

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Saulo de Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-618-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se consolida cada vez mais como ambiente de interlocução dos estudiosos e pesquisadores do tema, bem como de atualização do ‘estado da arte’ do debate jurídico-científico brasileiro acerca de questões altamente relevantes. Dentre essas questões, estão presente nesta edição temas referentes à regulação, à crítica jurídica e à efetivação das seguintes políticas públicas: política habitacional; política de proteção da infância e juventude, políticas penitenciárias e de sistema prisional, políticas para pessoas com deficiência, políticas para o combate à desigualdade de gênero e às diversas formas de violência contra a mulher, política fiscal e sua repercussão sobre políticas sociais, política de saúde; e políticas de combate ao trabalho escravo.

Quanto ao tema das políticas habitacionais e de acesso à moradia, destaca-se o interessante trabalho de Letícia Delgado e Ássima Gasella, que promove um estudo de caso referente à implementação de um programa habitacional em município de Minas Gerais e a relação, paradoxal, da implementação deste com a instalação de um ambiente de altos índices de violência e da criminalidade no local.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre o programa de formação continuada de conselheiros tutelares, promovido Manaus-AM, pela ordem dos advogados, em que Thandra Sena e Anderson Silva apresentam e analisam os resultados dessa iniciativa, referentes aos anos de 2016 e 2017.

O trabalho de Nayara Silva e Mariana Carvalho também versa sobre o tema das políticas para a criança e o adolescente, enfocando o debate na discussão do julgado do STF que analisou a possibilidade de cumprimento domiciliar de pena, em situações necessárias para proteger crianças em seus primeiros anos de vida, em consonância com os princípios do estatuto da primeira infância.

Já sobre o tema das políticas para a promoção do direito à educação, o trabalho de Marcella Brito e Alexandre Silva trata da relação entre o sistema federativo brasileiro e a efetividade das políticas públicas de educação no país. Partindo de referenciais como Sen e Nusbaum, busca-se discutir a relação entre igualdade e desenvolvimento.

Transitando para o tema das relações étnico-raciais e das políticas afirmativas nesta seara, o trabalho de Fabio Hirsch e Lazaro Borges discute os atuais instrumentos e experiências de definição e verificação racial no âmbito dos concursos público, para fim de aplicação das políticas de cotas, centrando-se notadamente no trabalho da comissões destinadas a esse fim.

Já o trabalho de Jorge Galli e Claudio Bahia incide no tangenciamento de duas políticas públicas: a política penitenciária brasileira e a política para pessoas com deficiência. O trabalho apresenta, contata e analisa as situações desumanas a que são submetidos os presos com deficiência, no sistema prisional brasileiro. Realidade que atingem mais de quatro mil e quinhentos presos assim identificados no sistema prisional.

Ainda no âmbito das políticas prisionais, Marcelo Siqueira realiza em seu trabalho um estudo de caso referente ao processo para construção de nova unidade prisional em município do interior do Estado de Goiás para, a partir desse estudo, realizar considerações críticas sobre o modelo de política penal e prisional brasileiro.

Já Thiago Martins e Carla Dias, abordam outro aspecto da política prisional brasileira, enfocando a análise das condições dispensadas às mães no cárcere, notadamente quanto à relevante questão da amamentação das crianças lactantes, discutindo, quanto a isso, a possibilidade da aplicação da teoria do estado de coisas inconstitucional.

Na mesma toada, Mariana Amaral e Gustavo Ávila analisam as condições de encarceramento das mulheres mães no sistema prisional brasileiro, a partir das dimensões macro, meso e micro institucionais das políticas públicas.

Sobre as políticas relativas ao combate e redução da violência contra as mulheres, o trabalho de Marina Almeida e Adriana Farias analisa o atual instrumento regulatório do atendimento pelo SUS das mulheres vítimas de violência, comparando-o com as normativas internacionais.

O trabalho de Yuri Ribeiro e de Carolina Ferraz analisa a interseção entre a política de redução da miséria e pobreza plasmada no programa Bolsa Família e as eventuais deficiências do mesmo quanto à questão de gênero, notadamente por não haver uma implementação efetiva de instrumentos de capacitação e empoderamento da mulher no âmbito do programa o que permite a sua 'subalternização' no desenho do mesmo.

No campo das políticas laborais e relacionado ao tema do trabalho da mulher, está o estudo de Pablo Baldivieso, que analisa e busca identificar o retrocesso ocorrido na recente reforma trabalhista, quanto ao tema das condições de trabalho da lactante.

Já a pesquisa de Robson Silva e de Valena Mesquita analisa o retrocesso ocorrido na política de combate ao trabalho escravo no Brasil, com as medidas e alterações recentes ocorridas nessa seara.

Também no âmbito das políticas de proteção do trabalho, a pesquisa de Otavio Ferreira e Suzy Kouri analisa a cadeia produtiva do açaí no Estado do Pará e propugna pela construção de uma política pública voltada para a valorização e proteção do trabalhador que atua na extração e coleta deste fruto.

O trabalho de Daisy Silva e de Terciana Soares analisa a questão da efetivação dos direitos sociais frente aos custos dos mesmos, e aborda a necessidade da incorporação das análises sobre os custos, nas tomadas de decisão relativas ao tema.

Já o trabalho de Darlan Moulin e Yasmin Arbex faz uma análise teórica da questão da emancipação e do (des)envolvimento social, bem como da ideia de igualdade, para a partir daí abordar a questão da extrafiscalidade como instrumento e elemento de efetivação de políticas públicas.

No âmbito das políticas de promoção do direito à saúde, o trabalho de Marcelo Costa e Vinícius Lima perscruta pela possibilidade de identificação de um núcleo do direito fundamental à saúde, notadamente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a caminhada expansiva desta nas últimas décadas, quanto ao tema.

Também no âmbito do direito fundamental à saúde, o trabalho de Marina Ayres e de Saulo Coelho analisa o fenômeno da judicialização das políticas de dispensação de medicamentos pelo SUS no Estado de Goiás, por meio da análise qualitativa de amostra de sentenças a esse respeito, problematizando a ausência de um debate sobre política pública nessas decisões.

