



# RELATÓRIO FINAL

## Grupo de Trabalho Interministerial Cotas Raciais

Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial instituído pela Portaria Conjunta MP/MJC Nº 11, de 26 de dezembro de 2016, para regulamentação dos procedimentos de heteroidentificação previstos na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

**Servidores públicos envolvidos na realização dos trabalhos do Grupo de Trabalho Interministerial Cotas Raciais**

Kwame Augusto Brito Akuamo

*Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

Liana Abiorana Dias Ferreira

*Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

Felipe Caldas Batista

*Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

Eduardo Gomor dos Santos

*Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

Cleyton Domingues de Moura

*Secretaria Executiva do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

Roseli Faria

*Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério do Desenvolvimento Social*

Luana Maira Silva Vieira

*Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério dos Direitos Humanos*

Bárbara Roberto Estanislau

*Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério dos Direitos Humanos*

Leonardo Passinato e Silva

*Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério dos Direitos Humanos*

Felícia Santos

*Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério dos Direitos Humanos*

Emiko Matsuoka

*Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério dos Direitos Humanos*

Antônio Teixeira Lima Júnior

*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*

Vanessa Moraes Sampaio Abritta

*Escola de Administração Fazendária*

Herbert Araújo Santos

*Escola de Administração Fazendária*

Jussara Romero Tannure

*Escola de Administração Fazendária*

Edson Francisco Gomes

*Escola de Administração Fazendária*

## Sumário

1.	APRESENTAÇÃO.....	4
1.1	A Lei nº 12.990/2014 e o combate a fraudes.....	4
1.2	A Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016.....	6
1.3	Grupo de Trabalho Interministerial para discussão de procedimentos e definição de diretrizes.....	7
1.3.1	Objeto.....	7
1.3.2	Composição.....	7
1.3.3	Reuniões.....	8
1.3.4	Cronograma de atividades.....	8
1.3.5	Consulta eletrônica.....	10
1.3.6	Seminário Jurídico.....	13
2.	A AÇÃO AFIRMATIVA DE RESERVA DE VAGAS: HISTÓRICO E MARCO LEGAL.....	14
2.1	Antecedentes e tramitação.....	14
2.1.1	Direito internacional.....	14
2.1.2	Direito constitucional e legislação brasileira.....	17
2.1.3	Precedentes na Administração Pública.....	19
2.1.4	ADPF 186.....	23
2.2	A Lei nº. 12.990/2014.....	23
2.2.1	Contextualização e tramitação.....	23
2.2.2	Repercussões.....	24
2.2.2.1	Impacto inicial nos concursos públicos.....	24
2.2.2.2	ADC 41.....	26
2.3	Medidas análogas adotadas em âmbito nacional.....	26
2.3.1	Resolução CNJ nº. 203/2015.....	26
2.3.2	Resolução CNMP nº. 41/2016.....	27
3.	DIRETRIZES PARA A INSTRUÇÃO NORMATIVA.....	30
3.1	A manifestação da autodeclaração.....	30
3.2	Legalidade e obrigatoriedade do procedimento para fins de heteroidentificação.....	31
3.3	A exclusividade do critério fenotípico.....	33
3.4	Operacionalização do procedimento para fins de heteroidentificação.....	36
3.4.1	Quantidade de candidatos convocados.....	36
3.4.2	Forma de convocação.....	37
3.5	As comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação.....	37

3.5.1	Propósito das comissões.....	37
3.5.2	Legalidade das comissões.....	38
3.5.3	Momento de realização do procedimento para fins de heteroidentificação .....	38
3.6	Características das comissões.....	42
3.6.1	Integridade e probidade dos componentes .....	42
3.6.2	Diversidade na composição das comissões .....	42
3.6.3	Quantidade de componentes da comissão .....	43
3.6.4	Trabalho executado pelos componentes da comissão.....	43
3.6.5	Formação e conhecimento dos componentes das comissões .....	44
3.7	Dinâmica das comissões .....	45
3.7.1	Quais candidatos deverão participar do procedimento? .....	46
3.7.2	Condições para o funcionamento das comissões.....	47
3.7.3	Filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação .....	48
3.7.4	Confidencialidade de informações .....	48
3.7.5	Deliberação e resultado provisório .....	49
3.7.6	Reflexões para a análise da comissão.....	50
3.7.7	Instância recursal.....	51
3.8	Eliminação dos candidatos .....	52
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	56
6.	ANEXO .....	57
	Seminário jurídico sobre a política de cotas no serviço público: avanços e desafios .....	57

## 1. APRESENTAÇÃO

A Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, foi sancionada por um período de vigência de 10 anos. Ela estabelece, em seu art. 1º, reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos públicos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, fundações públicas, das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, nos seguintes termos:

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

Em seu art. 2º, a Lei nº 12.990, de 2014, estabeleceu que poderão concorrer às vagas reservadas aqueles que se autodeclararem negros no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito raça ou cor utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Nestes termos, a autodeclaração é o primeiro critério para que os candidatos possam concorrer pelas vagas reservadas:

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

A adoção de cotas raciais tem como propósito aumentar a representatividade da população negra nos quadros da administração pública federal. Com isso, pretende-se também que sejam trazidas para o âmbito da administração pública novas perspectivas e valores, que ajudariam na compreensão e no endereçamento de soluções para os atuais problemas sociais do país, entre eles o racismo.

### 1.1 A Lei nº 12.990/2014 e o combate a fraudes

Em que pese a autodeclaração ter presunção de veracidade, a Lei nº 12.990/14 aventou a hipótese de constatação de declaração falsa, de modo que a adoção de procedimento complementar de heteroidentificação está implicitamente autorizado, senão vejamos:

*Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam*

*assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.*

Nesse sentido, a Lei previu a hipótese de “declaração falsa”. Com o fim de garantir a política em comento, foram previstos procedimentos de *heteroidentificação*<sup>1</sup> – identificação por terceiros – da condição autodeclarada pelos candidatos que concorrem às vagas reservadas.

Em 26 de abril de 2012, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (ADPF nº 186) – oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal – STF examinou a legitimidade da política de cotas étnico-raciais no processo de admissão à universidade pública – ficou decidido que a declaração deve ocorrer, num primeiro momento, pelo próprio indivíduo, mas que, para coibir fraudes, é legítima a utilização de mecanismos adicionais, como elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça, o requerimento de declarações assinadas, o uso de entrevistas, a exigência de fotos e a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

Dessa forma, nos primeiros anos de vigência da referida Lei, ficava a critério dos órgãos responsáveis pelos concursos públicos prever ou não um procedimento de verificação da autodeclaração dos candidatos às vagas reservadas às pessoas negras. Consequentemente, segundo levantamento elaborado pela SEPPIR, entre junho de 2014 e dezembro de 2015, os únicos editais de abertura com previsão de comissões de heteroidentificação foram os concursos da Petrobras, do Banco do Brasil e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) para o cargo de Analista de Planejamento e Orçamento.

Assim, ao longo dos primeiros meses de vigência da Lei nº 12.990/14, diversos editais de concursos públicos do Poder Executivo Federal reservaram os 20% das vagas nos termos desta lei sem, contudo, prever um procedimento de heteroidentificação como mecanismo de aferição da condição de candidatos que concorreram por essas vagas.

Na ausência de norma regulamentadora, as bancas examinadoras divergiram na forma de verificação da autodeclaração e, em muitos casos, nem mesmo realizaram a etapa de apuração. Nesse ínterim, diversas denúncias de fraude e judicializações de concursos públicos produziram desconfiança popular quanto à credibilidade desta política e grande insegurança jurídica.

Começavam, pois, a surgir na mídia os primeiros casos de fraudes ao sistema de cotas, denunciados por candidatos e movimentos sociais, que buscaram apoio da Defensoria Pública e do Ministério Público Federal. Assim ocorreu no concurso da Polícia Federal e do Itamaraty, ambos realizados em 2014.

Em junho de 2015, o edital de abertura do concurso público para Analista de Planejamento e Orçamento do MP foi publicado com a previsão detalhada de uma banca de verificação das autodeclarações. No mesmo ano, o edital de abertura do concurso do MP/ENAP não previu o procedimento de heteroidentificação dos candidatos.

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada no julgamento da ADC 41 pelo STF, que considerou constitucional a utilização de critérios de autodeclaração, bem como critérios subsidiários de heteroidentificação para definição da pertença racial dos candidatos.

Diante desse quadro, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP promoveu audiência pública para debater o tema em novembro de 2015. Em janeiro de 2016, após 18 meses de vigência da Lei, e diante da proliferação de denúncias de fraudes, o Ministério Público Federal iniciou ação judicial contra o Ministério do Planejamento. Na ação, o MPF e a Defensoria Pública da União determinaram ao MP que (I) suspendesse o concurso do MP/ENAP em andamento para evitar que mais servidores tomassem posse sem que a autodeclaração fosse verificada e (II) estabelecesse normativo que previsse, já nos editais de abertura, algum mecanismo de verificação da autodeclaração dos candidatos às vagas reservadas para pessoas negras.

## **1.2 A Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016**

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão iniciou negociação com o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União para tornar obrigatório nos concursos públicos do Poder Executivo Federal a adoção de mecanismos para evitar fraudes, bem como a elaboração de procedimentos que permitam ao gestor público e às bancas organizadoras de concursos uniformizar a operacionalização das comissões de verificação. O objetivo do normativo foi dar segurança jurídica aos certames públicos e garantir a efetividade da lei.

Buscando assegurar que os editais de concurso público previssem etapa de verificação da autodeclaração, após alguns meses de negociação, a Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público – SEGRT/MP, publicou no Diário Oficial da União (DOU) a Orientação Normativa (ON) nº 03 no dia 2 de agosto de 2016.

O normativo estabeleceu que órgãos e entidades da administração pública federal deveriam prever, nos editais de abertura, mecanismos para verificar a veracidade da informação prestada por candidatos que concorrem às vagas reservadas às pessoas negras, considerando exclusivamente o critério fenotípico. É importante ressaltar que a ON foi elaborada com base no relatório da ADPF 186, que considerou constitucional tanto as cotas nas universidades quanto as comissões de heteroidentificação.

Posteriormente o Supremo Tribunal Federal – STF, no recente acórdão da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41), julgou procedente, por unanimidade, a constitucionalidade da Lei nº 12.990/14 e de critérios subsidiários de heteroidentificação, fixando a seguinte tese:

*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.*

### **1.3 Grupo de Trabalho Interministerial para discussão de procedimentos e definição de diretrizes**

#### **1.3.1 Objeto**

Tendo em vista a complexidade da temática, foi publicada no DOU, no dia 26 de dezembro de 2016, a Portaria Conjunta MP/MJC nº 11 que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial - GT, de caráter consultivo, com a finalidade de “discutir os procedimentos a serem adotados para verificação da autodeclaração de cotistas prevista no art. 2º da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014” e “apresentar diretrizes que nortearão o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão na edição de Instrução Normativa para regulamentar o procedimento de verificação da autodeclaração prevista no art. 2º da Lei nº 12.990, de 2014”.

#### **1.3.2 Composição**

Sobre a composição do GT, seguindo os ditames da Portaria Conjunta nº 11, buscou-se assegurar a participação de diversos órgãos públicos afetos à temática da igualdade racial e Gestão de Pessoas com o propósito de conferir ao grupo uma maior amplitude de vivências e perspectivas sobre a política pública em tela.

Assim, coube à Secretaria de Gestão de Pessoas – SGP a coordenação das atividades e os membros do GT são oriundos do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG, da Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR/MDH e da Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

Durante o prazo de vigência, surgiram ausências e vacâncias de membros e com isso a necessidade de integrar novos representantes. A lista abaixo indica todos os servidores nomeados ao longo dos trabalhos do GT.

#### **Relação de membros e suplentes envolvidos no grupo de trabalho**

<b>NOME</b>	<b>ÓRGÃO</b>	<b>ENQUADRAMENTO</b>
Kwame Augusto Brito Akuamoah	SGP/MP	Membro/ Coordenador
Liana Abiorana Dias Ferreira	SGP/MP	Membra
Felipe Caldas Batista	SGP/MP	Membro
Cleyton Domingues de Moura	SE/MP	Membro
Vanessa Macedo	SE/MP	Suplente
Eduardo Gomor dos Santos	SEPLAN/MP	Membro
Luana Maira Silva Vieira	SEPPIR	Membra
Bárbara Roberto Estanislau	SEPPIR	Membra
Leonardo Passinato e Silva	SEPPIR	Membro
Gabriela Cruz	SEPPIR	Suplente
Emiko Matsuoka	SEPPIR	Suplente
Felícia Santos	SEPPIR	Membra
Antônio Teixeira Lima Jr	IPEA	Membro



Rafael Guerreiro Osório	IPEA	Suplente
Vanessa Moraes Sampaio Abritta	ESAF	Membra
Herbert Araújo Santos	ESAF	Suplente
Jussara Romero Tannure	ESAF	Membra
Edson Francisco Gomes	ESAF	Suplente
Roseli Faria	MDS	Convidada

### 1.3.3 Reuniões

A primeira reunião do grupo ocorreu em 8 de fevereiro de 2017, ocasião em que se definiu as regras de funcionamento do GT incluindo a finalidade dos trabalhos, composição de membros, atribuição dos membros e suplentes, bem como regras gerais de funcionamento, tais como periodicidade das reuniões e deliberações. O documento foi assinado por todos os membros à época.

No total, foram realizadas 31 (trinta e uma) reuniões, todas registradas em atas e assinadas por todos os membros presentes.

### 1.3.4 Cronograma de atividades

O plano de trabalho do grupo foi elaborado com a premissa de envolver a participação social e de haver consulta a atores relevantes na temática racial. Assim, foi proposta a realização de consultas eletrônicas para a participação de movimentos sociais e da sociedade em geral, pesquisas junto às organizadoras de concurso público, oficinas e seminários.

Para isto, elaborou-se um plano de trabalho que contemplasse a participação de entidades sociais, incluindo-se uma consulta pública, e participação de alguns representantes do ramo jurídico e acadêmico a fim de enriquecer as discussões do grupo.

<b>Plano de Trabalho do Grupo de Trabalho</b>	
<b>Regulamentação das comissões de heteroidentificação da autodeclaração (Lei nº 12.990/2014)</b>	
1. Reunião Inaugural	
	Definição de regras de funcionamento do GT
2. Estruturação	
	1) Apresentação da convidada Roseli Faria (MDS)
	1) Aprovação do cronograma detalhado e da estratégia de participação social
	1) Definição de estrutura das apresentações dos convidados
	2) Apresentação da bibliografia básica para os participantes do GT

1) Apresentação do CEBRASPE
1) Apresentação estruturada de convidado do mundo jurídico e de um especialista
1) Validação Notas para a ASCOM/MP; mapeamento dos argumentos jurídicos envolvendo candidatos eliminados e ou servidores exonerados;
1) Programação do seminário jurídico e acadêmico (parte1)
1) Programação do seminário jurídico e acadêmico (parte2)
3. Pontos de discussão (grandes temas)
1) discussões: consulta eletrônica, <i>hotsite</i> GT
1) encaminhamentos pós ADC 41 STF 2) instrução normativa discussões
1) Apresentação e debate "novo decreto de normas gerais relativas a concursos públicos" base Decreto 6.944/2009
1) discussão: Apresentação ESAF
1) discussão: objetivos a serem atingidos em cada uma das mesas dos seminários
1) discussões relatório final (encaminhamentos)
1) consulta eletrônica 2) oitivas 3) relatório final
1) Elaboração da minuta de instrução normativa e relatório final
4. Seminário jurídico e acadêmico
1) Preparação seminário jurídico
1) Seminário Jurídico sobre a <i>Política de Cotas no Serviço Público: avanços e desafios</i>
1) Publicação oriunda dos dois dias de seminário promovidos pela SEPPIR/ENAP
1) ajustes finais do GT
1) Entrega do Relatório Final à SE/MP
1) Publicação da Instrução Normativa pela SE

Dentre os convidados que contribuíram com as discussões do grupo, destacaram-se a presença da Dra Ana Carolina Roman, Procuradora do Ministério Público Federal; do Sr. Ricardo Bastos Cunha – Diretor de Contratação e Gestão de Eventos do CEBRASPE; do Professor Nelson Inocêncio da Universidade de Brasília (UNB); do Sr. Luiz Mário Couto, Coordenador de Aferição de Habilidades e Capacidades Específicas da UnB e do Professor Dumas, Secretário Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR/MDH).

### **1.3.5 Consulta eletrônica**

Como parte do cronograma de atividades do GT, no período de 30 de junho a 30 de julho realizou-se consulta eletrônica para opinar sobre o procedimento para a verificação das autodeclarações dos candidatos que concorrem às vagas reservadas às pessoas negras. Foram feitas cinco perguntas cujo intuito era aperfeiçoar o sistema de reserva de vagas e gerar discussão, mesmo que limitada, entre a sociedade civil e o estado, sobre o tema. Foram respondidos ao todo 224 questionários que foram analisados pelos membros do Grupo de Trabalho. Seguem perguntas e análise realizada:

#### **1) “Você entende que a distribuição dos membros da comissão de verificação por diversidade de gênero, cor e naturalidade é suficiente? O que mais você sugere?”**

A maior parte das respostas foram no sentido de concordarem com a diversidade de gênero, cor e naturalidade para a composição da comissão de verificação. Houve uma constante preocupação que os membros da comissão de verificação possuam conhecimentos sobre a temática étnico-racial, como é assinalada na resposta a seguir:

*Acredito que a criação da banca 'julgadora' seja suficiente e que possa de fato corrigir a defasagem que existe hoje nos sistemas de cotas, porém é essencial que esta banca seja composta por especialista e que não haja nenhum 'viés' nas avaliações.*

#### **2) “Na sua opinião, em que momento do concurso deve ser realizada a verificação da autodeclaração (no início, no meio, no fim)? Justifique seu ponto de vista. ”**

Em todas as respostas verificou-se a constatação de um enfrentamento entre o ideal e o real: a escolha da verificação da autodeclaração no início – mais numerosa, apesar de tornar o processo mais justo, foi contraposta às questões de custo do certame, enquanto a redução de custos com a verificação ao final foi contraposta ao não uso da vaga por uma pessoa negra e, assim, muitas pessoas optaram pela verificação no meio do processo:

*A verificação deve ocorrer no início do concurso, mesmo antes da realização das provas. Uma vez que, apesar de haver a determinação do número de vagas sobre as quais incidem as cotas, de acordo com a lei, se a verificação ocorrer depois atrapalhará o andamento do certame.*

*Acredito que no meio, como uma das etapas do processo seletivo, uma vez que o escopo de verificação seria limitado para uma quantidade viável (apenas os que obtiveram pontuação suficiente) e só seriam nomeados os que, de fato, atendessem aos critérios estabelecidos.*

*Na minha opinião, deve ser realizada no fim do certame, como normalmente já ocorre. No início do concurso, o número de inscritos, muitas vezes, é gigantesco, e tem muitos inscritos que se quer tem interesse em de fato realizar a prova. Para evitar custos ao governo, na minha opinião, melhor fazer ao final do certame.*

**3) “Tendo em vista que a verificação será realizada por meio de avaliação fenotípica (características físicas observáveis em determinado grupo de indivíduos), por quais mecanismos (fotos, vídeos, entrevista presencial, videoconferência) você acha que deve ser realizado o processo de verificação?”**

A maioria dos pesquisados responderam que a melhor forma de ser realizado o processo de verificação, a fim de se evitar fraudes no sistema, é a entrevista presencial com filmagem para que possa ser utilizada em prováveis recursos. A videoconferência, realizada pela banca examinadora, seria a segunda opção, já que é um recurso tecnológico mais econômico, tanto para a Administração Pública quanto para o candidato, principalmente se o concurso for regionalizado. Houve algumas respostas e comentários relevantes a respeito de que as fotos poderiam ser um outro mecanismo, no entanto, não seriam suficientes, pois poderiam ser facilmente manipuladas, conforme se observa no seguinte comentário:

*Acredito que as fotografias não são suficientes, elas podem ser manipuladas. Pela minha experiência em bancas de verificação, o melhor método é a verificação presencial e coletiva (vários candidatos perante a mesa verificadora), pois isso enfraquece as narrativas de candidatos que dizem que foram humilhados perante a banca. Além disso, seria importante filmar todo o procedimento, com a mesma finalidade. A análise de fotografia deve ser apenas para casos de dúvida em candidatos limítrofes raciais, assim, no dia da verificação, após passarem pela banca (filmada) os candidatos seguem para serem fotografados (todos). Dessa maneira, não há possibilidade de manipulação das fotos, todos serão fotografados nas mesmas condições objetivamente.*

**4) “Como os grupos da sociedade civil poderiam realizar o controle social (monitoramento, fiscalização) nesse processo? ”**

Grande parte das respostas a esta pergunta concentraram-se em demanda por maior transparência, pré-condição para a ampliação da participação da sociedade civil no monitoramento da política. Algumas medidas sugeridas efetivamente já existem, outras são sugestões que, embora extrapolem os objetivos restritos deste grupo de trabalho, merecem registro. Em rápida síntese, no que diz respeito à ampliação da transparência como pressuposto do monitoramento e da fiscalização, propôs-se que:

- a) A sociedade civil participasse da elaboração de critérios para seleção da banca;
- b) As justificativas adotadas pela banca de verificação fossem disponibilizadas publicamente, tendo alguns sugeridos que as bancas elaborem relatórios;
- c) Organizações da sociedade civil pudessem participar como observadores ou integrantes das comissões de verificação;
- d) Fossem publicizados o nome e o histórico acadêmico dos integrantes das bancas de verificação, bem como a comprovação de ausência de vínculo com os candidatos;

Algumas demandas, por sua vez, apontam para a necessidade de elaborar material capaz de amplificar as possibilidades de monitoramento da política. Além disso, os relatórios produzidos após os certames serviriam como registros públicos de uma experiência, cujo acúmulo pode tornar mais transparente e mais seguro todo o processo, sobretudo a partir da explicitação dos critérios adotados para a composição das bancas em cada concurso, bem como os meios pelos quais a isonomia foi perseguida por cada comissão de verificação.

Sugeriu-se também que cada órgão, juntamente com as instituições organizadoras de cada concurso, informe o universo de candidatos inscritos, número de nomeados e o percentual de negros em cada momento do processo, findando com o ingresso no quadro pessoal. Caberia ao Ministério do Planejamento, por sua vez, elaborar um levantamento de todos os concursos aprovados, realizados e os resultados com os dados das pessoas candidatas cotistas e não cotistas, ao menos na esfera do Executivo Federal.

##### **5) “Como os cidadãos poderiam realizar o controle social (monitoramento, fiscalização) nesse processo?”**

As respostas a esta pergunta, em sua maioria, diziam que o controle social em relação ao processo de heteroidentificação como negro nos concursos públicos da administração federal se dariam com o acompanhamento do processo, seguido da abertura de denúncias, monitoramento dos resultados, verificação do resultado por meio de fotos, com a participação ativa da sociedade civil, entre outras metodologias. Muitas pessoas também responderam que sua resposta era a mesma da pergunta anterior, em uma clara confusão entre o que é sociedade civil e cidadão. Dentre as iniciativas novas assinaladas, destaca-se a sugestão de “eleição de delegados” que realizarão parecer sobre o processo de heteroidentificação, podendo o mesmo iniciar ação no Ministério Público ou em outro órgão fiscalizador/regulador. Por fim, é importante assinalar a necessidade recorrente de que se facilite o acesso aos dados para que o monitoramento possa ser real e autônomo:

*Acredito que, primeiramente, é necessário investir em transparência de dados: muitas informações públicas são difíceis de encontrar e quando encontramos não é possível entender com precisão tudo o que originou o levantamento daqueles dados. Acredito na divulgação de forma clara das informações, uma audiência pública para falar sobre o processo de verificação, realização de cursos explicativos em municípios, etc.*

### 1.3.6 Seminário Jurídico

No mês de setembro de 2017 realizou-se o **Seminário Jurídico sobre a Política de Cotas no Serviço Público: avanços e desafios**, organizado pela Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR do Ministério dos Direitos Humanos – MDH, cujo objetivo foi promover discussões e alinhar os entendimentos acerca da Política de Cotas no Serviço Público, de modo a contribuir para a construção da Instrução Normativa, que regulamentará o procedimento de heteroidentificação prevista no art. 2º da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Durante os dois dias de Seminário, representantes do Ministério Público Federal, do Judiciário, profissionais do Direito e especialistas na temática étnico-racial reuniram-se com o objetivo de promover a reflexão e o debate propositivo sobre a Política de Cotas no Serviço Público, sua importância, os desafios e os avanços da política desde sua criação. O público-alvo contemplou especialistas na questão racial, advogados, representantes de bancas de concurso, de instituições de ensino e pesquisa e da sociedade em geral.

O evento justificou-se pela necessidade de expandir os conteúdos e as reflexões sobre a implementação da Lei nº 12.990/2014. O conteúdo produzido pelo Seminário subsidiou o GT na discussão dos procedimentos a serem adotados para a heteroidentificação de candidatos às vagas reservadas pela Lei.

Encontra-se disponível no item 6 deste documento o relatório detalhado com os aportes políticos e teóricos trazidos pelos palestrantes do seminário jurídico, elaborado pelo membro Antônio Teixeira Lina Júnior – Técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA.

## **2. A AÇÃO AFIRMATIVA DE RESERVA DE VAGAS: HISTÓRICO E MARCO LEGAL**

### **2.1 Antecedentes e tramitação**

#### **2.1.1 Direito internacional**

A exposição sobre a edição da Lei nº. 12.990/2014 deve ser introduzida com a apresentação dos diversos antecedentes fáticos e jurídico-normativos que evidenciam a oportunidade e a necessidade da aprovação desse diploma legal.

Quanto aos antecedentes jurídicos, são diversos os compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro que corroboram a adoção da ação afirmativa em comento. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Resolução 2106 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965 e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que dispõe (grifamos):

*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, contanto 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. (art. I, 4.)*

*Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. (art. II, 2.)*

Por sua vez, por meio da Declaração de Durban, adotada em 31 de agosto de 2001, durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, o Estado brasileiro reconhece que os afrodescendentes “enfrentam barreiras como resultado de preconceitos e discriminações sociais predominantes em instituições públicas e privadas” e que “a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2013 (grifamos):

*As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos. (art. 1, 5.)*

*Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo. (art. 5)*

*Os Estados Partes comprometem-se a formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet. (art. 6)*

*Os Estados Partes comprometem-se a garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção. (art. 9)*

Aspecto recorrente nas normas internacionais supracitadas é a vedação à adoção de medidas que resultem em separação de direitos em caráter definitivo ou por intervalo temporal que exceda a efetivação de direitos visada pela medida. Frise-se, a esse respeito, o caráter transitório da política de ação afirmativa instituída pela Lei nº. 12.990/2014, uma vez que, conforme previsto em seu art. 6º, a medida reparatória terá vigência por 10 anos.

