afirmativas no Brasil, em especial com relação ao regime de cotas em concursos públicos e o assunto vem sendo amplamente criticado, mormente por não resolver o verdadeiro problema de falta de inserção social dos cidadãos, integrantes de grupos denominados de minorias: a péssima educação pública de nível básico.

Outro fato a merecer de nós uma maior reflexão é que o Estado, ao promover ações afirmativas, por exemplo, de inserção social de afro-descendentes, com determinado número ou percentual de cotas, não está, em absoluto, resolvendo o problema da exclusão.

Muito pelo contrário, ao incluir 1, 2 ou 10 indivíduos afro-descendentes no mercado de trabalho, seja na iniciativa privada, seja na função pública, o Estado, ao mesmo tempo em que retira a identidade desses poucos incluídos, diminuindo-lhes a consciência da raça, também enfraquece os demais

membros do grupo, enquanto indivíduos pertencentes a um grupo de resistência e pressão.

Isso ocorre porque o Estado passa a apresentar à sociedade uma falsa impressão de democracia multirracial, sendo que a maioria dos que pertencem às chamadas minorias permanece na exclusão.

No nosso entendimento, a discriminação legal em concursos públicos, pelo chamado sistema de cotas, é injusta. Mas, injusta não porque fere o princípio da igualdade ou porque, de certa forma, desmantela o princípio da eficiência no serviço público. É injusta porque o Estado não faz o que deve fazer e fica fingindo que faz.

Por outro lado, se, simplesmente, negarmos as ações afirmativas, alegando a injustiça desses programas que, de fato, não promovem inclusão, certamente correremos o risco de cometermos mais injustiças, ao ignorarmos os números e os dados estatísticos referentes a essas minorias em nossa sociedade, permitindo, de toda forma, a permanência do regime de exclusão.

Por isso, mais importante do que o debate em torno do que se faça é o desafio incontornável de que alguma coisa urge ser feita.

A par de tudo isso, devemos considerar que as pressões que borbulham no seio da sociedade demonstram, de forma inequívoca, uma ânsia por uma democracia real, sem hipocrisia, nem fingimentos, que abarque as chamadas minorias, que, no caso do Brasil, correspondem, especialmente, aos portadores de necessidades especiais, aos índios e aos afro-descendentes.

E este é um caminho sem retorno, felizmente.

Por derradeiro, apenas para se assinalar, relembramos, aqui, as palavras do nosso querido e saudoso Professor Paulo Neves de Carvalho, de que normas, por si só, não tem o condão de alterar a realidade e resolver problemas.

Na verdade, não existe lei alguma, nesse mundo, que possa se aplicar, sem se considerar a situação na qual ela se aplica, conquanto normas gerais e abstratas, para produzirem efeitos, requerem uma aplicação individual e concreta.

E, como já dizia nosso velho e sábio Professor, que continuará ressoando em nossos corações, onde quer que se encontre, pela eternidade, o Direito só consegue ser instrumento de realização de Justiça, quando aprendemos a lidar com as complexidades dele, colocando-o, acima de tudo, a serviço da própria vida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da isonomia.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O princípio da não discriminação. *Revista Diálogo Jurídico.* V. I, n. 2, maio de 2001.

DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

GIMENES, Décio João Gallego. Princípio da igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior. *Jus Navegandi.*

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como transformação social. A experiência dos EUA.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. *Revista Interesse Público*. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54.

NERY e NERY, para quem a igualdade "no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial, não meramente formal" (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001)

SILVA, Luiz Fernando Martins et COSTA, Cleber Lázaro Julião. A teoria de Oracy Nogueira: ruptura às teorias tradicionais e fonte para o embasamento das políticas de ação afirmativas e seus mecanismos. *Jus Navegandi*.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SILVEIRA, Raquel Dias da. DISCRIMINAÇÕES LEGAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão das minorias nas últimas décadas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 15, out./dez. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.