Espera-se que essa publicação possa contribuir com o debate sobre Direitos Sociais e Políticas Públicas, questão de alta relevância, notadamente em um país com alarmante índice de desigualdade social, como o Brasil.

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho – UFG

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COTAS RACIAIS E COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO RACIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS

RACIAL QUOTAS AND RACIAL VERIFICATION COMMITTEE IN PUBLIC EXAMS

**Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Lazaro Alves Borges**

Resumo

O artigo pretende uma avaliação no contexto brasileiro das cotas raciais da concretização legislativa, a fim de concretizar os direitos de participação na sociedade, mediante políticas públicas, os quais foram declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos concursos públicos. Questiona-se se o critério a ser adotado para amparar os grupos afrodescendentes no acesso de oportunidade deve ser avaliado através de uma declaração pessoal do candidato e o papel da banca examinadora na aferição das informações prestadas.

Palavras-chave: Cotas raciais, Raça, Comissão de verificação, Autodeclaração

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends an evaluation in Brazilian's context of the racial quotas of legislative's implementation, in order to concretize the rights of participation in society, through public policies, which were declared constitutional by the Federal Supreme Court in relation to public tenders. It's questioned whether the criterion to be adopted to support Afro-descendant groups in the access of opportunity should be evaluated through a personal statement of the candidate and the role of the examining bank in the measurement of the information provided.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palavras-chave: racial quotas, Breed, Verification committee, Self-declaration

1. Introdução

A história do Brasil é marcada por profundas desigualdades sociais e o mito da democracia com igualdades de oportunidades. O discurso da meritocracia e da igualdade de oportunidade está no imaginário social, nas artes e na literatura. Afinal, há competição igualitária no país?

Para ilustrar o quadro, vê-se as contradições discursivas e das práticas sociais no que tange ao afrodescendente, em *Macunaíma*, cânone literário de Mário de Andrade, que, ao trabalhar a concepção das três raças, descreve: “E estava lindíssima na Sol da lapa os três manos um louro um vermelho outro negro, de pé bem erguidos e nus. Todos os seres do mato espiavam assombrados.”

À primeira vista, parece fomentar a solidariedade entre os brasileiros a descrição do surgimento do povo brasileiro adotada pelo literário. Todavia, a obra modernista, em suas entrelinhas, descreve o racismo no Brasil: silencioso, sutil e quase inofensivo. Impede as oportunidades de determinados grupos raciais em detrimento de outros, confunde-se com a peniafobia (medo irracional de pobreza ou ficar em tal situação). Isto porque, se voltarmos alguns trechos, veremos que o herói da obra, branco de olhos claros, é o único que tem a possibilidade de banhar-se num local sagrado, o peção do Sumé, enquanto que Manaapé, por ter acabado a água, restou somente a possibilidade de ser negro. Arrebata o literato: “Macunaíma teve dó e consolou: — Não se avexe, mano Maanape, não se avexe não, mais sofreu nosso tio Judas!”. Mário de Andrade relata o ônus social de ser negro no Brasil, uma “sina incontornável”. A obra, cuja abordagem no ensino médio pretende formar diversos leitores, inconscientemente transposta um preconceito de raça, a qual políticas reparatórias atuais pretendem combater.

O Brasil é um país marcado por um processo de exclusão social e econômica, mas é também uma nação de costumes e hábitos miscigenados, onde o racismo é fruto de um contexto histórico-social específico. A política de cotas vem em combate ao racismo no país tanto em sua discriminação inconsciente – observância dos estereótipos negros como negativos – quanto em sua discriminação consciente – traduzido pela ausência de negros em postos de trabalho considerados de maior relevância.

A fim de equiparar os negros no país, as cotas raciais em universidades públicas federais datam no início dos anos 2000 (embora o diploma legal seja posterior: a Lei 12.711/2012), e, posteriormente, em concursos públicos (Lei 12990/2014). Traduzem-se em medidas de mitigação a desigualdade social no que tange ao caractere racial isoladamente ou em conjunto com outros fatores (econômico, regional, etc). Nesse escrito, trabalhar-se-á com enfoque nos certames públicos.

O presente artigo objetiva-se: (a) verificar as cotas raciais como forma de direito fundamental à diferença e de condutor de comportamento na sociedade; (b) abordar acerca do critério da autodeclaração e das comissões de verificação racial nos processo seletivos de ingresso aos quadros da Administração Pública: sua esfera de atuação, a quem se deve conceder o direito e sua necessidade na implementação da política de cotas. Pretende ainda descrever como tem sido concretizada a política de reserva de vagas nas instituições do país e dos entes federados que utilizam a política reparatória.

Para tanto, serão percorridos os seguintes pontos: (1) o direito à igualdade na consecução de políticas de reparação a grupos minoritários e o seu enquadramento jurídico; (2) discussão sobre a democracia racial no Brasil, quais os critérios devem ser adotados; (3) o critério da autodeclaração e o papel da comissão avaliadora na etapa do certame (4) quais os critérios tem sido adotados nas leis de cotas; (5) possíveis posições da Banca Avaliadora ao deparar-se com um candidato e a sua autodeclaração.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a coleta das leis, atos administrativos e editais de concursos públicos que instituem cotas para quaisquer minorias beneficiárias. Pretendeu-se buscar referências de áreas correlatas nas ciências sociais em busca de uma releitura da abordagem estritamente jurídica, a qual, após julgamento do Supremo Tribunal Federal, restou consolidada a possibilidade.

2. Do direito à igualdade: sobre o reconhecimento da diferença

Conforme o Censo 2010, 50,7% da população brasileira é negra. Todavia, o salário de um homem médio negro corresponde a 52% de um branco e o de uma mulher negra corresponde a 38,5%. Na parcela da população correspondente a 10% mais pobre (renda média de R\$130,00 por pessoa), o patamar é de 76%. Percebe-se que, no âmbito do trabalho, há uma

discrepância com base na condição racial. Sendo o Estado responsável por assegurar a isonomia entre os cidadãos, há o dever de prover no seu quadro parcela da população afrodescendente para mitigar a desigualdade social, o que o fez pela política de cotas nas vagas dos cargos públicos.