Nesse sentido, por ocasião dos debates legislativos que resultariam na edição da lei em comento, manifestou-se a Ministra Luiza Bairros, titular da então Secretaria de



Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) da Presidência da República, por meio da Mensagem nº 491, de 2013, do Poder Executivo:

*“Diante da constatação de diversos estudos acerca da persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca, mesmo diante do esforço de redução da pobreza e da desigualdade, de expansão do emprego, do crédito e do acesso à proteção social, foi editada, em 2010, a Lei no 12.288, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, determinando, em seus diversos artigos, ações capazes de proporcionar um tratamento mais isonômico entre essas populações. Essa realidade se replica, também, na composição racial dos servidores da administração pública federal. Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do Poder Executivo federal. A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total (sic), no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra. Para solucionar a problemática apontada, entende-se ser necessária a adoção de política afirmativa que, nos próximos 10 anos, torne possível aproximar a composição dos servidores da administração pública federal dos percentuais observados no conjunto da população brasileira. Pressupõe-se que diversas outras ações fomentadas pelo Estatuto da Igualdade Racial (algumas das quais já implantadas, como é o caso da reserva de vagas em Universidades) impactarão também no ingresso de negros pela ampla concorrência, constituindo a reserva de vagas proposta um avanço significativo na efetivação da igualdade de oportunidades entre as raças, garantindo que os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a diversidade existente na população.”*

Outro marco notável no contexto da vigência da Lei 12.990/2014 foi o início subsequente da Década Internacional dos Afrodescendentes (2015-2024), proposta pela ONU, com os propósitos de reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, através de medidas especiais; e desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos e sociais.

## 2.1.2 Direito constitucional e legislação brasileira

No plano normativo interno, cabe menção, primeiramente, ao art. 3º. da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II - garantir o desenvolvimento nacional;*

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

No âmbito infraconstitucional, deu-se longo debate em torno da matéria, nomeadamente a partir da Marcha Zumbi dos Palmares, em 1995, marco histórico da luta do movimento negro pelo reconhecimento do racismo institucional pelo Estado brasileiro. No ano seguinte, o Decreto nº. 1904/1996 introduziu na agenda pública a discussão sobre ações afirmativas para a população negra, no bojo do I Programa Nacional de Direitos Humanos. Neste documento, tais ações são conceituadas como políticas públicas ou privadas compensatórias, com vistas à correção de distorções históricas.

Atualmente, pode-se entender a ação afirmativa, especificamente no que se refere à população negra, como um modo de combater as formas indiretas, mais sutis e veladas de discriminação, que acabam por resultar na exclusão de indivíduos com base no critério racial de determinados espaços de vida social, por meio de um “instrumento de racialização – positiva – das relações sociais no Brasil” (Bernardino, 2002). A partir do momento em que o Estado executa política pública por meio de ação afirmativa, a identificação positiva como negro passa a ocorrer para além do movimento negro.

O Decreto nº. 4.228/2002 instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da então Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Destaca-se (grifamos):

*Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:*

*I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;*

*II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;*

*III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e*

*IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.*

*Art. 3º Fica constituído o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, com a finalidade de:*

*I - propor a adoção de medidas administrativas e de gestão estratégica destinadas a implementar o Programa;*

*II - apoiar e incentivar ações com vistas à execução do Programa;*

*III - propor diretrizes e procedimentos administrativos com vistas a garantir a adequada implementação do Programa, sua incorporação aos regimentos internos dos órgãos integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Federal e a conseqüente realização das metas estabelecidas no inciso I do art. 2º;*

*IV - articular, com parceiros do Governo Federal, a formulação de propostas que promovam a implementação de políticas de ação afirmativa;*

*V - estimular o desenvolvimento de ações de capacitação com foco nas medidas de promoção da igualdade de oportunidades e de acesso à cidadania;*

*VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;*

*VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afrodescendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência;*

*VIII - sistematizar e avaliar os resultados alcançados pelo Programa e disponibilizá-los por intermédio dos meios de comunicação; e*

*IX - promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade.*

*Parágrafo único. O Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas apresentará, no prazo de sessenta dias, propostas de ações e metas a serem implementadas pelos órgãos da Administração Pública Federal.*

Finalmente, veja-se a Lei nº. 12.288/2010, que institui em âmbito nacional o Estatuto da Igualdade Racial, instrumento destinado a garantir à população negra a efetividade da igualdade de oportunidades. Este diploma legal prevê, em seu art. 4º, que

a participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de (grifamos):

- I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;*
  - II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;*
  - III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;*
  - IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;*
  - V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;*
- (...)

Ainda o Estatuto da Igualdade Racial, em seu art. 39 diz (grifamos):

*Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.*

*§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.*

*§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.*

(...)

### **2.1.3 Precedentes na Administração Pública**

Há, portanto, amplo arcabouço normativo supracitado, no plano nacional e internacional, a ensejar medidas que contribuíssem para a promoção de maior representatividade da população negra no serviço público, de um modo geral, e no serviço público federal, em particular.

Entretanto, é destacada a sub-representação da população negra no funcionalismo, ainda mais acentuada do que entre as demais ocupações formais. A diferença torna-se ainda maior quando se analisa o “setor público federal”, no qual,

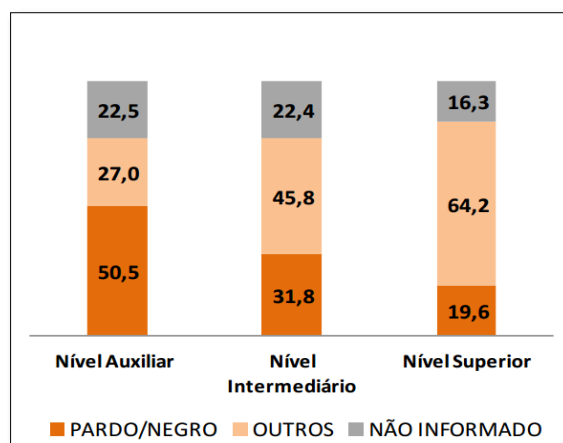
frequentemente, as condições de trabalho, carreira e remuneração são ainda mais diferenciadas que nos demais níveis de governo.

De acordo com o Ministério do Planejamento, entre 2004 e 2013, o ingresso de pessoas negras no serviço público variou de 22 a 29%. Uma taxa de ingresso muito inferior à participação dos negros no total da população brasileira, que, de acordo com o IBGE, chega a 53%.

A Exposição de Motivos anexada ao projeto de lei proposto pelo Executivo (PL 6.738/2013), elaborada pelo à época Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) e pela Secretaria Especial de Promoção de Políticas de Igualdade Racial (Seppir), justificou a necessidade de criação de uma ação afirmativa com a finalidade de solucionar o problema de sub-representação dos negros<sup>2</sup> e pardos no serviço público federal. Os dados apresentados indicavam que havia uma disparidade entre os percentuais da população negra no país e os percentuais de negros/pardos entre os servidores públicos federais, vez que, enquanto a população negra representa quase 51% da população brasileira, os negros constituem apenas 30% dos servidores públicos federais

Vale destacar que as disparidades apresentadas na Exposição de Motivos se ampliam na medida em que aumenta o nível de escolaridade exigido para o cargo, indicando a maior presença de negros em cargos de natureza mais administrativa e de níveis auxiliares, conforme gráfico abaixo<sup>3</sup>:

a. Servidores ativos, detentores de cargo efetivo no Poder Executivo Federal segundo nível de escolaridade exigido para o cargo e raça ou cor – 2014

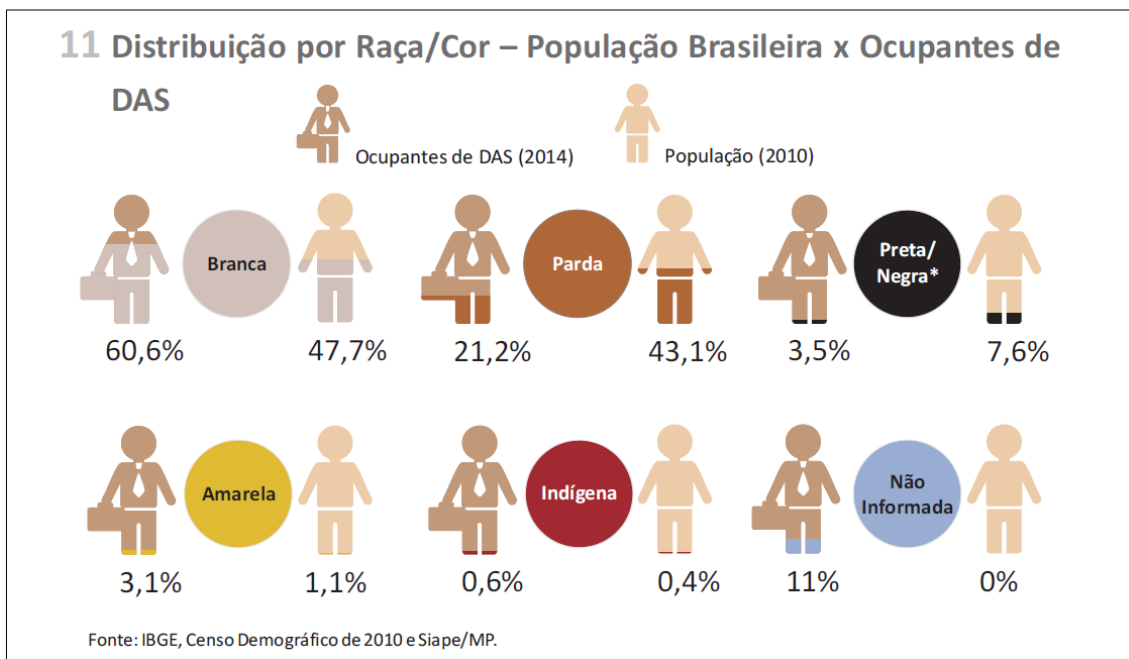


Além disso, deve-se destacar também que a sub-representação da população negra na administração pública federal em relação à composição da população brasileira ocorre não somente no momento da seleção, mas perdura ao longo de sua

<sup>2</sup>A classificação étnico-racial utilizada pelo Ministério do Planejamento refere-se a negros e pardos; no entanto, a classificação oficial do IBGE diz respeito a pretos e pardos, que juntos conformam a categoria “negros”.

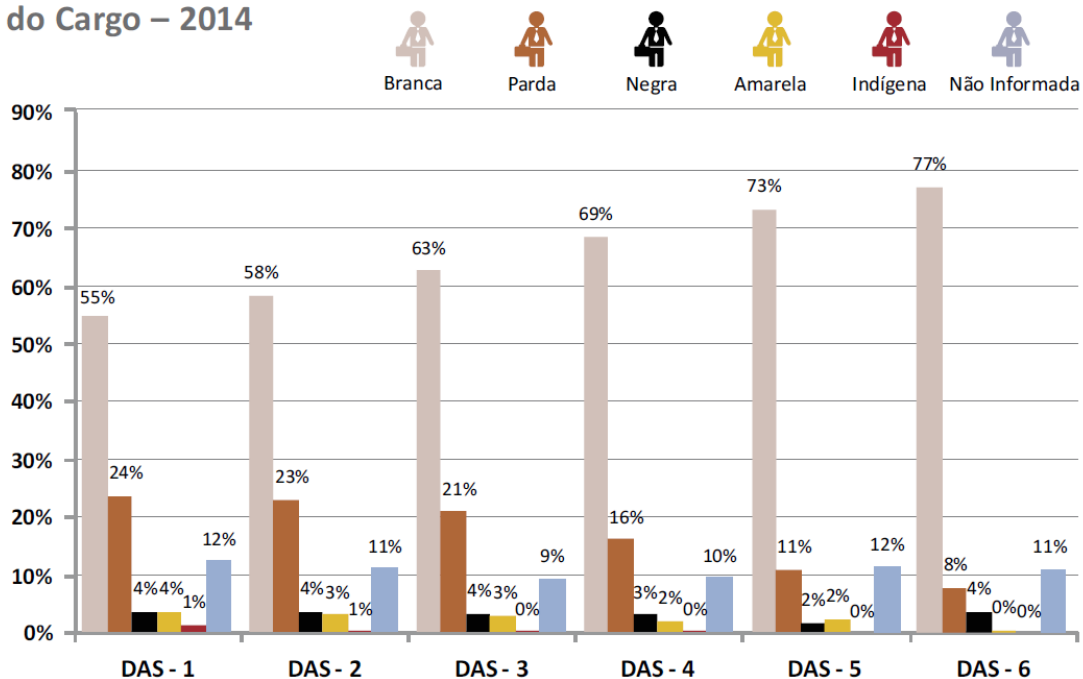
<sup>3</sup>ESTANISLAU, Bárbara; GOMOR, Eduardo; NAIME, Jéssica. A inserção dos negros no serviço público federal e as perspectivas de transformação a partir da Lei de cotas. VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública. Elaborado a partir da Extração de dados do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE (Extrator), em 02 de junho de 2014.

trajetória no serviço público, alcançando também a ocupação de cargos de confiança, como pode ser observado no quadro abaixo:



Nessa mesma perspectiva, destaque para o fato de que esta sub-representação também se reflete no nível do cargo assumido, sendo patente que quanto maior o DAS, menor a quantidade de pessoas negras e pardas ocupando-os, como pode ser verificado no quadro abaixo:

### 12 Distribuição dos Ocupantes de DAS, segundo a Raça/Cor, por Nível do Cargo – 2014



Fonte: Siape (Extrator de Dados)/MP, junho de 2014.

Um dos propósitos da adoção de cotas raciais na Administração Pública é alterar a realidade da inserção da população negra no serviço público, aumentando sua representatividade nos quadros da administração pública. Com isso, pretende-se também que sejam trazidas para o âmbito da administração pública novas perspectivas e valores, que ajudariam na compreensão e no endereçamento de soluções para os atuais problemas sociais do país, entre eles o racismo.

Internacionalmente, a adoção de políticas de ações afirmativas, entre elas a reserva de vagas, vem sendo amplamente utilizada por países de avançado desenvolvimento capitalista, como Estados Unidos e Inglaterra, desde pelo menos a década de 1970. Para além da necessária reparação social aos grupos historicamente excluídos, a adoção de ações afirmativas também se justificativa pela percepção que a diversidade da força de trabalho influenciaria também no desempenho institucional, sendo assim um importante ativo organizacional para instituições públicas e privadas.

*Segundo o Instituto ETHOS, uma força de trabalho adaptada ao perfil dos clientes, ou seja, que reflita a diversidade e as mudanças na composição dos clientes e dos mercados, mantém o status de competitividade das empresas, podendo, assim, o desenvolvimento de programas de diversidade, através de medidas de promoção de igualdade de oportunidades, acarretar: desempenho financeiro fortalecido; rotatividade de mão-de-obra reduzida; maior produtividade; aumento de satisfação dos empregados nas atividades profissionais; menor vulnerabilidade das empresas face às leis trabalhistas; valorização da imagem empresarial junto aos consumidores e opinião pública em geral; reconhecimento adequado do desempenho e do potencial dos trabalhadores<sup>4</sup>.*

Mesmo no Brasil, a Lei nº. 12.990/2014 não configura qualquer ineditismo na Administração Pública brasileira, uma vez que diversas experiências de adoção de reserva de vagas para a população negra no serviço público foram implementadas no Brasil, ao longo da década que antecedeu a edição daquele diploma legal (2003-2013), tanto em nível estadual (Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul) quanto municipal.<sup>5</sup>

Quarenta municípios haviam instituído sistema de reserva de vagas em concursos públicos; e onze estabelecido cotas para cargos em comissão. Entre os municípios que instituíram legislação de reserva de vagas no serviço público no período considerado, cabe destacar: Porto Alegre (RS), São Leopoldo (RS), Viamão (RS), Cubatão (SP), Caxias do Sul (RS), Ponta Grossa (PR), Jundiaí (SP), Limeira (SP) e Piracicaba (SP).

Convém destacar o caso do Estado do Paraná, no qual, além do Poder Executivo, o Ministério Público e o Poder Judiciário também haviam implementado cotas para negros. Segundo questionário respondido pelo gestor da área de pessoal do governo estadual, desde a implementação da ação afirmativa foram realizados vinte concursos,

---

<sup>4</sup> ETHOS apud BELLAN, Ana Clara. **Diversidade e Discriminação**. In: Diversidade - Avanço Conceitual para a Educação Profissional e o Trabalho – Ensaios e Reflexões - Brasília: OIT, 2002.[link](#)

<sup>5</sup> RELATÓRIO DE PESQUISA: Reserva de vagas para negros na Administração Pública. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7461>

com 38.094 candidatos nomeados dos quais 2.456 eram cotistas - de um total de 2.859 vagas reservadas no Poder Executivo estadual.

É digno de nota que, dentre as experiências de ação afirmativa para reserva de vagas para negros em concursos públicos mapeadas pelo IPEA, nenhuma associa vulnerabilidade socioeconômica ao critério de identificação racial.

#### **2.1.4 ADPF 186**

Em paralelo à discussão sobre a adoção da política de reserva de vagas no serviço público, deu-se o debate acerca da reserva de vagas no ensino superior, cuja constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186.

A ADPF 186 resultou no reconhecimento da constitucionalidade da reserva de vagas com base no critério étnico-racial. Veja-se o voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski:

*Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita. Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.*

## **2.2 A Lei nº. 12.990/2014**

### **2.2.1 Contextualização e tramitação**

Em consequência dos elementos trazidos na exposição precedente, a Lei nº 12.990/14 se apresenta como uma política pública de ação afirmativa para combater a distorção social da inserção da população negra em carreiras do serviço público federal, buscando dotá-lo de composição étnico-racial mais representativa da sociedade brasileira, cuja parcela correspondente à população negra totaliza 53,92% (PNAD/IBGE, 2015).

A presente situação de distorção foi apresentada no estudo *Perfil do Servidor Público Federal* realizado pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), tendo como fonte de dados os boletins estatísticos de pessoal editado pela Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Esse estudo aponta a disparidade na participação da população negra na ocupação de postos de trabalho no serviço público federal, uma vez que a população negra ocupa 24.765 postos no serviço público federal, enquanto a população não negra ocupa 320.371 postos de trabalho.



O mito da democracia racial, juntamente com o ideal de branqueamento resultaram em uma identificação negativa do negro dentro da sociedade brasileira, dificultando seu acesso a direitos, como a inclusão da população negra no mercado de trabalho, constante no Capítulo V do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010).

Diante disso, as ações afirmativas têm o poder de promover uma reviravolta identitária, atribuindo aos negros identificações positivas: a representatividade dos negros em posições influentes e lucrativas, alterando a composição da elite brasileira e transformando o reconhecimento negativo do negro, por meio de uma reconstrução histórica que ressaltasse tanto as realizações quanto as dificuldades enfrentadas pelos mesmos (Bernardino, 2001).

## 2.2.2 Repercussões

### 2.2.2.1 Impacto inicial nos concursos públicos

A SEPPIR realizou um levantamento sobre o ingresso dos servidores efetivos na Administração Pública Federal, tomando por base a tabela de autorizações e provimentos da Secretaria de Gestão de Pessoal e Relações de Trabalho (SEGRT) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão<sup>6</sup>. Os resultados obtidos foram os seguintes:

*a) ANO DE 2015: Tivemos 7.922 ingressos de servidores públicos efetivos na Administração Pública Federal, dos quais aproximadamente 1.580 pelas vagas de reserva de cotas para negros. Concursos públicos para o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, Ministério da Educação – MEC, Comando da Aeronáutica – COMAER, Hospital das Forças Armadas – HFA, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, Ministério das Relações Exteriores – MRE, Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, Ministério das Relações Exteriores – MRE, Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, Fundação Nacional de Artes – FUNARTE, Fundação Biblioteca Nacional – FBN, Agência Nacional de Saúde*

---

<sup>6</sup>Tabela de Autorizações e Provimentos - 2017, da Secretaria de Gestão Pessoal e Relações de Trabalho (SEGRT) do Ministério do Planejamento, Gestão e Desenvolvimento. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/concursos/autorizacoes-e-provimentos>

*Suplementar – ANS, Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva – INCA, Banco Central do Brasil – BACEN, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Ministério da Saúde – MS, Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva – INCA, Comando da Aeronáutica – COMAER, Comando do Exército – CEX, Ministério da Fazenda – MF, Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF, Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, Ministério da Justiça – MJ, Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação – MCTI, Fundação Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG.*

***b) ANO DE 2016: Tivemos 3.255 ingressos de servidores públicos efetivos na Administração Pública Federal, dos quais aproximadamente 650 pelas vagas de reserva de cotas para negros. Concursos públicos para o Instituto Nacional de Câncer (INCA), Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (CEMADEN), Agência Espacial Brasileira (AEB), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Secretaria Especial da Saúde Indígena (SESAI), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Departamento de Polícia Federal (DPF), Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Comando do Exército (COMEX), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Ministério do Trabalho (MTb), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - (ANP), Agência Nacional de Aviação Civil - (ANAC), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, Advocacia Geral da União (AGU), Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Agência Espacial Brasileira (AEB), Instituto Nacional do Seguro Social - (INSS), Ministério da Cultura – MinC, Universidades Federais - (UFES), Institutos Federais - (IFES) e Comando da Marinha - (COMAR).***

***c) ANO DE 2017: Até o dia 17 de abril tivemos 717 ingressos de servidores públicos efetivos na Administração Pública Federal, dos quais aproximadamente 140 pelas vagas de reserva de cotas para negros. Concursos públicos para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), Ministério das***

### **2.2.2.2 ADC 41**

Com a finalidade de se obter a declaração de constitucionalidade da Lei nº. 12.990/2014, houve o ajuizamento, pela Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 41, que constituiu importante marco no sentido da pacificação da questão, uma vez que o STF decidiu unanimemente, nos termos do voto do Relator, Min. Roberto Barroso, pela integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, em 8 de junho de 2017.

No ensejo dessa decisão, fixou-se a seguinte tese de julgamento (grifamos):

***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 IBGE, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.***

Trata-se de diretiva bastante importante, uma vez que a Ouvidoria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, órgão da SEPPIR, recebeu, nos dois primeiros anos de vigência da lei, diversos questionamentos acerca da sua constitucionalidade, bem como denúncias de fraude nos concursos com alegações de que as vagas reservadas não estariam sendo ocupadas pela população negra. Casos emblemáticos nesse sentido tiveram repercussão na grande mídia.

## **2.3 Medidas análogas adotadas em âmbito nacional**

### **2.3.1 Resolução CNJ nº. 203/2015**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou a Resolução nº. 203, de 23 de junho de 2015, que “dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura”, considerando expressamente, entre outros aspectos, a Lei nº. 12.990/2014; o Estatuto da Igualdade Racial; o resultado do julgamento da ADPF 186; e os resultados do primeiro censo do Poder Judiciário, realizado pelo CNJ.

Há que se destacar, ainda, os seguintes dispositivos da Resolução em comento:

**Art. 2º Serão reservadas aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no art. 92, I-A, II, III, IV, V, VI e VII, da Constituição Federal e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no art. 92, III, IV, VI e VII.**

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

**§ 2º Caso a aplicação do percentual estabelecido no caput resulte em número fracionado, este será elevado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para o número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).**

**Art. 3º Os órgãos indicados no caput do art. 2º poderão, além da reserva das vagas, instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio.**

(...)

**Art. 5º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).**

**§ 1º A autodeclaração terá validade somente para o concurso público aberto, não podendo ser estendida a outros certames.**

**§ 2º Presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição do certame, sem prejuízo da apuração das responsabilidades administrativa, civil e penal na hipótese de constatação de declaração falsa.**

**§ 3º Comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (Grifos nossos)**

### **2.3.2 Resolução CNMP nº. 41/2016**

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), recomendou, por meio da Resolução nº 41, de 9 de agosto de 2016, que “define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos”, que:

***Art. 1º. Os membros do Ministério Público brasileiro devem dar especial atenção aos casos de fraude nos sistemas de cotas para acesso às universidades e cargos públicos – nos termos das Leis nºs 12.711/2012 e 12.990/2014, bem como da legislação estadual e municipal pertinentes –, atuando para reprimi-los, nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade, e preveni-los, especialmente pela cobrança, junto aos órgãos que realizam os vestibulares e concursos públicos, da previsão, nos respectivos editais, de mecanismos de fiscalização e controle, sobre os quais deve se dar ampla publicidade, a fim de permitir a participação da sociedade civil com vistas à correta implementação dessas ações afirmativas.***(Grifos nossos)

Cabe destacar, dentre as considerações preliminares apresentadas pela Resolução em comento, as seguintes: a) a concepção de complementaridade entre as noções de igualdade formal e material na sistemática da Constituição Federal de 1988, que “permite tratamento legitimamente diferenciado a determinados coletivos, com vistas a ilidir desigualdades socialmente construídas das quais resultam restrições no acesso a bens essenciais e direitos fundamentais”; b) os diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, nomeadamente os três referidos na subseção 2.1 deste documento, bem como o contexto da Década Internacional dos Afrodescendentes; c) o Estatuto da Igualdade Racial, no tocante a suas disposições acerca da igualdade de oportunidades para a população negra no acesso ao serviço público; d) as Leis nº 12.711/2012 – cuja matéria é corroborada por ocasião dos julgamentos da ADPF 186 e da ADI 3330 – e nº 12.990/2014; e) o quadro de sub-representação da população negra na composição do funcionalismo público brasileiro; e e) a necessidade de adoção de critérios heterônimos complementares à autodeclaração, tendo-se em conta notícias referentes à ocorrência de fraudes, constatação à qual se impõe a fiscalização das autodeclarações apresentadas, sob pena de configurar-se improbidade administrativa.

A propósito da última consideração trazida à baila no parágrafo precedente, tem-se que, uma vez assentada pelo STF no âmbito da ADPF 186 a legitimidade do sistema misto de verificação, isto é, da adoção simultânea da autodeclaração e de mecanismos heterônimos, não há que se admitir que o Poder Público negligencie a tomada de medidas atinentes à fiscalização da pertinência das autodeclarações recebidas dos candidatos em vestibulares e concursos públicos.

