

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
BACHARELADO EM DIREITO

GUILHERME DHIUNIOR PEREIRA DE SOUSA

**REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO
INSTITUÍDO PELA PORTARIA NORMATIVA Nº 4/2018 DO MINISTÉRIO DO
PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO.**

Uberlândia-MG

2020

GUILHERME DHIUNIOR PEREIRA DE SOUSA

**REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO
INSTITUÍDO PELA PORTARIA NORMATIVA Nº 4/2018 DO MINISTÉRIO DO
PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientadora: Dra. Alice Ribeiro de Sousa

Uberlândia-MG

2020

GUILHERME DHIUNIOR PEREIRA DE SOUSA

**REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO
INSTITUÍDO PELA PORTARIA NORMATIVA Nº 4/2018 DO MINISTÉRIO DO
PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis,
da Universidade Federal de Uberlândia, como
requisito para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Nota: _____

Banca examinadora:

Professora Dra. Alice Ribeiro de Sousa
UFU/MG (Orientadora)

Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo
UFU/MG (Examinador)

Uberlândia-MG, ____ de _____ de 2020.

Àqueles que foram, são e serão os fins de todos os meus começos: minha mãe, Mocludia, e meu irmão, Hermes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, notadamente à minha mãe e meu irmão, por me formarem enquanto ser humano e me ensinarem que retidão de caráter é a maior fortuna que se pode ter.

Agradeço aos meus sobrinhos, Eduardo e Lavínia, por serem meus motivos para crer e para colaborar na construção de um mundo melhor.

Agradeço à minha eterna e mais sincera amiga, Durvalina Rodrigues Santos (*in memoriam*), cuja vida se eterniza em minhas melhores recordações.

Agradeço aos meus amigos, a quem guardo do lado esquerdo do peito, por abrandarem os meus percalços e manterem meus alicerces longe de qualquer ruptura, transformando minha trajetória em uma senda serena, especialmente ao Alan, à Amanda, à Júlia, à Juliana, à Thaís e à Vitória por se aventurarem comigo no sonho da graduação.

Agradeço à minha orientadora Alice Ribeiro de Sousa por me permitir desenvolver este trabalho com tranquilidade e por ser um exemplo de pessoa, história e luta.

Agradeço à 299ª Zona Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG), à 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia-MG (TRF1) e à Defensoria Pública da União em Uberlândia-MG (DPU), nas pessoas de meus supervisores Patrícia, Márcia e Luciano, por terem subsidiado a faceta prática da minha formação, proporcionando a humanização da minha visão de mundo através de seus programas de estágio.

Agradeço ao Constituição na Escola por me fazer sonhar e acreditar que os jequitibás, apesar de escassos, não serão extintos enquanto houver sonhadores.

Agradeço ao corpo docente da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” por ter me propiciado uma formação cidadã e técnica de excelência.

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por financiar o lançamento das minhas sementes no profícuo pomar da pesquisa científica, assim como faz com tantos outros pesquisadores, contribuindo sobremaneira para o avanço do País.

Por último, agradeço à Universidade Federal de Uberlândia (UFU) por ter sido meu lar de sonhos e conhecimento, firmando com ela o compromisso de defender e honrar a universidade pública, devolvendo à sociedade todas as riquezas que me foram confiadas através de um direito feito por gente e para gente.

“Ah, que ninguém me dê piedosas intenções,
Ninguém me peça definições!
Ninguém me diga: "vem por aqui!"
A minha vida é um vendaval que se soltou,
É uma onda que se levantou,
É um átomo a mais que se animou...
Não sei por onde vou,
Não sei para onde vou
Sei que não vou por aí!”
(José Régio)

RESUMO

Este trabalho tem por desígnio investigar a juridicidade do mecanismo de controle administrativo instituído pela Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, bem como propor um modelo teórico melhorado apto a cumprir o mesmo mister. Tal procedimento trata-se de critério adotado em complementariedade à autodeclaração exigida para os candidatos que concorrem à ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014, que reserva à população negra 20% das vagas ofertadas em concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos em âmbito federal. Assim, examinam-se os pressupostos que desembocaram na discriminação positiva em favor de um grupo social a fim de conceber um método juridicamente menos pernicioso para individualizar os destinatários da ação. Para tanto, são conjecturadas hipóteses a partir dos enunciados normativos da Portaria Normativa nº 4/2018, identificadas incongruências jurídicas e propostos aprimoramentos. Nessa esteira, a conclusão é que, embora seja necessário para dar efetividade à política pública em comento, o procedimento adotado carece de aperfeiçoamentos para que se compatibilize com a ordem jurídica vigente.

Palavras-chave: Política Pública. Direito à Igualdade. Concursos Públicos.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the legality of the racial heteroidentification mechanism established by Normative Ordinance No. 4/2018, of the Ministry of Planning, Development and Management, as well as to propose an improved theoretical model capable of fulfilling the same task. This procedure is a criterion adopted in addition to the self-declaration required for candidates applying for the affirmative action created by Law No. 12,990 / 2014, which reserves to black people 20% of the vacancies offered in public contests for the provision of public positions and jobs in the federal field. Thus, we examine the assumptions that led to positive discrimination in favor of black people in order to devise a less legally pernicious method for individualizing the addressees of the action. With this purpose, hypotheses are conjectured from the normative statements of Normative Ordinance No. 4/2018, identified legal incongruities and proposed improvements. In this context, the conclusion is that, although it is necessary to give efficiency to the public policy in debate, the adopted procedure needs improvements to be compatible with the current legal order.

Keywords: Public Policy. Right to equality. Public Contests.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITOS CORRELATOS.....	12
1.1 Uma breve abordagem do negro na construção do Brasil	16
1.2 Todo brasileiro é negro?	22
1.3 Panorama legal.....	25
2 AÇÕES AFIRMATIVAS E COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO	28
2.1 Arcabouço normativo	30
2.2 Justificativa para a reserva de vagas aos negros no Brasil	32
2.3 Comissões de heteroidentificação.....	35
2.4 Modelo de comissão aplicado.....	36
3 INCONGRUÊNCIAS JURÍDICAS DO MODELO ADOTADO.....	39
3.1 A limitação lógica à criação <i>a posteriori</i> de critérios adicionais.....	39
3.2 A impossibilidade de apresentação de outros elementos.....	41
3.3 A possibilidade de resultados dissonantes entre comissões distintas	44
3.4 Os critérios para seleção dos componentes das comissões.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O Brasil carrega consigo um processo de formação socioeconômico peculiar. Com um histórico de mais de trezentos anos de regime escravocrata e uma abolição demasiadamente tardia— que não se ocupou em corrigir as disparidades sociais —, a desigualdade social no País ainda é nítida em dias atuais. Nesse sentido, implementou-se, por meio da Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014) uma reserva de vagas aos negros nos concursos públicos federais, cuja finalidade é corrigir o abismo de direitos existente entre negros e brancos.

Com a introdução da lei 12.990/2014, torna-se obrigatório que os concursos públicos para provimento de cargos e empregos no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta reservem 20% de suas vagas a autodeclarados pretos e pardos, de acordo com o quesito de raça ou cor adotado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entretanto, com a experiência pretérita do sistema de reserva de vagas em vestibulares, verificou-se que o critério da autodeclaração racial, adotado pelo IBGE, não seria suficiente para que as vagas reservadas fossem ocupadas por seus reais destinatários.

A Lei nº 12.990/2014 traz em seu texto que, caso seja verificada falsidade na declaração, o candidato será eliminado do concurso ou, sendo o caso, terá sua admissão ao serviço ou emprego público anulada, observados o contraditório e a ampla defesa. A Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (BRASIL, 2018), que regulamenta a aplicação da Lei nº 12.990/2014, confere à autodeclaração a presunção de relativa veracidade e prevê sua confirmação mediante procedimento de heteroidentificação que deve levar em consideração exclusivamente critérios fenotípicos. Nos termos da portaria, caso a autodeclaração não seja confirmada pela comissão de heteroidentificação, o candidato será eliminado do concurso, independentemente da alegação de boa-fé.

Partindo de uma análise teleológica que busca individualizar os pressupostos que desembocaram na instituição do sistema de reserva de vagas em concursos públicos federais no Brasil, bem como do exame do processo de formação sociocultural brasileiro até chegar ao atual arranjo, há incertezas que circundam quais são os sujeitos destinatários das ações afirmativas. Nesse contexto, a Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do

Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, surge como um mecanismo designado a coibir o desvio de finalidade da ação afirmativa em comento.

A pesquisa em vitrine se propõe a examinar o modelo de comissão de heteroidentificação instituído pela Portaria Normativa nº 4/2018, descortinando possíveis incongruências e buscando trazer a lume uma proposta de aprimoramentos aptos a cumprirem o mesmo mister sem, contudo, esbarrar nas garantias da ordem jurídica, como a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.

No primeiro capítulo do trabalho, é feita a delimitação de alguns termos importantes a fim de garantir que, na pesquisa, sejam utilizados com seu alcance bem definido. A partir disso, busca-se, por intermédio de uma análise teleológica da política pública cá discutida, elucidar quem são seus reais destinatários e demonstrar até que ponto o ordenamento jurídico está alinhado às demais áreas do conhecimento nesse mister.

Já no segundo capítulo, é explorado o conceito de ação afirmativa, genérica e especificadamente. Além disso, se esmiúça as nuances do mecanismo de controle administrativo adotado a fim de subsidiar as propostas de aprimoramento tecidas no terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, são apresentados os enunciados normativos passíveis de incongruências em uma perspectiva lógico-jurídica e, através da elaboração de hipóteses, tais inconsistências são visualizadas no plano fático. Destarte, a par das problemáticas verificadas, são formuladas as propostas de aprimoramento a fim de possibilitar o alinhamento entre o mecanismo de controle administrativo e a ordem jurídica.

O estudo se mostra revestido de extrema relevância, haja vista que explorará as incongruências ocasionadas pelo desmazelo legislativo ao lidar com a regulamentação dos mecanismos de aferimento de autodeclarações raciais. Assim, serão solucionadas controvérsias que colidem frontalmente com princípios caros ao ordenamento, como a dignidade da pessoa humana, e direitos, como o direito à segurança, o que abarca também a segurança jurídica, consagrados sob o baluarte da Constituição Republicana de 1988.

Face às considerações aduzidas, a elaboração de estudos que coloquem em voga a existência de inadequações no universo jurídico, bem como a proposição de soluções que visem dirimir tais desconformidades, é pressuposto básico de aproximação entre os planos ontológico e deontológico. Destarte, não se pode olvidar que segurança jurídica e dignidade da pessoa humana, conceitos dos quais se ocupa essa pesquisa, são institutos norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, merecendo especial apreço.

Nessa consonância, depreende-se que a abordagem acadêmica da temática explorada é imprescindível para que se dê cabo às desarmonias entre as comissões avaliadoras de autodeclarações raciais e o ordenamento jurídico. Além disso, o aprimoramento dos mecanismos administrativos de controle evita que essa problemática desemboque no já assoberbado e dispendioso Poder Judiciário.

Destarte, através de uma observação dedutiva, o estudo esmiuçarà quem são os atores sociais que fazem jus às vagas reservadas. Para tanto, a pesquisa se ocupará de investigar quais fatores desembocaram na instituição das ações afirmativas e quais sujeitos sofrem influência desses fatores, bem como qual o caminho juridicamente aceitável para identifica-los.

Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, conjecturando hipóteses a partir dos enunciados normativos da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e testando-as. A partir dessa testagem, identificar-se-á aqueles eventos consistentes em incongruências do ponto de vista jurídico. A partir do enlace das diversas áreas do conhecimento que tangenciam o tema, o estudo formulará a crítica ao modelo de comissão adotado e proporá o aprimoramento necessário.

1 CONCEITOS CORRELATOS

Uma das principais marcas de discursos desabraçados da ciência é atribuir às palavras significações diversas daquelas que elas de fato abarcam. Nessa esteira, cabe trazer à baila alguns conceitos fundamentais que permeiam a discussão acerca da implementação da reserva aos negros de vagas em concursos públicos federais, regulamentada pela Lei nº 12.990/2014, notadamente: raça, cor e etnia.