No plano internacional, as políticas de ações afirmativas surgiram inicialmente na Constituição da Índia de 1950 objetivando combater as desigualdades decorrentes do regime de castas e ainda são empregadas¹. Entretanto, nos países latinoamericanos, com influência estadunidense, que as cotas como instrumento reparatório foram utilizadas para conter a distribuição desigual de recursos baseados na origem étnica.

O direito às cotas raciais² insere-se como direito fundamental à diferença, não se traduzindo em meramente social ou de segunda dimensão. Enquadrar a equiparação através de medidas de compensação na divisão constitucional de gerações de Karel Vasak (que para outros, prefere-se o termo dimensões³) mostra-se uma incompreensão histórico-funcional. Inicialmente, na Revolução Francesa, os direitos consagrados traduziam-se majoritariamente como direitos de defesa, não prestacionais⁴. Essa concepção modifica-se com o surgimento do Estado Social nas Constituições de Weimar e Mexicana (1919) por configurarem uma posição do papel da Nação na concretização dos direitos dos cidadãos. Todavia, isso significou equivalência na ação estatal de grupos que não continham ou cujos meios para sua subsistência eram escassos, inobservando grupos vulneráveis. Nesse sentido, a doutrina marxista clássica contribuiu para uma visão unificada das minorias oprimidas. Isso se comprova, por exemplo, com a Constituição Brasileira de 1934, denominada aquela que inaugurou o Estado Social no Brasil e tida como referência positiva na História Constitucional. Esse mesmo diploma que continha explicitamente a orientação para eugenia⁵

¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**. Escritos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forum, 2017. P. 91 e SS.

² O arcabouço teórico que funda o conceito doutrinário está em: PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16/3, 2008.

Direito às ações afirmativas em universidades públicas brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; ____; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 365-409. GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017. P.

⁴ MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos**. São Paulo: DP&A Editora, 2004.

⁵ Consoante disposto na Constituição de 1934, Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) estimular a educação eugênica;

Art 5º - Compete privativamente à União:

devido a política de embranquecimento racial proposta no período pós-escravidão demonstra o quanto o direito ao reconhecimento da diferença dentre os grupos minoritários⁶.

Nesse particular, segundo Nancy Fraser, a injustiça se categoriza-se em problemas distributivos – decorrentes da partilha desigual das riquezas e recursos – e de ausência de reconhecimento – de vertente cultural, relativos à imagem de grupos sociais, relacionados à sua autoestima e bem-estar⁷.

Se no passado, a lei era instrumento de desigualdade entre cidadãos; hoje ela pretende igualar os desvios sociais que acometem parcelas da sociedade. Na Constituição Brasileira de 1988, pode-se observar o fomento a grupos minoritários como a proteção do trabalho da mulher (Art. 7 XX CF), reserva de cargos e empregos públicos a deficientes (Art. 37 XX CF), demarcação de terras atinentes aos indígenas (Art. 67 do ADCT) e quilombolas (Art. 68 CF). Embora o movimento negro tenha participado da Assembleia Constituinte com representantes como Benedita da Silva, Luiz Alberto Caó, Edmilson Valentim e Paulo Paim, as demandas apresentadas não foram consolidadas integralmente⁸, restando à hipótese de ampliação de direitos por via de emenda constitucional ou diplomas infraconstitucionais posteriormente.

Na clássica concepção de isonomia aristotélica, as pessoas deveriam ser tratadas na medida das suas desigualdades⁹. Essa concepção sofreu a releitura de Boaventura de Sousa Santos, do direito a igualdade na diferença e da diferença como desigualação dos aspectos intrínsecos ao cidadão¹⁰. Já na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, a isonomia evoluiu para que haja

g) naturalização, entrada e expulsão de estrangeiros, extradição; emigração e imigração, que deverá ser regulada e orientada, podendo ser proibida totalmente, ou em razão da procedência; A eugenia é explicada pelo ideal da época de embranquecimento da população brasileira. SZHWARTZ, Lilia. **Nem branco nem preto, muito pelo contrário**. Cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claroenigma, 2017. Outra justificativa que pode se dar eram dos ideias nazifascistas da época.
⁶ MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos**. São Paulo: DP&A Editora, 2004.

⁷ FRASER, Nancy. Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. Trad. Márcia Prates. In Jessé Souza (Org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245 – 282.

⁸ RODRIGUES, T.C. Embates e contribuições do movimento negro à política educacional nas décadas de 1980 e 1990. In: OLIVEIRA, I.; SILVA, P.G.; PINTO, R.P. (Orgs.). **Negro e educação: escola, identidades, cultura e políticas públicas**. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005. p.251-63.

⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. São Paulo, Martim Claret, 2015.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da igualdade e da diferença. In <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>. Acesso em 20.03.2018. Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

pertinência lógica entre o discriminen e os interesses constitucionalmente previstos, devendo a interpretação da norma deve se pautar pelas desequiparações professadamente assumidas.¹¹

Por fim, Oscar Vieira Vilhena sintetiza o direito a isonomia e reconhecimento das minorias, baseando-se em Rawls, com a seguinte assertiva: “Todos têm direito a se beneficiar suas habilidades (naturais, conquistadas ou herdadas socialmente), desde que isso beneficie os que estão em posição menos favorável”¹²

As cotas em concursos públicos foram previstas para negros por influência do movimento black, distintamente das leis brasileiras com influência personalizada (a exemplo das leis: 12.737/2012, Lei Carolina Diekmann, que tipificou os delitos informáticos; 11340/2006, Lei Maria da Penha, que regulamenta a violência doméstica e familiar contra a mulher; e a própria Lei Imperial n.º 3.353, que embora tenha se chamado Áurea, tenha sido marcada pela personalidade da Princesa Isabel). Após o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das cotas nas universidades federais, restou firmado a possibilidade do benefício em critérios fenotípicos¹³.