A ausência de tais mecanismos, diante da sabida ocorrência de fraudes, ou mesmo de seu mero risco, aviltaria o espírito da lei de múltiplas formas e acarretaria possibilidades nefastas, a saber: a) a admissão no funcionalismo público de indivíduos que não se enquadram entre os destinatários objetivados pelo diploma legal; b) a adulteração dos indicadores da política pública, pela não correspondência entre o conteúdo da declaração e a realidade fática; c) a exclusão daqueles candidatos efetivamente entendidos como beneficiários da lei; e d) o ingresso de fraudadores no serviço público.

Desse modo, à luz dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública – especialmente os princípios da legalidade, moralidade e eficiência – a omissão do Poder Público configuraria verdadeiro ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública em desfavor da União em janeiro de 2016, alegando a necessidade de medidas complementares de verificação da autodeclaração para resguardar a efetividade da política pública destinada à população negra.

*A ação afirmativa instituída no plano normativo não pode se tomar sem efeito em virtude da má aplicação da lei. Pois, nesse caso, a União infringiria os objetivos elencados no artigo 3º, dispositivo constitucional que, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia "não é apenas aviso, conselho, mas norma", e pressupõe um dever de o Estado "atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental, como inscrito desde o preâmbulo da Constituição da República". Mais que isso, "O Estado deve estar sempre comprometido com a realização efetiva dos direitos fundamentais, com a redução das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos. Urge, pois, que o Estado cumpra seu dever de agir nesse sentido, criando os pressupostos fáticos e jurídicos que se fizerem necessários" (Grifamos). **Implementar, por meio de lei, uma política de cotas raciais e não agir com o zelo necessário para efetivá-la denota grave afronta aos preceitos constitucionais, pois "[a] tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. No exercício da atividade regulamentar do Poder Executivo, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão publicou, em agosto de 2016, a orientação normativa nº 3, que orienta acerca da instituição de comissão de verificação nos concursos públicos federais para verificação da autodeclaração prestada pelos candidatos declarados negros. Além da Orientação Normativa, será publicada uma instrução normativa desenvolvida por um Grupo de Trabalho Interministerial (composto por membros da SEPPIR, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Escola Nacional de Administração Pública, Escola de Administração Fazendária e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), que tratará dos procedimentos a serem adotados para a verificação da autodeclaração de cotista prevista no art. 2º da Lei nº 12.990/14; e apresentará diretrizes que nortearão o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão na edição de Instrução Normativa para regulamentar o procedimento de verificação da autodeclaração prevista no art. 2º da Lei nº 12.990/14.**(grifos no original)*

Justifica-se, portanto, a instituição das bancas verificadoras da autodeclaração como mecanismo complementar de controle mais adequado para garantir a efetividade da reserva de vagas e o combate à fraude, motivações já explicitadas por ocasião do voto do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 186, supracitada.

### **3. DIRETRIZES PARA A INSTRUÇÃO NORMATIVA**

Em consonância com o julgado do STF na ADC 41, o mecanismo de heteroidentificação pode ser utilizado de forma subsidiária e complementar à autodeclaração em todos os concursos públicos que se submetam a reserva de vagas da Lei 12.990/2014.

Considerando que se tem notícia de que candidatos, não identificados socialmente como negros, concorreram às vagas reservadas de concursos públicos anteriores à edição da Orientação Normativa nº 3/16, e posteriormente, aprovados, nomeados e empossados, não passaram pelo mecanismo de heteroidentificação, se faz necessária a adoção de medidas que sanem eventuais ilegalidades na ocupação de vagas reservadas.

Nesse sentido, todos os editais de concursos públicos para provimento de empregos e cargos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, deverão prever procedimento complementar de heteroidentificação, respeitada sempre a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Nos editais deverá ser estabelecida etapa específica para realização do procedimento para fins de heteroidentificação, explicitando aos candidatos os procedimentos a serem adotados nesta etapa do concurso público, nos termos da Lei nº 12.990, de 2014, bem como o local e a data provável de sua realização.

A seguir, serão apresentadas e problematizadas as principais características do procedimento para fins de heteroidentificação.

#### **3.1 A manifestação da autodeclaração**

Para garantir a legalidade do processo de identificação da cor ou raça dos candidatos é necessário que originariamente a identificação seja feita pelo próprio candidato. Na ADPF 186 (p. 38), o Ministro Ricardo Lewandowski menciona a lição da jurista Daniela Ikawa. “A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença”. A esse respeito, o comando da Lei 12.990/2014 é cristalino.

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

Nesse sentido, é necessário que os candidatos que desejam **concorrer** às vagas reservadas pela Lei em tela manifestem essa intenção no momento da inscrição. Para isso, a organizadora do concurso deve disponibilizar dois campos distintos. No primeiro campo, os candidatos deverão se auto identificar com relação aos critérios de cor ou raça do IBGE: pretos, pardos, indígenas, amarelos ou brancos. É importante que todos os candidatos possam declarar sua raça ou cor de acordo com os critérios do IBGE, tanto para as estatísticas de cada concurso, para identificar a quantidade de pessoas negras que se inscrevem, como também para o efetivo monitoramento da evolução do quantitativo de pessoas negras que ingressam no serviço público por meio do mecanismo da reserva de vagas.

No segundo campo, os candidatos devem manifestar sua intenção de concorrer naquele concurso pela reserva de vagas. Somente com essa manifestação o candidato estará efetivamente concorrendo pela reserva de vagas, e assim deverá participar do procedimento para fins de heteroidentificação, independentemente de ter sido habilitado pela reserva de vagas ou pela ampla concorrência – fato que poderá estar explicitado nesse momento da inscrição.

Dado que esta é uma manifestação sensível para o candidato – que repise-se participará do procedimento para fins de heteroidentificação mesmo que tenha obtido nota para habilitação na ampla concorrência – poderá haver previsão editalícia para desistência da participação naquele concurso pela reserva de vagas até o período final do pagamento da taxa de inscrição. Desta forma, candidatos que eventualmente tenham dúvidas sobre a pertinência de sua autodeclaração poderão desistir da participação pela reserva de vagas sem prejuízo da participação no concurso pelo sistema da ampla concorrência.

### **3.2 Legalidade e obrigatoriedade do procedimento para fins de heteroidentificação**

O princípio da autodeclaração, em que um indivíduo identifica sua cor ou raça, é basilar para o reconhecimento dos diversos grupos étnicos existentes, principalmente em países em que as relações interétnicas promoveram hierarquizações sociais com base nas características intrínsecas a cada um dos grupos envolvidos.

Entretanto, no caso da Lei 12.990/2014, o reconhecimento da identidade étnica, representada pela raça ou cor dos indivíduos, acarretará o acesso ao benefício da reserva de vagas comandado pela Lei, e assim não se pode deixar apenas ao interessado no benefício a confirmação de sua identificação. Assim, o executivo federal tem o dever de ofício de garantir que o beneficiário da reserva de vagas seja pessoa socialmente



compreendida como negra. Nesse caso, o direito à reserva de vagas baseia-se na mesma característica que promove a discriminação negativa na sociedade, ou seja, características visíveis de pessoa negroide. Nessa perspectiva, ficam afastadas, para o acesso ao benefício em tela, quaisquer compreensões individuais de pertencimento étnico, de sentimento negro, de vivência negra.

Ressalta-se que nenhuma destas dimensões fica afetada pelo procedimento de heteroidentificação, mantendo-se todas as consequências destas identidades para outros fins que não o concurso público para o qual o procedimento para fins de heteroidentificação seja realizado. Entretanto, no caso em tela, a própria Lei 12.990/2014 menciona a hipótese da declaração falsa e as possíveis sanções nesse caso.

*Na hipótese de constatação de **declaração falsa**, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (grifos nossos).*

Assim, ao ventilar a possibilidade de declaração falsa, fica a administração pública obrigada a criar mecanismos que a impeça, sob pena de improbidade administrativa, conforme Art. 4º da Lei 8.429/1992.

*Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.*

Nesse caso, a permissão de que pessoas não negras ocupem as vagas reservadas pela Lei em tela atentaria contra o princípio da legalidade. Além disso, seria moralmente condenável que pessoas que não sejam beneficiárias da reserva de vagas assumissem uma função no serviço público, cuja atuação deve ser balizada pela ótica da probidade e da retidão.

Além disso, o STF também já decidiu não haver óbice com relação aos procedimentos para fins de heteroidentificação, no voto do próprio relator da mencionada ADPF 186, novamente utilizando as lições da jurista Daniela Ikawa.

*Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo.*

Na continuação do voto, o Ministro relator expressa seu entendimento sobre a complementariedade das formas de identificação:

*Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.*

Por fim, destaca-se o argumento que tem sido utilizado em algumas manifestações contrárias ao mecanismo de heteroidentificação, referente ao princípio da presunção da veracidade da autodeclaração. Nesse caso, perfilam-nos com a proposição de França (2016), que destaca a presunção relativa da autodeclaração.

*A adoção do critério da autodeclaração para a classificação racial do administrado enseja o reconhecimento da presunção relativa de veracidade, insuscetível de ser afastada pelo juízo de oportunidade da Administração Pública. Se tal medida decorresse exclusivamente de decisão administrativa, aí sim seria possível o emprego de critérios de conveniência ou oportunidade na aplicação desses conceitos pelo Estado-administração, em face da possibilidade de se fazer cessar a fluidez significativa de tais termos.*

Nessa seara, o Estado tem o dever de verificar a veracidade da autodeclaração, havendo a necessidade de motivação em âmbito administrativo para a exclusão do candidato. “(...) uma vez expedida a autodeclaração, insista-se, ela goza de presunção relativa de veracidade. Ou seja, cabe à Administração Pública, e não ao administrado, comprovar que ele não é “preto” ou “pardo”, observado o devido processo legal. (idem)

Mais uma vez deve-se ressaltar o caráter social da identificação fenotípica para realmente comprovar o critério cor ou raça e assim fazer jus à desigualação para acesso aos benefícios da Lei 12.990/2014. Nesse sentido, destaca-se as palavras do Desembargador Roger Raupp Rios, em seminário ocorrido em setembro de 2017 na ENAP sobre as cotas raciais.

(...) não há contradição entre a presunção de veracidade e a necessidade de aferição. Ou seja, é possível presumir a boa-fé do candidato, mas submetê-la ao crivo de uma comissão, cujos critérios de aferição definirão em concreto quem é o destinatário da política. Nem sempre esses critérios são percebidos no nível dos indivíduos, pois a identificação pessoal está atravessada por relações múltiplas e contextos que, a despeito de conformarem formas de subjetivação do pertencimento étnico-racial, não necessariamente refletem a exposição desses corpos a processos discriminatórios, que é a finalidade última da política.

### **3.3 A exclusividade do critério fenotípico**

A confluência entre as discussões realizadas no âmbito do grupo de trabalho instituído pela Portaria Conjunta MP/MJC nº 11/2016 e as experiências acumuladas até o momento na realização de comissões de heteroidentificação em concursos públicos promovidos sob a égide da Lei nº. 12.990/2014 propiciou a formulação de uma série de diretrizes a balizarem a regulamentação desse diploma legal.

O primeiro aspecto a ser considerado é a explicitação do quesito a ser avaliado em sede de comissão de heteroidentificação: o fenótipo apresentado no momento do procedimento para fins de heteroidentificação. Este se apresenta como o fator mais adequado, em função da constatação incontornável de ser o reconhecimento social do

indivíduo como negro calcado na identificação fenotípica cotidianamente operada pelo conjunto dos sujeitos integrantes do meio social.

Dado que o objetivo da lei é promover a representatividade étnico-racial no serviço público brasileiro, o aspecto fenotípico deve necessariamente ser o fator de verificação nos concursos públicos, por ser o aspecto desencadeador do ato de reconhecimento, tanto em termos positivos – no caso, a valorização da diversidade no conjunto do funcionalismo – quanto negativos – as manifestações de racismo desencadeadas pelo reconhecimento do negro.

Por essa razão, há que se afastar a ideia da necessidade de adoção de três ordens de critérios comumente aventados como desejáveis para a atuação das comissões de heteroidentificação, a saber: 1) medidas biométricas; 2) a investigação de antecedentes antropológicos, culturais e/ou biográficos que denotem a pertença do candidato à raça negra; e 3) a ancestralidade negra (genótipo).

Por medidas biométricas entende-se, neste contexto, a construção e adoção de quesitos para se avaliar se um candidato pode ser ou não considerado negro por meio do atendimento de medidas corporais (tais como espessura e formato dos lábios, do nariz, das maçãs do rosto ou da mandíbula) definidas como um valor numérico padronizado.

Já o que se nomeou como investigação de antecedentes antropológicos, culturais e/ou biográficos diz respeito à busca de elementos, perspectivas e experiências do candidato que estejam supostamente associadas à negritude. O entendimento e a experiência pessoais da condição de negro não são os fatores determinante para o reconhecimento social da negritude. Quando tomados em conta, muitas vezes por um viés negativo, tais aspectos assumem a forma de estereótipos culturais associados ao ser negro – aspectos como vestimenta, religiosidade, formas e estilos de expressão artística etc., que, se podem efetivamente ter origem em meios predominantemente negros, não configuram elementos normativamente apreciados ou cultivados por indivíduos negros.

Finalmente, não há que se falar, para fins de promoção da representatividade étnico-racial no serviço público, em se usar a ancestralidade negra como critério. A informação da existência de um ou vários antepassados negros nada diz, em termos de percepção racial, se desvinculado da percepção fenotípica. Mais uma vez, deve-se repisar que a discriminação deve ser compreendida socialmente, ainda que seja perpetrada por um indivíduo contra outro, a opressão é social, apesar das consequências da opressão serem sentidas pelo indivíduo, independente da raça ou cor de seus antepassados.

No caso do critério biométrico, além de estabelecer uma vinculação irreal entre a percepção racial e medidas numéricas no limite da arbitrariedade, acarretaria um processo de fragmentação do sujeito, deixado de ser tomado em sua totalidade existencial para ser reduzido a um nariz, a um crânio, a lábios, a uma tonalidade de pele etc. Por sua vez, o segundo e terceiro critério não operacionalizam a percepção racial – ao menos não isoladamente – pois esta se desencadeia geralmente da simples visualização do sujeito, sem qualquer interação mais aprofundada que leve ao conhecimento de sua experiência, mentalidade e condições de existência e ancestralidade.

Insista-se que o reconhecimento racial na sociedade brasileira não opera de nenhuma dessas três maneiras. Faça-se o exercício *ex absurdo* de se pensar um ato de racismo cometido em função de qualquer dessas percepções, isoladamente: as medidas do nariz ou dos lábios, em milímetros; a apreciação de elementos culturais associados à negritude, na verdade muitas vezes apropriados e elevados a símbolos da nacionalidade; ou o genótipo do sujeito.

A adoção de qualquer das três ordens de critérios que se acaba de descrever viria, ademais, a corroborar a crítica apressadamente dirigida à ação afirmativa de reserva de vagas, segundo a qual as comissões de heteroidentificação consistiriam em “tribunais raciais”. Constata-se a superficialidade de tal criticismo justamente pelo fato de, diferentemente da percepção disseminada pelo senso comum, a atividade das comissões para fins de heteroidentificação não contemplar quaisquer dos critérios acima. Quanto mais pormenorizada e detalhada a análise a ser feita com base em características fragmentadas, como querem alguns puristas em objetividade, mais próximo o procedimento estaria do que se costumou chamar de “tribunal racial”.

A fenotipia do indivíduo é o fato gerador da discriminação, não importando outras dimensões para o ato discriminatório. Nas entrevistas de emprego, nas abordagens violentas da polícia, no preterimento em relacionamentos afetivos, em nenhum desses momentos se consideram medidas craniológicas isoladas, ou um suposto “pertencimento negro”, tampouco a árvore genealógica ou um exame de ancestralidade genética para verificar se a pessoa é ou não negra. É com base no conjunto fenotípico que a pessoa negra é discriminada.

Como a discriminação negativa da população negra no Brasil se dá pelas características fenotípicas visíveis, assim deve se dar também a discriminação positiva que visa alterar esse cenário a partir das ações afirmativas, no caso a reserva de vagas. Retoma-se aqui a importante lição do Ministro Luiz Fux, quando do voto da ADPF 186:

*A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil.*

Nesse sentido, em consonância com o expresso na Lei 12.990/2014, com as deliberações do STF na ADPF 186 e na ADC 41, e ainda com o “fato social” de ser negro, o único critério utilizado na heteroidentificação é o fenótipo apresentado no dia do procedimento. Com isso, em nenhuma das etapas do concurso público será aceito documento ou material relativo às suas características fenotípicas pretéritas, ainda que para ser utilizado de forma subsidiária ao procedimento para fins de heteroidentificação. Laudos antropológicos, fotos de parentes, laudos dermatológicos ou médicos de qualquer ordem, documentos quaisquer, ainda que emitidos pela administração pública, não serão aceitos no concurso e não devem ser recebidos pela administração pública em nenhuma hipótese.

No caso dos documentos emitidos pela administração pública, não se pode garantir que a heteroidentificação realizada por outro órgão ou ente tenha prezado pelos detalhes pormenorizados do procedimento descrito nesse relatório. Em alguns casos, como no recrutamento militar, a heteroidentificação pode ser feita em uma fila imensa de conscritos, sem nenhuma preparação prévia da pessoa responsável pela identificação, o que influencia diretamente no resultado da identificação feita dessa maneira. A criação de uma “lista” de candidatos negros, como também pretendem os puristas, também não é recomendada, dado que poderia causar estigmas persistentes contra aqueles considerados “definitivamente” negros pelo Estado.

### **3.4 Operacionalização do procedimento para fins de heteroidentificação**

O principal objetivo da regulamentação do procedimento para fins de heteroidentificação é sua padronização. Espera-se, com isso, garantir a isonomia do procedimento, com as mesmas formas de heteroidentificação sendo utilizadas no mesmo concurso público e, em última instância, em todos os concursos públicos que utilizarem a reserva de vagas promovida pela Lei 12.990/2014. A partir de critérios que garantam a isonomia do processo, espera-se diminuir as possibilidades de judicialização dos concursos; espera-se, ainda, que a justiça de primeira instância acate as determinações do STF sobre a legalidade da Lei e das comissões para fins de heteroidentificação, afastando-se assim decisões judiciais que interfiram na seara da identificação de quem é ou não pessoa negra – atribuição que caberá, soberanamente, às comissões, a partir da garantia da isonomia do procedimento para todos os candidatos.

Nessa perspectiva, são endereçadas a seguir diversas questões que devem ser observadas para garantir a isonomia que está na base da elaboração desta regulamentação.

#### **3.4.1 Quantidade de candidatos convocados**

Para garantir o percentual de 20% de pessoas negras ocupando as vagas em cada edital deve-se prezar que o quantitativo de candidatos negros convocados para o procedimento de heteroidentificação seja superior ao número de vagas reservadas, dado que pode haver candidatos cuja autodeclaração seja indeferida. Assim, para evitar que se tenha que fazer um novo procedimento para fins de heteroidentificação, deve-se convocar um número superior ao número de vagas reservadas. Em cada concurso deverão ser convocados para procedimento para fins de heteroidentificação um número de candidatos no mínimo três vezes maior que o número de vagas.

Com isso, espera-se suprir as eventuais autodeclarações indeferidas, bem como as possibilidades da chamada futura de 100% dos candidatos excedentes às vagas originariamente previstas no edital do concurso público. Essa última dimensão é exigida na ADC 41, no voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso: “(...) (ii) a reserva deve

ser aplicada em relação a todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas naquelas oferecidas no edital de abertura)”.

Para garantir a questão do mérito no concurso público, deverão ser observadas expressamente as condições de habilitação e classificação para cada etapa do concurso. Assim, devem ser convocados para o procedimento para fins de heteroidentificação apenas os candidatos efetivamente habilitados e classificados de acordo com as regras previstas no edital do concurso público.

Ressalte-se que nesse caso está sendo tratada a **habilitação** dos candidatos e sua posterior convocação para o procedimento para fins de heteroidentificação no caso de candidatos que manifestaram a intenção de participar pelo sistema de reserva de vagas – independentemente de serem habilitados pela ampla concorrência ao final do concurso, assunto que será detalhado mais a frente. Para a aprovação no concurso público, devem ser seguidos os quantitativos expressos no anexo II do Decreto 6.944/2009, que regulamenta esse quantitativo no âmbito dos concursos públicos em geral.

### **3.4.2 Forma de convocação**

De forma análoga ao que ocorre em outras fases de concursos públicos, a convocação dos candidatos habilitados a participar do procedimento para fins de heteroidentificação deve se dar mediante edital publicado no Diário Oficial da União, com indicação de local e data e horário prováveis de realização do procedimento para fins de heteroidentificação.

## **3.5 As comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação**

Identificada a pacificação pelo STF da questão da legalidade e da obrigatoriedade da utilização de mecanismo complementar à autodeclaração, procede-se agora à apresentação da legitimidade das comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação. Espera-se que tais comissões possam realizar a heteroidentificação, ou seja, a identificação por terceiros da condição de raça ou cor declarada pelos candidatos, para assim garantir que pessoas socialmente consideradas negras possam ocupar as vagas reservadas, cumprindo assim os princípios da legalidade e da moralidade.

### **3.5.1 Propósito das comissões**

Em termos gerais, a ideia que fundamenta o procedimento para fins de heteroidentificação é que as comissões expressem de forma mais fidedigna possível a

maneira como determinado candidato é considerado em termos de raça ou cor. Como tem sido ressaltado, são as características fenotípicas apresentadas no momento do procedimento para fins de heteroidentificação que devem ser consideradas para deferimento da autodeclaração dos candidatos, e assim as comissões devem buscar identificar o critério fenotípico negro nos candidatos que participarem do procedimento.

### **3.5.2 Legalidade das comissões**

As comissões de heteroidentificação já haviam sido consideradas legais na ADPF 186, novamente no voto do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, que mais uma vez apresentou as lições da jurista Daniela Ikawa.

*A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos.*

Na votação da ADC 41, mais uma vez as comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação foram consideradas legais, desde que seja respeitada a dignidade humana dos candidatos. Além disso, a comissão deve ser criada especificamente para o procedimento de heteroidentificação, eliminando-se as possibilidades de que comissões criadas para outros fins possam ser utilizadas para o procedimento para fins de heteroidentificação.

### **3.5.3 Momento de realização do procedimento para fins de heteroidentificação**

Um dos aspectos mais delicados na concretização da Lei nº. 12.990/2014 é, sem dúvida, a definição do momento de realização da fase de verificação da autodeclaração. O problema se dá em virtude da diversidade de desenhos possíveis para os concursos públicos. Nesta seção, serão apresentadas as reflexões feitas pelo Grupo de Trabalho Interministerial, orientadas, entre outros fatores, pelo critério de justiça em relação aos candidatos de boa-fé; pela busca de máxima eficiência no procedimento; e pela adequação à diversidade dos concursos públicos federais.

Como regra, o procedimento de heteroidentificação deverá ser realizado em todo momento em que houver a desigualação dos candidatos, ou seja, toda vez que a reserva de 20% das vagas for aplicada, para garantir a conformidade das etapas seguintes. Entretanto, sabe-se que em determinados concursos públicos, com abrangência nacional, esse momento fica prejudicado em termos de economicidade. Dessa forma, deve-se sopesar a questão financeira com os custos da possibilidade de anulação de concurso ao seu final, dado que um candidato que não foi heteroidentificado em uma fase inicial poderia deixar de fora do concurso um candidato negro, que prejudicado poderia recorrer da validade de todo o processo subsequente à manutenção de um candidato de forma irregular no concurso. Assim, em termos gerais, o momento da realização do procedimento deve levar em conta a oportunidade e a conveniência da administração pública em cada caso concreto.

Importante reter que, na existência de etapa correspondente a curso de formação, o procedimento sempre deverá ser realizado antes desta etapa, para garantir que as vagas deixadas por candidatos cuja autodeclaração não seja deferida possam ser ocupadas por outros candidatos, sem a perda dessas vagas. Também como regra, o procedimento deverá ser realizado sempre antes da homologação do concurso, evitando assim tanto a expectativa da vaga que pode não ser efetivada pelo indeferimento da autodeclaração quanto à perda das vagas de candidatos que tenham sua autodeclaração indeferida.

A primeira situação a ser considerada é a dos concursos públicos com aplicação da prova referente ao conteúdo programático em uma única etapa. Trata-se da hipótese mais simples, em que a verificação deverá ser realizada após a aplicação daquela prova, ao final do processo seletivo.

Mais complexos são os casos de concurso público com pluralidade de etapas na prova de conhecimentos – por exemplo, prova objetiva seguida de prova discursiva – em que há diversas possibilidades a considerar. Primeiramente, a análise deve ser feita tendo-se em conta dois critérios possíveis de desempenho na primeira prova para o candidato fazer jus a ter a segunda prova corrigida: a) o estabelecimento de nota mínima; ou b) o estabelecimento de um número de provas a serem corrigidas, geralmente múltiplo do número de vagas, cujo preenchimento pelos candidatos mais bem colocados na primeira prova determinará uma nota de corte.