A tarefa hermenêutica dos cientistas das mais variadas áreas se vale desses termos para sustentarem sua linha de raciocínio acerca da problemática em voga. No entanto, até que ponto os discursos, de fato, concatenam as palavras aos seus reais significados, sobretudo as palavras positivadas? A discussão se esmera para além disso, a pergunta a ser feita é: quem pode, ou não, dizer qual o exato alcance dos desses termos? O direito? A biologia? A antropologia? A medicina? Todos eles?

Parece-nos que a indagação não encontra esclarecimento exauriente, razão pela qual o presente trabalho colacionará as principais contribuições teóricas das ciências a fim de construir, a partir de uma análise dialética, uma significação apta a constituir subsídio científico às indagações de que se ocupa a pesquisa.

O termo “raça” pode ser interpretado pelo viés das ciências naturais ou sociais, ganhando em cada uma das áreas um significado distinto, embora em ambas tenha por desígnio aglomerar um conjunto de seres animados — humanos ou não, tendo em vista que, no contexto das ciências naturais, o conceito de raça não serve para designar seres humanos, apenas outras espécies do reino animal, conforme se verá adiante.

“Raça”, na perspectiva das ciências naturais, “trata-se de um conceito utilizado para definir classes de animais que têm origem em um tronco comum, com características e potencialidades físicas específicas relativas à cada raça.” (MUNANGA, 2006, p. 174). Biologicamente, esse conceito não tem aplicabilidade fática em se tratando de seres humanos, isso porque o processo de mescla genética é inato à própria noção de sociedade tal como conhecemos. Nesse sentido, argumenta-se que não é possível delimitar as raças a partir das características genéticas comuns entre indivíduos, uma vez que no atual estado evolutivo o ser humano se caracteriza pelas particularidades genéticas do que pelas suas convergências.

Jacques D’Adesky (2009, p. 45) argumenta que “do ponto de vista da genética, a ideia de raça é desprovida de conteúdo ou valor científico. Raça não é um conceito

operacional. Portanto, não permite fixar, na área da pesquisa genética, sistemas de classificação universal.”. O mesmo autor ressalta que, ainda que biologicamente não existam raças humanas, o termo ainda tem muito a dizer quando analisado pela ótica de outras ciências.

O mecanismo de transmissão da vida é tal, afirmam os geneticistas, que cada indivíduo é único, que os indivíduos não podem ser hierarquizados, que a única riqueza é coletiva: ela é feita pela diversidade. Mas a não-cientificidade da noção de raça não é, de forma alguma, um obstáculo a seu emprego. Ela pode muito bem ser encontrada tanto nas áreas ideológicas e políticas, nos estudos sociológicos e antropológicos, como em seu uso na língua corrente. E que a ideia de raça, minimizada como critério científico pela biologia, mantém-se como categoria de referência e de hierarquização na sociedade contemporânea. (D’ADESKY, 2009, p. 133)

Destarte, embora no contexto das ciências naturais sejam poucos os elementos que vinculam o ser humano à classificação pelo critério racial, é nas ciências humanas, notadamente a sociologia e a antropologia, que o termo “raça” ganha significado quando aplicado aos conjuntos sociais. Do ponto de vista das humanidades, a raça remete a um nicho de indivíduos que compartilham entre si características de ordem física, histórica e ancestral aptas a influir nos papéis por eles ocupados na trama do tecido social.

Assim, no Brasil, os movimentos sociais se valem do termo “raça” no contexto da luta por inclusão, tendo em vista que, embora não amparadas pela biologia, as pessoas conseguem identificar uma gama de raças a partir da observação e interação social. Outrossim, D’Adesky (2009, p. 46) aduz que esses movimentos adotam o dito conceito para se referirem a pessoas com elementos fenotípicos semelhantes ou laços de sangue e, ainda, usam-no como sinônimo de povo.

Nessa esteira, a raça não tem por desígnio inferiorizar grupos baseando-se em premissas correlatas ao determinismo biológico, tal qual teve em outras conjunturas, mas apenas identificar um histórico em comum no desenrolar do desenvolvimento social. Assim,

Os grupos políticos lançam mão do conceito, dando-lhe um outro significado, relacionado ao reconhecimento da diferença entre grupos humanos, sem atribuir qualidades positivas ou negativas, ao reconhecimento das condições das origens ancestrais e identidades próprias de cada um deles. Esse uso tem um sentido social e político, que diz respeito à história da população negra no Brasil e à complexa relação entre raça, racismo, preconceito e discriminação racial. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 174/175)

A palavra “etnia”, por sua vez, pertence ao campo de estudo das ciências humanas, designando um grupo de pessoas com costumes em comum que se materializam na língua, religião, história, cultura e, para alguns autores, até mesmo na genealogia. Portanto, etnia “refere-se ao âmbito cultural; um grupo étnico é uma comunidade humana definida por afinidades linguísticas, culturais e semelhanças genéticas. Essas comunidades geralmente reclamam para si uma estrutura social, política e um território.” (NORMANDO, 2010).

A raça é uma expressão eminentemente biológica que deu subsídio à concretização de barbáries — vide Holocausto judeu na Alemanha e a escravização dos negros no Brasil — e, em um dado momento, recebeu uma significação diversa atribuída pelas ciências humanas no contexto das lutas sociais. Por seu turno, a etnia é uma palavra pertencente ao vocabulário das ciências humanas que designa pessoas unidas por um histórico em comum.

Muitos intelectuais e educadores rejeitam o uso do conceito raça e preferem usar o termo "etnia" para se referir ao segmento negro da população brasileira. Acreditam que o conceito etnia é mais adequado porque não carrega o sentido biológico, atribuído à raça, o que colabora para superação da ideia de que a humanidade se divide em raças superiores e inferiores. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 176/177)

Então, se raça é um conceito biologicamente rechaçado para categorizar seres humanos e o termo etnia dá conta de agrupar indivíduos de acordo com suas características socialmente definidas, por que não extinguir o termo raça e adotar apenas a etnia em seu lugar?

Porque o embate terminológico não tem o condão de transformar as estruturas sociais edificadas sob a égide do uso inadequado do termo, de sorte que apenas substituir “raça” por “etnia” não acaba com o racismo. Além disso, o termo raça já é socialmente assimilado. Nesse sentido, “substituir o termo "raça" por “etnia" não resolve, na prática, o racismo que aqui existe e nem altera totalmente a compreensão do que é o racismo em nosso país.” (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 176).

Quanto à cor, conforme classificação adotada por Guimarães (2011), subdivide-se em dois subconceitos, a dizer: cor e cor da pele. O autor defende que, no contexto brasileiro, “cor” engloba, para além das variações cromáticas que se manifestam na epiderme dos indivíduos, outros traços físicos e culturais. Cor seria, portanto, um conceito

cujo significado se aproxima daquele atribuídos às palavras “raça” e “etnia” pelas ciências humanas.

Nesta teoria, cor não é redutível a “cor da pele”, a simples tonalidade. Cor é apenas um, o principal certamente, dos traços físicos – junto com o cabelo, nariz e lábios – que junto com traços culturais – “boas maneiras”, domínio da cultura europeia, formavam um gradiente evolutivo de embranquecimento. Preto, pardo, branco. No grupo branco nunca se hesitaria em classificar alguém de pele escura, mas traços finos (europeus) e boa educação. Entre os pardos, estavam certamente aqueles de traços físicos “negróides”, mas claros e bem educados. (GUIMARÃES, 2011, p. 267)

Cor da pele, por sua vez, restringe a abrangência desses termos e designa apenas a cor propriamente dita, daí porque o vocábulo “cor da pele” não reúne todos os atributos que caracterizam um grupo étnico. Todavia, a depender do contexto, a cor da pele é um dos elementos determinantes para a caracterização da cor, raça ou etnia.

No entanto, há que se entender que a relevância da cor da pele para a aglomeração de indivíduos com características étnicas comuns não é absoluta, tendo em vista que nem sempre a tonalidade de pele semelhante provém de um histórico em comum. Isso se deve ao fato de que elementos como cor da pele, textura capilar e traços faciais são determinados por menos de dez genes em um universo de 25 mil que compõem o genoma humano, fazendo com que indivíduos com história, genealogia e cultura em comum possam ter menos características físicas semelhantes do que indivíduos que não compartilham da mesma origem.

O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um grupo insignificante de genes. As diferenças entre um negro africano e um branco nórdico compreendem apenas 0,005% do genoma humano. (NORMANDO, 2010, p. 122)

Assim, uma análise reducionista pode gerar equívocos naquilo que concerne à classificação de pessoas a partir de seus traços fenotípicos, já que nem sempre eles são suficientes para caracterizar grupos étnicos. É hipoteticamente possível que um aborígine australiano, por exemplo, tenha uma carga genética muito mais próxima à de brancos europeus do que à de negros africanos, muito embora seus traços fenotípicos sejam mais similares aos destes.

Neste trabalho, ao se referir à raça, estar-se-á falando da raça sociológica, não da biológica. Isso se deve ao fato de que, no ordenamento jurídico pátrio, não há espaço para discriminações negativas pautadas no falho conceito biológico de raça, tal termo é

utilizado apenas para a criação de discriminações positivas em sua já explicada perspectiva sociológica. Quanto à cor, falar-se-á nela em sentido amplo, não reduzindo-a à cor da pele, cuja delimitação será explicitada quando se quiser referir a esta.

1.1 Uma breve abordagem do negro na construção do Brasil

Para entender de que modo o processo de desenvolvimento histórico brasileiro desembocou na necessidade de criação de ações afirmativas para acesso ao serviço público, é necessário retomar a participação do negro na sociedade brasileira desde o império até os dias atuais. Desse modo, será possível delimitar quais são os pressupostos que dão fundamento substancial de validade à reserva de vagas prevista na Lei nº 12.990/2014.

A história do negro no Brasil remonta ao nascedouro deste novo mundo. O negro foi um importante ator na colonização da América, tornando-se, sem dúvidas, um dos protagonistas na construção do que se entende por civilização neste continente. A (re)descoberta do Brasil pelos portugueses trouxe à tona alguns dilemas atinentes aos métodos hábeis a sugar cada gota de riqueza do valioso lugar.

Ao contrário do que se deu nos Estados Unidos, onde a colonização se concretizou através do povoamento, no Brasil foi a exploração que deu substrato à presença do colonizador europeu. Em um primeiro momento, o vasto território foi vislumbrado como um oásis de onde se poderia retirar todas as fortunas naturais, levando-as à Europa. Contudo, uma análise mais criteriosa permitiu que os portugueses encontrassem no Brasil um solo fértil à agricultura e pecuária.

A concretização dos planos portugueses em solo brasileiro esteve intrinsecamente vinculada à presença de mão-de-obra em quantidade suficiente para a produção de açúcar, exploração do Pau Brasil e demais atividades. A figura do índio, à princípio, atenderia a esses desígnios, no entanto, por uma série de fatores de ordem logística, cultural e até mesmo religiosa, seu contingente não foi suficiente e, em meados do século XVI, passou a ser substituído em maior proporção pelos escravizados de origem africana.

É nesse cenário que o negro africano viria a se tornar o personagem que edificou o Brasil tal como conhecemos. Tendo seus caminhos redesenhados e suas raízes ceifadas ao gosto do homem branco, durante séculos indivíduos africanos foram arrancados de suas terras e escravizados em diversos países, notadamente no Brasil. O processo de

escravização foi justificado por argumentos ligados à religião e à biologia. Os negros escravizados

Começaram trabalhando no litoral, no corte do pau-brasil e, posteriormente, no trabalho nos engenhos de cana-de-açúcar. Depois, foram levados para o interior do território e regiões longínquas para trabalhar na mineração, na criação de gado, no cultivo de cacau, nas charqueadas, na exploração das “drogas do sertão”. Trabalhavam também no serviço doméstico, nas construções públicas de todos os tipos e no comércio de gêneros alimentícios. (AMARAL, 2011, p. 12)

Estima-se que aproximadamente quatro milhões de pessoas africanas foram traficadas para o Brasil em navios, o que corresponde a 30% de todos os traficados de origem africana. As riquezas brasileiras, por mais de trezentos anos, provieram da exploração do trabalho escravo que, no início do século XIX, representava metade da população brasileira. Oficialmente, a escravização de negros no Brasil perdurou entre os anos de 1500 e 1888, quando, por uma série de fatores, foi oficialmente abolida pela Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, a Lei Áurea.