Por fim, vale salientar que não há reserva de vagas alheia à autonomia universitária de condução de seus processos seletivos (quando o caso) e dos critérios legais. Se, por um lado o Supremo Tribunal Federal foi considerado ativista na interpretação da lei 12990/2014 em considerar extensivo a todo o âmbito da União (para além da administração pública direta e indireta vinculada ao Poder Executivo), por outro, a postura do Poder Judiciário é de autocontenção, conforme visto no julgamento da extensão da Resolução 203/2015

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 47 – 48.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. Uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 267.

¹³ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.6.2017.

(Procedimento 0005873-83.2015 do Conselho Nacional de Justiça). Ademais, no que tange à pós-graduação, há uma tímida ampliação para além do acesso pelo vestibular¹⁴.

Noutro ponto, as cotas não podem ser observadas como dádivas¹⁵, posto que são direitos. A noção presente na antropologia brasileira afirma que, muitas vezes, a própria população beneficiária enxerga o benefício estatal como um presente, uma concessão dos detentores do poder¹⁶. Tal concepção está presente no senso comum histórico da Lei Áurea: uma princesa resolveu outorgar a liberdade. Essa má compreensão de direito como embate político enfraquece a democracia, tornando os sujeitos como passivos da construção das leis. Como afirmado, a Lei 12990/2014 é um direito consolidado historicamente à população vulnerável.

3. Das cotas raciais: quem é beneficiário no Brasil

Discute-se, então, quais devem ser os critérios que amparem os beneficiários na política, muitas vezes, havendo o ajuizamento de demandas para sanar a controvérsia perante a banca examinadora.

Inicialmente, imprecinde destacar que estudos comprovam que todos os ser humanos pertencem ao tronco comum do *Homo sapiens*, última espécie humana, posto que os *Homo soloensis* datam de cerca de 50 mil anos atrás, os *Homo denisova* de mesmo período aproximado, os neandestais, há mais de 30 mil anos¹⁷. Ademais, a pluralidade de traços fenotípicos considerados como traços raciais biologicamente não se sustentam. Diferentemente do termo utilizado para canídeos ou felinos – pluralidade de subespécies com traços marcadores genotípicos totalmente distintos (quanto ao porte, a pelagem, ao tipo físico) – o termo utilizado para os seres humanos ganhou conotação distinta¹⁸. À medida que a genética molecular e o sequenciamento do genoma humano avançou, possibilitou um exame

¹⁴ Das universidades pesquisadas em trabalho concomitante, somente a Universidade Federal da Bahia – UFBA e a Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ possuem vagas reservadas para negros em suas pós-graduações. Espera-se, da mesma forma que ocorreu nos certames públicos, que este número aumente progressivamente.

¹⁵ Para essa discussão de direito como dádivas ou com produto historicamente construído encontra-se em MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. Lisboa: Edições 70, 2008. KOMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. São Paulo: Record, 2007.

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Janaína Marcopolo (trad.) 19ª Ed. Porto Alegre: LPM, 2017. 27.

¹⁸ Idem.

detalhado da correlação entre a variação genômica humana, a ancestralidade biogeográfica e a aparência física das pessoas, e mostraram que os rótulos previamente usados para distinguir “raças” não têm significado biológico, restando tão somente o fenótipo para distinção dos seres¹⁹.

Todavia, a discriminação por traços fenotípicos subsiste no Brasil, país em que a raça tornou-se fator de desagregação social, sobretudo pelo passado histórico de escravidão. As marcas da exploração do homem pelo homem legaram um capitalismo de compadrio e de subsídios do Estado e a iniciativa privada, a aversão pelos trabalhos manuais e domésticos e a diferença de classes pautadas na cor da pele. Raça, portanto, adquire uma conotação político-social, que ampliada abarca religiosidade, acesso a bens e serviços e direito fundamental a igualdade de tratamento, que será esmiuçado posteriormente.

Embora a norma de comportamento antirracista prevaleça na sociedade, o racismo como prática e, no inconsciente coletivo, não prevaleceu. Substitui-se por critérios de incapacidade cultural, econômico e intelectual, havendo o argumento da inferioridade. O que, no passado era justificável por teorias religiosas, científicoracistas²⁰; hoje são justificadas por critérios econômicos e inconscientes²¹.

O argumento da justiça compensatória é o de que a situação social profundamente desvantajosa dos negros no presente se deve em parte a um histórico de discriminações, que remonta ao tempo da escravidão²². Portanto, é justo que a sociedade de hoje os compense, não só em razão de injustiças sofridas por seus antepassados, mas sobretudo porque os efeitos estruturais destas injustiças persistem na atualidade.

¹⁹ PENA, Sergio D.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social? In. **RACISMO I** <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13479>. Acesso em 25.12.2017.

²⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. P. 76. Da mesma autora, numa perspectiva bibliográfica, mas que retrata a época por forma de relato, **Lima Barreto**. Triste visionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

²¹ ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. São Paulo: Record, 2007.

²² Daniel Sarmento, um dos que contradiziam o argumento histórico, passou a entender que o passado, embora não condicionante, como efeito estrutural, soma-se à justificativa à política de cotas raciais. Ver SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 139 e SS. O autor parece ter modificado seu entendimento: “O argumento da justiça compensatória é o de que a situação social profundamente desvantajosa dos negros no presente se deve em parte a um histórico de discriminações, que remonta o tempo de escravidão. Portanto, é justo que a sociedade de hoje os compense, não só em razão de injustiças sofridas por seus antepassados, mas sobretudo porque os efeitos estruturais destas injustiças persistem na atualidade. SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**. Escritos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forum, 2017. P. 94.