<b>Momento de aplicação das cotas - final</b>				
<b>Desenho do concurso</b>	<b>Cláusula de barreira</b>	<b>Vantagens</b>	<b>Desvantagem</b>	<b>Comentário</b>
1 - Apenas 1 etapa		verificação será feita no final do processo seletivo		
2 - Duas ou mais etapas - prova discursiva no momento da objetiva	Nota mínima	Nesse caso, um candidato cuja autodeclaração não foi aceita não ocupará a vaga de um candidato cotista		
3 - Duas ou mais etapas - prova discursiva no momento da objetiva	Proporcional ao número de vagas - nota de corte	- Economicidade - "Praticidade"	-Candidato cuja autodeclaração não foi aceita retirou a possibilidade de um candidato cotista ter a prova corrigida. Em concurso com grande concorrência e poucas vagas, a injustiça inerente ao processo é maior	- Caso haja judicialização por parte do candidato preterido, o prejuízo à celeridade e à economicidade do concurso é mitigada, já que a decisão do judiciário poderia ser a de exigir a correção da prova
4 - Duas ou mais etapas - prova discursiva em dia diferente da objetiva	Nota mínima	Nesse caso, um candidato cuja autodeclaração não foi aceita não ocupará a vaga de um candidato cotista		
5 - Duas ou mais etapas - prova discursiva em dia diferente da objetiva	Proporcional ao número de vaga - nota de corte	- Economicidade - "Praticidade"	-Candidato cuja autodeclaração não foi aceita retirou a possibilidade de um candidato cotista ter a prova corrigida. Em concurso com grande concorrência e poucas vagas, a injustiça inerente ao processo é maior	- Caso haja judicialização por parte do candidato preterido, o prejuízo à celeridade e à economicidade do concurso é maior, já que a decisão do judiciário poderia ser a de exigir a aplicação de uma nova prova

<b>Momento de aplicação das cotas - entre as etapas</b>				
<b>Desenho do concurso</b>	<b>Cláusula de barreira</b>	<b>Vantagens</b>	<b>Desvantagem</b>	
1 - Apenas 1 etapa		verificação será feita no final do processo seletivo		
2 - Duas ou mais etapas - prova discursiva no momento da objetiva	Nota mínima		- Custo alto caso o concurso tenha muitos candidatos ou seja aplicado em diferentes localidades - Complexidade	
3 - Duas ou mais etapas - prova discursiva no momento da objetiva	Proporcional ao número de vagas	- Evitar que candidatos cuja autodeclaração é recusada ocupa a vaga de um candidato cotista	- Custo alto caso o concurso tenha muitos candidatos ou seja aplicado em diferentes localidades - Complexidade	- Caso haja judicialização por parte do candidato eliminado, o prejuízo à celeridade e à economicidade do concurso é mitigada, já que a decisão do judiciário poderia ser a de exigir a correção da prova
4 - Duas ou mais etapas - prova discursiva em dia diferente da objetiva	Nota mínima		- Custo alto caso o concurso tenha muitos candidatos ou seja aplicado em diferentes localidades - Complexidade	
5 - Duas ou mais etapas - prova discursiva em dia diferente da objetiva	Proporcional ao número de vaga	- Evitar que candidatos cuja autodeclaração é recusada ocupa a vaga de um candidato cotista	- Custo alto caso o concurso tenha muitos candidatos ou seja aplicado em diferentes localidades - Complexidade	- Caso haja judicialização por parte do candidato eliminado, o prejuízo à celeridade e à economicidade do concurso é maior, já que a decisão do judiciário poderia ser a de aplicar uma nova prova

## 3.6 Características das comissões

### 3.6.1 Integridade e probidade dos componentes

Um primeiro aspecto para considerar na composição da comissão responsável pelo procedimento para fins de heteroidentificação versa sobre a reputação de seus componentes. A administração pública deve prezar para a contratação de integrantes sem envolvimento com casos de corrupção, improbidade ou outros que possam macular a imagem da pessoa que participará do procedimento de heteroidentificação.

Essa é uma preocupação que deve estar em qualquer contratação de força de trabalho pelo Estado. No caso das ações afirmativas em geral, e das comissões para procedimento para fins de heteroidentificação, essa preocupação deve ser redobrada, pois tratam-se de questões cujos posicionamentos contrários são carregados de ideologia. Nesse sentido, a seleção de componentes de reputação ilibada deve ser ainda mais garantida.

Deve-se dar preferência para residentes no Brasil, e deve-se ressaltar que a participação de estrangeiros com pouco tempo de residência no país possa ser problemática, dado que classificação étnica tem variações entre países, mesmo no continente latino-americano, o que pode causar divergências significativas com outros componentes da comissão sobre a identificação de determinados candidatos.

Deve-se dar preferência aos cidadãos que já tenham tido algum contato ou experiência com a temática da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo. Esse fato, por um lado, ajuda na compreensão do propósito da ação afirmativa em geral e do procedimento de heteroidentificação em específico. Por outro lado, apesar do conhecimento da temática, a dinâmica do procedimento demanda conhecimentos particulares, que serão apresentados em oficina para esse fim, conforme mencionado no próximo parágrafo.

Não existe obrigatoriedade da participação de servidores do órgão contratante, ainda que seja desejável, dado que o conhecimento sobre a temática deve se difundir por toda a administração pública. Espera-se que o envolvimento de servidores possa contribuir também no maior comprometimento do órgão como um todo com a temática da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo.

### 3.6.2 Diversidade na composição das comissões

Compreende-se que a comissão pretende ser uma aproximação da sociedade, para identificar se **socialmente** um candidato é ou não considerado uma pessoa negra, a partir de suas características fenotípicas apresentadas no momento do procedimento para fins de heteroidentificação. Nesse sentido, a composição das comissões é fundamental para a garantia da diversidade da sociedade brasileira também na perspectiva dos componentes que estariam representando essa mesma sociedade.

A busca da representatividade e da diversidade na força de trabalho do Estado é o principal propósito da ação afirmativa praticada pela Lei 12.990/2014. Nesse sentido, espera-se que também a própria comissão de heteroidentificação apresente a diversidade buscada pelo normativo. Além disso, a diversidade das comissões também busca refletir a diversidade social, buscando assim aproximá-la da composição da sociedade brasileira. Nesse sentido, é importante que a comissão tenha componentes de gêneros diversos; de raças/etnias também diversas; e preferencialmente também a diversidade de naturalidade. Este último item, apesar de ter operacionalização mais complexa, é também relevante, dadas as diversas predominâncias fenotípicas observadas em distintas regiões e estados do país.

### **3.6.3 Quantidade de componentes da comissão**

As comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação deverão ser compostas por 5 componentes, o que facilita as discussões, permite maior eficácia na determinação dos resultados e garante uma maior diversidade dos membros. Permite ainda que a comissão recursal possa ser formada por 3 membros, o que também facilita a tomada de decisões por essa segunda instância.

Também deverá haver previsão de suplência, para os eventuais casos de impedimento ou suspeição dos componentes, que deverão comunicar aos responsáveis pelo procedimento os motivos pelos quais se consideram impedidos, como nos casos em que já tenham tido contato direto com um dos candidatos. Mais uma vez deve-se prezar pela lisura do procedimento, garantindo sua efetividade e mitigando as possibilidades de judicialização.

A possibilidade de contratação de coordenação para as comissões também deve ser ventilada, para dirimir eventuais questionamentos e facilitar a operacionalização e o funcionamento da comissão.

### **3.6.4 Trabalho executado pelos componentes da comissão**

Existe um desconforto e um custo psíquico no exercício do procedimento de heteroidentificação. Podem ocorrer casos tanto de fraudadores contumazes, com maquiagens, bronzamentos e uso de adereços e roupas que remetam à tradição africana, como de pessoas pobres, simples, mas que não são negras, e, portanto, não são as reais beneficiárias desta ação afirmativa, o que sempre pode causar algum nível de sofrimento psíquico aos componentes das comissões. Nesse sentido, além de ser uma fase como qualquer outra do concurso público, é um procedimento com particularidades que exigem esforços dos componentes, que assim devem ser efetivamente remunerados para tanto.

Espera-se que haja não somente a correta remuneração dos componentes da comissão, mas que tecnicamente essa atividade seja equiparada aos outros procedimentos

de aferição de conhecimento dos candidatos, como exames orais, análise curricular, correção de provas discursivas, elaboração de questões de provas ou julgamento de recursos intentados por candidatos, conforme Decreto nº 6.114, de 15 de maio de 2007.

Essa equiparação é importante para que se possa compreender o grau de subjetividade que existe também em outras etapas avaliativas baseadas em critérios objetivos. No caso da heteroidentificação, o critério objetivo é a fenotípi apresentada pelo candidato frente à comissão, e haverá um grau de subjetividade no procedimento semelhante a qualquer outra etapa da avaliação. Como exemplo, podemos mencionar casos de uma mesma prova discursiva, corrigida por dois avaliadores distintos, serem passíveis de resultados muito diferentes, ainda que sejam utilizados também critérios objetivos, como “clareza”, “concisão”, “coerência”, entre outros utilizados para a avaliação de provas discursivas.

### **3.6.5 Formação e conhecimento dos componentes das comissões**

A participação nas comissões responsáveis pelo procedimento para fins de heteroidentificação é assunto de relevante interesse público, pois vai determinar quais candidatos poderão ocupar as vagas reservadas às pessoas negras nos concursos públicos. Além disso, vai influenciar nos rumos da política, garantindo sua legitimidade perante a sociedade.

Nesse sentido, é fundamental que haja um alinhamento do conhecimento existente entre os diversos componentes das comissões, para a efetividade dos seus resultados. Para tanto, os integrantes deverão participar de oficina que promova o conhecimento sobre igualdade racial e enfrentamento ao racismo, podendo versar sobre as temáticas de igualdade racial, branquitude, fenotípica, ações afirmativas e seus aspectos jurídicos e práticos.

Além disso, deverá também ser apresentada e discutida a dinâmica do procedimento para fins de heteroidentificação, a partir do conhecimento de pessoas com experiências anteriores no procedimento. A oficina poderá realizar também simulações da dinâmica das comissões, considerando as situações mais problemáticas que possam ocorrer durante o procedimento.

Eventualmente, membros das comissões que detenham amplo conhecimento sobre estas questões poderão ser dispensados da oficina. Entretanto, é altamente desejável que todas as pessoas envolvidas participem da oficina, para alinhamento de conhecimentos e expectativas. Além disso, a participação de todos na oficina busca também garantir a isonomia do processo, com os mesmos conhecimentos disponibilizados para todos os componentes, o que além de padronizar os resultados busca também mitigar a ocorrência de possíveis judicializações com base na falta de isonomia do processo.

Como forma de auxiliar tanto as organizadoras de concursos quanto os órgãos demandantes das vagas, será disponibilizado em meio virtual pelo órgão responsável pela

promoção da igualdade étnica previsto no § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 material de apoio com orientações para o funcionamento do procedimento para fins de heteroidentificação em geral e das comissões em específico.

Como é fundamental para a política de ações afirmativas em geral e para o procedimento de heteroidentificação em específico, espera-se que ocorra também a difusão deste material pelos órgãos que receberão os novos servidores que entrarão pela reserva de vagas. Os órgãos poderão apresentar as questões mais gerais sobre a temática, elaborar ações de valorização da cultura negra e, além disso, garantir que sanções sejam aplicadas àqueles que porventura praticarem atos de racismo e discriminação racial no ambiente de trabalho.

É fundamental ainda a compreensão de servidores e servidoras que as ações afirmativas não são importantes apenas para seus beneficiários, mas para a administração pública como um todo, pois garante a representatividade desses grupos na burocracia e ainda promove diversos benefícios organizacionais advindos dessa representatividade nas soluções endereçadas pelo Estado.

### **3.7 Dinâmica das comissões**

Uma questão fundamental para a eficácia do procedimento para fins de heteroidentificação é a **presença física dos candidatos** perante a comissão. Dessa forma, a comissão pode avaliar candidatos de forma mais eficaz, haja vista que o procedimento executado a partir de fotografias pode confundir a identificação, devido a fatores como iluminação, definição e qualidade da fotografia, ou mesmo pela interferência deliberada dos candidatos, como maquiagens e bronzeamentos. Assim, a identificação feita por fotografias é vedada em todos os casos. Para o caso de identificações tele-presenciais, sugere-se que seja utilizada unicamente em casos de concursos com grande volume e dispersão pelo território nacional das inscrições, haja vista que também na utilização desta forma podem existir fatores que prejudicam a eficácia na visualização do fenótipo dos candidatos.

### 3.7.1 Quais candidatos deverão participar do procedimento?

**Todos os candidatos que se autodeclararem negros, e que tenham sido habilitados, seja pela reserva de vagas, seja pela ampla concorrência, deverão participar do procedimento de heteroidentificação.**

Esse é o ponto mais sensível da Instrução Normativa para a garantia que o propósito da Lei seja alcançado. Cabe ressaltar que o fato que enseja a heteroidentificação é a autodeclaração, e não a utilização ou não da reserva de vagas no **resultado** do concurso, uma vez que a **intenção** de concorrer pela reserva de vagas já havia se materializado na **inscrição**, ensejando assim a necessidade de participar do procedimento para fins de heteroidentificação.

Caso a heteroidentificação ocorresse apenas para os candidatos que utilizassem a reserva de vagas abrir-se-ia uma enorme janela de oportunidades para candidatos que estejam em dúvida sobre sua identificação de raça ou cor e sobre suas reais possibilidades de aprovação no concurso. Assim, é fundamental que esteja explícito no edital o fato de que todos os candidatos autodeclarados negros participarão do procedimento, para mitigar eventuais oportunismos na utilização da reserva de vagas.

Imagine-se um caso hipotético em que um candidato saiba de sua condição de não beneficiário das cotas, mas mesmo assim se declare como pessoa parda, utilizando-se de subterfúgio na inscrição, imaginando que caso seja habilitado pela ampla concorrência não terá que passar pelo procedimento de heteroidentificação. Ora, essa seria uma grande “brecha” na Lei para oportunismos de diversas ordens na utilização da reserva de vagas.

Nesse sentido, para garantir os princípios da legalidade e da moralidade, todos os candidatos que se autodeclararem negros, independentemente de ter sido habilitado pela reserva de vagas ou pela ampla concorrência, devem participar do procedimento para fins de heteroidentificação. Em termos legais, lembremo-nos do comando da Lei que fala em “declaração falsa”, e não utilização da reserva de vagas. No caso da moralidade, não se pode admitir no serviço público candidatos que efetuem uma declaração e, em seguida, como tal declaração não mais lhe convém, seja eximido da constatação da legalidade desta declaração.

### 3.7.2 Condições para o funcionamento das comissões

As duas decisões mais importantes do STF sobre a matéria desta IN – ADPF 186 e ADC 41 – identificam a dignidade humana dos candidatos como ponto fulcral a ser respeitado no procedimento para fins de heteroidentificação. Nesse sentido, são apresentadas a seguir algumas importantes características do funcionamento das comissões para garantir essa e outras premissas estabelecidas pela Suprema Corte.

O local para a realização do procedimento é ponto relevante para sua efetividade. Deve ser disponibilizada uma sala de espera confortável, com condições mínimas de permanência, como climatização e iluminação adequadas, para que os candidatos possam aguardar sua vez no procedimento. De forma semelhante ao disposto § 3º do Artigo 6º, da IN, orientações pormenorizadas a respeito de boas práticas relativas à infraestrutura e logística serão disponibilizadas pelo órgão responsável pela promoção da igualdade étnica previsto no § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

No dia da realização do procedimento de heteroidentificação, sugere-se que os membros das comissões possam se reunir antes do início do procedimento, em que poderão ser elaboradas e validadas as perguntas a serem feitas aos candidatos durante o procedimento.

A questão de fazer perguntas ou utilizar outro tipo de abordagem é tema de decisão dos órgãos. Uma vez que o deferimento da autodeclaração se dará pelo fenótipo apresentado pelo candidato perante a comissão, as perguntas acabam sendo meramente retóricas e não devem, de nenhuma maneira, balizar a análise dos componentes da comissão. Tratando-se de verificação fenotípica, eventuais questionamentos dirigidos ao candidato pela banca verificadora terão caráter meramente rotineiro, não tendo qualquer influência sobre a formação da convicção dos integrantes da comissão.

Em termos gerais, a utilização de perguntas tem o propósito de evitar constrangimentos para o candidato, que teria que estar em silêncio perante a comissão. Entretanto, essa é uma discricionariedade dos órgãos demandantes do concurso, com a mediação das organizadoras, que podem optar por outras formas, como a leitura de um texto pré-definido.

Qualquer que seja a forma de abordagem dos candidatos é fundamental a padronização da abordagem, garantindo que a mesma forma seja aplicada a todos os candidatos, em nome do princípio da isonomia. No caso das perguntas, devem ser feitas as mesmas perguntas, na mesma ordem, pela mesma pessoa da comissão.



### **3.7.3 Filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação**

Para fins de documentação e eventual encaminhamento recursal, será obrigatória a filmagem do candidato por ocasião do procedimento de verificação.

A previsão de filmagem deve constar no edital de abertura do concurso público, com a advertência de que a inscrição implicar concordância com a filmagem, considerando-se a manifestação de discordância com a filmagem no momento da verificação como desistência do certame, com a consequente eliminação do candidato.

No início do procedimento, o candidato deverá ser lembrado da necessidade de gravação das imagens e sua utilização posterior, exclusivamente para eventuais interposições de recurso pelo candidato. Além disso, os candidatos poderão ser fotografados no início do procedimento, para registro e para dirimir eventuais dúvidas que possam surgir na deliberação subsequente da comissão.

É fundamental para a eficácia do procedimento que seja observado padrão mínimo para as gravações, relativo à qualidade das imagens, à iluminação da sala, à ausência de interferências sonoras e à disposição da comissão e do candidato, entre outras, que possam prejudicar a captação e a posterior reprodução fidedigna das imagens. Mais uma vez, de forma semelhante ao disposto § 3º do Artigo 6º, orientações a respeito de boas práticas relativas à filmagem serão disponibilizadas pelo órgão responsável pela promoção da igualdade étnica previsto no § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

Frise-se, em qualquer hipótese, a confidencialidade do material gravado, resguardando-se de publicidade a imagem dos candidatos presentes à comissão responsável pelo procedimento para fins de heteroidentificação.

### **3.7.4 Confidencialidade de informações**

Os membros da comissão de heteroidentificação deverão assinar termo de confidencialidade sobre as informações pessoais dos candidatos a que tiverem acesso durante o procedimento, bem como às demais informações sobre o procedimento para fins de heteroidentificação.

Os membros da comissão, e quaisquer outras pessoas que tenham acesso ao procedimento de heteroidentificação devem guardar sigilo das informações a que tiveram acesso durante o procedimento de heteroidentificação, devendo também assinar termos de confidencialidade. Igualmente, devem ser resguardadas informações pessoais dos candidatos, a motivação de cada resultado, bem como de eventuais divergências existentes na comissão sobre determinado candidato.

Da mesma forma, devem ser mantidos em sigilo os nomes dos membros da comissão de heteroidentificação, a fim de resguardar-lhes a privacidade pois a divulgação

poderia causar-lhes problemas pessoais e profissionais e, ainda, retirar-lhes a total isenção, pois sujeitos a toda sorte de exposições.

### **3.7.5 Deliberação e resultado provisório**

Após o candidato ser dispensado pela comissão da sala de realização do procedimento para fins de heteroidentificação, os membros da comissão procederão à deliberação, tendo por base a percepção fenotípica do candidato. É expressamente proibida a deliberação da comissão na presença dos candidatos, garantindo assim a isonomia do processo e eventuais constrangimentos aos candidatos e aos componentes da comissão.

Mais uma vez reitera-se que a decisão da comissão deve ser orientada única e exclusivamente pelo fenótipo apresentado pelo candidato perante a comissão. Deve-se buscar a construção de reflexão coletiva, entretanto o resultado final deve respeitar o voto de cada componente, mantendo-se assim a integridade de sua subjetividade na análise dos candidatos.

Conforme identificado no item 3.3 nas reflexões da jurista Daniela Ikawa, “há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79%”, o que deixa dúvidas apenas para pouco mais de 20% dos casos. Deste percentual, muitos serão dirimidos também pela análise acurada e deliberação das comissões. Entretanto, haverá candidatos limítrofes que serão tratados pela presunção de veracidade da autodeclaração. Em consonância com o relator da ADC 41, Ministro Luís Roberto Barroso, nestes casos deve-se deferir a autodeclaração.

*Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial (p. 37).*

As decisões da comissão de heteroidentificação serão então motivadas em parecer, e informar se a decisão foi por maioria ou unanimidade de votos. Em caso de decisão por maioria, é desnecessário informar o número de votos.

O resultado da verificação será assim definido pela convicção da maioria dos membros da banca, e deverá ser publicado, em caráter provisório, mediante edital, constando a relação de candidatos cuja autodeclaração foi deferida, bem como as condições para exercício do direito de interposição de recurso administrativo àqueles candidatos cuja autodeclaração for indeferida.

Cabe ressaltar que as deliberações da comissão para fins de heteroidentificação terão validade apenas para o concurso público para o qual foi designada, não servindo para outras finalidades. Dado que o único critério a balizar a decisão da comissão é o fenótipo do candidato apresentado perante a comissão, não será

possível garantir a mesma eficácia do procedimento a partir de comissões com procedimentos que não estejam uniformizados, conforme ressaltado no item 3.4.

Com isso, o fato de ter sido beneficiário de ações afirmativas no passado é irrelevante para essa etapa do concurso. Assim, a decisão da comissão de heteroidentificação terá validade apenas o concurso para a qual foi designada, não criando direito subjetivo para nenhum outro concurso público futuro.

### 3.7.6 Reflexões para a análise da comissão

Um ponto importante para a deliberação da comissão é a garantia da aplicação do critério fenotípico de forma semelhante a todos os candidatos. Em outras palavras, por uma questão de isonomia, candidatos com características físicas semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Técnicas e procedimentos que visam assegurar a isonomia entre candidatos serão disponibilizadas pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR)

Baseadas no trinômio: representatividade, antidiscriminação e igualdade de oportunidades, algumas reflexões podem auxiliar o processo decisório dos membros das comissões.

Como exposto na Exposição de Motivos que encaminhou o Projeto de Lei que resultou na Lei 12.990/2014<sup>7</sup>, o objetivo principal da Lei é aumentar a representatividade da população negra nos quadros de servidores da Administração Pública Federal, que se apresenta abaixo da proporção da população negra na sociedade brasileira. Para isso, só faz jus às vagas reservadas as pessoas reconhecidas pela sociedade como negras, pois a autodeclaração na lei de cotas diz respeito ao fato social de ser negro, não diz respeito a uma identidade, mas a um fato social, reconhecível pela própria sociedade<sup>8</sup>. Desse modo, questionamentos semelhantes à reflexão abaixo podem auxiliar as comissões em caso de dúvida a respeito da qualidade do candidato como beneficiário desta Política:

- A **representatividade** das pessoas negras no serviço público federal seria ampliada com a presença desse(a) candidato(a)?

O enegrecimento dos espaços de prestígio e poder é condição necessária para a desconstrução social do racismo na sociedade brasileira, marcado pela falta de consciência e intencionalidade, mas que leva à discriminação das pessoas que apresentam características comuns aos negros. Assim, reflexões acerca das discriminações potenciais que o candidato poderia receber por apresentar determinados traços físicos são importantes durante o procedimento de heteroidentificação:

---

<sup>7</sup> Item 2.1.3

<sup>8</sup> <http://www.mpf.mp.br/df/audeclaracao-mpf-aprova-definicao-de-criterios-para-checagem-previa-de-informacoes-fornecidas-por-candidatos>

- O candidato(a) seria potencialmente alvo de **discriminações** devido à sua aparência?

Por fim, a ampliação das oportunidades das pessoas negras no mercado de trabalho é outro objetivo implícito da lei de cotas no serviço público. Com condições socioeconômicas notoriamente inferiores à da população branca, a lacuna entre negros e brancos se amplia sensivelmente nos estratos superiores de renda, que exigem maiores anos de estudo. Dessa forma, a política de cotas também busca assegurar igualdade de oportunidades às pessoas negras, razão pela qual também são válidas reflexões sobre o candidato (a) e o mercado de trabalho:

- O fenótipo do candidato é comum em carreiras consideradas de prestígio? E em ambientes de subalternidade?

Em um regime republicano e democrático, é eticamente inaceitável que os diferentes grupos da população não estejam plenamente representados na composição da força de trabalho do serviço público, o que torna imperativo a focalização da política naqueles candidatos que socialmente são vistos e reconhecidos como negros. Do contrário, o Estado brasileiro estaria ferindo o espírito da lei e, ainda, deixando de aproveitar as inúmeras vantagens que um quadro diversificado pode trazer na ampliação da qualidade das políticas e dos serviços públicos.

### 3.7.7 Instância recursal

Além da garantia da dignidade humana dos candidatos, a ADC 41, no voto do relator, identifica que “devem ser garantidos os direitos ao contraditório e ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato”. Nesse sentido, os editais deverão prever a existência de uma instância recursal, consubstanciada em uma comissão distinta daquela que efetuou a primeira análise, em nome do princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim, para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, faz-se necessário a formação de um novo colegiado, composto por membros diferentes da primeira comissão. Vale ressaltar que **todos os requisitos** exigidos para a composição da comissão principal deverão estar presentes na comissão recursal, principalmente no que diz respeito à formação e à diversidade dos componentes.

A comissão recursal será composta por 3 (três) membros e deverá efetivar a análise dos recursos com base i) na filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação; ii) no parecer emitido pela comissão; e iii) no conteúdo do recurso elaborado pelo candidato. Importante reter que o parecer da comissão recursal que negar provimento ao recurso do candidato deverá conter não apenas a deliberação do colegiado, mas também abordar os principais argumentos suscitados pelo candidato.

Dado que o único critério para a decisão das comissões, seja a primária seja a recursal, refere-se ao fenótipo apresentado no dia do procedimento de heteroidentificação, reitera-se que fotos e outros elementos visuais não serão considerados para fins de avaliação da comissão, mas tão somente a filmagem realizada no dia do procedimento da primeira comissão.

Da mesma forma que na comissão originária, as decisões da comissão deverão ser feitas em parecer com o resultado das deliberações, e publicadas em edital específico, neste caso em caráter definitivo na instância administrativa.

### **3.8 Eliminação dos candidatos**

A seguir, é apresentada lista de situações que determinam a eliminação do candidato do concurso, a partir da interpretação da Lei 12.990/2014. Dado que o edital é soberano para dirimir eventuais questionamentos dos candidatos, sabe-se que outras situações podem ensejar a eliminação dos candidatos do concurso público. Comportamentos incivilizados durante o procedimento para fins de heteroidentificação, por exemplo, podem ser tratados pelo edital como causa para eventual eliminação de candidatos.

Uma situação que enseja eliminação do candidato do concurso público é seu não comparecimento ao procedimento de heteroidentificação. Este comando está em consonância com outras etapas do concurso público, cuja ausência do candidato, seja por qualquer motivo, enseja sua eliminação.

Outra situação que também enseja a eliminação é a recusa do candidato seria sua não autorização da filmagem do procedimento de heteroidentificação, situação que deve estar explícita no edital, conforme item 3.8.3 deste relatório.

Por fim, a situação mais relevante que determina a eliminação do candidato refere-se ao indeferimento da autodeclaração pela comissão. Ressalta-se que a eliminação do candidato ocorrerá independentemente da obtenção de nota para habilitação pela ampla concorrência.

Ao assumir a participação no concurso pela reserva de vagas, todos os candidatos aprovados e classificados de acordo com o edital deverão passar pelo procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota para aprovação pela ampla concorrência, conforme item 3.8.1 deste relatório.