A maioria dos cativos, cerca de 4 milhões, desembarcou em portos do Brasil. Por isso nenhuma outra região americana esteve tão ligada ao continente africano por meio do tráfico como o Brasil. O dramático deslocamento forçado, por mais de três séculos, uniu para sempre o Brasil à África. A retirada violenta de africanos de suas comunidades, conduzidos para trabalhar como escravos em terras distantes, foi a solução encontrada pelas potências coloniais européias para povoar e explorar as riquezas tropicais e minerais das colônias no Novo Mundo. A colônia portuguesa (o Brasil) dependia de grande suprimento de africanos para atender às necessidades crescentes de uma economia carente de mão-de-obra. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 39)

Mas como uma sociedade que já havia rompido com a barbárie pôde, por tanto tempo, tolerar a animalização de seres humanos? Inúmeros fatores corroboraram para a manutenção da escravização, sobretudo a coalizão de interesses de praticamente todos os segmentos da sociedade imperial, desde os grandes agricultores até os profissionais autônomos.

É que a presença do negro escravizado também esteve materializada, ao contrário do que se acredita, no meio urbano. Os proprietários de escravos não eram apenas os grandes latifundiários, mas quase todos aqueles que tinham algum patrimônio, de modo que “por estar disseminada por toda a sociedade, pessoas de todas as classes sociais possuíam escravos” (AMARAL, 2011, p. 13).

Assim, havia interesse de vários nichos sociais na manutenção do *status quo*, tendo em vista que dele se beneficiavam. As teorias racistas sustentavam que o negro era

uma raça inferior — razão pela qual deveria ser naturalmente subserviente ao branco — e, aliadas ao discurso da igreja católica — que argumentava que a escravização seria a salvação de pagãos —, justificaram a abominável prática.

Na idéia dos europeus, o tráfico era justificado como instrumento da missão evangelizadora dos infiéis africanos. O padre Antonio Vieira considerava o tráfico um “grande milagre” de Nossa Senhora do Rosário, pois retirados da África pagã, os negros teriam chances de salvação da alma no Brasil católico. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 41)

Embora na década de 1830, por pressão inglesa, o Brasil tenha se comprometido a cessar o tráfico de africanos, foi só em 1850, com a promulgação da Lei Eusébio de Queiróz, que o tráfico negreiro acabou factualmente. A partir daí, a presença de negros estrangeiros, trazidos para povoar o País, evitando o olhar colonialista de outras potências, e trabalhar nos diversos setores existentes à época, passou a ser gradativamente substituída pelos crioulos — negros nascidos no Brasil.

Desde o início do século XIX, o tráfico africano de escravos vinha sofrendo forte pressão para ser abolido. Externamente, a Inglaterra era o país que tinha posição mais agressiva contra o tráfico, isto depois de ter-se beneficiado enormemente dele. [...] Como potência mais poderosa da época, a Inglaterra pretendia impor a mesma decisão sobre os demais países. O Brasil foi o grande alvo dos ingleses, não apenas por ser o maior importador de escravos, mas principalmente por ser forte concorrente da exportação de açúcar das colônias inglesas do Caribe. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 58)

Com o fim do tráfico, a disponibilidade de mão-de-obra negra ficou cada vez mais escassa, de modo que o valor venal dos escravizados subiu, restringindo sua propriedade aos proprietários de terras. Nesse sentido, a coalisão de interesses para a manutenção da escravização foi parcialmente dissolvida, pois não mais subsistia àqueles que não podiam possuir escravizados razões para apoiar o sistema vigente.

Com a proibição do tráfico aumentaram os preços dos escravos e cada vez menos pessoas podiam comprá-los. Desde então, possuir escravos passou, aos poucos, a ser privilégio de alguns, especialmente dos mais ricos. Com os preços em alta, pobres e remediadas ficaram sem condições de ter escravos e os que tinham procuraram vendê-los. Para eles já não fazia sentido a escravidão. E passou a não fazer sentido defender a escravidão. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 174)

Aliado a tudo isso, a subordinação do negro aos seus senhores nunca se deu de forma pacífica, eles foram sujeitos ativos e aguerridos em seu processo de libertação física e moral. Ao longo de todo o período, eram comuns práticas que contrariavam a escravização, como fugas, boicotes e até mesmo mortes. Nem todos os negros no Brasil

eram escravos, uns por terem nascido livres e outros por terem conquistado a liberdade, os chamados forros ou alforriados.

No Brasil, os escravizados resistiram ao sistema escravista durante os quase quatro séculos em que a escravidão existiu entre nós. O que era feito das mais variadas e criativas formas: fazendo “corpo mole” na realização das tarefas, através de sabotagens, roubos, sarcasmos, suicídios, abortos, fugas e formação de quilombos. Qualquer tipo de afronta à propriedade senhorial por parte do escravizado deve ser considerada como uma forma de resistência ao sistema escravista. (AMARAL, 2011, p. 31)

Nessa esteira, formou-se uma elite intelectual abolicionista nas faculdades, cujos ideais estavam alinhados à visão externa, já que o resto do mundo, sobretudo a Europa, passou a ver a escravização como inaceitável — depois de muito se valer dela. Muitos desses intelectuais eram negros e o movimento abolicionista não era uníssono, cindindo-se em diversas vertentes, cada qual com seu próprio *modus operandi*, mas todos com um escopo em comum: o fim da escravização.

Destarte, o plano externo, a camada menos abastada da sociedade civil, os escravizados e intelectuais abolicionistas faziam frente ao interesse dos latifundiários na manutenção da escravatura. Essa conjuntura obrigou o País a criar mecanismos que desembocariam no fim da escravização do negro, daí o surgimento de dois importantes marcos legais para o a abolição da escravização: a Lei do Sexagenário (1885) e a Lei do Ventre Livre (1871).

A primeira declarava livres todos os escravizados com mais de sessenta anos e, embora parecesse uma norma de cunho progressista e revolucionária, atendia bem ao interesse dos fazendeiros, pois os livrava do dever de cuidado com os escravizados que não mais se prestavam ao trabalho em razão da idade. A segunda, por sua vez, dava a liberdade às crianças nascidas de escravizadas, mediante indenização paga pelo governo ao seu proprietário ou trabalho dos “ingênuos” — filhos menores das escravas — até os 21 anos.

Embora as duas leis representassem, a médio prazo, a abolição, estimou-se que apenas na década de 1930 a escravização findaria com os mecanismos até então implementados. Diante disso, os enunciados normativos não tiveram o condão de romper a insatisfação dos setores abolicionistas, sejam os escravizados, os intelectuais ou os não-proprietários.

Nessa conjuntura, as revoltas se intensificaram, bem como a luta por direitos e a formação das comunidades quilombolas. Em treze de maio de 1888, a Princesa Isabel assinou a lei que extirpou a escravização legalizada no Brasil, conhecida como Lei Áurea. Contudo, embora se trate do mais importante marco legal na luta abolicionista, a referida lei não foi tão impactante do ponto de vista fático, uma vez que, àquela altura, 90% dos escravizados já haviam conquistado a própria liberdade a punho.

Ainda que a abolição tenha representado a liberdade formal do negro no Brasil, sua luta ainda estava longe de acabar, já que, mesmo com o rompimento das correntes da escravização, as amarras sociais ainda lhes atavam as mãos, impingindo-lhes a miséria e a marginalização. Malgrado algumas vertentes do abolicionismo advogassem para que o processo de libertação fosse implementado concomitantemente à adoção de políticas públicas aptas a introduzirem os negros na sociedade civil, como reforma agrária e fomento à educação, não foi assim que se deu a abolição.

Os negros, recém-libertos, foram abandonados à sua própria sorte, destituídos de todas as ferramentas que pudessem lhes permitir galgar seu sucesso no novo cenário. Logo, “A abolição não veio acompanhada de ações para permitir o acesso dos negros à educação, ao trabalho e à terra, ou o direito de cultuar livremente as suas crenças.” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 312). Para além disso, algumas teorias foram fundamentais para obstar, ainda mais, a consecução de melhores condições de vidas à fatia negra da população.

Operou-se no Brasil, amparando-se em teorias estrangeiras, um ideal de embranquecimento calcado na ideia de que o negro era uma raça inferior, de modo que deveria ser gradualmente eliminado para que o País fosse bem sucedido. Nesse sentido, acreditava-se que o negro era biologicamente pior do que o branco, tendendo ao ócio, à vagabundagem e ao desmazelo.

Não por acaso a idéia de raça teve grande repercussão no Brasil justamente nos últimos anos da escravidão e na Primeira República (1889-1930). Naquele momento, os projetos emancipacionistas não excluía a construção de novas formas de dominação fundamentadas na noção de raça. Mesmo porque o que se via eram tentativas cada vez mais incisivas de adaptar à sociedade pós-abolição as hierarquias raciais montadas durante a escravidão. Pensar o mundo republicano e sem escravidão não queria dizer pensar uma sociedade de oportunidades iguais; muito pelo contrário, a preocupação estava em garantir que brancos e negros continuariam sendo não só diferentes, mas desiguais. A consequência da miscigenação era um dos itens mais polêmicos das teorias raciais. Para alguns a “mistura racial” criava um tipo biológico e social

degenerado e incapaz mentalmente, o mulato. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 205)

Assim, embora o trabalho negro tivesse construído tudo que até então se entendia por Brasil, “as elites brasileiras construíram um discurso racista no qual desqualificavam o trabalhador nacional para enaltecer o imigrante branco.” (AMARAL, 2011, p. 59). Por conseguinte, fomentou-se cada vez mais a vinda desses imigrantes para o Brasil, oriundos de diversos países da Europa, ao passo que se obstou a vinda de negros e asiáticos. Acreditava-se que com o tempo o Brasil viria a ser um país branco e, portanto, um país bem sucedido.

O ideal de embranquecimento continuou a fazer parte explícita dos projetos do governo brasileiro até a década de 1930. Com isso foi se estabelecendo no Brasil a idéia de raça como critério fundamental e perverso de classificação social, fazendo das características físicas e culturais das pessoas justificativas para a desigualdade. Cor da pele, formato do nariz, textura de cabelo, assim como comportamentos, formas de vestir, de comer, festejar eram tidos, naquela época, como marcas de origem racial e, conseqüentemente, de nível cultural e civilizatório. As pretensas diferenças raciais fundamentaram um projeto político conservador e excludente, para o qual não faltaram opositores. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 208)

Por outro lado, criou-se um mito de democracia racial, alimentado pela realidade de um Estado construído sobre os pilares da miscigenação. Esse mito trazia em seu ideário que, pelo fato do Brasil, à época, ser fruto da mistura racial entre negros, brancos e indígenas, o sangue negro estava presente em praticamente toda a sociedade, razão pela qual seria impossível existir racismo por aqui (FREYRE, 1977). Esse pensamento dificultou, ainda mais, a criação de mecanismos que pudesse atenuar a situação de desigualdade dos negros no período pós-abolição.

Nos quase quatro séculos em que a escravidão no Brasil foi um negócio legal, base do nosso sistema social e econômico, ela definiu espaços sociais que hoje tentamos desconstruir, como o racismo, a cultura da violência, a má distribuição de renda e o desrespeito à cidadania. (AMARAL, 2011, p. 10)

Tudo isso contribuiu para a formação do Brasil hodierno, no qual, em 130 anos de república, jamais elegeu um presidente negro. País que só teve três magistrados negros na história de sua mais alta corte (STF) e, entre os demais juizes, menos de 15% são negros. Esse mesmo País, em cujos cargos de gestão das quinhentas empresas mais rentáveis, menos de 5% das cadeiras são ocupadas por negros, embora entre as vítimas de homicídio esse número supere os 75% (AFONSO, 2019). É a esses negros que as ações

afirmativas vêm socorrer do passado doído, das feridas não curadas, do açoite da desigualdade, da fustigação da indiferença e do pesar da história.