A longa desigualdade social na América ibérica está associada aos direitos de conquista, ao desalojamento dos nativos americanos, à escravatura como sistema social e a uma tradição de governo por parte de elites reduzidas de descendência branca²³. Os negros encontram entraves, na sua inserção no mercado de trabalho, barreiras atitudinais - atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas²⁴. Devem-se observar que as medidas de ação afirmativas de corte étnico-racial precipuam no combate específico do racismo institucional – especialmente da discriminação indireta, que se dará por meio de barreiras estruturais e atitudinais, muitas vezes veladas, que dificultam o acesso igualitário dos integrantes destes grupos a bens e posições socialmente valorizadas²⁵.

Por isso, se a discriminação parte da sociedade, os favorecidos pelas políticas de ação afirmativa devem ser, antes de tudo, as vítimas potenciais desta perversa prática social, ou seja, as pessoas que a sociedade, pelos seus códigos culturais, identifica como membros dos grupos étnico-raciais historicamente estigmatizados.”²⁶

Portanto, quando a política de cotas menciona o critério racial, não o faz no sentido biológico, mas antropológico ou sociológico, entendido como a interação de determinado fator na vida em comunidade. Consta-se ainda no amparo aos critérios da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. A política reparatória é um *facere* estatal em relação ao racismo, atuando, embora no mesmo objetivo, mas em perspectiva distinta da lei dos crimes resultantes do preconceito de raça e cor 7716/1989. Partindo desta premissa, a partir de então o artigo fixa duas conclusões, a política vem em combate ao preconceito e adota os parâmetros sociais para concessão.

Segundo Schwartz, “as ‘pessoas de cor’, expressão até hoje vigente e que representa, no Brasil, uma espécie de eufemismo – pois cor é preto, enquanto branco é algo como uma não cor –”²⁷, sofrem com todo tipo de discriminação: a) histórica, posto que revela indício de um passado entrave e condicionante para ascensão social; b) social, porque, conforme dados do

²³ BETHENCOURT, Francisco. **Racismos**. Das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P. 499.

²⁴ Esse conceito foi adaptado da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13146/2015) em seu artigo 3, que define as barreiras atitudinais. Essa interpretação analógica baseia-se em que ambos são grupos vulneráveis que também sofre com a discriminação, que deve ser protegido pela sociedade.

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**. Escritos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forum, 2017. P. 91 e SS.

²⁶ Idem.

²⁷ SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil**: Uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. P. 71.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, estão frequentemente nos índices abaixo dos não-negros.

Negro, para incidência da lei, incluem os de cor preta e os de cor parda segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conforme diploma legal, poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público²⁸. O que antropologicamente poderia ser uma contradição, a lei busca critérios rígidos para indicar os beneficiários da medida. Isto porque, a palavra pardo, até os nossos dias, é sujeito a muitas manipulações: depende de ocasião, do contexto social e da pessoa que classifica. A palavra teria vindo de Portugal e se originado do nome do pássaro pardal, conhecido por suas penas escuras e de cor indefinida, por um lado, e pelo fato de ser encontrado corriqueiramente, por outro²⁹.

A questão da categorização do pardo passou, portanto, numa ausência individual de reconhecimento da própria população brasileira em relação a sua cor. Todavia, a situação se reverte à medida que o dado social entra em contato com a classificação padrão atribuída por outrem. No campo do direito civil, esta divisão já se encontra consagrada na divisão no que tange o direito à honra (objetiva e subjetiva). Todavia, para enquadrar-se na lei, deverá o candidato demonstrar traços fenotípicos negros.

Existe, no movimento negro, o debate do colorismo na análise da política pública com base no colorismo ou pigmocracia, cuja influência subsiste pelo passado escravocata. Dentro do movimento negro, os pretos são preteridos face aos pardos, mas a lei preferiu agrupá-los na mesma categoria³⁰.

Segundo Schwartz, “gradação de cor era critério importante, e é sabido que, quanto mais clara a pessoa, com mais facilidade chegava a alforria, a postos específicos e mesmo a ocupações no interior da residência senhorial.”³¹ Estruturalmente, no Brasil, combinam-se considerações de cunho racial, cultural e pessoal, em que, inobstante negros, pardos possuem uma precedência face a pretos. No plano normativo, as leis e atos concessivos da política de cotas,

²⁸ Art. 2º da Lei 12990/2014: “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.”

²⁹ Idem.

³⁰ Nas pesquisas até o momento, somente foi observado dissociação entre pretos e pardos para a concessão do benefício de reserva de vagas nos processos seletivos de vestibular da Universidade Estadual do Ceará, em que foram disponibilizados 4,65% para pretos e 61,88% para pardos.

³¹ SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil**: Uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. P. 71.

não contemplaram esta subdivisão, por considerar o quadro similar conforme as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística³².

Nesse sentido, a Orientação Normativa nº 3/2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, dispõe, em seu art. 2º, §1º, que “as formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato”. Assim, não devem ser considerados os critérios de ancestralidade baseados na genealogia, status social, aderente a cultura afro, dentre outros elementos de matrizes africana.

4. Cotas Raciais e a autodeclaração

Segundo a Lei 12990/14, o critério deve ser o da autodeclaração, o que se compatibiliza à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). É o próprio indivíduo que possui a referência mais precisa de sua condição racial e que está constantemente em interação social³³.

Inobstante, Edilson Vitorelli, em “O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos”³⁴, contraria as cotas raciais por critérios puramente biológicos, posto que seriam critérios imprecisos e passíveis de divergência. Muito embora a possibilidade de contradição em alguns casos, dizer-se inconstitucional um benefício que objetiva a inclusão pelos possíveis equívocos é impedir que a Administração Pública instale a medida, aprenda no

³² LÓPEZ, Laura Cecilia. O conceito de racismo institucional: aplicação no campo de saúde. In https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/icse/v16n40/aop0412.pdf. Acesso em 01.04.2018.

³³ Art. 2º da Lei 12990/2014: 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.