Da mesma forma, os candidatos que tiverem sua autodeclaração indeferida deverão ser eliminados do concurso, conforme Parágrafo único do Art. 2º da lei 12.990/2014. Não se pode esperar que a administração pública verifique se a autodeclaração foi feita com ou sem má-fé, pois nesse caso estaria prevalecendo a subjetividade da administração pública. Nesse caso, a presunção de veracidade é relativa e deve ser mediada por ato administrativo, conforme item 3.3 deste relatório. Assim, é

imprescindível que os candidatos que se autodeclarem negros, que manifestem sua intenção de participar do concurso pela reserva de vagas e que sejam aprovados sejam todos heteroidentificados e, caso a autodeclaração não seja aceita, **sejam eliminados do concurso**. Nesse sentido, importante atentar para o caráter pedagógico deste comando, para evitar que candidatos não negros não tenham incentivos para sua participação pela reserva de vagas.

A única maneira pela qual o candidato poderia ser retirado da reserva de vagas, com eventual retorno para a ampla concorrência, seria na hipótese de procedimento de heteroidentificação ser realizado logo após a inscrição, sem que nenhuma etapa do concurso tivesse ocorrido. Ainda assim, o retorno do candidato à ampla concorrência suscitaria questionamentos, pois o fato de ter havido uma autodeclaração que não foi aceita estaria consumado, e em nome da moralidade a administração pública não deveria aceitar em seus quadros um indivíduo que não se enquadra no critério de beneficiário de uma política. Da mesma forma, seria alternativa inviável, na medida em que os gastos da administração pública para a realização da heteroidentificação em milhares de candidatos, dispersos pelo vasto território nacional, atentaria contra o princípio da economicidade, dados os vultosos recursos financeiros envolvidos neste processo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dado que existe um intervalo temporal para a existência de cada ação afirmativa, diversas ações devem ser tomadas para alcançar o máximo de efetividade durante esse período de vigência – no caso da Lei 12.990/2014, esse intervalo corresponde a 10 anos, finalizando sua validade em 2024. Nesse sentido, uma primeira ação relevante do Estado brasileiro refere-se à própria regulamentação das comissões para fins de heteroidentificação, objeto desta Instrução Normativa.

Um encaminhamento importante para a efetividade da Lei 12.990/2014 refere-se ao monitoramento de seus resultados. Um sistema de monitoramento completo, que possa identificar a quantidade de candidatos negros inscritos em cada concurso, a quantidade de aprovados, será fundamental para a análise de sua efetividade. Além disso, o monitoramento deve contemplar também a trajetória de candidatos aprovados pela reserva de vagas. Essas ações são relevantes para determinar quais iniciativas complementares devem ser tomadas também durante a vida profissional de cada candidato. Sabe-se que o mesmo racismo que impede a entrada de candidatos negros ainda persiste dentro do Estado – o chamado racismo institucional – e assim devem ser tomadas medidas para mitigar esse problema.

Deve-se problematizar por toda a sociedade a questão do mérito e seu reforço a partir das ações afirmativas. O senso comum apregoa que as ações afirmativas atuam contra o mérito, na medida em que seleciona, em tese, candidatos menos preparados. Entretanto, sabe-se que nenhum candidato com desempenho insuficiente pode ser habilitado ou aprovado, e que apenas ocorre uma desigualação para promover a entrada de mais pessoas negras no serviço público – cujo padrão de raça ou cor ainda é

predominantemente branco. Além disso, deve-se desmistificar a ideia de que candidatos mais bem classificados estariam mais aptos a desempenhar as funções do serviço público de forma mais efetiva que aqueles com desempenho inferior. Dado que ambos estejam alinhados em termo de desempenho mínimo, o resultado final da classificação reflete apenas que os candidatos mais bem classificados estiveram em melhores condições de estudo, e assim sua aprovação, em verdade, atenta contra o mérito, dado que as posições de partida dos concorrentes não foi a mesma.

É fundamental também que os servidores dos órgãos que vão receber os candidatos aprovados pela reserva de vagas possam estar preparados para isso. Assim, são relevantes ações que possam identificar o passado histórico da escravidão, as políticas de embranquecimento, a luta antirracismo no Brasil e em outros países, bem como a adoção de ações afirmativas em países com ampla tradição capitalista, como Estados Unidos e Inglaterra. É fundamental que pessoas não negras compreendam seus lugares de privilégio racial, independentemente das classes sociais a que pertençam. Nessa perspectiva, a luta contra o racismo passa pela compreensão de seus benefícios para toda a sociedade, independentemente da raça ou cor da pessoa.

Ações voltadas para a valorização da cultura negra, suas origens e a diversidade de etnias africanas podem ajudar a desmistificar aspectos que ainda hoje são desvalorizados como práticas culturais inferiores, unicamente pelo fato de estarem ligadas às populações africanas. A compreensão de que a riqueza material e imaterial do país se deve fundamentalmente às populações africanas escravizadas é relevante para alterações de estereótipos que ainda perduram na sociedade brasileira, apesar da abolição formal da escravidão ter ocorrido há quase 130 anos. É inadmissível que ainda hoje haja maior violência contra o corpo negro e suas expressões, seja no caso da evolução positiva na quantidade de jovens negros assassinados, seja no aumento do racismo religioso contra locais e praticantes de religiões de matriz africana, formas atualizadas de racismo ainda persistentes na sociedade brasileira.

Por fim, tanto na sociedade em geral quanto no serviço público em específico devem ser adotadas medidas para sanção de atos de racismo e discriminação racial. Xingamentos, apelidos, chistes, brincadeiras de mau gosto, que ainda ocorrem no serviço público, devem ser sancionadas na medida do dano que causam e de acordo com a legislação vigente. Nesse sentido, a administração pública deve criar e difundir canais de recepção e encaminhamentos dessas demandas, inclusive garantindo o anonimato no momento das denúncias. Da mesma forma, o racismo deve ser plenamente combatido e seus praticantes devem sofrer as sanções adequadas. Quando um indivíduo insinua que comunidades quilombolas são compostas por indivíduos preguiçosos ou de má índole, toda a população negra é atacada, e assim está caracterizado o crime de racismo, imprescritível e inafiançável, nos termos do Art. 5º, XLII de nossa Carta Magna.

O racismo é uma prática secular nos países que receberam grandes contingentes de populações negras africanas para escravização. Nesse sentido, não se pode esperar que ações pontuais determinassem sua extinção, que virá apenas a partir da tomada de consciência de toda a sociedade para a gravidade do problema, suas consequências na subjetividade da população negra e para a sociedade como um todo. O

país apenas vai caminhar no sentido da erradicação do racismo quando a sociedade brasileira como um todo, mas principalmente suas elites brancas adotarem em suas práxis a ideia radical de que o racismo é incompatível com sociedades democráticas e modernas. "A inferiorização é o correlato nativo da superiorização europeia. Precisamos ter a coragem de dizer: *é o racista que cria o inferiorizado*" (FANON, 2008, p. 90, destaques do autor).



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. Distrito Federal, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Distrito Federal, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988.

FANON, Franz. Pele negra, máscaras brancas. Salvador: EDUFBA, 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Validade e eficácia da autodeclaração de negro para fins de concurso público federal. *Direito do Estado*, n 63, 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/validade-e-eficacia-da-autodeclaracao-de-negro-para-fins-de-concurso-publico-federal> .

## 6. ANEXO

### Seminário jurídico sobre a política de cotas no serviço público: avanços e desafios<sup>9</sup>

Antônio Teixeira Lima Junior<sup>10</sup>

#### Introdução

Todas as vidas são ontologicamente precárias, afirma Judith Butler (2015). Em alguma medida, vulnerabilidade, precariedade e dependência são condições inscritas em tudo aquilo que está vivo. Porém, essa vulnerabilidade é distribuída e respondida de forma desigual num tecido social. A distribuição diferenciada da precariedade expõe sujeitos específicos à fome, ao subemprego, à privação de direitos, à violência e à morte. Esta diferença, inscrita no terreno concreto da experiência vivida por grupos e sujeitos específicos, vem ganhando reconhecimento público através das respostas políticas construídas pelo Estado brasileiro nos últimos 30 anos. Discutir as condições sociais e políticas da sobrevivência, da minimização da precariedade, da provisão de direitos essenciais e da persecução da igualdade são, ao mesmo tempo, obrigações do Estado e um compromisso ético de uma sociedade que não tolera a barbárie continuada que fundou e refunda cotidianamente a sociedade brasileira.

Quando tratamos das políticas de ações afirmativas, ressalta Leonardo Queiroz, um dos participantes do seminário, estamos falando de vidas e suas possibilidades. Falamos de uma das poucas respostas políticas do Estado brasileiro à barbárie que ele mesmo engendrou séculos a fio. Tratamos de uma ação pública que, se não resolve, mitiga os efeitos devastadores de uma estrutura social que associa, de forma naturalizada, a identidade negra à pobreza, à morte prematura, às formas de adoecimento, ao cárcere, à violência, à ausência de beleza, inteligência etc. Trata-se, portanto, de uma política estratégica na medida em que atinge uma das inúmeras balizas cotidianas de práticas racistas. Ao mesmo tempo, é uma pequena política no sentido gramsciano, na medida em que não põe em causa a macroestrutura a partir do qual esse mesmo racismo opera distribuindo lugares sociais, privilégios, mortes e adoecimentos. Em resumo, uma política liberal, com as possibilidades e limites que esta perspectiva de intervenção carrega consigo, como ressaltou Laura Astrolábio em uma das mesas.

A aplicação desta política, contudo, é, em diversos aspectos, desafiadora. Primeiro, porque falar de racismo é tratar de práticas sociais naturalizadas, inscritas na cultura institucional, nas relações sociais cotidianas, nas mais diversas relações de trabalho, no amor, nos afetos, no modo normal de funcionamento da democracia brasileira. Responder institucionalmente ao racismo, ainda que de forma parcial, significa

---

<sup>9</sup> Este relatório é resultado dos aportes políticos e teóricos trazidos pelos palestrantes do seminário jurídico. Contudo, o texto não é transcrição fiel de cada intervenção, mas um recorte daquilo que considere mais relevante para subsidiar o trabalho desenvolvido pelo GT Cotas Raciais, instituído conjuntamente pelo MP e MJC. Em todas as intervenções foram acrescentadas também observações e análises de inteira responsabilidade desta relatoria. A introdução é de inteira responsabilidade do relator.

<sup>10</sup> Graduado em Direito pela UFBA, Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea.

mexer no vespeiro das subalternizações de um grupo social heterogêneo, cuja exploração produziu riquezas, percentuais do PIB, saberes e, porque não dizer, afetos baseados em relações contraditórias de proximidade e distância. Esta naturalização põe em causa, portanto, não apenas a dificuldade de percepção dos sujeitos e agentes públicos, como aquilo que não desejamos perceber.

Trazê-la para o debate público, aprofundá-la em espaços sociais que sempre negaram a possibilidade de fazê-lo, pode ser um interessante exercício de reconstrução de relações, de desconstrução de práticas sociais cotidianizadas. Sobretudo, pode ser um interessante modo de reconstruir as possibilidades de escuta do Outro, cuja existência transborda a fenotipia em que pretenderam encarcerá-lo.

Esta talvez seja uma das principais conquistas não declaradas da política de ações afirmativas: desfazer as acomodações históricas, desestabilizar instituições, socializar a insegurança que sempre fora um “privilégio” objetivo e subjetivo dos grupos subalternizados. O mero deslocamento de corpos negros por espaços sociais historicamente monopólicos, se não produz revoluções, obriga a sociedade a pensar, a falar sobre aquilo que durante tantos anos evitou-se pronunciar.

Já não funcionam mais as formas recalcadas pelas quais parte da intelectualidade brasileira resolveu tratar da questão racial no Brasil. Metaforizadas em categorias como classe social, pobreza e família desestruturada ou tratada como mera derivação aparente de determinações outras, o debate racial pareceu ocupar no Brasil o lugar da maçã no paraíso perdido. Enquanto matéria anticientífica, o debate racial permaneceu assim no limbo do senso comum, onde o mulatismo e a morenidade declaravam o obituário da raça.

Esta maçã, porém, foi comida por sucessivas gerações de negras e negros que, não vendo nessas terras qualquer paraíso a perder, vêm instrumentalizando esta política e denunciando os racismos inscritos em práticas estatais para abrir a caixa de pandora das dores seculares que só eram percebidas por quem sofria na alma e na pele o peso das práticas discriminatórias. Assim, este corpo construído por uma subjetividade branca paranoica, criado para ser explorado e depredado, como pondera Mbembe (2014), adentra a fresta pequena da lei que o modelo de cidadania brasileiro acolheu a duras penas, após séculos de luta e militância negras diversas.

Se a questão racial fora sempre negada, obviamente a capacidade socialmente acumulada de perceber o racismo e de responder a ele ainda é um “privilégio” de poucos, sobretudo uma parcela da população negra. Isto vale também para as instituições públicas, sobretudo as instâncias decisórias, que agora se vêm diante da questão racial como “velha novidade”, tendo que compreendê-la e escutá-la para reformular suas práticas e construir respostas políticas. Este processo de “aprendizado institucional” certamente só se completará ante a miscigenação dos círculos de poder, a ampliação da representação nas esferas decisórias como instrumento de maximização da eficácia do Estado, como preleciona Adilson Moreira. Atingido este objetivo, certamente, a política terá atingido o teto de seus próprios efeitos, mas estamos ainda muito longe disso.

Para dar conta do desafio de responder a esta matéria densa e complexa, a legislação que modela a intervenção pública em matéria de ações afirmativas incorporou os critérios de identificação de raça/cor utilizados pelo IBGE como critério definidor dos beneficiários da política. A metodologia utilizada pelo IBGE foi testada nos últimos 40 anos através de pesquisas de percepção e seus resultados foram publicados e analisados

de forma exaustiva, servindo como métrica para a avaliação da consistência do sistema de classificação.

Como qualquer forma de classificação, o sistema possui qualidades e limites. O modelo que temos hoje nos permite apontar as desigualdades raciais e sua reprodução no tempo e no espaço. E foi este modelo, apropriado e instrumentalizado pelo movimento negro, pesquisadores e instituições, que permitiu que políticas de combate ao racismo e de promoção da igualdade racial ganhassem terreno no território árido da política institucional brasileira.

Contudo, como a experiência vem demonstrando, a relação que a burocracia e grupos sociais diversos têm com a estatística é, em regra, oracular, canônica, como se este modo de ordenar e classificar as coisas e os sujeitos fosse a forma única, verdadeira e objetiva de conhecer e falar sobre algo.

A estatística opera como uma forma de ordenação do mundo, de classificação das pessoas e dos objetos num quadro de equivalências a partir do qual identidades e diferenças são produzidas e representadas. Ela transforma indivíduos agregados sob critérios por ela mesma construídos, em grupos comparáveis. Do ponto de vista lógico, converte-se qualidades em quantidades, abstraindo individualidades, o nível do detalhe, para construir novas individualizações e normalizações (Camargo, 2013).

Ora quando um candidato pede para entrar na porta da lei, para retomar aqui uma parábola kafkiana, não é uma individualização, mas uma individualidade forjada em múltiplos processos de identificação que se manifesta. Há, portanto, entre o sistema de classificação utilizado pelo IBGE e a aplicação concreta da lei uma distância que só pode ser respondida por múltiplas mediações. Em outros termos, o combate às desigualdades que a métrica do IBGE permite visualizar e constitui um dos objetivos últimos da lei, deve ser utilizada em diálogo com a forma complexa pela qual o racismo e a questão racial se desenovelam em diferentes contextos.

Este é talvez, o grande desafio da política como um todo na atualidade. Pois nossas dessemelhanças, elevadas a uma camada mais abstrata da realidade, são localizadas num quadro comum de referências que suportam uma determinada forma de representação do real. Porém, os limites das nossas formas representacionais limitam também as possibilidades de representação estatística do fenômeno.

Importa, portanto, saturar os usos possíveis desta espécie de “língua oficial do Estado”, reconhecendo aquilo que ela não pode nem pretende responder. Pois é necessário resistir ao desejo de uma metodologia de classificação que atue como uma espécie de cópia espelhar da realidade. Esse desejo só encontrou ressonância na história em experiências totalitárias ou em matrizes de pensamento que contribuíram para a fundação de formas de catalogação de indivíduos, também conhecidas como racismo.

Ademais, a objetividade, a certeza e a precisão que este desejo supõe só são exigidas para políticas destinadas a grupos subalternizados subrepresentados na esfera institucional. Nenhuma política, conforme fora dito em diferentes momentos do seminário, tem um grau de exigências e condicionantes tão elevada em nenhuma esfera do mundo jurídico ou da política em sentido estrito. O direito e a administração pública, em diversas instâncias, são sustentados na subjetividade e discricionariedade do processo decisório.

**Professor Evandro Piza, em um comentário elaborado após uma das mesas, lembra que** políticas para pobres foram construídas no país ao longo dos últimos anos,

independente da ausência de consenso sobre quem é ou não pobre. Grande parte das teorias mais modernas trata da pobreza como fenômeno multidimensional, sustentado não apenas em escassez de recursos monetários, mas na ausência de acesso a direitos e serviços. Entretanto, pela dificuldade em operacionalizar a multidimensionalidade, adotou-se um conceito simplificado de pobreza, selecionando-se beneficiários apenas pela adoção de um corte de renda. Certamente, a adoção de um conceito restrito e excessivamente simplificado de pobreza excluiu pessoas da condição de beneficiário, mas a indeterminação e a imprecisão do conceito não inviabilizaram a política e a sua consolidação na cena institucional. Grande parte da ação pública está sustentada, portanto, no poder discricionário de definir o público de suas próprias políticas, de produção do sujeito alvo das ações específicas de governo.

O Estado brasileiro está aprendendo, após mais de 500 anos, a lidar com uma dimensão da realidade que sempre negou reconhecer. Neste processo haverá acertos e erros. Novos problemas também surgirão. Porém, já constitui um significativo avanço não ter de formular as velhas perguntas como se novas fossem. Precisamos, com urgência, de novos problemas.

Por fim, cabe frisar, conforme fora dito pela professora Dora Lúcia Bertúlio, que a boa política é aquela que persegue a sua própria finalidade. Perseguir a finalidade da política de ações afirmativas significa, frise-se, interferir em monopólios, questionar privilégios, acionar o incômodo, desestabilizar o que estava seguro. Obviamente, isto não ocorrerá sem resistências e dores, pois estes processos colocam em evidência esse Outro que insiste em esconder-se sob o manto da impessoalidade e do mérito, traduzido em privilégio que se quer, ainda que de forma modesta, dismantelar.

### **Mesa 1: A discriminação positiva e o direito administrativo**

Mediadora – Dra. Laura Astrolábio – Advogada do Sindicato dos Trabalhadores em Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Dr. Paulo Henrique Macera – Procurador da Câmara Municipal de Campinas/SP

Dr. Marcus Vinícius Furtado – Advogado e ex-presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB

#### **Dr. Paulo Henrique Macera**

Paulo Henrique Macera vem se debruçando sobre a delimitação do campo de atuação do direito administrativo inclusivo, definindo conceitualmente expressões como “ações afirmativas” e “discriminação positiva”, elaborando critérios que garantam a compatibilidade entre uma forma determinada de discriminação inclusiva e o princípio da igualdade.

O direito administrativo, ressalta, é um ramo em transição. Classicamente, ele está colado ao controle da ação do Estado, à regulação da relação entre os seus órgãos, bem como entre estes e os cidadãos. Nesse aspecto, ele se afirmava por uma espécie de negatividade, ou seja, era o disciplinamento de um “não-fazer”, a definição de formas de controle do exercício de um poder, tendo como sombra a experiência absolutista. Filho

direto da Revolução Francesa, o direito administrativo é expressão, portanto, do império da lei, a submissão das esferas de poder e seus representantes à ordem jurídica.

Contudo, o direito administrativo vem mudando, à medida em que se afastaram as condições objetivas que deram sentido a este tipo de configuração. A consolidação de regimes democráticos liberais em diferentes contextos, trouxe novos problemas e desafios para o Estado e suas instituições, expandindo o seu escopo de atuação. A constitucionalização do dever de tutela dos direitos fundamentais e difusos, neste aspecto, adentrou o raio de atuação estatal, obrigando este ramo do direito a atuar de forma positiva. Servem como exemplo o surgimento do direito urbanístico, das políticas destinadas às pessoas com deficiência, a política para os idosos, os programas destinados a viabilizar ou expandir o acesso de grupos específicos e vulnerabilizados a bens e serviços públicos essenciais. Ou seja, uma atuação estatal baseada em critérios ancorados num *discrimen* está amplamente difundida, social e politicamente aceita, e juridicamente acolhida pelos preceitos constitucionais.

Entende-se doutrinariamente que a igualdade se define pela necessidade de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”. Porém, a aplicação prática deste princípio, conforme ressaltado pelo palestrante, não é suficiente, dependendo de outros ramos do conhecimento que permitam aferir concretamente as desigualdades, suas dimensões, alcances e graus de incidência (Macera, 2016). Além disso, é necessário definir critérios e parâmetros que definam a juridicidade dos atos discriminatórios, garantindo que a isonomia não seja afetada. Isto exige do jurista um cabedal de conhecimentos e apreensões que vão além da doutrina jurídica e das disposições normativas que regulam as relações sociais e a atuação estatal. Afinal de contas, uma medida discriminatória tem por objetivo precípuo dirimir desigualdades inscritas no terreno concreto da realidade que necessita ser, portanto, conhecida e interpretada na forma complexa em que ela se enovela.

Dito isto, o que Macera pretende estabelecer e descrever são os parâmetros a partir dos quais se pode garantir a constitucionalidade de regimes jurídicos mais benéficos a determinados grupos, sobretudo em face do longo debate que a adoção de políticas de ações afirmativas com base em critérios de raça/cor produziu na sociedade.

É no debate sobre a distinção entre igualdade material e igualdade formal que a doutrina jurídica vem se debruçando sobre a adoção de regimes jurídicos mais benéficos a determinados grupos. A igualdade formal está inscrita na declaração abstrata da igualdade diante da lei, vedando, em nível concreto, a possibilidade de instituir discriminações arbitrárias. Todas as Constituições brasileiras adotaram esta principiologia, muito embora diversas disposições normativas e políticas estatais contribuíssem para reproduzir desigualdades socialmente existentes. Já a igualdade em sentido material está próxima da noção de justiça, ou seja, é expressão do desejo de dirimir situações desiguais no plano dos fatos, demandando uma atuação mais sofisticada, numa escala mais aproximada da realidade concreta. Construir isto, exige, contudo, uma série de mediações, ancoradas em saberes, técnicas e formas democráticas de construção do processo decisório.

Atualmente, a doutrina vem se debruçando sobre dois critérios que suportam ações públicas construídas para garantir a igualdade material: critérios socioeconômicos, terreno da justiça redistributiva, e a igualdade baseada em políticas de reconhecimento, onde se destacam as políticas de gênero, idade, orientação sexual, idade, etnia etc. O

primeiro critério está atrelado a uma perspectiva integradora, amplificando as possibilidades de que seguimentos excluídos, ainda que parcialmente, dos circuitos econômicos. O segundo critério tem por escopo o reconhecimento da diversidade e do modo como os sistemas discriminatórios contribuem para a exclusão de grupos específicos de lugares sociais, bens e serviços públicos.

Em suma, o palestrante destaca que igualdade material e formal são duas faces importantes de um principiologia que estabelece vedações (não é legítimo nem juridicamente aceitável estabelecer um regime jurídico diferenciado que amplifique desigualdades entre grupos, pois, *a priori*, todos são iguais diante da lei e devem assim ser tratados) e atuações positivas sobre situações desiguais que, tratadas como se iguais fossem, reproduzem as próprias desigualdades e as amplificam.

A Constituição Federal possui dispositivos que visam instituir e garantir tanto a igualdade material quanto a igualdade formal. Apenas a título de exemplo, a igualdade formal encontra expressão no art. 3º, inciso IV, no art. 4º, incisos V e VIII e no art. 5º, *caput*, incisos I, LXI e XLII; a igualdade material, nos arts. 3º, incisos I, II e IV, art. 5º LXXIV, LXXVI, art. 6º, art. 7º, art. 145, etc (Macera, 2016).

A tutela da igualdade material é realizada sob formas diversas. De um lado, através da suposição de uma igualdade que independe de condições particulares; de outro pela criação de sanções à violação do princípio da igualdade, que pode se dar de forma direta, via estabelecimento de multas e punições de natureza cível, administrativa ou penal. Outro nível destacado pelo palestrante é aquele que se dá de forma mais positiva, através de campanhas educativas e da publicidade, instrumentos através dos quais o Estado contribui para a formação dos indivíduos e grupos. Por fim, outro formato de intervenção estatal são as políticas de ações afirmativas, que estabelecem um regime jurídico diferenciado e mais benéfico para grupos específicos.

Alguns princípios são destacados pelo autor como elementos que garantem a juridicidade e a segurança jurídica, permitindo estabilizar as ações do Estado, uniformizando também o tratamento dispensado pelo Poder Judiciário a esse importante ramo de atuação estatal.

Do ponto de vista conceitual, “ação afirmativa”, segundo Paulo Henrique Macera, pode ser uma medida tomada tanto pelo Estado como por particular no sentido de incluir socialmente grupos e indivíduos. Prefere, diante disso, tratar das discriminações positivas, que seria, mais especificamente, a atribuição de um regime jurídico diferenciado com o objetivo de promover inclusão. São discriminações admitidas e/ou toleradas pelo ordenamento jurídico, inscritas em ações públicas, não-neutras, com o fim de promover inclusão social. Ela está inscrita em diversas agendas incorporadas pelo Estado brasileiro, a exemplo de políticas tarifárias diferenciadas para ampliar o acesso à energia elétrica, políticas de cultura construídas com a mesma finalidade, a institucionalização da assistência jurídica gratuita como um serviço público, temas associados à regulação do espaço urbano e a garantia de inclusão de pessoas com deficiência.