1.2 Todo brasileiro é negro?

Sendo o último País do globo a abolir a escravização da população negra, o Brasil traz consigo um processo de formação sociocultural carregado de peculiaridades. Em um contexto onde o regime escravocrata não mais se sustentaria, em virtude da reunião de uma série de fatores, a fim daquela forma de escravização não se concretizou com vistas a atender aos ideais republicanos de igualdade.

Pelo contrário, a abolição se alicerçou na adequação à lógica de um sistema globalizado, atendendo às pressões externas e internas. Com a proibição formal da escravização, não foram criados reparados sociais fáticos designados a promover a inserção desembaraçada do negro na sociedade de consumo, de sorte que os reflexos desse processo repercutem hodiernamente no arranjo social. Nesse sentido,

No Brasil pós-escravidão, o racismo colocou os negros (incluindo sob esta denominação os mestiços) numa situação de discriminação peculiar, diversa da segregação que se instituiu nos Estados Unidos e na África do Sul. Em nosso país, o segmento negro não sofreu segregação legalizada sob o aspecto espacial e institucional. Como os negros eram e são os mais pobres, deu-se sua aglomeração em favelas e bairros de periferia, configurando uma segregação estabelecida na prática. [...] O racismo não veio a ter, assim, expressão concentrada, mas difusa. (GORENDER, 2000, p. 59/60)

Nessa construção, historicamente, o conceito de quem é o negro — conjunto constituído por pretos e pardos — já foi observado por diferentes óticas, desde aquela que edifica sua análise a partir da genética, passando pelo estudo calcado na geografia, até a observação dos papéis socialmente desempenhados e lugares ocupados.

Em decorrência da multiculturalidade que permeia as brasilidades, é corriqueiro se deparar com posicionamentos que vinculam todos os brasileiros à negritude ou, ao menos, a um ou outro elemento que a compõe. Por conseguinte, paira no imaginário popular que todos os brasileiros têm, em maior ou menor medida, carga étnica negra.

Esse é, inclusive, um dos principais argumentos daqueles que promovem a corrente de pensamento que acredita que para a ocupação das vagas reservadas aos negros bastaria a autodeclaração, sem quaisquer critérios suplementares, tendo em vista que todos os brasileiros seriam negros em algum aspecto.

A depender da ótica adotada para enfrentar o questionamento, a resposta pode ser modulada à conveniência daquele que a formula. Contudo, certo é que não é essa a interpretação que os enunciados normativos correlatos às políticas públicas de discriminação positiva permitem. Para fins de atender aos anseios de normas tendentes a reparar disparidades socialmente construídas, deve-se partir de uma análise teleológica das normas em apreço, permitindo individualizar aqueles que são os seus destinatários — e, também, aqueles que não o são.

Nesse diapasão, considerando que a reserva de vagas em concursos públicos federais, aliada a outras políticas públicas semelhantes desenvolvidas em diferentes âmbitos, tem por escopo reparar as desigualdades oriundas do processo de construção econômico-cultural brasileiro, é patente que os destinatários dessa reserva são aqueles que em alguma medida sofrem os impactos materiais dessas desigualdades. Entretanto, ainda assim é árdua a tarefa de individualização desses sujeitos, tendo em vista que as discriminações que os acometem se dão através de fatores mediatos e imediatos de discriminação.

Ser negro, conforme se delineou alhures, não diz respeito à carga genética de um dado indivíduo, ainda que este elemento por vezes esteja presente. Isso se deve ao fato de que, na delimitação dos papéis socialmente ocupados por pessoas negras, o racismo opera ancorado não no sangue dos indivíduos, mas em suas características de ordem física e cultural, ou seja, em sua raça sociológica. Nessa consonância, o negro destinatário das ações afirmativas não é um ser que se esgota em si mesmo, é construído no bojo da sociedade.

podemos compreender que a identificação de raças na realidade, uma construção social, política e cultural produzida no interior das relações sociais e de poder ao longo do processo histórico. Não significa de forma alguma, um dado da natureza. É no contexto da cultura que nós aprendemos a enxergar as raças. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 176)

Conforme já aduzido alhures, os quase quatro séculos de escravização da população negra deixaram marcas profundas no destino dessas pessoas. O Estado Brasileiro, até a adoção das políticas de reserva de vagas, não havia implementado medidas capazes de atenuar concretamente os reflexos da escravização negra, de modo que leis como a nº 12.990/14 são imprescindíveis para a concretização dos objetivos republicanos.

Assim, cabe esmiuçar quem é, ou não, negro no Brasil, uma tarefa nada fácil em uma sociedade altamente miscigenada. A princípio, uma análise perfunctória permite compreender que todas as pessoas com ascendência africana seriam destinatárias das ações afirmativas para negros. Entretanto, o DNA não é instrumento hábil à aferição dos destinatários da reparação.

Estudos estimam que aproximadamente “87% dos brasileiros, ou seja, cerca de 146 milhões de pessoas pelo censo de 2000, apresentam mais de 10% de ancestralidade africana” (BORLOTINI, 2004), de modo que todos eles — o que equivaleria a praticamente todos os brasileiros — poderiam se valer das políticas.

É incontroverso que a reserva de vagas constitui medida de caráter paliativo e específico, não generalista. Assim, por suposto, é óbvio que o legislador, ao instituir a reserva, não quis direcioná-la a $\frac{3}{4}$ da população, pois, caso o quisesse, o instrumento adequado seria uma norma generalista que atingisse o maior número de pessoas possível. Portanto,

Não compete à genética fazer prescrições sociais. A definição sobre quem deve se beneficiar das cotas universitárias e das ações afirmativas no Brasil deverá ser resolvida na esfera política, levando em conta a história do país, o sofrimento de seus vários segmentos e análises de custo e benefício. (BORLOTINI, 2004)

Uma vez excluída a genética do rol de elementos aptos a caracterizarem as pessoas enquanto negras, tendo em vista que esse critério não tem o condão de delimitar grupos biologicamente raciais — já que nos seres humanos eles não existem —, somente se pode delinear que é negro a partir dos parâmetros fornecidos pelo conceito sociológico de raça. Conforme explicitado, esse conceito abriga uma série de fatores de ordem física, cultural e histórica, que influem no modo como os sujeitos se percebem e são percebidos pelos demais.

Para identificar negro na sociedade brasileira, podem ser adotados diversos marcadores distintos. Caso se considere negro aqueles que têm mais do que 10% de carga genética africana, são 146 milhões, enquanto aqueles com mais de 90% são 77 milhões. Caso se considere os autodeclarados pretos ou pardos, são 54,9% da população.

Nessa esteira, à pergunta “todo negro tem sangue crioulo?” só há uma resposta possível, qual seja: depende. Estudos genéticos que repute negros todos aqueles com mais de 1% de marcadores genéticos africanos podem dar resposta positiva ao questionamento. Estudos amparados na autodeclaração podem conduzir ao sim ou não.

Contudo, para fins de concorrer à reserva de vagas prevista na Lei nº 12.990/2014, a única resposta possível é o não, tendo em vista que essa é uma política de natureza específica e direcionada. Logo, não faria sentido que abarcasse a todos, devendo ser direcionada apenas àqueles que pertencem ao conjunto de pessoas visado pela política: indivíduos que sofrem os entraves ocasionados pelas razões que desembocaram na criação da reserva.

Desse modo, a dicção da Lei nº 12.990/2014 permite asseverar que, para concorrer à reserva de vagas ali prevista, são considerados negros aqueles que, em alguma medida, sofram limitações fáticas decorrentes da discriminação direta ou indireta da população negra no Brasil.

Há que se compreender, contudo, que a discriminação racista opera de modo concentrado e difuso. Em perspectiva concentrada, a discriminação é mais nítida, pois consiste no ataque pontual e individualizado aos sujeitos em virtude de aspectos étnicos (Agressões, bullying etc.). No plano difuso, a discriminação opera de forma institucionalizada, negando a determinados grupos étnicos direitos garantidos aos demais (Fenômeno da favelização, negação de oportunidades etc.).

1.3 Panorama legal

O Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010) é um importante marco na definição de quem vem a ser o negro para fins legais. Nessa senda, o referido arcabouço normativo aduz que a população negra é “o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.” (BRASIL, 2010, art. 1º, § 1º, inc. IV).

Da dicção do artigo, depreende-se que os negros são todas as pessoas que, de acordo com os parâmetros delineados pelo IBGE, se declaram pretos ou pardos, permitida a adoção de critérios de autodefinição análogos. No mesmo sentido dispõe a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos federais, ao enunciar que “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.” (BRASIL, 2014, art. 2º, caput).

O IBGE, a quem coube criar os contornos fáticos da previsão legal, por sua vez, relega à autodeclaração a definição de quem pode, ou não, ser considerado negro. Nessa esteira, a partir da análise sistematizada das leis nº 12.288/2010 e 12.990/2014, bem como do posicionamento do IBGE, em um primeiro momento a autodeclaração seria o único fator determinante para a identificação da população negra. Assim, todo aquele que viesse a se declarar negro deveria, para fins legais, ser entendido como negro.

Contudo, própria Lei nº 12.990/2014 retira o caráter absoluto da autodeclaração ao submetê-la a um controle externo àquele de quem emanou o ato de se autodeclarar, possibilitando que, para fins de ocupação das vagas, a declaração seja considerada falsa e prevendo sanções para o caso de constatação de declaração falsa.

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. (BRASIL, 2014, art. 2º, parágrafo único)

O enunciado transcrito é complementado pela Portaria Normativa nº 4/2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que regulamenta o critério suplementar à autodeclaração para fins preenchimento das vagas reservadas aos negros, qual seja, um procedimento de identificação por terceiros. A portaria atribui à autodeclaração dos candidatos relativa presunção de veracidade; no entanto, dispõe que as autodeclarações serão submetidas a um processo de heteroidentificação (BRASIL, 2018, art. 3º) e, ainda, que, em caso de dúvida acerca do fenótipo do candidato, deve prevalecer sua autodeclaração. (BRASIL, 2018, art. 3º)

Por conseguinte, para ser legalmente reconhecido enquanto pessoa negra e ser destinatário da política pública, o candidato deve firmar autodeclaração e tê-la confirmada por uma comissão avaliadora. Nessa conformação, o negro seria aquele que se autodeclara preto ou pardo, de acordo com os critérios do IBGE, e, cumulativamente, tem sua autodeclaração confirmada pela banca.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já apreciou a constitucionalidade do modelo, decidindo do seguinte modo:

ADC 41 - É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde

que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (BRASIL, 2017)

Assim, resta claro que o guardião da Constituição reconhece que a adoção de critérios complementares à autodeclaração para a aferição dos destinatários das ações afirmativas coaduna com o sistema jurídico, desde que obedecidos os preceitos constitucionais.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS E COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

Ações afirmativas são políticas públicas de natureza temporária e corretiva designadas a eliminar disparidades sociais materializadas na sub-representação de grupos no desempenho de papéis sociais específicos. Aqui, entende-se por políticas públicas não exclusivamente aquelas emanadas da administração pública, mas todas as tendentes a solucionar problemáticas de caráter geral, independentemente de serem oriundas do setor público ou privado.

Nesse sentido, tratam-se de medidas de discriminação positiva cuja finalidade é dar cabo a situações pontuais de desigualdade fática através do implemento de mecanismos que promovam a igualização em perspectiva substancial entre grupos socialmente reconhecidos.

Elas podem ser entendidas como um conjunto de políticas, ações e orientações públicas ou privadas, de caráter compulsório (obrigatório), facultativo (não obrigatório) ou voluntário, que têm como objetivo corrigir as desigualdades historicamente impostas a determinados grupos sociais e/ou étnico/raciais com um histórico comprovado de discriminação e exclusão. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 186)

Para Joaquim B. Barbosa Gomes,

as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001.)