³⁴ Foi citado o nome do artigo no corpo do texto, pois o autor elaborou 2 (dois) trabalhos, um anterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, contrário à constitucionalidade da Lei de Cotas em Concursos Públicos, o qual se pretende esmiuçar neste tópico e outro de divulgação posterior a decisão plenária da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/2017, descrevendo interessantes critérios para a autodeclaração. VITORELLI, Edilson. **O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, jan./abr. 2016. Veja também em VITORELLI, Edilson. **Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas**. 3. ed. Salvador: Juspodivim, 2016.

processo e configure as técnicas mais adequadas. Não por outro motivo haverá a constante avaliação da efetividade da medida previsto no diploma normativo³⁵.

O critério prevalecente nos estados-membros, conforme pesquisa em editais de concursos públicos³⁶, é o da autodeclaração. Após o escândalo envolvendo a Universidade de Brasília, entende o legislador federal e estadual buscarem o critério que perpassa pela participação do candidato.

As cotas raciais traduzem a dignidade da pessoa humana como valor pós-moderno próprio a cada indivíduo cuja coloridade de pele é alvo de discriminação na sociedade. Por outro lado, na sua dimensão externa, diz respeito a consciência moral da responsabilidade de usufruir do benefício, se cabível, de forma responsável e solidária³⁷. Portanto, há o dever moral de cada cidadão em agir conforme a sua consciência na opção de autodeclaração.

As cotas raciais visam combater forma específica de discriminação. O racismo distingue-se do etnocentrismo, porque, segundo Bethencourt, este se refere de forma abstrata a bairros ou comunidades desprezadas ou temidas, em que pese aceite a inclusão de indivíduos desta, enquanto aquele aplica-se a grupos com quem a comunidade de referência convive, constituídos por regras de sangue ou de descendência, mas que atinge a todos os elementos da comunidade³⁸. Por este motivo, no Brasil, as cotas raciais não podem ter critérios de origem ou periféricos.

No Brasil, a atribuição do status de branco aos indivíduos de raça mista bem sucedidos tornou-se a norma³⁹, enquanto que a negritude revela-se como uma subcategoria ou um desprestígio. Elevar o patamar social é requisito para o embranquecimento⁴⁰ e, por isso, a dificuldade de definição. Pobreza intercambia-se com condição racial, mas com ela não se confunde. A corrente que defende cotas sociais em detrimento das raciais parece ignorar a existência de dados empíricos que afetam especificamente à população negra (preta ou parda).

³⁵ Art. 5º da Lei 12990/2014: O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

³⁶ Detalhamento dos sistemas de cotas raciais na administração pública. In <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7461>. Acesso em 04.04.2018.

³⁷ A concepção de dignidade de pessoa humana numa ótica externa e interna, de direitos perante ao Estado e responsabilidades estatais é trabalhada por Luis Roberto Barroso. Ver BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

³⁸ BETHENCOURT, Francisco. **Racismos**. Das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P. 31.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Lilia Schwartz relata que

As cotas com viés de que os mais pobres possam ocupar cargos, empregos e funções da Administração Pública devem ser complementares às raciais. O Estado é um fomentador de minoriais, no projeto do estado democrático de direito, e estas devem sentir-se representadas sob pena de exclusão e de sua negativa⁴¹.

5. A averiguação da autodeclaração

Os critérios para averiguação da autodeclaração no concurso público devem ser objetivos e com mínimo estudo científico, como constitucionalmente previsto que devem ser as etapas do certame^{42 43}.

Para Sarmiento, utilizar o critério exclusivamente fenotípico – como a análise de fotografia dos candidatos – também se revelaria problemático pelas situações intermediárias, em que a dúvida é razoável – comuns no Brasil, em razão da missigenação -, em que a avaliação

⁴¹ Na pesquisa em curso, foram encontradas políticas reparatórias para grupos distintos em execução ou fase de discussão nas casas legislativas:

⁴² RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PERITO CRIMINAL E TÉCNICO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO. NOMEAÇÃO DA RECORRENTE EM RAZÃO DO DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM FUNDAMENTO NA PERDA DO OBJETO. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. INSTABILIDADE DA NOMEAÇÃO. PRECARIIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EMERGENCIAL. CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º. DO CPC. RECURSO PROVIDO.

[...] 5. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, **desde que** claramente previsto em lei e **pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. A ausência de fundamentação do ato administrativo que declarou a inaptidão da candidata para o cargo acarreta sua nulidade** por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. STJ, RMS 28536/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe de 15/06/2009, grifamos. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PSICOTESTE – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PREVISÃO EDITALÍCIA E OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DE OBJETIVIDADE E PUBLICIDADE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC. 1. Para o deferimento do pedido de antecipação de tutela é indispensável ao menos a existência de dois requisitos exigidos pelo art. 273, do Código de Processo Civil, quais sejam, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 2. O exame psicotécnico deve seguir procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo público, sendo vedada a utilização de critérios subjetivos, sem prévia correlação com as atividades exigidas para o candidato. 3. Do exame do caderno processual, observa-se que a agravante foi não recomendada no exame psicológico por falta de adequação nos testes de personalidade, raciocínio e habilidades específicas (fls. 139/142). Com efeito, o resultado "inapto" (fls. 143), em juízo de cognição sumária, falece de fundamentação, estando sim, desprovido de razões compreensíveis e razoáveis que possam firmar a convicção no sentido de que a candidata não esteja psicologicamente preparada para exercer o cargo almejado. **AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. TJBA, AI 0010309-46.2015.8.05.0000, Relatora: Carmem Lucia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, publicado em 16/09/2015, grifamos.**

acabaria fatalmente contaminada por forte dose de subjetivismo, que poderia resvalar para arbitrariedades⁴⁴. O olhar alheio é condicionado pelas suas próprias experiências e, num processo seletivo que se insere em peculiaridades individuais, seria temerário. Trazer o avaliado para participar do processo de identificação da minoria possibilita a análise de experiências pessoais e, até mesmo, contradições. Contudo, adverte Vitorelli que o relato não deve se pautar em experiências racistas, porque a lei não atribuiu àquelas que efetivamente já o experimentaram e são capazes de narrar publicamente esses eventos⁴⁵. Ademais, o mero relato pessoal é prova de simples alteração da verdade.