Dos critérios e princípios imprescindíveis para a garantia de constitucionalidade dos regimes jurídicos diferenciados, o palestrante destaca os que abaixo seguem:

- 1) Finalidade – o regime deve ter como finalidade genérica a inclusão social, podendo, em específico, promover um direito de acesso a lugares sociais, políticas e programas;

- 2) Objetividade – a norma precisa se pautar em critérios de generalidade, pois ela não pode ter por destinatário um indivíduo em específico. Ademais é necessário que esteja pautado em critérios transparentes e objetivos, garantindo-se a impessoalidade do processo;
- 3) Juridicidade do benefício – o benefício precisa ser compatível com o ordenamento jurídico;
- 4) Razoabilidade – a norma precisa ser razoável e proporcional ao problema que se deseja atacar com a ação pública. Este princípio se desdobra em três:
  - 4.1 – O regime jurídico precisa ser adequado, ou seja, apto à persecução do fim a que se propõe. Isto pode ser aferido em diferentes momentos, podendo ser prévia à ação inclusiva ou ao longo do processo, através da avaliação das medidas adotadas;
  - 4.2 – A necessidade ou subsidiariedade da medida – o regime jurídico sustentado na discriminação positiva deve ser adotado apenas se outras medidas universais não-discriminatórias forem insuficientes para atingir a finalidade inclusiva;
  - 4.3 – O regime precisa respeitar o princípio da proporcionalidade, decorrência da noção de igualdade material (tratar os desiguais desigualmente **na medida** em que se desigalam). Deve haver uma proporção entre a medida e os benefícios que ele produz. Por fim, deve-se evitar a onerosidade excessiva da medida, dado que outras provisões do Estado não devem ser atingidas;
- 5) Precisão – o regime deve abranger, o máximo possível, todos aqueles que são considerados excluídos, seja quanto ao acesso a um serviço público ou programa específico, seja quanto a medidas mais amplas voltadas ao combate às desigualdades. Deve-se garantir também que pessoas já incluídas não sejam atendidas por um regime mais benéfico, pois isso implicaria, ao fim e ao cabo, violar o direito de alguém que necessariamente ficará de fora do raio de atuação do Estado;
- 6) Deve-se, na medida do possível, identificar os fatores que engendram a desigualdade, fazendo com que o fator discriminatório seja uma resposta às causas daquilo que se pretende combater;
- 7) O regime diferenciado não deve produzir regressão social e econômica;
- 8) A temporalidade das medidas – algumas medidas devem possuir algum dispositivo que preveja algum tipo de condicionamento temporal, como revisões periódicas, aferição dos resultados etc. Algumas políticas, contudo, não necessitam de condicionamento temporal, dado que o elemento causador das desigualdades é perene.

Sobre o papel da lei e do ato administrativo na formulação de uma política de inclusão, o palestrante ressalta que não é necessário haver uma lei em sentido estrito para que a administração, através de seus próprios atos, adote medidas inclusivas. Ressalve-se, contudo, a necessidade de garantir a juridicidade da medida e o devido respeito aos direitos fundamentais.

Por fim, o palestrante ressalta a necessidade de respeitar os princípios do direito e do processo administrativo, como a transparência e a adoção de parâmetros objetivos de seleção que evitem insegurança jurídica ou a violação da impessoalidade. Quanto ao tema das consequências objetivas da autodeclaração que não atenda os critérios definidos pelas



bancas de verificação, o palestrante alerta que a legislação não define de forma peremptória que a negativa das bancas implica necessariamente na eliminação do candidato. Afirma que é possível pensar numa terceira opção, qual seja, o ingresso do candidato com declaração considerada inadequada na ampla concorrência.

**Dr. Marcus Vinícius Furtado** - – Advogado e ex-presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB

O palestrante foi presidente nacional da Ordem, signatário da ADC 41 quando ocupava tal cargo. Destaca a necessidade de resgatar e reescrever a história do negro no país e relembra Luís Gama, que atuou no século XIX ajudando a libertar inúmeros negros escravizados. Durante a sua gestão fora outorgada a Luís Gama a carteira de advogado, ato simbólico que retira deste a alcunha de rábula (título destinado àqueles que atuavam no mundo jurídico, mas não possuíam título formal). Foi também instituída, no âmbito da Ordem, a Comissão da Verdade da Escravidão Negra. Um dos resultados do diálogo com a Comissão da Verdade foi identificar que a lei 12.990/14 estava sendo declarada inconstitucional por vários juízes, alegando que ela violava o princípio da igualdade. Isto vinha ocorrendo, sobretudo, nos concursos públicos de nível superior, dentre eles, os certames para juiz e para o Ministério Público. Cotas apenas para concursos de nível intermediário era, portanto, o recado implícito que esferas elitizadas dos serviços públicos emitiam nessa matéria.

Em face desse problema, por sugestão de Humberto Adami, a OAB ingressou com a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 41, através da qual o Supremo se posicionaria em definitivo a respeito da constitucionalidade da matéria. Registre-se aqui a atuação do Ministro Ricardo Lewandovsky, que, quando presidente do CNJ, instituiu cotas para os concursos para os juízes no âmbito do Judiciário brasileiro.

O palestrante citou o art. 39 do Estatuto da Igualdade Racial, que prevê a adoção de medidas dirigidas à promoção da igualdade nas contratações do setor público, sem embargo da necessidade de adotar medidas de incentivo nas empresas e organizações privadas. Estes dispositivos cumprem uma obrigação que foi estabelecida em 1968, quando o Brasil tornou-se signatário de uma Convenção contra todas as formas de Discriminação Racial. Ou seja, o Brasil está cumprindo, com elevado atraso, algo que se propôs a construir mais de 30 anos atrás.

O objetivo principal da ADC foi, além de pacificar a jurisprudência quanto à legalidade da lei de cotas, dirimir dúvidas a respeito da constitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da lei 12.990/14, que estabelece a exclusão do candidato do certame ou mesmo do cargo, caso seja constatada declaração falsa no processo de autoidentificação. O Ministro Barroso, em seu voto, declarou que é constitucional a adoção de medidas orientadas para o combate às fraudes desde que respeitadas a dignidade da pessoa humana e o direito à ampla defesa e ao contraditório. O Supremo construiu, portanto, as balizas legais do debate e agora é a própria experiência com a aplicação da legislação que irá indicar a melhor forma de cumprí-la e garantir a sua eficácia.

## Mesa 2 – A lei 12.990/2014 e o papel do judiciário e do MP

Mediador: Antonio Teixeira – Pesquisador do Ipea

Dr. Roger Raupp Rios – Desembargador – Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4

Dr. Sérgio Ricardo – Juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e ex-conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

### **Dr. Roger Raupp Rios – Desembargador – Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

Avançou-se muito no debate sobre a questão racial nos últimos anos. A missão do Judiciário, contudo, antes de tudo, é aplicar a lei. Temos a Constituição que incorpora um mandamento anti-racista não só na área criminal, mas nas áreas cível, administrativa, educacional, cultural etc. A Constituição e a legislação sob o seu crivo também censuram a discriminação em suas diversas manifestações (direta ou intencional, indireta ou institucional/sistêmica). A discriminação indireta, frise-se, é o alvo precípua das ações previstas na lei 12.990/14, que envolve a garantia de acesso a lugares sociais que foram historicamente negados à população negra.

A lei 12.990 estabeleceu que ficam reservadas, a partir da sua vigência, 20% das vagas nos concursos públicos para cargos efetivos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Outros órgãos, contudo, vêm adotando uma redação mais avançada, a exemplo da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, que ao estabelecer *pele menos* 20% das vagas, explicita que o piso da política não é o seu teto. Além da Resolução do CNMP, o palestrante destaca ainda a publicação da Resolução do Conselho Nacional de Justiça e a Orientação Normativa n. 03 do MPOG como importantes instrumentos que balizam juridicamente a matéria.

Roger Raupp frisa, contudo, que quando pensamos na atuação do judiciário devemos lembrar não apenas da aplicação da lei, mas da sua aplicação eficaz, no sentido de garantir a aplicação concreta dos direitos fundamentais. O Judiciário deve, para isso, se capacitar enquanto instituição, concretamente identificado em seus membros, construindo capacidades ampliadas de perceber o racismo e suas dinâmicas. Isto só é possível, segundo o palestrante, através da adoção de políticas de ações afirmativas em todas as suas instâncias internas. Isso, em si, já significaria um grande avanço no sentido de reformar-se, enegrecendo os quadros do Judiciário em sua totalidade.

Contudo, que caminhos seguir em face do que já está surgindo? O que fazer diante da autodeclaração e que critérios devemos utilizar para legitimar a heteroidentificação? A legislação fala de raça e cor, remetendo-nos ao critério utilizado pelo IBGE. A lei 12.990/2014 fala também da constatação de declaração falsa, assumindo assim que existem critérios externos à autodeclaração que podem, de alguma forma, ser aferidos.

A Resolução 203 do CNJ basicamente copia os dispositivos da lei 12.990/14 e não inova, salvo pela explicitação no art. 5º da presunção de veracidade com a possibilidade de constatação de declaração falsa. A Resolução 170 do CNMP, por sua vez, é mais detalhada e inova em relação ao texto da lei 12.990. Os *considerandos* da resolução do

CNMP já trazem elementos da ADC 41, repetindo expressões utilizadas na ação declaratória. O acórdão da ADC 41 expressa que, além da autodeclaração, podem ser utilizados critérios subsidiários de heteroidentificação, respeitada a dignidade dos indivíduos. Fala ainda que a declaração necessita de confirmação, primordialmente baseadas no fenótipo e subsidiariamente de outras fontes que auxiliem na identificação do candidato. Fala ainda que a comissão de verificação deve ter diversidade de gênero e cor, podendo a decisão ser tomada por maioria.

A Orientação Normativa n. 03 do MPOG, por sua vez, fala de métodos de verificação da veracidade, bem como formas e critérios relacionados apenas aos aspectos fenotípicos. Há, portanto, uma variedade de formas, métodos e critérios de aferição reconhecida pela normatividade existente.

Existem, portanto, alguns grupos de aplicações da lei: um primeiro tem o seu forte critério baseado na autodeclaração, cujo suporte jurídico é a Convenção 169 da OIT, componente do sistema internacional dos direitos humanos; um segundo grupo defende a autodeclaração com presunção de veracidade, podendo, portanto, ela ser verificada e constatada; outro grupo é mais incisivo ao afirmar que é preciso e necessário aferir a veracidade, confirmando ou não a autodeclaração.

O palestrante destaca que não há contradição entre a presunção de veracidade e a necessidade de aferição. Ou seja, é possível presumir a boa-fé do candidato, mas submetê-la ao crivo de uma comissão, cujos critérios de aferição definirão em concreto quem é o destinatário da política. Nem sempre esses critérios são percebidos no nível dos indivíduos, pois a identificação pessoal está atravessada por relações múltiplas e contextos que, a despeito de conformarem formas de subjetivação do pertencimento étnico-racial, não necessariamente refletem a exposição desses corpos a processos discriminatórios, que é a finalidade última da política.

Roger Raupp fala ainda que a heteroidentificação, portanto, tem por função precípua não só afastar possíveis não beneficiários, mas evitar a desmoralização política da própria política de cotas, dada a resistência de diversas forças sociais às ações afirmativas. Ante a ausência de sucesso das impugnações tentadas no âmbito judicial, a desmoralização política é sempre um instrumento à disposição dessas forças.

Quanto aos critérios, é necessário lembrar que não há uma verdade objetiva ou científica sobre o fenótipo e as identidades a elas relacionadas. O negro, enquanto sujeito subordinado, é produzido numa relação social e é somente através desta que a atribuição de valores e qualidades a um padrão fenotípico ganha sentido. Sendo assim, esta identidade pode variar no espaço social, motivo pelo qual a lei, quando fala da diversidade das bancas de verificação, defende que entre os seus membros deve haver não apenas uma diversidade de gênero e cor, mas de naturalidade. Este item mostra que a legislação reconhece o caráter contextual a partir do qual a identidade de raça/cor se forma.

A heteroidentificação é o momento de afirmação desta autocompreensão dos sujeitos a respeito de sua identidade, das percepções que ele carrega a respeito de si mesmo. Neste sentido, o método produz um amadurecimento institucional inscrito numa experiência que envolve tanto as bancas como o sujeito que é convocado para se declarar diante de outrem. O contexto, portanto, ganha primazia em face de um processo isolado e concentrado de identificação no plano dos indivíduos. Não havendo fórmulas rígidas, fixas e verdadeiras, esse é um método que permite acumular politicamente em uma pauta complexa.

**Dr. Sérgio Ricardo – Juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e ex-conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP**

Dr. Sergio Ricardo conta em detalhes como foram formuladas as resoluções do CNJ e do CNMP, destacando que elas foram originadas da mesma proposta inicial. Ambas tiveram de esperar o momento mais propício nos respectivos colegiados para que fossem aprovadas. Uma das novidades trazidas pelas resoluções foi o dispositivo que determina a aplicação de, no mínimo, 20% das vagas nos concursos.

Ressalta também que o principal desafio agora é o da aplicação da lei, sobretudo se considerarmos a diversidade de certames nos diferentes níveis do aparelho institucional brasileiro. Aqui ele destaca que são os critérios de validação da autodeclaração o grande dilema da política que precisa ser encarado e resolvido. Sem isto, as fraudes recorrentes ficariam sem resposta e a desmoralização da política, uma possibilidade concreta.

Outro desafio apontado pelo debatedor é o de que é comum nos juízos de primeiro grau, os juizes, atuando como intérpretes, rediscutirem as razões dos legisladores que determinaram a aplicação de um percentual de vagas reservadas nos concursos públicos. Esta tendência vem diminuindo em face das decisões do STF em sede da ADPF 186 e da ADC 41.

**Mesa 3 – A diversidade no serviço público à luz dos princípios constitucionais**

Mediadora – Dra. Silvia Souza- Advogada da Educafro

Dra. Indira Quaresma – Procuradora Federal – Advocacia-Geral da União - AGU

Dr. Adilson Moreira – Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Dra. Indira Quaresma – Procuradora Federal – Advocacia-Geral da União - AGU**

Kofi Annan disse certa vez que em todo o mundo minorias étnicas são desproporcionalmente afetadas em indicadores sociais, políticos e econômicos diversos. Estão sub-representadas nos espaços de poder e decisão e sobrerrepresentadas nas prisões, estatísticas de pobreza e mortalidade. Minorias têm menos acesso a direitos e serviços públicos.

O Brasil é, contudo, um país diferente: nossa minoria é também maioria e a política de cotas, neste aspecto, é apenas um dos tantos instrumentos disponíveis agenciados para diminuir esta contradição. Embora o Supremo já tenha se pronunciado duas vezes a respeito desta matéria, reconhecendo a sua constitucionalidade, os problemas não estão resolvidos, porque a exclusão completa do negro foi obra consciente de grupos e indivíduos, dilatada no tempo e no espaço.

A emancipação social e política do negro é obra lenta e longínqua obstaculizada pela naturalização de sua subalternização, de sua morte e de seu encarceramento. As consequências do racismo falam alto e não se resolve apenas punindo aquele que acomete um crime ou que produz e reproduz racismo em outras escalas e formas mais sofisticadas de discriminação.

A questão racial se desdobra em duas grandes áreas. Nas áreas duras a cor assume importância, ao passo que nas áreas moles ela é menos formativa e informativa. As áreas duras são a educação, o trabalho e o mercado matrimonial; as áreas moles, a cultura, o lazer e a religião. Carlos Hasenbalg dizia que é na relação complexa entre mercado de trabalho, família e educação que se define os lugares sociais dos indivíduos. O negro, destituído estruturalmente das condições ideadas pela sociedade como molas propulsoras da integração social, tem nessa articulação não só os elementos que justificam ideologicamente a sua marginalização, como o uso estratégico de sua condição como explicação do centro do poder.

Na ADC 41, o Ministro Ricardo Lewandovski lembrou que foi durante sua gestão à frente do CNJ que realizou-se um Censo do Poder Judiciário. O Censo apontou que apenas 1,4% dos juízes eram pretos e 14% pardos. Estes dados, em círculos diversos, são usados para reforçar o estigma da incompetência negra. O racismo opera, assim, em cima do desmantelamento de qualquer possibilidade de autoestima, desde a primeira infância até a fase adulta.

A representatividade perseguida pela lei de cotas possui duas faces: de um lado ela acena para os negros declarando implicitamente um “eu posso”, “você é capaz”, “você tem direito”; a outra se volta para o branco, dizendo que o “negro pode”, “o negro é capaz”, “o negro tem direito”. Trata-se, pois, da abertura de outro modelo possível de “sucesso”, entendendo-se por sucesso o exercício da liberdade, tradução da normalização do prazer nas conquistas cotidianas, da possibilidade de escolher trajetórias, do acesso a bens fundamentais e supérfluos e do amor. Cotas, portanto, acenam para um novo rumo, para um futuro eternamente adiado a pelo menos 130 anos.

### **Dr. Adilson José Moreira - Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie**

Dr. Adilson abordou dois tópicos bem presentes no debate sobre ações afirmativas: a discriminação e a mestiçagem. Ao fim, abordou as implicações constitucionais da utilização destes dois termos no contexto desse debate.

Em matérias jornalísticas, debates públicos, sentenças judiciais ou qualquer fórum debruçado sobre a política de cotas está lá presente o termo “discriminação”. Alguns afirmam que ações afirmativas são práticas discriminatórias contra brancos; outros alegam que são práticas discriminatórias contra os próprios negros, dado que impõem a estes um estigma; outros alegam que cotas e ações afirmativas são discriminatórias porque promovem uma racialização da sociedade brasileira, pois ao impor às pessoas a necessidade de se identificar num sistema de classificação, o Estado cria a comunidade que antes não existia.

A palavra discriminação tem implicações constitucionais significativas: diversos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro asseveram que a discriminação é incompatível com o princípio da igualdade. Contudo, quando lemos decisões, artigos e matérias ninguém fala o que é discriminação. Os mais sofisticados dizem que discriminação é o tratamento intencional e arbitrário dispensado a um grupo ou indivíduos representados de forma negativa. Esta seria a discriminação direta e, embora nem sempre explícita, é esta caracterização que circula majoritariamente

em artigos, sentenças e matérias de jornal que se propõem tratar sobre o tema de forma um pouco mais sofisticada.

Há outras formas e sentidos para o termo discriminação, contudo. A ideia de discriminação, as formas pelas quais ela se realiza e os mecanismos necessários para coibi-la são muito mais abrangentes do que a discriminação direta faz supor. Algumas teorias são relevantes para esse debate.

A primeira teoria trata de discriminação em sua forma negativa, ou seja, é o tratamento arbitrário de um grupo a partir de critérios, estereótipos e julgamentos morais negativos. De outro lado, temos a discriminação positiva, que consiste numa ação estatal que objetiva promover inclusão de grupos em situação momentânea ou durável de vulnerabilidade. Ao fazê-lo, o Estado está classificando pessoas a partir de determinados critérios. Há, porém, uma acepção comum que entende discriminação apenas sob a perspectiva moral, enquanto atribuição de estigmas a grupos que acarretam desvantagens sociais. Ora, o Estado quando discrimina negros reconhecendo seu direito a um regime jurídico diferenciado, não o faz, portanto, no sentido de realçar estigmas ou reproduzindo desvantagens, mas age respondendo ao que estes estigmas e práticas sociais produziram concretamente.

Outra teoria relevante é o da discriminação indireta. Nesta não é necessário que aja intencionalidade de alguém ou um grupo específico para a produção de desvantagens. Ela ocorre, sobretudo, quando uma prática ou norma produz efeitos desproporcionais sobre um grupo que já enfrenta situações de desvantagem. Quando a administração pública elimina, portanto, programas direcionados a grupos em situação de desvantagem, ela concorre para a produção indireta de discriminação.

Outra corrente foi desenvolvida ao longo dos últimos 20 anos por estudiosos norte-americanos e trata especificamente da discriminação organizacional. Essa teoria surge através da demanda de empresas que implementaram ações afirmativas, mas que, após avaliações internas, concluíram que os espaços de poder não se alteraram. Aqui aparecem duas ordens de problemas: a discriminação inconsciente e a cultura institucional.

Ora nós operamos sempre a partir da categorização, generalização e classificação daquilo que vemos, sentimos e experimentamos, segundo Adilson. Ou seja, nós ordenamos o mundo e a sua multiplicidade de estímulos conferindo um sentido a ele à base de nossa experiência anterior. O estereótipo, neste esquema, seria uma falsa generalização que conforma esquemas mentais. Internalizado, estes esquemas passam a modular subjetividades no plano consciente e no plano inconsciente.

Dentro do contexto de um emprego, de uma entrevista para um cargo, isto atua de forma às vezes sorrateira para quem entrevista, mas evidente para quem é entrevistado. Diante de uma situação em que candidatos negros e brancos se candidatam, as percepções e exigências destinadas a cada um deles são de ordens distintas. Assim, sotaques, vestes, cabelo e elementos de ordem moral, só para ficar em alguns exemplos, não têm qualquer significação para os brancos, mas são muito relevantes quando se está diante de negros.

Outro elemento importante é a cultura institucional. Toda instituição tem um padrão de funcionário ideal. Em regra, ele é o homem, branco, heterossexual, classe média, preferencialmente, loiro de olhos azuis. Ainda que isto não esteja declarado, instituições exigem características ideias de seus funcionários que são culturalmente associadas apenas a sujeitos que não tiveram em sua experiência de vida uma prática

discriminatória atuando contra as suas próprias possibilidades de desenvolvimento pessoal. Somente aqueles estimulados desde a tenra infância a assumirem características atribuíveis a este sujeito ideal pode ocupar tais cargos, motivo pelo qual é possível afirmar, em larga medida, que todas as instituições reproduzem em seu interior formas diversas de discriminação.

Há uma teoria também que fala da discriminação intergeracional. Quando membros de um grupo de uma geração sofrem processos de exclusão social, isto, de alguma forma, é transmitido para as gerações futuras, num círculo vicioso que tende a tornar rígida a desigualdade e pouco plausível a possibilidade de ascensão social. Do outro lado deste processo, estão aqueles que não tiveram nenhum óbice ao seu desenvolvimento pleno e que têm as suas possibilidades de escolha alargadas pelo privilégio implícito à transmissão de riqueza material de uma geração a outra. Isto impacta, por exemplo, até mesmo os setores médios da população que, tendo experimentado alguma mobilidade social, continuam vulneráveis aos ciclos da atividade econômica, já que não possuem patrimônio que sustente suas posições sociais.

O privilégio, portanto, é uma forma explícita de violência, opressão histórica exercida contra sucessivas gerações de indivíduos que compõem um grupo social. As cotas, neste sentido, são medidas reparatórias voltadas à persecução de uma justiça histórica.

Um dos argumentos muito utilizados em ações judiciais contrárias às políticas de ações afirmativas é o de que ações anti-discriminatórias deveriam se dirigir apenas a indivíduos. Contudo, ressalta Adilson Moreira que mecanismos discriminatórios se dirigem à identidade de grupos sociais e esta interpretação encontra ressonância no art. 3º da Constituição Federal que, ao prever enquanto objetivo da República a promoção do bem de todos, ressaltou que elementos de origem, raça, sexo, cor e idade não são toleradas.

Outro argumento muito utilizado no debate sobre a política de cotas é o da miscigenação. Afinal de contas, como implementar este tipo de política se não sabemos quem são os seus beneficiários? A miscigenação do povo brasileiro, segundo os críticos das ações afirmativas, teria produzido uma sociedade harmônica, racialmente democrática. Insistir nas cotas raciais significaria fragmentar uma sociedade, alterar as formas pelas quais pessoas interagem entre si, violar o princípio de igualdade e racializar um tecido social em que este marcador não teria força estruturante de identidades.

Ora, alerta o debatedor que, embora a população brasileira seja miscigenada, o poder econômico, o poder político, a academia e tantos outros espaços sociais de prestígio são racialmente homogêneos. A homogeneidade racial do grupo que controla as estruturas de poder, a renda e a riqueza socialmente produzida justificam, em si, as cotas em concursos públicos.

As características fenotípicas, neste aspecto, atuam como elemento que influencia trajetórias e acessos, fazendo da experiência branca um produto de escolhas e da experiência negra uma luta permanente pelas possibilidades de poder desejar. Para tanto, o debatedor se valerá do conceito de diversidade em sua face substantivada, inspirada na teoria norte-americana da administração pública em defesa da miscigenação das estruturas de poder.

Aqui a ideia de diversidade ganha conotação substantivada. A Suprema Corte norte-americana encontrou na ideia de diversidade o esteio das ações afirmativas. Ela não

significa, contudo, colorismo, mas a inscrição do pluralismo democrático no processo decisório. Em outros termos, todos os grupos sociais devem estar devidamente representados nas estruturas de poder. A diversidade cumpriria, portanto, o papel ideado de dimensão material da própria democracia enquanto projeto.

A diversidade também é a forma de materializar o princípio do interesse público e o princípio da eficácia através das cotas. Ela garante a participação política e a integração social que compõem o interesse público. Garante a eficácia na medida em que, ao contar entre seus quadros com agentes públicos diversos, o Estado torna-se mais competente para a atuação em situações específicas e heterogêneas. Ela também garante a meritocracia, entendendo esta como a capacidade para atender os interesses dos grupos sociais diversos que compõem uma sociedade. Neste sentido, a meritocracia deixa de ser um governo dos melhores e passa a assumir a condição de instrumento de legitimação democrática.

Por fim, Adilson cita outra teoria importante, que é a da discriminação através da microagressão, formulada por Chester Pierce, psiquiatra negro que escreveu esta tese em 1972. O racismo é dinâmico e se desenrola também a partir de microagressões – manifestações de ódio, desprezo ou condescendência cotidiana que não chegam a gerar processo judicial. Isto está inscrito nas formas cotidianas de discriminar pessoas, de negar a elas aquilo que é oferecido a outrem, de invalidá-las. Isto também está presente na cultura institucional que determina quem sobe e quem desce na escala do poder.

#### **Mesa 4 – O destinatário da política**

Mediador: Dr. Antônio Teixeira – Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA

Painel: O sistema classificatório do Instituto Nacional de Geografia e Estatística -IBGE  
– Leonardo Athias

Dra. Ana Carolina Roman – Procuradora da República – Ministério Público Federal -  
MPF/DF

Dra. Allyne Andrade – Advogada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais -  
IBCCRIM e Doutoranda pela Universidade de São Paulo - USP

#### **Dr. Leonardo Athias – pesquisador do IBGE**

O sistema de classificação de cor/raça do IBGE tem possibilidades e limites e a sua definição, em última instância, é uma escolha entre tantas possíveis. Pois classificar é escolher de que forma iremos contar uma população e elaborar indicadores a seu respeito.

O Brasil assumiu compromissos relevantes neste quesito, a exemplo da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, em 2001, cujo programa de Ação prevê a necessidade de instituir políticas e práticas de coleta de dados que subsidiem e visibilizem estudos e pesquisas referentes à questão racial (IBGE, 2011). Um dos elementos relevantes para o



aprimoramento das formas de contagem é a revisão da metodologia utilizada pelos órgãos estatísticos, motivo pelo qual o IBGE realizou em 2008 a Pesquisa das Características Étnico-Raciais da População. Nesta pesquisa foi selecionada uma unidade da federação por região para a realização da pesquisa de campo, sendo selecionados os Estados do Amazonas, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Distrito Federal.