O vocábulo “ação afirmativa” deve ser entendido como gênero do qual são espécies diversos instrumentos de correção dos déficits sociais ocasionados, na maioria das vezes, por um histórico de discriminação e exclusão, como as cotas — reserva de vagas a uma gama determinada de sujeitos. Nesse sentido, as cotas raciais em concursos públicos federais, instituídas pela Lei nº 12.990/2014, correspondem a

política de combate ao racismo e à discriminação racial mediante a promoção ativa da igualdade de oportunidades para todos, criando meios para que as pessoas pertencentes a grupos socialmente discriminados possam competir em mesmas condições na sociedade. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 186)

Cabe notar que o escopo das ações afirmativas é promover a igualdade substancial em cenários nos quais a mera garantia constitucional de isonomia em sentido formal não

foi o suficiente para assegurar a igualdade de oportunidades. Nessas hipóteses, apenas a imparcialidade estatal não atende aos anseios constitucionais de não-discriminação. Para tanto, é necessária uma postura atuante, a fim de corrigir desigualdades historicamente construídas. Nessa esteira, a ação afirmativa deve ser visualizada como um

comportamento ativo do Estado, em contraposição à atitude negativa, passiva, limitada à mera intenção de não discriminar. A nota característica da promoção da igualdade, portanto, distingue-se por um comportamento ativo do Estado, em termos de tornar a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento, o que é, insistimos, qualitativamente diferente da cômoda postura de não discriminar. (SILVA JÚNIOR, 2013)

Assim, embora a reserva de vagas delineada pela Lei nº 12.990/2014 se ocupe de corrigir as disparidades entre negros e brancos no serviço público federal, as ações afirmativas podem abarcar uma série de outras situações, como questões de gênero, pessoas com deficiência, idade, origem etc. Além disso, essas políticas se materializam nos mais variados segmentos das relações sociais, desde o mercado de trabalho até o ingresso no ensino público.

No Brasil, a Constituição de 88 (BRASIL, 1988), em seu artigo 37, inciso VIII, é o marco fundamental na instituição de ações afirmativas, trazendo em seu bojo a previsão de discriminação positiva em favor das pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos. A previsão não se esgota em si mesma, pois delega ao legislador ordinário a regulamentação da política pública de promoção da igualdade material ali instituída.

Com isso, o legislador constituinte, ao reconhecer a necessidade de combater ativamente a exclusão das pessoas com deficiência do mercado de trabalho em virtude da discriminação que sofrem, introduziu na ordem jurídica vigente o dever estatal de reparar situações de desigualdade através da implementação de ações afirmativas reparadoras. Assim,

Referida opção mostra que, bem ao contrário do que sustentam várias vozes, o legislador constituinte entendeu que a seleção de pessoas para ocupar cargos públicos não precisaria estar necessariamente atrelada apenas ao critério do mérito. E se o fez com referência aos deficientes físicos, agiu no intuito de viabilizar a adoção de ações afirmativas no âmbito de tão intrincado tema. (SOUSA, 2018, p. 123)

Logo, entende-se que o modelo de ação afirmativa concernente à reserva de vagas criada pela Lei 12.990/2014 em nada destoia dos preceitos constitucionais. Pelo contrário, dá concretude à igualdade constitucionalmente prevista e corrobora para o fim das

discriminações negativas, em plena e incontroversa consonância com os anseios do legislador constituinte.

2.1 Arcabouço normativo

No Brasil, uma ampla gama de regras e normas de ordem principiológicas dão amparo legal à instituição de ações afirmativas para a promoção de igualdade substancial entre grupos dominantes e discriminados. Isso se estende desde convenções internacionais das quais o País faz parte até os pilares sobre os quais se alicerçou a Carta Republicana de 1988.

A princípio, cabe anotar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 65.810/1969 (BRASIL, 1969). A referida convenção comina aos Estados signatários o dever de se abster de quaisquer práticas que corroborem ou permitam discriminações injustificadas entre grupos raciais, além de exigir que promovam políticas de inclusão tendentes a eliminar a discriminação já materializada nos indicadores sociais de grupos raciais marginalizados.

Nesse sentido, o artigo 2º, parágrafo segundo, do Decreto nº 65.810/69 dispõe do seguinte modo:

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. (BRASIL, 1969, art. 2º, p. 2º)

Posto isso, há de se perceber que, no plano internacional, o Estado Brasileiro se comprometeu a adotar medidas efetivas designadas a promover a igualdade racial no Brasil, promovendo a igualdade fática entre todas as raças. Esse compromisso ganha contornos concretos ao ser incorporado ao ordenamento, tendo em vista que a desigualdade entre negros e não-negros no País é patente. Assim, a análise do Decreto nº 65.810/1969 permite compreender que o Brasil tem o dever de promover políticas públicas voltadas à promoção da igualdade material para a população negra, neutralizando os efeitos da discriminação e fomentando as oportunidades destinadas a esse grupo.

Naquilo que concerne à dimensão constitucional, o legislador constituinte não se esquivou da temática em comento, entremeando o princípio da igualdade — em sentido formal e material — em diversos enunciados normativos da magna carta. A Constituição Federal elenca como objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988, art. 3º, inc. III e IV).

Assim sendo, se o Estado tem o objetivo de promover o bem de todos sem preconceitos de cor e reduzir as desigualdades sociais, somente pode fazê-lo de uma forma: identificando os nichos sociais acometidos por desigualdades e adotar uma postura proativa a fim de reverter o cenário. No caso, essa postura ativa se concretiza na criação de mecanismos de correção das disparidades sociais, como é o caso das ações afirmativas voltadas às pessoas negras criadas pela Lei nº 12.990/2014.

O mencionado arcabouço normativo reserva, pelo prazo de dez anos, 20% das vagas previstas em concursos públicos para o provimento dos cargos e empregos públicos da administração pública federal, bem como das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União Federal. Assim sendo, a Lei nº 12.990/2014 vai ao encontro da postura adotada pelo Estado Brasileiro, em perspectiva nacional e internacional.

Todavia, a realização do mandamento constitucional de promoção da igualdade material para a população negra através da Lei nº 12.990/2014 decorreu do reconhecimento das condições de vida e desigualdade dessa população em nosso contexto. Esse reconhecimento, obtido através da luta incessante dos movimentos sociais, desembocou na elaboração da Lei nº 12.288/2010, o Estatuto da Igualdade Racial, que serviu de plano de fundo para a reserva de vagas da Lei nº 12.990/2014.

O Estatuto prevê que a inclusão da população negra em igualdade de oportunidades deve ser promovida pelo Estado, entre outros mecanismos, através da “adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa”, “modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica”, “eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada” e “implementação de programas de ação

afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à [...] trabalho [...] e outros” (BRASIL, 2010, art. 4º, inc. II, III, IV e VII).

Nesse sentido, dá tangibilidade às previsões constitucionais, guiando o administrador público e o legislador ordinário pelos caminhos que culminam no atendimento aos objetivos republicanos. O Estatuto da Igualdade Racial conceitua ação afirmativa como “políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.” (BRASIL, 2010, art. 4º, p. primeiro)

No capítulo em que trata do direito ao trabalho para a população negra, o Estatuto da Igualdade Racial determina que

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. (BRASIL, 2010, art. 39)

Assim, a Lei nº 12.990/2014 materializa os mandamentos do Estatuto ao criar a reserva de vagas para acesso aos empregos e cargos públicos. Por conseguinte, nota-se que as ações afirmativas são endossadas por um consistente emaranhado legislativo que engloba todas as órbitas normativas do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Destarte, do ponto de vista legal, há que se observar que a adoção de ações afirmativas não só são uma faculdade do administrador, mas um dever assumido pelo Brasil junto aos seus jurisdicionados e às demais nações membros da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

2.2 Justificativa para a reserva de vagas aos negros no Brasil

Conforme explicitado no capítulo anterior, o “ser negro”, no Brasil, não diz respeito apenas ao fato de pertencer a uma raça, mas de ter suas oportunidades condicionadas aos papéis sociais historicamente acessíveis a ela. O Estado Brasileiro se fundou sobre os pilares da escravização de negros e, após a abolição, passou por um processo higienista de “embranquecimento” calcado no mito da democracia racial.

Em virtude disso, desde o período colonial, a população negra não tem as mesmas oportunidades que o restante da população. *A priori*, porque a própria institucionalização da escravização de negros transformava-os em posse, não em gente, obstando a constituição de patrimônio que pudesse perpassar as gerações. Depois, porque o Estado

lhes deu a liberdade formal, mas não se ocupou de desatar as amarras sociais que até hodiernamente lhes impedem de ocupar lugares de destaque em igualdade de condições com os demais.

Segundo o IBGE (SARAIVA, 2017), mais de metade da população brasileira é composta por pessoas pretas ou pardas. Todavia, essa população está sub-representada nos papéis sociais de maior prestígio, como as carreiras de maior sucesso, ao passo que é super-representada naqueles menos quistos, como o cárcere. Em 2016, 54,9% dos brasileiros eram autodeclarados pretos ou pardos. Entretanto, embora sejam a maioria da população seja de pessoas negras, esse grupo é minoria naquilo que concerne à concretização de direitos.

Estima-se que, em 2015, a renda média do negro era equivalente apenas à metade da renda média do branco (MARTINS, 2017). De acordo com o IPEA (2019), em 75,5% dos homicídios praticados no Brasil em 2017, as vítimas eram pessoas negras, sendo que, segundo mesmo estudo, a taxa de homicídios de pessoas negras cresceu 33% entre 2007 e 2017 — a taxa de homicídios de não negros cresceu 3,3% no mesmo período.

Estes são apenas alguns dos inúmeros dados que revelam como a escravização reverbera ainda hoje nas condições de vida da população negra. Essa escravização se deu de forma institucionalizada, bem assim sua cessação, mas o Estado não adotou medidas para inserir o negro em igualdade de condições com os brancos na sociedade civil. Contudo, o transcurso do tempo não retirou do Estado Brasileiro o dever de promover políticas públicas tendentes a neutralizar a discriminação dos negros.

Nessa senda, percebe-se que a reserva de vagas aos negros nos concursos públicos federais, instituída pela Lei nº 12.990/2014, bem como as demais políticas de ações afirmativas no mesmo sentido, tem por escopo atenuar os efeitos dos séculos de exploração do negro. Sendo assim, são destinatários da referida política aqueles que de algum modo sofrem os reflexos da discriminação, de forma mediata ou imediata, já que

as diferenças existentes nos níveis de educação e renda entre brancos e negros vão se disseminando silenciosamente de geração em geração. Os indicadores mostram que os negros sobrevivem numa realidade mais perversa do que os brancos, com salários menores, menos tempo de escolaridade, desemprego maior, mais exposição à violência. A presença dos negros na universidade é destacadamente menor do que a de brancos. Daí a necessidade de medidas compensatórias que visem à diminuição dessas diferenças. (HAAS; LINHARES, 2012)

Nessa consonância, é possível sistematizar os fatores que justificam a implementação de ações afirmativas voltadas à população negra no Brasil da seguinte maneira:

a) Necessidade de se combater a discriminação que ocorre em certos espaços da sociedade; b) Necessidade de se reduzir a desigualdade que atinge certos grupos, por exemplo, aquele marcado pela questão de raça ou gênero; c) Transformação social; d) Finalidade de acesso à escola e ao mercado de trabalho; e e) Finalidade da busca da integração dos diferentes grupos sociais em espaços sociais existentes, mediante a valorização da diversidade cultural que formariam. (HAAS; LINHARES, 2012)

Quando se trata especificamente da Lei nº 12.990/2014, cuja proposta foi de iniciativa da então Presidenta da República, Dilma Rousseff, por encaminhamento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nota-se a presença dos elementos citados, sobretudo em relação à redução da desigualdade, combate à discriminação e transformação social. A exposição de motivos interministerial (BRASIL, 2013) que desembocou na criação da Lei nº 12.990/2014 traz os seguintes argumentos favoráveis à reserva de vagas:

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 total¹, 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.[...] 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 brasileira. [...] A adoção de tal medida vem ao encontro do entendimento acerca da necessidade de diversidade na administração pública, considerando seu papel na formulação e implantação de políticas públicas voltadas para todos os segmentos da sociedade, e conjuga, ainda, elevado potencial de incentivar a adoção de ações semelhantes tanto no setor público quanto no setor privado, fazendo cumprir determinação da Lei nº 12.288 (BRASIL, 2013)

Desse modo, percebe-se que as razões que culminaram na reserva de 20% das vagas em concursos para provimento de cargos e empregos públicos em âmbito federal são notadamente: 1. Sub-representação dos negros no funcionalismo público federal; 2. Falta de oportunidades da população negra no Brasil; 3. Baixa diversidade nos quadros públicos federais. Destarte, uma ação afirmativa alicerçada nessas justificativas, para cumprir seu mister, deve ter como objetivos: 1. Aumentar a representação dos negros no

funcionalismo público; 2. Garantir igualdade de oportunidades entre negros e brancos; 3. Promover a diversidade entre os agentes públicos federais.