Em primeiro lugar, a autodeclaração se baseia na percepção do próprio sujeito quanto à sua identidade étnico-racial, evitando o risco de leituras enviesadas e preconceituosas feitas por terceiros. Ademais, ela reforça o reconhecimento positivo do grupo racial historicamente discriminado, ao associar um benefício legal a uma condição que sempre gerou estigma e preconceito⁴⁶.

A autodeclaração possibilita ainda o direito ao autorreconhecimento. Verificando o Censo 2000 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, diversas cores eram mencionadas na autoidentificação, buscando sempre um embranquecimento, que esquece as suas origens: meio branco, queimado de sol, moreno bem chegado, baiano. Dizer-se negro no Brasil se torna um fardo, é se colocar na última posição na “escala de cor”. O Estado promove que as pessoas valorizem o seu passado cultural e caracteres fenotípicos, tão relegado no país. Jovens negros passam a procurar as suas origens, não as escondendo em novas categoriais, mas se reconhecendo com consciência de grupo apto a promover demandas específicas (fiscalização das políticas públicas, serviços de saúde, ensino da História Africana, dentre outros). É, portanto, um fomento à democracia.

Edilson Vitorelli, em *Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação* da falta de critérios predefinidos para determinar quem considerarão como negros, falta de transparência e publicidade em seus processos e falta de fundamentação das decisões. Estabelece alguns meios de tornar mais

⁴⁴SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**. Escritos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forum, 2017. P. 91 e SS.

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. **Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 95-124, jan./abr. 2017.

⁴⁶ Idem. P. 97.

proba a condução da averiguação⁴⁷: o dever de motivação, a utilização de critérios previstos em edital e uniformização perante toda a administração pública que conduz o certame.

A atividade da banca examinadora é avaliar a postura do candidato na autodeclaração, baseado em seus critérios fenotípicos. Como o critério adotado pelas leis é majoritariamente o da autodeclaração, podemos observar a seguintes situações:

- a) Um candidato negro, que se autodeclara negro para fim de concorrer às vagas reservadas, deverá ser aprovado pela banca examinadora.
- b) Um candidato negro, que não se autodeclara negro para fim de concorrer às vagas reservadas, não poderá ser aprovado pela banca examinadora. Deve-se ressaltar que a declaração válida é a que ocorre na etapa o certame específica para tanto e não inscrições posteriores. Se um candidato se inscreve em um concurso como negro, não quer dizer que para todos os certames ele será beneficiário;
- c) Um candidato não-negro, que se autodeclara negro para fim de concorrer às vagas reservadas, deverá ser recusado pela banca examinadora, por não ser pertencente ao grupo alvo dos beneficiários. Segundo a lei de cotas em concursos públicos, o candidato será eliminado do concurso e, tendo sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo com contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Os Tribunais divergem acerca da exclusão sumária do candidato⁴⁸, havendo mitigação nos

⁴⁷ VITORELLI, Edilson. **Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 95-124, jan./abr. 2017.

⁴⁸ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COTA RACIAL. AUTODECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO CANDIDATO NÃO RECONHECIDO PELA BANCA EXAMINADORA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE ADVOGADO DA UNIÃO. CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 12.990/2014. 1. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal, em face da sentença que julgou improcedente a ação civil pública, com o objetivo de anular a cláusula introduzida pelo Edital nº 17, para o concurso público de Advogado da União de 2ª Categoria, que prevê a eliminação do candidato que, apesar de se autodeclarar negro ou pardo, não tenha essa condição reconhecida pela comissão avaliadora do certame. 2. As políticas de ação afirmativa do Estado têm como escopo assegurar que a sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, incorporando-se valores culturais diversificados, um dos fundamentos do Estado brasileiro, disposto no art. 1º, V, da CF/88. 3. A cláusula impugnada no edital encontra-se em perfeita consonância com o que dispõe o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, que prevê a eliminação do candidato do certame, caso não seja confirmada pela comissão avaliadora a condição de negro ou pardo, após procedimento administrativo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. 4. Apelação não provida.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. CANDIDATA EXCLUÍDA DO CERTAME PELA UNIVERSIDADE. EQUÍVOCO AO CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS A ALUNOS EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. OBTENÇÃO DE NOTA SUFICIENTE À APROVAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO REGIME DE COTAS. PRETENSÃO DE CONSTAR EM LISTA DE

casos deste possuir nota para disputar na ampla concorrência. Baseiam-se em princípios como a boa-fé, a razoabilidade e o acesso a vaga para dar interpretação conforme à Constituição do parágrafo único do art. 2º da Lei 12990/2014.

Outrossim, a discussão acerca de irmãos, ainda que gêmeos univitelinos, deve-se passar pelo critério legal. Nesse particular, se um destes não se autodeclara negro com tonalidade de pele preto ou parda em entrevista, há condão de exclusão do certame sem transtornos⁴⁹.

A Banca Examinadora tem o dever legal de motivação do ato de exclusão do certame. Isto porque, o critério estabelecido pela Lei 12990/2014 é o da autodeclaração, devendo prevalecer em hipótese de dúvida razoável entre os membros da Comissão ou de inexistência de motivos. Edilson Vitorelli aponta o dever da organizadora do certame em apontar modelos específicos com base na opinião de especialistas das ciências sociais do que será considerado preto ou pardo baseando-se no dever de vinculação ao instrumento editalício e na vinculação da Administração Pública. A proposta é utópica, posto que os padrões genéticos são diversos, possibilitando diversas formas de expressão corporal e estimá-las configuraria tarefa hercúlea e desarrazoada.