A “raça” é uma categoria socialmente construída, que só existe em face de um sistema de hierarquização e valoração das diferenças. Por esse motivo, pode-se dizer que só faz sentido falar de raça a partir de uma relação. Sendo assim, esta categoria assumirá diferentes sentidos em diferentes contextos. Enquanto sistema de relações, a raça, embora não tenha existência ontológica, identifica, hierarquiza, classifica, prioriza ou subalterniza em face do outro, que passa também a se inscrever no polo oposto desse mesmo registro político.

O Manual para Censos Populacionais das Nações Unidas estabelece que os países podem medir a etnicidade de sua população interna a partir de conceitos e variáveis diversas como a ancestralidade, a origem, a identidade, origens culturais, nacionalidade, raça, cor, situação de minorias, tribo, língua, religião ou mesmo esses conceitos combinados de forma variada. No Brasil, optou-se pelo uso dos critérios de raça/cor, tanto em face do peso da escravidão no processo de formação do país, como pelos fluxos migratórios de estrangeiros que receberam estímulos do Estado para deslocar-se. Isto foi fundamental para visibilizar estes grupos, pois o que não é medido não é visto, ao menos em termos político-burocráticos.

A rigor, todo sistema de classificação pode servir a propósitos múltiplos e são estes que irão orientar, de uma forma ou de outra, a sua capacidade e possibilidade de uso. Alguns países, por exemplo, podem investigar o pertencimento étnico-cultural através de uma variedade de conceitos e critérios, considerando a cultura, a nacionalidade, a raça, a cor, a língua como elementos definidores de identidades. No Brasil o sistema de classificação de raça/cor, conquanto possua limites, permitiu lançar no debate público a dimensão das desigualdades ancoradas no sistema discriminatório. E foi através do manuseio deste sistema que políticas de promoção da igualdade racial conseguiram ganhar espaço na agenda do Estado.

Desde 1872 o Brasil coleta informações referentes à identidade racial. Este recenseamento foi um esforço de contagem da população. Naquele período foram recenseados todos os domicílios, particulares e coletivos. A população foi caracterizada de acordo com a sua cor, sexo, estado de liberdade (livre ou escravo), estado civil, nacionalidade, ocupação e religião. Os termos utilizados neste recenseamento eram branca, preta, parda e cabocla para a população livre e preta e parda para a população escravizada. Em 1890 o termo pardo foi substituído por mestiço. Após um período sem aplicação, em 1940 o quesito passa a constar novamente no Censo.

A atual categorização, conforme se pode observar na tabela 1, existe apenas a partir de 1991, quando foi inserida a categoria indígena no rol de opções. Em sua história, porém, o sistema de classificação foi alvo de controvérsias e questionamentos de distintas ordens: de um lado havia aqueles que defendiam a inexistência de raças; de outro os que apregoavam que vivíamos numa democracia racial, motivo pelo qual coletar o quesito seria uma forma de racializar uma população em que esta categoria não faria sentido. Fato é que os dados foram coletados em 1872 e 1890, desapareceram nos Censos de 1900 e

1920, voltando a ser coletados apenas em 1940. Em 1970, o quesito foi retirado do Censo, voltando ao questionário de 1980 em diante.

Os dados do Censo mostram que até 1940 cresceu o número de pessoas autodeclaradas brancas (63,5%), resultado de uma política oficial do Estado que fez do embranquecimento da população um dos pilares do seu desenvolvimento. A partir daí, porém, ela perde posição relativa no conjunto da população, representando 47,7% da população em 2010. Já a população autodeclarada preta perdeu posição relativa no conjunto da população entre 1940 e 1991, quando voltou a crescer. Parte significativa da população negra se autodeclara parda, extrato que representa 43,1% do universo populacional.

**Tabela 1 - Distribuição percentual da população residente por cor ou raça nos Censos demográficos - Brasil 1872/2010**

Ano	Cor ou raça					
	Branca	Preta	Amarela	Parda	Indígena	Ignorada
<b>1872 (1)</b>	38,1	19,7	-	38,3	3,9	-
<b>1890 (2)</b>	44	14,6	-	32,4	9	-
<b>1900 (3)</b>	-	-	-	-	-	-
<b>1920 (3)</b>	-	-	-	-	-	-
<b>1940</b>	63,5	14,6	0,6	21,2	-	0,1
<b>1950</b>	61,7	11	0,6	26,,5	-	0,2
<b>1960</b>	61	8,7	0,7	29,5	-	0,1
<b>1970 (3)</b>	-	-	-	-	-	-
<b>1980</b>	54,2	5,9	0,6	38,8	-	0,4
<b>1991</b>	51,6	5	0,4	42,4	0,2	0,4
<b>2000</b>	53,4	6,1	0,5	38,9	0,4	0,7
<b>2010</b>	47,7	7,6	1,1	43,1	0,4	0

Notas: (1) em vez de indígena, foi utilizado caboclo.

(2) em vez de "parda", foi utilizado "mestiça" e, em vez de indígena, "cabocla".

(3) Não foi levantada informação de cor ou raça.

Fonte: Adaptado de PETRUCCELLI, 2007, p. 83.

O IBGE realizou algumas pesquisas para averiguar a consistência do sistema adotado pelo IBGE em 1976, em 1998 e em 2008 (Pesquisa das Características Étnico-raciais da População). Esta última fora realizada em 6 unidades da Federação, dando resultado a duas publicações pelo Instituto. Em 2016 foi feita mais uma pesquisa-teste como preparação para o Censo de 2020, focada basicamente na questão dos amarelos, que tiveram um aumento na autodeclaração no Censo de 2010. Também está sendo realizada uma pesquisa-teste com comunidades quilombolas neste ano, em virtude da crescente demanda pelo mapeamento de comunidades tradicionais. Além disso, deverá ser publicado em dezembro o panorama de indicadores sociais, com um capítulo destinado ao quesito cor/raça e outro aos grupos indígenas.

O IBGE instrui o recenseador a preencher o questionário da seguinte forma: branca, para a pessoa que se declarar branca; preta, para a pessoa que se declarar preta; parda, para a pessoa que se declarar mulata, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com

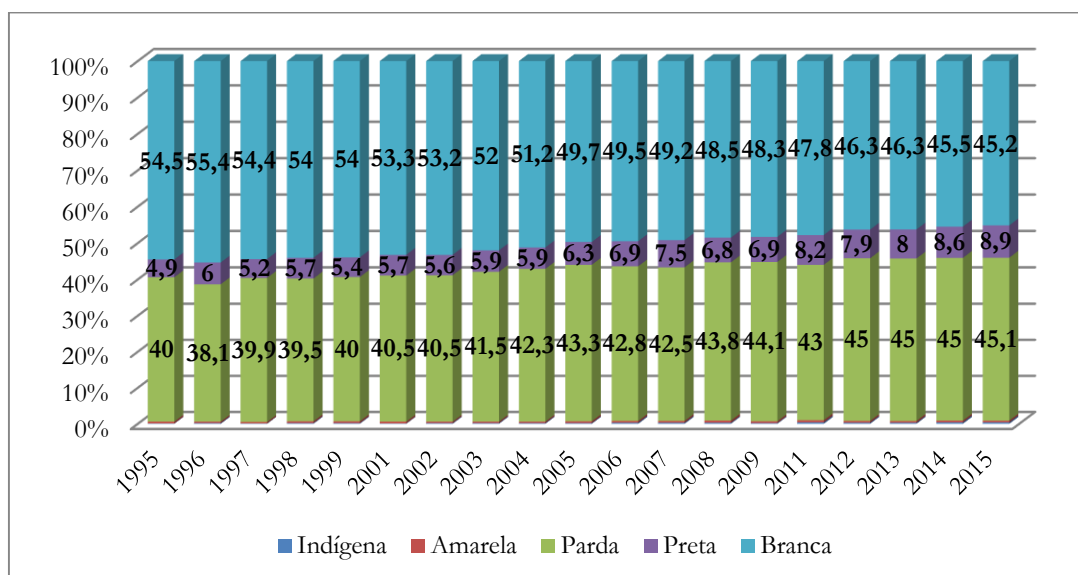
peessoa de outra raça/cor, além da pessoa que se declarar como parda; amarela, para a pessoa que se declarar de cor amarela, de origem japonesa, chinesa, coreana etc; indígena, para pessoas que se declaram indígena ou índia, não importando se vivem em terra indígena ou fora dela.

Vale recordar que, para autores como Antônio Sergio Guimarães, as declarações múltiplas de cor são representações metafóricas do conceito de raça. Para Lilia Moritz Schwartz, cor é dublê de raça, e classe social, matéria de múltiplas negociações (Schwarcz, 2011). Porém, o mesmo autor considera que a autoclassificação de cor da população pode efetivamente não encontrar referente no sistema adotado pelo IBGE o que não invalidaria o seu uso, pois, na prática, o legislador, ao propor um sistema de classificação, cria ele mesmo uma comunidade sobre a qual pretende legislar, fazendo incidir sobre esta a condição de sujeito de direito.

Conquanto seja aparentemente arbitrária tal escolha, é necessário lembrar que isto vale para todas as políticas públicas, inclusive aquelas que medem a pobreza a partir de sua dimensão estritamente monetária. Isto porque o Estado, em regra, tem como seu público-alvo um sujeito abstrato, cuja concretude, para ser tocada, requer mediações que ele, em regra, não realiza. Ora isto implica dizer que a ação pública está, em larga medida, suportada em convenções/escolhas que não estão submetidas ao crivo verdade/mentira, como pretendem certas perspectivas moralizantes da ação pública. A eficácia da ação estatal é derivação dos próprios termos a partir do qual a lógica abstrata se impõe internamente. Ou seja, não são necessariamente os sujeitos no nível concreto que medem e/ou legitimam uma política, mas aquilo que os indicadores, uma métrica que abstrai individualidades, apontam. A lógica da ação pública, portanto, é, em regra, circular. Não é algo externo à sua própria lógica e formas de registro que aferem a sua eficácia.

O gráfico 1 mostra que nos últimos anos vem crescendo o número de pessoas autodeclaradas pretas e pardas e este crescimento não se explica por razões demográficas, mas por um movimento de reclassificação da população. Esta reclassificação está ancorada, sobretudo, na valorização da identidade negra e da associação desta identidade ao exercício de um direito.

**Gráfico 1 - Distribuição da população residente por cor ou raça - Brasil**



Nota: Excluídas pessoas sem declaração de cor ou raça.

Nota: Dados de 1995 a 2003 não incluem a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 1995/2005.

Pesquisa realizada pelo IBGE em 2008 (PCERP) aponta que a declaração de pertencimento racial é uma prática já bem consolidada entre a população. De acordo com a pesquisa, 96% da população entrevistada soube dizer a própria raça/cor. Além disso, 64% da amostra afirmou que cor ou raça são categorias que influenciam a vida das pessoas no Brasil. Uma pergunta aberta mostrou também que no total foram utilizados 80 termos diferentes para a variável. Porém, 95% dos termos utilizados concentravam-se nas 5 categorias do IBGE. A pesquisa constatou ainda um crescimento considerável da categoria negra, que representava 0,1% na PNAD de 1976, passou para 3,1% na PME de 1998 e 7,8% na PCERP de 2008. Ressalte-se, porém, que as pesquisas não são necessariamente equiparáveis, pois as suas coberturas foram bem diferentes.

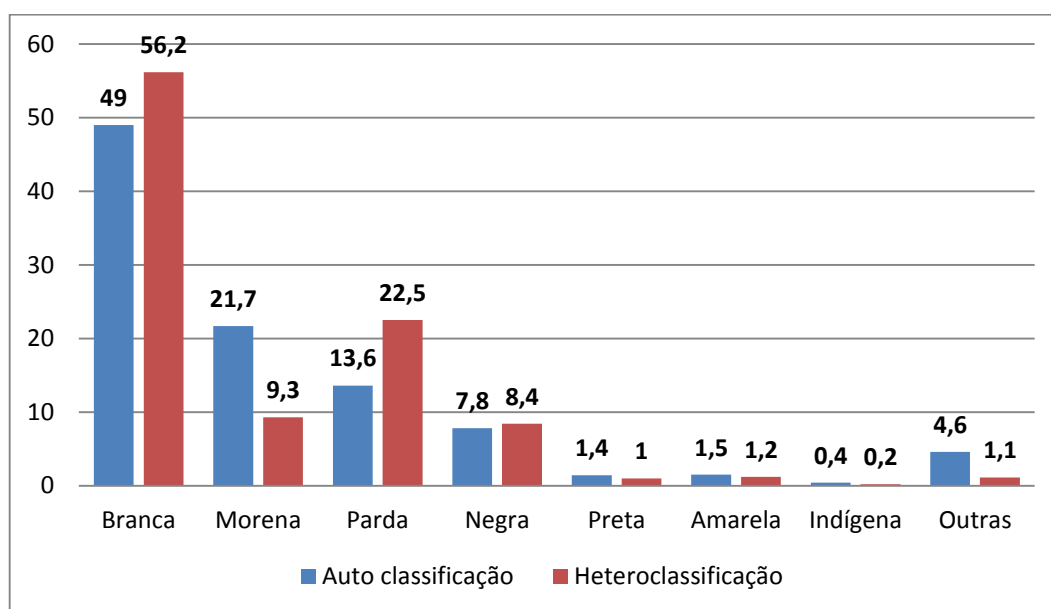
Quando perguntadas sobre a forma como as pessoas definem a cor ou raça, 82,3% da amostra apontou a cor da pele e 57,7% os traços físicos como elementos determinantes. Outros 47,6% apontaram a origem familiar e os antepassados e apenas 27% identificaram a origem socioeconômica ou de classe. Quando perguntadas sobre os critérios que elas utilizam para definir a sua identidade racial, 73,8% declararam se basear na cor da pele e 61,6% a origem familiar e os antepassados e 53,5% os traços físicos. Este dado indica que tanto na auto quanto na hetero-identificação os critérios utilizados pelos indivíduos são semelhantes, com algum peso maior para a origem familiar como critério utilizado pelos respondentes quando se referem a si mesmos.

Quando perguntados sobre a origem familiar, alguns dados relevantes surgiram: 31,3% dos respondentes não possuíam informação sobre a sua ascendência, 43,5% disseram ser de origem europeia, 21,4% de origem indígena e 11,8% de origem africana. Aqui vale destacar que o desconhecimento a respeito da ascendência da população negra é um dos subprodutos da escravidão e do racismo. De um lado por que a destruição dos

vínculos familiares, a expropriação da língua e do nome foram elementos característicos do escravismo. De outro, porque toda a historiografia nacional foi contada sob a perspectiva dos “vencedores”. Além disso, mesmo em famílias formadas a partir de múltiplas origens é a matriz europeia aquela sobre a qual se instituíram mecanismos públicos e iniciativas particulares de preservação da memória. Apenas em período recente a história dos grupos negros, famílias e indivíduos negros vem sendo reescrita contrapondo a história oficial e seus silêncios.

Frisa também Leonardo Athias que, ao contrário do que circula no senso comum, as pesquisas domiciliares do IBGE combinam autoclassificação e heteroclassificação. Esta última é aplicada quando os moradores de um domicílio estão ausentes. O gráfico abaixo aponta uma semelhança, em grande medida, entre as formas “auto” e “hetero” de identificação, com as maiores variações concentradas no grupo dos pardos e morenos.

**Gráfico 2 – Distribuição percentual de pessoas de 15 anos ou mais de idade, por cor ou raça, segundo a forma de classificação de cor ou raça - 2008**



Nota: Foram agregadas 7 categorias mais frequentes de cor ou raça declarada de forma espontânea. Resultados referentes à soma da população de Amazonas, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Distrito Federal.

Fonte: IBGE, Pesquisa das características étnico-raciais da população, 2008.

O gráfico acima aponta também que estamos diante da coexistência de diferentes sistemas de classificação. De acordo com Edward Telles, existem três sistemas principais de classificação com ampla circulação social no Brasil, quais sejam:

- 1) O sistema do IBGE, já consolidado e aplicado em pesquisas domiciliares e censos, composta por cinco categorias possíveis de identificação;
- 2) O sistema utilizado rotineiramente pelas pessoas, em que se faz uso tanto de categorias institucionalizadas quanto de formas de identificação pessoais;

- 3) Por fim, o sistema de classificação que vem ancorando os estudos e as análises de política pública, que soma pessoas pretas e pardas para identificar a população negra. Ela é atualmente utilizada tanto pelo movimento social negro como por instituições governamentais, que a utilizam para medir desigualdades.

Na tabela abaixo é possível visualizar também que, abrindo a categoria pardo por origem familiar, encontra-se um indício dos dilemas que a política de ações afirmativas se depara cotidianamente e que respondem, em parte, pelos problemas inerentes a autoidentificação como critério único de definição dos seus beneficiários. De acordo com a PCERP 2008, 27,4% das pessoas pardas declararam ser de origem europeia e 31,8% de origem indígena. Entre as pessoas autodeclaradas morenas foi apresentado percentual semelhante quanto à origem familiar. No geral, porém, pode-se dizer que, à exceção dos brancos, parte significativa dos não-brancos desconhecem a sua origem, valendo aqui as observações já feitas, como também um problema ainda pendente de debate, que é a situação das frações que se declaram pertencentes a troncos indígenas tratadas estatisticamente como pardas e agregadas politicamente sob a condição de negras. São necessárias novas pesquisas e debates que permitam refinar o modo como devem ser tratados politicamente os sujeitos de ascendência indígena que reivindicam acesso à política de cotas.

**Tabela 2 - Proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade, por cor ou raça e alternativas de origem familiar - 2008**

Alternativas de origem familiar	Proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade, por cor ou raça (%)						
	Branca	Morena	Parda	Negra	Preta	Indígena	Outras
<b>Total</b>							
<b>africana</b>	5,7	11	18,6	39,5	31,3	17,1	13,4
<b>centro-americana</b>	0,2	0,3	0,7	0,6	0,1	-	0,2
<b>europeia</b>	63,8	21,2	27,4	18,1	15,9	22,8	58,1
<b>indígena</b>	14,2	25,8	31,8	28,4	22,3	96,7	28
<b>judaica</b>	0,7	0,6	0,5	0,2	-	-	0,6
<b>norte-americana</b>	0,2	0,4	0,2	0,2	-	-	0,7
<b>oriente médio, síria, libanesa, armênia</b>	1,4	0,6	0,5	0,3	0,1	-	1,1
<b>sudeste asiático</b>	0,7	0,5	0,7	0,9	-	-	1,5
<b>sul-americana (exceto brasileira)</b>	2,2	2,3	3	1,2	2,7	10,1	3,7
<b>Outra</b>	5,1	8,8	6,8	6,2	11,2	2,7	5,1
<b>Não sabe</b>	22,9	46,8	35,7	36,1	37,8	7,9	20,4

Nota: Foram agregadas as 7 categorias mais frequentes de cor ou raça declarada de forma espontânea. Resultados referentes à soma da população de Amazonas, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Distrito Federal.

Fonte: IBGE, 2011, p. 50.

A despeito da variedade de pessoas com autodeclaração variada estar concentrada na categoria parda, Athias frisa que os indicadores sociais apontam semelhanças suficientes que justifica tratá-las, em termos estatísticos, como um grande agregado populacional. Esta é a situação, por exemplo, de indicadores para educação, saneamento, violência e trabalho. A exceção são as estatísticas de nupcialidade e saúde, que apresentam diferenças significativas entre pretas e pardas.

Ademais, como fora frisado anteriormente, o modo como a coleta é feita produz uma subnumeração do grupamento indígena. A alternativa indígena é a última descrita pelo entrevistador e, em geral o respondente indica sua cor/raça antes mesmo que todas as alternativas sejam lidas. Além disso, a identificação é dificultada também pelos estereótipos que circulam a respeito desta modalidade de pertencimento.

Athias, por fim, aponta alguns desafios: a subnumeração do grupamento indígena; a ausência de captação dos imigrantes, invisibilizados em nosso rol de opções; também há uma elevada indefinição quanto ao grupamento amarelo, socialmente entendido enquanto uma gradação entre o branco e o pardo.

Por fim, é importante lembrar que classificar é escolher, simplificar uma realidade complexa e que neste processo, evidentemente, abstraímos a diversidade do real, mas ilustramos como desigualdades se estruturam à base dos signos de cor que hierarquizam sujeitos a partir de sua fenotipia. E é a explicitação dessas desigualdades que vem permitindo estruturar políticas reparatórias por muito tempo adiadas.

**Dra. Ana Carolina Roman-** Procuradora da República – Ministério Público Federal - MPF/DF

Doutora Ana Carolina Roman alerta que, no início, a primeira postura do Ministério Público era de que a autodeclaração era instrumento suficiente para definir os beneficiários da política, não cabendo ao *parquet* agir nesta seara. Diante dos casos de fraude e da evidenciação da discriminação como algo que precisa ser efetivamente combatido pela intervenção do conjunto de instituições do Estado, o Ministério Público mudou de postura e passou a agir no sentido de contribuir para aperfeiçoar a política de cotas.

Afinal de contas quem é o destinatário das cotas? De acordo com Ana Carolina, para responder estas perguntas precisamos identificar quem são as pessoas passíveis de discriminação pelo seu padrão fenotípico. Lembrando que o principal elemento é a cor da pele, sem embargo de outros traços. A decisão do Supremo em sede da ADPF 186 faz menção expressa ao critério fenotípico como aquele albergado pelo ordenamento, chegando a mencionar, inclusive, uma diferenciação interna na categoria dos pardos. O Supremo reafirma estes critérios em sede da ADC 41.

O cerne dos dilemas em torno da política de ações afirmativas é a discussão sobre o pardo. Ana Carolina Roman afirma que a lei 12.990/2014 estabelece de forma taxativa em seu art.1º que as vagas são reservadas aos negros. *Apenas a posteriori* o legislador identifica como negros os autodeclarados pretos e pardos no ato da inscrição, em conformidade com o sistema de classificação utilizado pelo IBGE. Embora seja uma interpretação gramatical, a debatedora entende que este é um argumento válido e incorporável ao debate, embora não deva operar sozinho.

Em relação aos pretos não há grandes questões. Porém, os pardos, conforme ilustrado por Leonardo Athias, agregam uma variedade de pessoas que não seriam as destinatárias da norma, tendo em vista que, embora sejam pardas na escala de cores, não seriam necessariamente negras. O legislador imaginou resolver este problema pela adoção do sistema de classificação do IBGE, sugestionando que estaria aí a objetividade que serviria como âncora do processo de seleção dos destinatários das cotas. Contudo, como revelado pelas pesquisas de percepção realizadas pelo IBGE, um critério de classificação é uma escolha que comporta possibilidades e imperfeições. E é no momento que se pretende fazer uso direto deste sistema como esteio da ação pública no nível concreto que estas imperfeições irão efetivamente aparecer. Por que diante da porta da lei, para utilizar uma parábola kafkiana, não está um sujeito em abstrato, mas um indivíduo concreto que pede passagem e necessita de uma resposta que passa não apenas pelo critério abstrato do IBGE, mas pelo contexto em que esse corpo e sua fenotípiam carregam uma história atravessada por processos discriminatórios ou não.

O pardo que se situa na linha limítrofe da brancura, que pode transitar por espaços sociais sem ser identificado como negro não tem direito às vagas reservadas. O MPF tem debatido este aspecto em sede de ação judicial, questionando pessoas identificadas como pardas em concursos públicos específicos, mas que transitam pelo estereótipo mais aproximado da brancura. Ela destaca ainda que não é o não-branco o destinatário da política, pois assumir isso implicaria dizer que a grande maioria dos brasileiros seria beneficiária. A categoria *pardo* em seu uso corriqueiro, tende a concentrar um grupo heterogêneo de pessoas não-brancas, motivo pelo qual é necessário ultrapassar uma definição meramente negativa em relação ao branco para uma perspectiva de definição mais positiva dos sujeitos negros.

Esta tarefa é difícil, permeada de riscos, a depender do modo como pretendamos encará-la. O desejo de objetivação é perigoso, na medida em que a identificação racial é um processo de natureza subjetiva não objetivável. A legislação brasileira, quando acolhe a autoidentificação como critério, reconhece nos sujeitos um poder que é intransferível. Porém, essas identidades, ao menos no debate racial, só ganham sentido em face de um Outro, motivo pelo qual ela é necessariamente relacional e a explicitação de sua identidade e seu contexto é apenas um outro momento de realização da própria autoidentificação desdobrada no tempo.

Há mais dúvidas do que certezas no atual momento. Porém, é possível avançar em meio à experiência que estes processos seletivos vêm desenvolvendo. Dentre as certezas, aquela que precisa estar cristalizada é a de que destinatários da política são apenas aqueles que efetivamente compõem a população negra e podem assim ser designados. As imperfeições do nosso sistema classificatório precisarão, portanto, ser encarados no nível concreto em que os concursos públicos efetivamente ocorrem e é por este motivo que o processo de verificação, à semelhança das pesquisas de percepção realizadas pelo IBGE, sustentam a sua legitimidade e importância enquanto aperfeiçoamento de uma política urgente e necessária.



**Dra. Allyne Andrade – Advogada do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Doutoranda pela Universidade de São Paulo - USP**

Allyne Andrade começa sua explanação contando uma estória. Allyne lembra que foi destinatária da política de cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da segunda turma daquela instituição e que, a despeito da briga para permanecer e provar que tinha o direito de estar naquele espaço, tem uma narrativa bela para contar. Sua entrada na UERJ é o desaguadouro de um esforço familiar (filha de pai feirante e mãe empregada doméstica), em que o estudo não era uma opção, mas uma necessidade. A história do negro é sempre a história dos negros faltantes. Os negros que faltam nas universidades, nos ministérios, nos espaços de poder. A história que está se reescrevendo a partir das ações afirmativas é a história das presenças e Allyne é uma dessas presenças.

Ressalta que em cenário de crise econômica a disputa pelos espaços no serviço público se acirra. E é neste cenário de incremento da escassez que um número substantivo de pessoas forjam identidades associadas a discriminações que não vivem e nem viveram, assumindo uma negritude estereotipada.