2.3 Comissões de heteroidentificação

No âmbito das ações afirmativas voltadas aos negros no Brasil, as comissões de avaliação surgem como mecanismo de controle para que as políticas sejam, de fato, aproveitadas por quem a elas faça jus. Essas comissões atuam no sentido de promover uma heteroidentificação suplementar à autodeclaração. Assim, a simples autodeclaração não é o suficiente para que as pessoas sejam aceitas enquanto negras para fins de concorrer na reserva de vagas, sendo mister que o parecer motivado de uma comissão com ela corrobore.

Tendo em vista o amplo alcance do fenômeno da miscigenação no Brasil, as comissões de heteroidentificação surgiram em um contexto no qual as ações afirmativas poderiam ser utilizadas por indivíduos que não sofreram, em nenhuma medida, impactos da discriminação de pretos e pardos. Nessa senda, as referidas comissões passaram a atuar como um filtro que confirma a presunção de veracidade atribuída às autodeclarações.

Contudo, o procedimento de heteroidentificação é realizado em momento posterior à inscrição no certame, de modo que a não aceitação da autodeclaração pela banca ocasiona a imediata eliminação do candidato, facultado o direito a recurso administrativo. Desse modo, aqueles cuja autodeclaração não coincide com o parecer da banca são penalizados com a exclusão do concurso, independentemente de boa-fé. Opera-se, assim, uma presunção de má-fé em relação a todos os candidatos que têm sua autodeclaração invalidada pela comissão.

Se discute acerca da imprescindibilidade das comissões de heteroidentificação, bem como sobre sua constitucionalidade. Quanto à constitucionalidade, conforme já elucidado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a adoção de critérios suplementares à autodeclaração coaduna com a carta republicana. Em relação à imprescindibilidade das comissões, a discussão é mais profunda, pois envolve tanto sua existência, quanto a formulação do modelo a ser aplicado.

A existência das comissões de heteroidentificação tem por intuito coibir fraudes, evitando que vagas reservadas sejam ocupadas por pessoas diversas de seus destinatários. No entanto, quem seriam essas pessoas? Se o critério adotado pelo órgão oficial de pesquisa para delimitar quem são as pessoas negras no Brasil é a autodeclaração, essas

pessoas são as que se autodeclaram em desconformidade com aquilo que intimamente acreditam com vistas a burlar o sistema de reserva de vagas.

O Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 299, tipifica o crime de falsidade ideológica, consistente em

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante

A vista disso, percebe-se que o ordenamento jurídico, na órbita penal, já tem mecanismos hábeis a coibir fraudes oriundas de possíveis falsas declarações. O ato de firmar autodeclaração diversa daquela que se deveria formular para fins de ocupar vagas reservadas em concursos públicos se subsume perfeitamente ao tipo penal em comento, ao qual é cominada pena de reclusão de um a cinco anos, além de multa.

Conquanto nada obste a aplicabilidade das disposições do Código Penal à hipótese em apreço, sua incidência fica condicionada à provocação das autoridades judiciárias e à instauração de um processo-crime para averiguar a existência do elemento subjetivo do delito, sem o qual não se caracterizaria a responsabilidade penal do agente. Isso acaba por tornar essa modalidade de controle morosa e inviável ao fim a que se destina, já que as ações afirmativas, por sua própria natureza, são de caráter transitório.

Logo, a possibilidade das instituições promoverem o controle apriorístico de seus próprios atos decorre da autonomia administrativa inerente à própria realização das atribuições legais de cada ente. No âmbito da reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/14, esse controle é regulamentado pela Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a realização do procedimento de heteroidentificação é ato administrativo vinculado e suas diretrizes básicas são informadas pela própria portaria.

2.4 Modelo de comissão aplicado

Em se tratando da reserva de vagas aos candidatos negros nos concursos públicos federais, a Lei nº 12.990/2014 preleciona que

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. (BRASIL, 2014, art. 2º, p. único)

Assim, fica evidente que a autodeclaração prevista na própria lei para fins de concorrência nas vagas reservadas não tem caráter absoluto, podendo ser mitigada defronte a critérios suplementares de identificação a invalidez. Nesse sentido, o indicador adicional adotado para a conferência dos candidatos aptos a ocuparem essas vagas foi a criação de uma comissão de heteroidentificação, cujas diretrizes básicas são delineadas pela Portaria Normativa nº 4/2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Entre os princípios regentes da portaria, estão o “respeito à dignidade da pessoa humana”, a “observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”, a “garantia de padronização e de igualdade de tratamento entre os candidatos submetidos ao procedimento de heteroidentificação promovido no mesmo concurso público” e a “garantia da efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas a candidatos negros nos concursos públicos de ingresso no serviço público federal.” (BRASIL, 2018, art. 1º, p. único, inc. I, II, III e VI).

É estabelecido ainda que, para fins de concorrer à reserva de vagas, o candidato deve se autodeclarar preto ou pardo no ato da inscrição, de acordo com os critérios do IBGE. Ainda que seja aprovado nas vagas destinadas à ampla concorrência, o candidato que se inscreveu à reserva de vagas deverá ser submetido ao procedimento de heteroidentificação. O artigo 3º da portaria atribui à declaração presunção relativa de veracidade, que pode, no entanto, ser desconstituída caso o parecer da comissão de avaliação seja desfavorável.

A portaria determina que as comissões de serão compostas por cinco membros e seus suplentes, distribuídos por gênero, cor e naturalidade. Para avaliar a procedência da autodeclaração, a comissão deve se pautar apenas em critérios fenotípicos do candidato ao tempo da entrevista, desconsiderando quaisquer outros fatores. A decisão acerca da conformidade da autodeclaração se dá por maioria dos membros da comissão mediante parecer motivado e se sujeita a recurso a ser apreciado por uma comissão recursal. Em caso de dúvidas a respeito do enquadramento fenotípico do candidato na raça que se autodeclarou, deve prevalecer a autodeclaração.

Os requisitos para a seleção dos componentes das comissões de heteroidentificação são, em suma: 1. Ser cidadão; 2. Ter reputação ilibada; 3. Residir no Brasil; 4. Ter participado de oficina sobre a promoção da igualdade racial e enfrentamento ao racismo. Além disso, serão selecionados, preferencialmente, pessoas com experiência

na temática. Não se exige qualquer preparação formal ou conhecimento específico dos membros das comissões.

3 INCONGRUÊNCIAS JURÍDICAS DO MODELO ADOTADO

A partir da análise da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, serão pontuados aspectos que, em alguma medida, geram incongruências do ponto de vista do direito. Nesse sentido, serão abordados, preponderantemente, os artigos 3º, 6º, 9º e 12 da portaria, além do artigo 2º da Lei nº 12.990/2014, por trazerem aspectos passíveis de aprimoramentos a serem implementados em conformidade com o modelo teórico de comissão sugerido ao fim deste trabalho.

3.1 A limitação lógica à criação *a posteriori* de critérios adicionais

A criação de ações afirmativas nos mais diversos âmbitos tem por embasamento estudos que demonstram o óbice à inserção de determinados grupos nos papéis sociais dominantes. A maioria desses estudos são estatísticas que demonstram, quantitativamente, a sub-representação de nichos discriminados em setores de destaque da sociedade.

No caso específico da reserva de vagas aos negros, as estatísticas apontam que eles têm os piores indicadores de desenvolvimento social, o que se materializa em índices de efetivação de direitos sociais mais baixos, como saúde, educação e emprego. Por outro lado, esses mesmos índices apontam os negros como super-representados em tolhimento de direitos, sendo as maiores vítimas de crime e a maior parte da população carcerária.

Destarte, é nítido que as estatísticas deram subsídio para a instituição de ações afirmativas para negros, devendo ser também o instrumento que permite aferir quem dessas ações pode se beneficiar. Se o desígnio das ações afirmativas para negros é corrigir disparidades e distorções decorrentes da discriminação, somente se pode admitir como beneficiário dessas ações aqueles que, de forma mediata ou imediata, sofrem limitações materiais decorrentes da exclusão discriminatória.

No Brasil, de acordo com Guimarães (2011), há três sistemas de classificação étnica que são os mais recorrentes, a dizer: 1. O sistema atualmente adotado pelo IBGE que, por intermédio da autodeclaração, classifica as pessoas em branca, preta, parda, amarela ou indígena; 2. O sistema utilizado por grande parte dos movimentos sociais, que classifica as pessoas em brancas e não-brancas a partir da autoafirmação; 3. O sistema que permite às pessoas se reconhecerem do modo como melhor lhe aprouverem.

O IBGE é o principal órgão oficial de pesquisas populacionais no Brasil, de modo que suas estatísticas constituem um relevante demonstrativo das desigualdades entre

negros e brancos no País. Assim, os critérios adotados pelo IBGE reverberam diretamente na criação de ações corretivas. Se, a partir de uma análise teleológica, conclui-se que a reserva de vagas da Lei nº 12.990/2014 foi instituída para corrigir desigualdades verificadas a partir de estudos científicos, resta reconhecer também que essas medidas devem ser direcionadas àqueles que estão incluídos nos grupos desfavorecidos identificados por esses estudos.

Daí decorre um problema de ordem lógica: se o IBGE, por exemplo, adota um critério de autoidentificação para reconhecer quem são os negros e, a partir desse critério, formula estudos que indicam a discriminação desses sujeitos, os indivíduos autoidentificados devem fazer jus às ações afirmativas. Se os números que delineiam os contornos quantitativos das ações afirmativas são obtidos por autodeclaração, esses números devem vincular o direcionamento das ações e só podem ser obtidos pelo mesmo método — autodeclaração.

Suponhamos que, em universo de dez pessoas, cinco delas se reconheçam como pretas ou pardas e tenham seu autoreconhecimento acatado como único parâmetro de validação. A partir disso, constata-se que essas cinco pessoas têm os piores indicadores sociais e são formuladas ações afirmativas tendentes a promover a igualdade material entre as cinco pessoas pretas e pardas e as demais pessoas.

No momento de selecionar os destinatários das medidas, cria-se um critério adicional de seleção e, das cinco pessoas autodeclaradas, apenas três são entendidas como possíveis beneficiários. Esse cenário demonstra uma incongruência, pois as medidas corretivas foram instituídas com base nos estudos que demonstravam cinco pessoas em situação de desigualdade, não apenas três, de modo que o alcance da medida deve englobar todo o conjunto que deu aporte à sua criação, sob pena de se romper com a sua finalidade.

Nessa esteira, se as estatísticas se embasam na autodeclaração e as ações afirmativas são pensadas a partir desses números, há de se compreender que essas ações foram criadas para aqueles que se autodeclararam. Caso se queira criar critérios adicionais, eles devem ser implementados desde a formulação dos estudos que subsidiam as ações afirmativas. Esse imbróglio, contudo, se esgota no plano lógico, pois, em perspectiva jurídica, o STF (BRASIL, 2017) já entendeu pela constitucionalidade da adoção de critérios suplementares, desde que observados os princípios constitucionais.