É necessário pensar na trajetória das relações raciais no Brasil, da leitura do movimento negro e das ações afirmativas. Allyne resgata que o racismo é um sistema de pensamento que associa fenótipos a elementos de ordem moral, estética, cognitiva etc. Viver nos limites do aparecer social nos coloca, de formas distintas, em situações discriminatórias mesmo entre os negros. A fenotipia, portanto, a despeito de ser algo contextual e diacrítico, é a única métrica possível porque é ela que opera no real.

Ser branco é ser o que é. Ser indígena é passar pela experiência de ser expropriado. Ser negro é ser a propriedade em si, transitando entre a objetificação e a estereotipia inscrita nos limites da pele.

Existem já critérios estabelecidos no debate público para garantir a aplicação de uma lei que não foi feita para atingir 80% da população brasileira.

Allyne aponta ainda que as instituições públicas que recebem em seus quadros pessoas não-negras precisam ser responsabilizadas, assumindo um papel mais ativo no processo de aplicação e garantia da efetividade da lei. Estamos falando de casos de improbidade administrativa que necessitam ser encarados com seriedade.

**Mesa 5 – A judicialização da política de cotas - a eliminação do candidato**

Painel: A judicialização dos resultados das bancas – Escola de Administração Fazendária - ESAF e Centro de Seleção e Promoção de Eventos - CESPE

Mediador: Dr. Ricardo Bastos Cunha - CESPE

Dr. Felipe Fritz Braga – Procurador da República – Procuradora da República – Ministério Público Federal - MPF/DF

Dra. Dora Lucia de Lima Bertulio – Procuradora Federal – Advocacia-Geral da União - AGU

## **Dr. Ricardo Bastos Cunha – mediador, representante do CEBRASPE**

O mediador aponta alguns dados de concursos realizados pelo CEBRASPE, baseados num universo de 1.521.364 inscrições realizadas em todos os certames organizados por referida instituição na esfera federal desde a vigência da lei. Desse universo, apenas 209.217 candidatos se autodeclararam negros. Dentre esses, 36.431 chegaram a ser convocados para o processo de verificação. Nessas verificações 45,17% das pessoas convocadas para verificação de fenótipo foram consideradas negras; 5,46% não foram consideradas negras; por fim, 46,92% faltaram à fase de verificação. A forma de verificação nestes concursos não foi, porém, padronizada. Ela é definida, ressalta o mediador, pela administração pública. Em 35% destes concursos foi adotada apenas a autodeclaração como critério; em 45% foi feita verificação presencial por banca constituída; em 10% foi realizada verificação por vídeo conferência e em outros 10% por foto.

Quanto ao recurso ao judiciário, foram ajuizadas 206 ações, correspondente a 0,56% de taxa de judicialização, tomando como universo os convocados para a fase de verificação. Esta taxa varia bastante de um concurso para outro. Houve um evento em que a taxa de judicialização dos convocados foi de 46%. A realização de um grande concurso com taxa muito baixa e elevado número de convocados, caso do INSS, também puxou para baixo o indicador construído pela organizadora. Se retirado este certame da base de cálculo, a taxa de judicialização sobe para 13%, ressalta o mediador.

Não há informações pormenorizadas sobre as alegações dos candidatos nas ações ajuizadas, mas um dos argumentos mais comuns é a variação dos reconhecimentos das bancas entre um concurso e outro. Os candidatos costumam alegar que a sua fenotípia não mudou, mas o modo como ela é lida pelas bancas varia, motivando o questionamento judicial das decisões do processo de verificação.

Muitos órgãos tiveram que rever sua opção pelo uso único da autodeclaração como critério porque o Ministério Público impugnou os editais. Recentemente o MP obrigou uma instituição pública a realizar a verificação de servidores públicos empossados.

## **Jussara Romero Tannure – Servidora pública federal em exercício na Escola de Administração Fazendária (Esaf)**

Jussara começa fazendo algumas considerações a respeito do trabalho da Esaf e as diretrizes que o órgão adotou em relação à aplicação da Lei nº 12.990/14. Em julho de 2016 a Esaf realizou uma oficina destinada a servidores públicos, qualificando-os para compor bancas de verificação.

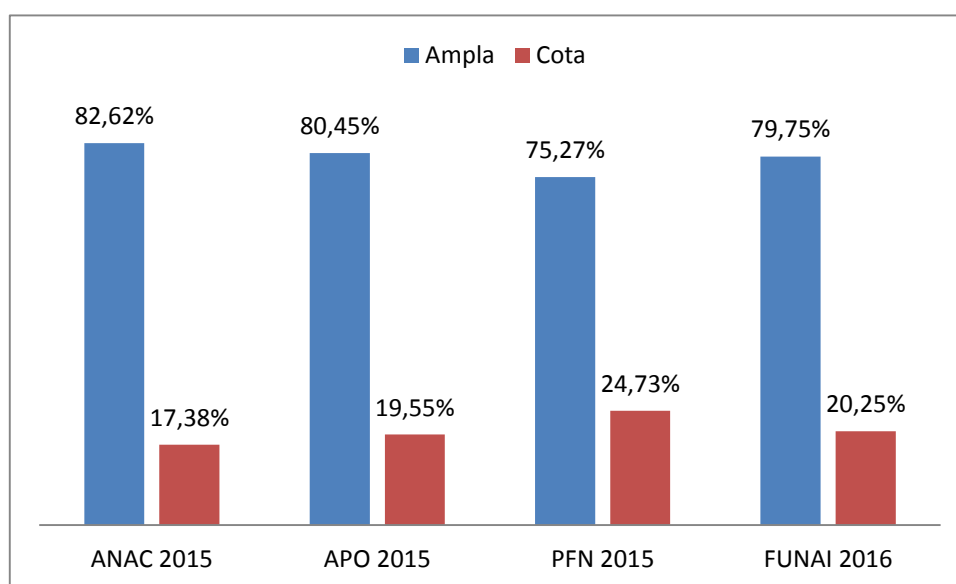
As diretrizes adotadas pela Esaf são as seguintes:

- 1) Nos concursos são instituídas duas bancas de verificação, sendo uma principal e a segunda, a recursal;
- 2) Os membros dessas bancas devem ser diferentes;
- 3) A forma de verificação é presencial com a possibilidade de o candidato autorizar a filmagem da entrevista;
- 4) O critério decisório é fenotípico;

A experiência deste órgão mostra que a maioria dos candidatos que alcançam a fase de verificação são pardos. Nos casos judicializados é comum candidatos apresentarem certidões de nascimento com identificação da cor parda; outro questionam a heteroidentificação; há apresentação também de laudos dermatológicos. O grande dilema é que a maioria dos candidatos eliminados costuma desconstruir a relação entre a definição dos destinatários da política e o atributo “cor da pele”. Mesmo assumindo não ser negro, mas sendo pardo, os candidatos reivindicam, ainda assim, o acesso à condição de beneficiário.

O percentual de candidatos que se autodeclaram negros nos concursos públicos é minoritário, resultado do represamento de vasto segmento da população negra nos níveis médio e superior, como vem demonstrando os indicadores de fluxo escolar. Assim, o universo de pessoas que se candidatam para as cotas ainda é pequeno em face da participação relativa dos negros na população total. Os dados abaixo são, a este respeito, ilustrativos, como se pode observar a seguir.

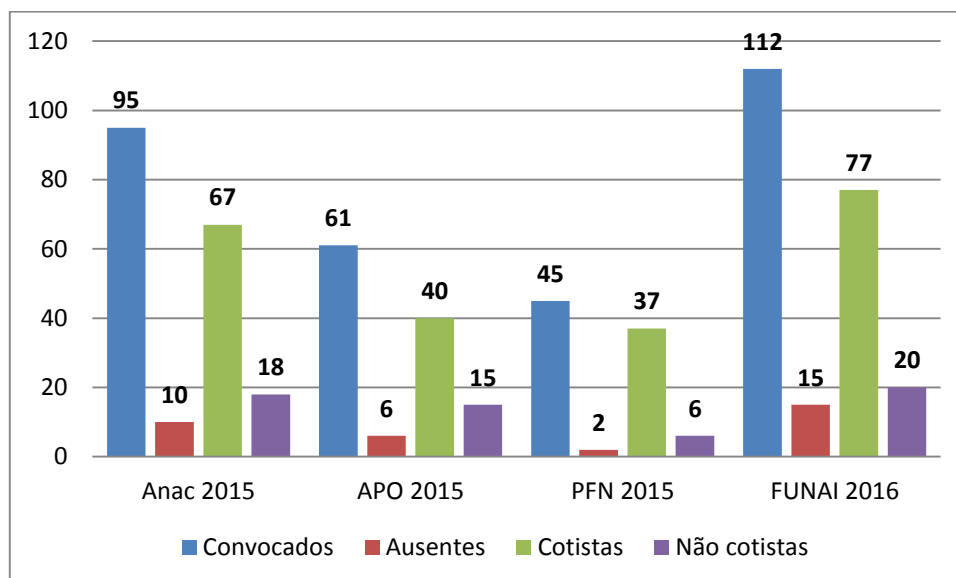
**Gráfico 3 - Quantidade de candidatos inscritos nas modalidades “ampla concorrência” e “lei 12990/14”.**



Fonte: ESAF.

A painelistra apresentou em seguida dados diversos de concursos específicos organizados pela Esaf. Tratarei aqui especificamente dos dados referentes ao processo de verificação e judicialização das ações, sobretudo porque estes dados fornecem pistas do grau de conflitividade associada à aplicação da política. No total foram eliminados 59 candidatos e ajuizadas 19 ações contestando as decisões das bancas. Trocando em miúdos, 19% dos candidatos convocados tiveram sua autodeclaração indeferida, 10% se ausentaram e 71% eram efetivamente beneficiários da política.

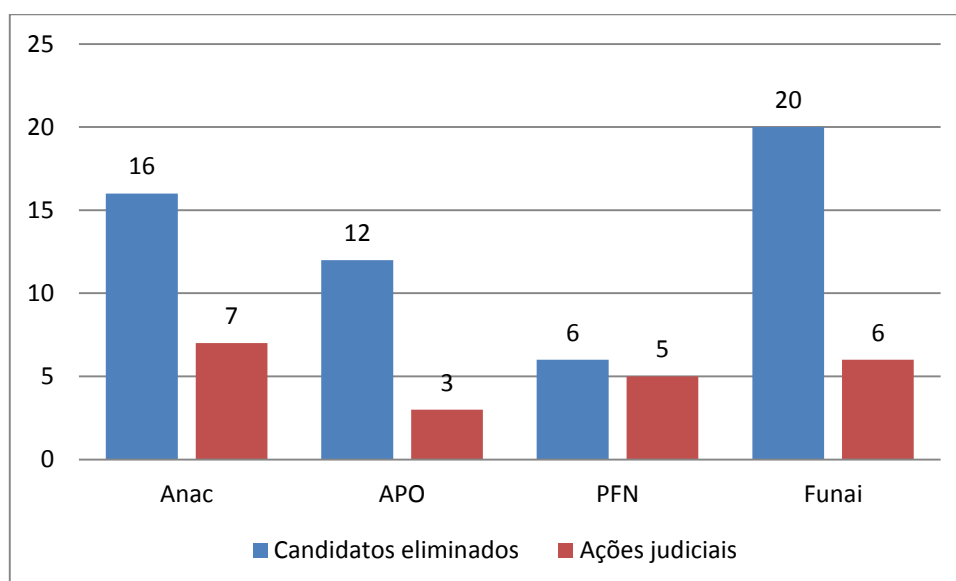
**Gráfico 4 - Quantidade de candidatos convocados para procedimento de verificação x ausentes, cotistas e não cotistas**



Fonte: Esaf.

Quanto à judicialização, 32% dos candidatos eliminados recorreram à justiça. Parte significativa dessas ações teve a liminar deferida ou postergada para tomada de decisão após a apresentação da informações e/ou contestação pela administração pública. Não foram apresentados dados referentes às decisões dos juízes após as contestações. Em todo caso, a judicialização dos processos seletivos tem sido menor do que se supõe rotineiramente, conforme se pode depreender dos dados apresentados pela instituição.

**Gráfico 5 - Procedimentos de verificação – ações judiciais**



Fonte: Esaf.

**Dr. Felipe Fritz Braga – Procurador da República – Procuradora da República –  
Ministério Público Federal - MPF/DF**

A lei 12.990/2014 possui dois pontos polêmicos: a heteroidentificação e a exclusão do candidato que for reprovado ao passar por este processo. Recentemente foi julgada a ADC 41 e o acórdão é muito esclarecedor a respeito das polêmicas que a lei suscita. Em primeiro lugar, retomando o voto do Ministro Barroso, é importante frisar que a lei não vem apenas para realizar uma reparação, mas para trazer eficiência aos processos de seleção.

Num trecho do voto do Ministro, há uma citação às teorias da burocracia representativa. A burocracia, em sociologia, corresponde ao estamento dos administradores. O administrador, embora deva seguir a lei, possui uma ampla possibilidade de atuar de acordo com a conveniência e a oportunidade, motivo pelo qual os atos administrativos tendem a reproduzir a cultura dominante dos agentes públicos. A teoria da burocracia representativa surge para questionar de que maneira esse poder discricionário pode agir para aplicar políticas voltadas a grupos minoritários socialmente discriminados.

Uma das maneiras básicas de atingir uma possibilidade efetiva de representação é a abertura destes espaços à própria participação destes grupos. O sistema jurídico precisa, portanto, trazê-los para dentro da administração e é esta a forma precípua de torná-la mais próxima da ideia de eficiência, princípio que norteia a atuação da administração pública. Estudos apontam que uma estrutura pública mais porosa à participação de diferentes grupos no interior dos espaços de poder produz ganhos de eficiência relevantes, melhorando, portanto, a provisão de direitos e serviços.

A ADC 41 veio para complementar a lei, cuja redação foi estrategicamente elaborada por quem efetivamente conhecia o assunto. Ela representa um avanço em relação a todas as legislações antecedentes destinadas a regular um regime jurídico de discriminação positiva. As cotas para pessoas com deficiência serviram como espaço de experiência neste sentido, motivo pelo qual as cotas para negros estão sustentadas em técnica legislativa avançada. Com a lei 12.990/2014 e a ADC 41, ressalta Braga, tem-se a legislação mais bem desenvolvida em matéria de ações afirmativas no país.

Um dos pontos que representam melhoria na técnica legislativa está descrito no art. 2º parágrafo único, que estabelece as consequências da declaração falsa. Como se pode observar *in litteris*:

“Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, **sem prejuízo de outras sanções cabíveis.**” (*grifo nosso*)

De acordo com o debatedor, contudo, este dispositivo, sobretudo no que se refere às demais sanções cabíveis, não foi e não tem sido aplicado.

A heteroidentificação está albergada pela legislação, que internaliza a leitura de que existem brancos e negros no Brasil. Ser negro é um fato social. No direito trabalhamos com fatos sociais, cuja existência independe da consciência que formulamos a seu

respeito. Cita de forma exemplar, neste sentido, a união estável enquanto fato social reconhecido pelo direito. Este reconhecimento produz consequências jurídicas, ainda que a sua significação varie no espaço e nas diferentes instâncias de poder. Como a união estável pode assumir significados diferentes em diferentes sistemas locais e instâncias da sociedade, ela pode ser reconhecida como existente ou não numa situação concreta, a depender dos critérios utilizados por quem tem o poder de declarar juridicamente o seu reconhecimento.

Para todo fato social juridicamente reconhecido, portanto, há um campo de debates abertos para o qual não temos resposta única, nem verdades imutáveis. Uma mesma matéria recebe diferentes respostas dentro do próprio judiciário e isto não deslegitima ou nega os fatos sociais repertoriados no ordenamento. Ainda que em meio às divergências que emergem das diferentes leituras e sentidos atribuídos pelos “sujeitos competentes”, estes fatos, uma vez lidos pelo judiciário, continuam produzindo consequências jurídicas. E é neste terreno vivo dos conflitos que o direito brasileiro recepciona a existência de identidades raciais, processos discriminatórios a ela associados e consequências jurídicas relevantes a quem é discriminado.

### **Dra. Dora Lúcia de Lima Bertúlio – Procuradora Federal – Advocacia-Geral da União - AGU**

As ações afirmativas têm sido aplicadas em diversos países como remédio destinado a garantir inclusão a quem é discriminado. Paradoxalmente, este debate simples é difícil de ser assimilado, sobretudo em face da naturalização dos papéis socialmente demarcados pelo pertencimento racial de grupos e indivíduos.

A efetividade dos programas de ação afirmativa, portanto, será demonstrável na medida em que as esferas públicas e privadas de poder forem paulatinamente se democratizando, tornando-se mais igualitária. Esse movimento está necessariamente marcado pela expansão das cotas nas universidades, cujos reflexos no mundo do trabalho são amplificados pela emergência da lei 12.990/14.

Dentro da sociedade brasileira, desde os anos 40 Abdias do Nascimento já propunha a adoção de cotas para negros. Nos anos 70 e 80 ele elabora de forma exaustiva não só a denúncia do racismo, como um programa amplo de ação voltado à promoção de uma sociedade anti-racista. A Marcha Zumbi em 1995 e a Conferência de Durban em 2001 foram marcos importantes para solidificar iniciativas de promoção da igualdade material. Mereceu menção da debatedora também o papel dos sindicatos na defesa de política de ações afirmativas no mundo do trabalho. Contudo, o movimento negro, ao reivindicar direitos, foi rotineiramente denunciado por setores da sociedade como organização responsável pela desarticulação da sociedade, importando problemas que não fazem sentido num modelo de democracia como o nosso.

O direito, neste aspecto, tem contribuído para uma abertura da discussão racial no Brasil. Este ambiente mais aberto para o debate racial trouxe novas possibilidades de intervenção sobre a discriminação e seus efeitos. Porém, há também resistências, sobretudo determinadas pelo primado do econômico sobre as relações sociais, elemento que atua de forma repulsiva às ações afirmativas. Empregados e empregadores sentem-se ameaçados diante da possibilidade de intensificação da concorrência que se encontra

regulada pelos privilégios. A aparência social supremacista branca escora sua legitimidade na falsa ideia de meritocracia, ou seja, o governo dos melhores.

O propósito das ações afirmativas é a persecução da diversidade em suas múltiplas manifestações, abrindo espaço para que novas relações, valores, saberes e práticas sociais estejam inseridos no funcionamento normal das instituições.

Quanto aos critérios, a debatedora ressalta que o reconhecimento social de sujeitos negros, traços fenotípicos que induzem à discriminação e apreensão dos valores raciais construídos na sociedade brasileira são elementos que nos permitem avaliar em concreto quem é o beneficiário da norma. A autodeclaração é apenas o registro formal de uma adesão de indivíduos a um programa/política. Esta adesão, por sua vez, não tem eficácia plena. Enquanto política pública ela depende da adoção de mecanismos de avaliação e acompanhamento, como qualquer política requer.

Ressalte-se ainda que há uma diferença entre identidade e identificação. A identificação social independe da adesão consciente dos indivíduos. Isto é ainda mais relevante se pensarmos que é a identificação e não a identidade, o elemento que define quem deve ser atendido pela política. Identidades podem ser formadas por contraste, fora dos esquemas dicotômicos em que se fundam processos discriminatórios. A entrevista neste aspecto é um momento em que esta identidade assumida por motivos diversos, é reconhecida perante outrem. Em outros termos, a entrevista permite que esta identidade seja transformada em identificação.

Dora Lúcia alerta, por fim, para um dos maiores problemas que pode ser criado no debate sobre quem é ou não beneficiário da política, qual seja, a guerra fratricida entre os próprios negros, em confronto aberto sobre quem é e quem não é beneficiário. As cores de brancos e negros são diferentes, ressalta a debatedora. Os pardos só são pardos como referência a sua proximidade com o negro que se encontra nos extremos da escala de cores. Pois os brancos, a rigor, embora tenham diferentes tonalidades de cores, são sempre vistos enquanto brancos.

#### **Mesa 6 - A lei de cotas nas universidades: desafios comuns e particularidades**

Mediador: Dr. Thiago Tobias – Advogado e colaborador da Educafro

Dr. Paulo Rangel – Desembargador – Tribunal de Justiça do Rio do Janeiro – TJ/RJ

Dr. Gleidson Renato Martins Dias -

**Dr. Paulo Rangel** - Desembargador – Tribunal de Justiça do Rio do Janeiro – TJ/RJ

O Censo do IBGE de 2000 constatou o inadmissível: 2,2% dos negros no país chegavam ao ensino universitário. Em outros termos, num universo de 80 milhões de jovens, apenas 1,6 milhão de jovens chegavam neste nível de ensino. As políticas de ações afirmativas alteraram esse cenário de forma expressiva.

Problemas relacionados a execução da política sempre existirão, como em qualquer outra. Não é possível eliminar das relações sociais a má-fé. Também não é possível desprezar que as pessoas utilizam mais de 100 diferentes termos para se referir à raça/cor e que, evidentemente, estamos diante de formas de identificação em que os

termos variados dizem pouco. Com efeito, é necessário considerar que nomes diferentes podem e são utilizados para rotular o mesmo objeto.

O tempo da lei de cotas é curto para reverter os efeitos dilatados que os processos discriminatórios produziram ao longo do tempo. Também é necessário garantir condições de acesso e permanência nos ensinos médio e fundamental, pois, como vem demonstrando os dados, há um problema grave de fluxo escolar entre crianças e jovens negros.

### **Dr. Gleidson Renato Martins Dias**

Segundo Gleidson, temos uma disputa hermenêutica entre os operadores do direito e o movimento negro. A questão, para o debatedor é: as cotas são para pessoas negras ou para pessoas que sofrem racismo? A pergunta, na visão desta relatoria, é problemática porque faz supor que é possível ser negro sem sofrer racismo ou que apenas uma parte dos negros sofrem racismo. Este debate permaneceu apenas como pano de fundo e não foi desenvolvido por Gleidson, que depois abandonou qualquer possibilidade de acolher uma perspectiva de construção de identidades com fulcro em critérios duros e objetivos, bem como a autenticidade como objetivo último da política de cotas. Abro um parêntese aqui para tratar deste tema porque ele apareceu diversas vezes no seminário.

Em texto que trata dos negros de pele clara, Sueli Carneiro, citada pelo debatedor, ressalta que, nas possibilidades de declarar seu pertencimento racial, negros são sujeitos presos a uma imagem fixa, a uma estereotipia, uma camisa-de-força representacional. Faz parte das estratégias de resistência dos grupos discriminados a releitura positiva das estereotípias, estratégia de neutralização da força política que estas imagens produzem e de reforço de uma identidade que só faz sentido no bojo desta relação dual. Sabemos, porém, que estas estereotípias são falsas e que uma mera leitura invertida é insuficiente para tratar do racismo ou mesmo do terreno complexo onde identidades e identificações são formadas e forjadas. Identidades e identificações, para ficar com distinção trazida pela professora Dora Lúcia Bertúlio, operam em diferentes camadas da realidade, em diferentes práticas sociais e contextos e necessitam ser encaradas na forma complexa em que elas se fundam.

Ignorar as diferentes camadas da realidade significa confinar o debate sobre a questão racial na escala abstrata em que os essencialismos são formados. Embora estas essencializações sejam importantes para explicitar as desigualdades e formular políticas direcionadas ao seu combate, a realidade transborda os dualismos. Um candidato que pede para entrar na porta da lei não é uma abstração, mas um sujeito concreto, de carne e osso, que pede passagem para falar do modo como descobriu-se negro num mundo em que nem tudo é oportunismo. No Brasil pessoas negras sempre foram incentivadas a assumirem a morenidade como estratégia de fuga da negrura. Se a política de cotas vem ajudando a reverter, a um só tempo, a fragmentação da raça e a negação subjetiva de si, isto é um mérito da política e não um problema a ser resolvido.

A procura de uma negritude autêntica, dos negros de verdade que experimentam um bloqueio permanente no tecido social, em face dos negros que transitam e que não seriam os destinatários da política, outorgam à racialidade branca mais um privilégio: o privilégio da liberdade, da multiplicidade, das possibilidades diferentes de ser, em que



tudo (ou quase tudo) é possível. Tons de pele, tipos de cabelo, cor dos olhos, em combinações complexas e variadas, dão forma e conteúdo à racialidade dominante, reforçada agora pelo nomadismo dos que transitam na escala de cores que, embora possam passar por discriminações associadas aos traços negros que carregam, não participam da comunidade dos autênticos.

Transformar a autenticidade em critério de definição dos destinatários de uma política pública transforma a busca por critérios identificadores num campo aberto de problemas que nenhuma política construída pelos Estados liberais se propôs a resolver quando tematiza outros campos da questão social e as formas de resolvê-la. O quesito raça/cor, frise-se, é uma variável dependente na medida em que a autoidentificação é resposta, a um só tempo, a comparações que emergem do contexto familiar, local, de classe etc. Sendo categoria relacional, portanto, ela é fluida e flutuante no tempo e no espaço (Sovik, 2004).

Por fim, o debatedor traz uma distinção importante sobre a autodeclaração e seus efeitos jurídicos: de um lado existem autodeclarações com efeitos absolutos, que são emanções de um direito subjetivo sobre o qual o Estado não tem qualquer interferência. A autodeclaração com efeitos jurídicos relativos são aquelas que conferem àquele que declara a possibilidade de usufruir um direito material outorgada por uma norma que possui uma teleologia específica, caso das vagas reservadas à população negra.

### **Referências bibliográficas utilizadas pela relatoria**

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAMARGO, Alexandre de Paiva Rio. **Estatística e política de população no Brasil (1870-1930)**. Estatística e sociedade, Porto Alegre, p. 90-109, n. 3, dez.2013.

CARNEIRO, Sueli. **Negros de pele clara**. Disponível em <https://www.geledes.org.br/negros-de-pele-clara-por-sueli-carneiro/>. Acesso 09 out. 2017.

IBGE. **Manual do Recenseador -Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

IBGE. **Pesquisa das Características Étnico-Raciais da População: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça: 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

MACERA, Paulo Henrique. **Direito administrativo inclusivo e princípio da isonomia: critérios para o estabelecimento de uma discriminação positiva inclusiva constitucional**. RDA- Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 143-191, jan./abr. 2016.

MBEMBE, Achile. **Crítica da Razão Negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil: quando inclusão combina com exclusão** in Botelho, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.). Agenda brasileira: temas de uma sociedade em mudança. São Paulo: Cia. Das Letras, 2011.

SOVIK, Liv. 2004. **Aqui ninguém é branco: hegemonia branca e *media* no Brasil.** In:  
WARE, Vron (org). *Branquidade; identidade branca e multiculturalismo.* Rio de Janeiro:  
Gar