3.2 A impossibilidade de apresentação de outros elementos

O Artigo 9º da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece que “Art. 9º - A comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público.”. Os parágrafos do mencionado artigo aludem que “§ 1º - Serão consideradas as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação.” e

§ 2º - Não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais.

Não é desacertado afirmar que, em um primeiro momento, o conjunto de características fenotípicas é um elemento apto a aglomerar o grupo de indivíduos que faz jus à reserva de vagas implementada pela Lei nº 12.990/2014. Os aspectos físicos das pessoas negras (Pele retinta, cabelo crespo, nariz achatado etc.) permitem delinear os sujeitos que são alvo de discriminação racial. Assim, aqueles que possuem essas características são, presumidamente, destinatários da ação afirmativa que se estuda neste trabalho.

Embora o fenótipo, a princípio, viabilize a delimitação de quem faz jus à reserva de vagas, há que se atentar para o subjetivismo da análise, já que esses fatores nem sempre se manifestam de forma acentuada, a exemplo das pessoas pardas. Conquanto os indivíduos pretos possam ser facilmente identificados apenas pelos atributos fenotípicos, o mesmo não se pode dizer dos pardos, uma vez que a incidência da miscigenação lhes traz características de ordem física comuns a diversos grupos raciais.

Daí resulta a evidente dificuldade, em uma população tão heterogênea quanto a do Brasil, em privilegiar um único critério racial como elemento fundamental de identidade. As misturas e as contribuições genéticas europeias, ameríndias e africanas foram de tal amplitude que a diversidade de tipos físicos que compõem a população deu origem a um grande número de denominações raciais extremamente difusas. (D’ADESKY, 2009, p. 49)

A identificação por terceiros, pautada em critérios exclusivamente fenotípicos, está suscetível a uma série de interferências materializadas na vivência do observador, no espaço geográfico de observação, na busca pela adequação estética ao padrão dominante (fenômeno do embranquecimento) etc. Por conseguinte, os candidatos autodeclarados

pardos, ao se submeterem a um processo de heteroidentificação que aprecia apenas seu fenótipo, estão sujeitos à ocorrência dessas interferências que, por expressa vedação legal, não podem ser sanadas por critérios suplementares.

Malgrado a construção do conceito de raça perpassa pelas características fisiológicas dos indivíduos, nelas não se esgota, de modo que vedar a possibilidade de aferição dos demais elementos caracterizadores da raça importa na exclusão de legítimos destinatários da política de reserva de vagas. Nesse sentido,

Existe consenso na afirmativa de que raça remete, simbolicamente, a uma origem comum. Seja qual for seu grau de indeterminação, ela evidencia a continuidade das descendências, o parentesco pelo sangue, a hereditariedade das características fisiológicas, e mesmo das psicológicas e sociais. (D'ADESKY, 2009, p. 44)

Por outro lado, há de se reconhecer a limitação fática de realização de um estudo social de todos os candidatos que se autodeclaram negros e concorrem à reserva de vagas, dada a complexidade e os recursos a serem empregados nesse procedimento. Não se pode olvidar também que a impossibilidade de avaliação desses outros elementos que compõem a raça — características históricas e sociais — até mesmo em grau de recurso acaba por desembocar na judicialização do problema, levando ao direito a resolução de uma problemática que não é jurídica. Em perspectiva ontológica, a limitação da análise ao critério fenotípico gera inconsistências, como a hipótese a seguir proposta.

Suponha-se que Fulano e Beltrano são irmãos gêmeos bivitelinos, ou seja, não necessariamente compartilham as mesmas características físicas, embora ambos se considerem negros. Há, entre os irmãos, diferenças sutis nos traços faciais, cor de pele e textura de cabelo. Ao longo da vida, Beltrano se submete a diversos procedimentos estéticos, como alisamento de cabelo e rinoplastia para afinar o nariz, enquanto Fulano não faz as mesmas intervenções. Beltrano trabalha em um escritório, ao passo em que Fulano vende produtos na praia, razão pela qual os efeitos do sol acentuam a diferença nas tonalidades de pele.

Em um dado concurso público federal, ambos os irmãos se inscrevem como concorrentes à reserva de vagas, são aprovados e convocados para o procedimento de heteroidentificação. Pautando-se apenas no critério fenotípico, a comissão reconhece a veracidade da declaração de Fulano, homologando-a, mas não a de Beltrano, eliminando-o do certame. Beltrano recorre da decisão, mas tem seu recurso julgado improcedente, esgotando as vias administrativas para revisão da decisão.

Fulano e Beltrano são filhos dos mesmos genitores e, socialmente, ocupam o mesmo espaço na estrutura que hierarquiza as pessoas com base na raça, o que se materializa no fato de terem seu acesso condicionado às mesmas escolas, regiões de moradia, cultura, lazer, mobilidade social etc. É inegável que Beltrano é mais aceito socialmente, estando menos suscetível ao racismo direto. No entanto, o racismo estrutural, que se manifesta no óbice às oportunidades, afeta os irmãos na mesma proporção.

Tanto Fulano, quanto Beltrano, sofrem os reflexos da discriminação e do passado escravagista, de modo que, se a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/14 visa corrigir disparidades ocasionadas pela discriminação da população negra, os dois são destinatários da ação afirmativa. Desse modo, apenas uma análise pormenorizada permitiria concluir que os dois irmãos estão submetidos à mesma posição no arranjo social e, conseqüentemente, viabilizaria a homologação da autodeclaração de Beltrano, ainda que por ocasião de recurso.

Nessa esteira, não se vislumbra elementos autorizadores do tratamento desigual dispensado pelo Estado aos irmãos Fulano e Beltrano, de sorte que a posição de ambos em relação à política pública adotada é exatamente a mesma. Assim, a pretensa discriminação positiva implementada em benefício de Fulano converte-se em negativa quanto a Beltrano, já que o exclui injustificadamente da incidência da norma. Tendo em vista o princípio constitucional da igualdade e a garantia à não criação de discriminações negativas entre jurisdicionados, a situação proposta padece de grave inconstitucionalidade.

O tratamento desigual dado, por exemplo, a irmãos gêmeos em procedimento que avalia sua raça não coaduna com a ordem jurídica vigente, já que colide frontalmente com o artigo 5º da Magna Carta, que preceitua que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988, art. 5º). Percebe-se que, para além da vedação às discriminações, como garantia individual, a carta maior traz a isonomia como direito.

Nessa consonância, todos os que se encontram na mesma situação perante a lei, devem receber tratamento igualitário dela. Assim, apenas as discriminações positivas, visando dar tratamento desigual àqueles que estão em condições distintas, são aceitáveis em sistemas republicanos, tal qual se pretende o brasileiro. Destarte, “Dar tratamento

isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JÚNIOR, 1999), sendo que irmãos, para fins de validação da condição étnica, não comportam diferença tal que autorize tratamento tão dissonante pela norma.

Conquanto trate-se de análise proposta no plano hipotético, a incongruência já se esmerou para a dimensão dos fatos. Cabe trazer à baila o caso dos irmãos gêmeos idênticos que, em 2004, tiveram resultados conflitantes na heteroidentificação realizada no vestibular da Universidade de Brasília (BASSETE, 2007). A verdade parece ainda mais absurda do que o exemplo, dado que os irmãos são gêmeos univitelinos, o que equivale a dizer que sua fisiologia é idêntica. A Universidade acatou o recurso interposto pelo irmão prejudicado e ele conseguiu concorrer à reserva de vagas (PINHO, 2007).

Em outra situação (RESENDE, 2007), questão semelhante foi levada à apreciação do Poder Judiciário, restando entendido que a irmã de um indivíduo aprovado por cotas também teria direito à aprovação pela mesma modalidade. A principal justificativa que embasou o conteúdo decisório foi a de que, por estarem submetidos ao mesmo contexto, não haveria justificativa juridicamente aceitável para a criação de tratamento diferenciado entre os irmãos.

Portanto, embora o fenótipo possa ser um elemento inicial para a caracterização da raça, não se pode retirar dos candidatos a possibilidade de apresentarem critérios que atuem em complementariedade a ele, corroborando com o preenchimento das características que delimitam um grupo racial — que não se esgota na fisiologia, como se viu. Assim, merece reforma o Artigo 9º da Portaria Normativa nº 04/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para, ao menos em grau de recurso, facultar aos candidatos a possibilidade de trazer outros fatores à apreciação da comissão, sob pena de se incorrer em situações aberrantes como as exploradas alhures.

3.3 A possibilidade de resultados dissonantes entre comissões distintas

O parágrafo primeiro do artigo 12 da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dispõe que “§ 1º - As deliberações da comissão de heteroidentificação terão validade apenas para o concurso público para o qual foi designada, não servindo para outras finalidades.”. A princípio, a dicção do enunciado normativo não permite inferir a ocorrência de problemáticas de ordem jurídica. No

entanto, uma análise aprofundada demonstra flagrante afronta à segurança jurídica, conforme se exporá adiante.

Ao restringir a eficácia do procedimento de heteroidentificação ao certame para ao qual foi instituída a comissão, estar-se-á permitindo a existência de decisões conflitantes em diversos concursos. A portaria em comento estabelece que as comissões serão instituídas, cada qual a seu turno, no âmbito da entidade que promove o concurso público, rechaçando qualquer vinculação entre pareceres emitidos em ocasiões distintas.

Para a materialização da incongruência suscitada, conjecturemos a seguinte hipótese: Fulano, autodeclarado pardo pelo sistema do IBGE, concorre à reserva de vagas aos negros para ingresso no quadro de servidores da Autarquia A, tendo sua declaração homologada pela comissão de heteroidentificação ali instituída, sendo aprovado e nomeado. Posteriormente, descontente com a carreira, o mesmo indivíduo resolve prestar concurso para a Autarquia B, cuja comissão não reconhece a autenticidade de sua autodeclaração, eliminando-o do certame.

O exemplo esboçado permite observar algumas possibilidades: 1. Fulano era negro ao participar do certame da Autarquia A, mas não o era por ocasião do concurso promovido pela Autarquia B, ou seja, sua raça fluiu em diferentes fases da vida; 2. Fulano não era negro em nenhuma das ocasiões, mas a comissão instituída pela Autarquia A emitiu parecer inadequado; 3. Fulano era negro em ambas as aferições, contudo, o parecer emitido pela comissão da autarquia B foi equivocado.

Valendo-se do conceito de raça, cor e etnia esmiuçados no bojo deste trabalho, não se pode admitir que pessoas negras se tornem brancas da noite para o dia ou vice-versa, uma vez que tais conceitos aglomeram fatores de ordem física e sociológica. Malgrado os elementos de ordem física estejam suscetíveis às diversas variações efêmeras, fenômenos históricos e conjunturas sociais são fatos que não se alteram à conveniência do observador.

Conforme se expôs, o destinatário das ações afirmativas somente pode ser aquele que sofre os impactos do motivo que culminou na criação da referida ação, ou seja, a discriminação negativa de pessoas negras. Portanto, não é logicamente possível que um indivíduo, ao mesmo tempo, seja e não seja destinatário de políticas públicas reparatórias, sob pena de se incorrer em inequívoca insegurança jurídica. Isto posto, descarta-se a possibilidade de um candidato ser negro para um certame, mas não para outro, restando as duas hipóteses de parecer errôneo.

Qualquer que seja o parecer considerado incorreto, deve ser extirpada a possibilidade de obtenção de respostas dissonantes pelos candidatos acerca de seu enquadramento racial, isso porque, mais do que um princípio orientador do sistema jurídico, a segurança jurídica é um direito fundamental dos jurisdicionados. Nessa senda, um parecer favorável sucedido por um contrário gera no candidato a legítima expectativa, na medida em que um parecer desfavorável seguido por um favorável ocasiona a lesão pretérita a direito.

José Afonso da Silva (2006) aduz que “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Diante disso, em um sistema no qual se garanta a segurança jurídica aos indivíduos, deve ser resguardada também a confiança desses indivíduos no Estado, posto que esta é pressuposto fundante daquela.

Assim, “A segurança jurídica é, sem dúvida, um direito fundamental e seu preenchimento valorativo, para fins de aplicação, torna-se claro partindo-se da premissa de que a segurança abordada é a previsibilidade e a confiança dos cidadãos” (WAGMACKER, 2016). Uma vez incorporada ao ordenamento, a segurança jurídica deve orientar os atos do administrador em relação a seus administrados, corroborando para a coesão do sistema a que visa dar legitimidade e estabilidade.

A doutrina cinde a segurança jurídica nas dimensões objetiva e subjetiva. Objetivamente, o princípio se alinha à ideia de eficácia temporal dos atos estatais. Em uma órbita subjetiva, a segurança jurídica traduz-se na possibilidade de o jurisdicionado ter confiar na coerência e legalidade dos atos estatais. Nesse sentido, um indivíduo que tem sua condição de pessoa negra — potencial destinatária das ações afirmativas voltadas a esse grupo — atestada pelo Estado e, posteriormente, tem essa mesma característica negada, é alvo de vício de legalidade gerado pela insegurança jurídica.

À vista disso, a fim de se corrigir imperfeições do ordenamento jurídico, deve ser revisto o parágrafo primeiro do artigo 12 da Portaria Normativa nº 4/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para permitir algum grau de correlação dos pareceres emanados do Poder Público em diferentes certames, ainda que eles não se vinculem de modo absoluto uns aos outros.

3.4 Os critérios para seleção dos componentes das comissões

O parágrafo primeiro do artigo 6º da Portaria Normativa nº 04/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece os parâmetros para a seleção de componentes para as comissões de heteroidentificação do seguinte modo:

§ 1º - A comissão de heteroidentificação será constituída por cidadãos: I - de reputação ilibada; II - residentes no Brasil; III - que tenham participado de oficina sobre a temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo com base em conteúdo disponibilizado 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; e IV - preferencialmente experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo.

Não obstante o enunciado preveja a necessidade de participação em oficina sobre igualdade racial e racismo para compor comissão de heteroidentificação, a lei não faz qualquer exigência de formação legal para tanto, seja pela formação de comissões com profissionais já vinculados à área de estudo ou pela formação em curso de capacitação. Desse modo, a homogeneidade das comissões e, conseqüentemente, a coerência de seus pareceres, fica prejudicada, uma vez que os requisitos elencados não garantem um padrão mínimo de avaliação.

Nessa senda, é de se notar que as raças são identificadas, além da percepção pessoal, no seio do corpo social, de sorte que sua compreensão se molda ao contexto a que estão submetidos os indivíduos. Uma pessoa entendida como negra no sul do Brasil, por exemplo, pode não ser vislumbrada como tal no nordeste. Isso decorre do fato de que a carga étnica no País está distribuída de modo não-equânime pelas regiões.

Segundo Saraiva (2017), enquanto na região sul pouco mais de 20% da população se autodeclara negra, na região norte esse número se aproxima dos 80%. Esses dados permitem inferir que a compreensão dos grupos raciais pelas populações das diversas partes do Brasil varia conforme a sua composição se modifica, pois o reconhecimento dos elementos que compõem a raça se dá através de processos de comparação. Assim sendo, a proposição de uma comissão formada por “leigos”, já que a exigência de experiência na temática trata-se de mera preferência, pode desembocar na confecção de vereditos desencontrados da realidade.

Isto posto, é mister concluir que os critérios legalmente estipulados para a composição das comissões de heteroidentificação no âmbito das vagas reservadas pela Lei nº 12.990/2014 são demasiadamente amplos, possibilitando que praticamente

qualquer pessoa integre as referidas comissões. Ao permitir essa amplitude interpretativa, a norma possibilita que os julgadores sejam pessoas que não reconheçam os fenômenos que subjetivizam o reconhecimento das raças, maculando a imparcialidade dos pareceres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo histórico do Brasil culminou em um cenário hodierno no qual se manifesta a desigualdade material entre grupos raciais. Já se passaram 519 anos desde que os portugueses pisaram pela primeira vez nas terras brasileiras, em 388 deles a escravização de pessoas negras foi legal e institucionalizada, de modo que o trabalho escravo foi responsável por edificar a Pátria Amada.

Com a proibição legal da escravização de negros, formalizada em 13 de maio de 1888 pela Lei Áurea, o contingente de pretos e mestiços foi abandonado à própria sorte, já que o mesmo Estado que lhes retirou a liberdade não garantiu sua inserção digna na trama do tecido social. Destarte, essas pessoas foram condicionadas às piores condições de vida, já que não foram criados reparadores fáticos que possibilitasse o acesso dos ex-escravizados e seus descendentes à educação, saúde, lazer, etc.

Além disso, algumas teorias do período pós-abolição corroboraram para a exclusão dos negros dos papéis sociais de destaque, como o mito da democracia racial — por ser um País miscigenado, não existiria racismo no Brasil, então não há o que ser corrigido — e o ideal de embranquecimento — Os negros são serem naturalmente inferiores aos brancos, logo, seu trabalho é de menor qualidade. A vista disso, os negros foram excluídos do mercado de trabalho formal, preteridos em detrimento dos brancos mesmo com a abolição e a responsabilidade pelos absurdos perpetrados foi afastada.

Esse processo de formação desembocou em uma sociedade discriminatória, na qual as pessoas negras têm menos oportunidades do que as demais e carregam os piores indicadores sociais. Após décadas de lutas do movimento negro e atendendo aos anseios constitucionais de igualdade em perspectiva material, foi editada a Lei nº 12.990/2014, uma ação afirmativa que reserva aos autodeclarados negros 20% das vagas ofertadas em concursos públicos federais.

A fim de evitar o desvirtuamento da ação, já que o fenômeno da miscigenação abriria precedente para que qualquer um pudesse se julgar destinatário dela, surgiu a Portaria Normativa 04/2018 do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que regulamenta um procedimento de heteroidentificação a que devem ser submetidos os candidatos às vagas reservadas.

A heteroidentificação atua como critério complementar à autodeclaração e, embora seja imprescindível para garantir a efetividade da lei e sua constitucionalidade tenha sido

reconhecida pelo STF na ADC 41, o procedimento delineado pela portaria não está infenso a incongruências jurídicas.

Este trabalho objetivou esmiuçar essas inconsistências, a fim de propor aprimoramentos ao sistema atualmente aplicado, de modo a otimizar a atuação estatal no âmbito administrativo e evitar a provocação do Estado-juiz. Trazendo à baila as controvérsias que circundam os dispositivos da Portaria Normativa 4/2018, verificou-se que há pontos a serem corrigidos, de modo que as considerações acerca de cada um deles serão tecidas adiante.

A heteroidentificação, conforme já esboçado, se legitima com base na autonomia administrativa dos entes e em seu poder-dever de autotutela. Se uma política pública é formulada pelo legislador, o administrador tem o dever de garantir a efetividade de sua implementação através do controle. Assim sendo, as comissões devem atuar no sentido de coibir desvios de finalidade da reserva de vagas criada pela Lei nº 12.990/2014, não de criar critérios tão restritivos que possam excluir da política aqueles que legitimamente são seus destinatários — prejudicados pela discriminação.

O artigo 9º da Portaria Normativa dispõe que apenas o fenótipo deve ser levado em consideração para a homologação da autodeclaração. Conforme se discutiu, embora a fisiologia seja um elemento preponderante da raça, não é o único que a compõe. Dessa feita, é admissível que na análise preliminar esse seja o elemento a ser avaliado, mas aconselha-se que, ao menos na fase recursal, seja possibilitada aos candidatos a apresentação de outros elementos de convencimento.

O parágrafo primeiro do artigo 12 preleciona que a eficácia do parecer emanado pela comissão se limite ao concurso para que esta foi instituída, sem qualquer grau de vinculação com outros pareceres. Essa previsão legal abre precedente para a criação de um ambiente instável na relação entre os Estado e os indivíduos, já que possibilita respostas distintas para o mesmo questionamento, quebrando a relação de confiança. Sugere-se, portanto, que, em alguma medida, haja vinculação entre pareceres com a mesma finalidade emitidos nos diversos âmbitos da administração pública.

A Portaria Normativa 04/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em seu artigo 6º, parágrafo primeiro, elenca os requisitos para a escolha dos membros da comissão de heteroidentificação. Os critérios adotados são amplos e vagos, possibilitando que o subjetivismo macule a coerência dos pareceres. Nessa esteira, propõe-se que os atributos para que se possa compor tais comissões sejam aprimorados,

com exigência de cursos específicos de formação e a obrigatoriedade de experiência na temática em voga.

À vista disso, o modelo juridicamente congruente de heteroidentificação racial deve ser uma comissão permanente de avaliação, que possibilite aos candidatos submeterem-se à avaliação em momento precedente à inscrição no concurso. Tal comissão deve ter um parecer vinculativo em relação aos certames realizados posteriormente, além de ser formada por membros com experiência na temática racial e que tenham se submetido a um curso de formação específico com o desígnio de nivelar os pareceres em âmbito nacional. Outrossim, ao menos em grau de recurso, deve ser facultada aos candidatos a possibilidade de trazerem elementos diversos do fenótipo a fim de possibilitar a influência na formação do convencimento da comissão recursal e reforma do parecer atacado.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Nathália. **Dia da consciência negra: números expõem desigualdade racial no Brasil.** Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/11/20/consciencia-negra-numeros-brasil/>. Acesso em: 16 dez. 2019.

ALBUQUERQUE, Wlamira Ribeiro de. **Uma história do negro no Brasil.** Brasília: Fundação Cultural dos Palmares, 2006.

AMARAL, Sharyse Piroupo. **História do negro no Brasil: módulo 2.** Salvador: Centro de Estudos Afro Orientais, 2011.

BASSETE, Fernanda. **Cotas na UnB: gêmeo idêntico é barrado.** G1, 2007. Disponível em: g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html. Acesso em: 29 nov. 2019.

BORLOTINI, Maria Cátira; PENA, Sérgio. **Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?.** Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100004. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília: 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.** Brasília: Senado Federal, 08 dez. 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial;** altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Estatuto da Igualdade Racial, Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. **Reserva 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.** Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Portaria Normativa nº 4, de 06 de abril de 2018. **Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 abr. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. EMI nº 00195/2013 MP SEPPIR. Brasília, 04 de novembro de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2013/195-MP-SEPPIR.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. PLC nº 29, de 2014. **Reserva 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.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116761>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41.** Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: DJE nº180, 17 ago. 2017. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em: 11 nov. 2019.

D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil.** Rio de Janeiro: Pallas, 2009.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação brasileira sob regime da economia patriarcal.** 1977. 18ª edição, Rio de Janeiro, José Olympio.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro.** Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 38, n. 151, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Raça, cor, cor da pele e etnia.** Cadernos de Campo: Revista dos alunos de pós-graduação em antropologia social da USP, São Paulo, nº 20, p. 265/271, 2011.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje.** São Paulo: Global, 2006.

NORMANDO, David et al. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar.** Maringá: Dental Press J. Orthod, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-94512010000300015. Acesso em: 01 nov. 2019.

PINHO, Angela. **UnB rejeita um gêmeo e aceita outro nas cotas**. Folha de São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0806200718.htm>. Acesso em: 30 nov. 2019.

RESENDE, Elaine. **Irmãos têm o mesmo direito de concorrer por cota de negros**. Revista Consultor Jurídico, 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai-31/irmaos_mesmo_direito_concorrer_cota_negros. Acesso em: 30 nov. 2019.

SARAIVA, Adriana. **População chega a 205,5 milhões, com menos brancos e mais pardos e pretos**. Agência IBGE Notícias, 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. **Lei nº 10.639/2003: 10 anos**. São Carlos: Interfaces de Saberes, v. 13, 2013. Disponível em: <https://interfacesdesaberes.fafica-pe.edu.br/index.php/import1/article/view/162>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **Concurso público e ações afirmativas: a reserva de cotas sociais como instrumento de concretização dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

WAGMACKER, Lea. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50302/o-principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em 28 nov. 2019.