ESPERA NA AMPLA CONCORRÊNCIA. DIREITO RESGUARDADO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DO ACESSO À EDUCAÇÃO. 1. Cinge-se a questão ao direito ou não da autora, ora apelada, de constar na lista de espera pela concorrência geral, no Curso de Fonoaudiologia - campus de João Pessoa/PB, a fim de que possa ser convocada e matriculada na eventualidade de surgimento de novas vagas, tendo em vista que concorreu equivocadamente às vagas destinadas aos candidatos-cotistas no Processo Seletivo do Vestibular 2012 da UFPB, mas obteve nota suficiente à aprovação independentemente do regime de cota. 2. Pela documentação acostada aos autos, a candidata estudou em escola pública apenas no ensino médio, razão pela qual não preenche os requisitos exigidos para o sistema de cotas, mas após a realização do certame, obteve a pontuação no total de 513,7 pontos, suficiente a lhe assegurar uma possível vaga no curso pleiteado. Ocorre que a UFPB negou-lhe a participação no certame, excluindo-a do vestibular, ao argumento de que a autora não satisfaz o requisito de ter estudado em escola pública também no ensino fundamental. 3. O erro do candidato na inscrição do vestibular, por opção pelo sistema de cotas, não deve acarretar sua exclusão do certame e impedir sua possível matrícula em razão de ter obtido nota que permite sua classificação na lista geral dos candidatos que não concorrem no sistema de cotas. Houve interpretação equivocada da candidata que declarou ser oriunda de escola pública por ter cursado o ensino médio na rede pública - sendo exigido pelo regulamento que tivesse cursado três anos do ensino fundamental para concorrer pelo sistema de cotas. 4. Diante da peculiaridade do caso em questão, da previsão editalícia constante no ponto 3.1 do Edital no. 018/2011, do Processo Seletivo Seriado 2012 da UFPB, de que "todos os candidatos concorrerão por concorrência geral", e conforme os princípios da razoabilidade e do acesso à educação, consagrados constitucionalmente, tendo a candidata alcançado pontuação suficiente para figurar dentre os possíveis aprovados no rol do curso pretendido, que engloba todos os candidatos, qualquer que seja a procedência escolar ou grupo étnico-racial, impõe-se o reconhecimento do seu direito a figurar na lista de espera pela concorrência geral, a fim de que possa ser convocada e matriculada na eventualidade de surgimento de novas vagas. 5. Precedentes desta Corte. 6. Remessa oficial e apelação improvidas. (TRF-5 - REEX: 15498720124058200, Data de Julgamento: 28/05/2013, Quarta Turma.

⁴⁹ É notória o imbróglgio do caso dos irmãos gêmeos em Brasília, que serviu de experiência para alertar acerca do papel das Comissões Avaliadoras: Ver em <http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>. Acesso em 01.04.2018.

A Comissão de Verificação deverá realizar atividade de verificação da autodeclaração, enquanto que o candidato deve comprovar ser beneficiário da política afirmativa. De igual modo que as cotas para deficiente requerem o laudo médico ou documentos hábeis que comprovem a deficiência, nas raciais, numa entrevista, é pertinente e deve ficar registrado se for acostada justificativa pessoal com base em critérios fenotípicos para pleitear o benefício. A mera filmagem da entrevista e declaração escrita e oral não obstam que o particular acoste fotografias, documentos de identificação, dentre outros, que devem ser obrigatoriamente acostados no processo administrativo.

Ressalte-se que, não é possível utilizar de argumentos de sede biológica, de ancestralidade ou de participação em movimentos negros ou de vertente africana por configurar parâmetro diverso do legal.

6. Conclusões

Com todas as controvérsias, a Lei de Cotas constitui-se num avanço ao combate ao racismo no Brasil, posto que traz à baila a discussão racial no Brasil e combate a discriminação institucional. A política pública que observa o direito ao reconhecimento da diferença como um direito de 3ª geração revela a necessidade de debate para proteção específica de grupos vulneráveis e a estratégia cabível. Há um aumento da composição social daqueles que se autodeclararam negros, o que reflete positivamente à consciência da população.

Se, por um lado abstratamente seja um trabalho antropológico árdua definir o negro no Brasil, na atuação em concreto esses dados não se revelam (em comparação com os não-negros, ocupam postos de trabalho de menor escalão, menor escolaridade, vítimas da violência e da abordagem policial, dentre outros). O discurso da ausência de critérios como forma de desestimular a política de reserva é falacioso e não promove uma sociedade mais justa e solidária.

Há muito o que se avançar a estabelecimento de critérios para averiguação da condição de beneficiário da política de cotas. Todavia, seria impedir o próprio desenvolvimento da ação afirmativa a sua inutilização pelo simples fato de autoritarismo da Banca Avaliadora, de fundamental importância para evitar burlas.

O critério predominante é o da autodeclaração por possibilitar a participação ativa do candidato, sendo a atividade da Comissão de Avaliação fiscalizatória e certificatória, mediante processo administrativo, cabendo a esta a prova da inexistência do benefício vindicado. Há o direito do candidato em acostar material probatório e influenciar na decisão pela organizadora do concurso. Aplicam-se os princípios do processo administrativo como a razoabilidade, o devido processo legal e o contraditório para melhor aferição. Entende-se da desnecessidade de modelos fotográficos e detalhamento específico no edital, pelo amparo legal e entendimento social mínimo de quem deve ser beneficiário.

A administração pública deve se pautar sempre de boa fé perante às informações do candidato, sendo preferível, havendo dúvida razoável e nota para recondução à lista de ampla concorrência, fazê-lo, realizando, assim, uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo que estabelece a exclusão do certame.

Referências

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. São Paulo: Record, 2007.

ANDRADE, Mario de. Macunaíma. In <http://sanderlei.com.br/PDF/Mario-de-Andrade/Mario-de-Andrade-Macunaima.pdf>. Acesso em 07.04.2018

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. São Paulo, Martim Claret, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

BETHENCOURT, Francisco. **Racismos**. Das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017.
Cotas na UnB: gêmeo idêntico é barrado In
<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>. Acesso em 01.04.2014.

Detalhamento dos sistemas de cotas raciais na administração pública. In <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7461>. Acesso em 04.04.2018.

Direito às ações afirmativas em universidades públicas brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; ____; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 365-409.

FRASER, Nancy. Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. Trad. Márcia Prates. In Jessé Souza (Org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245 – 282.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Janaína Marcopolo (trad.) 19ª Ed. Porto Alegre: LPM, 2017. 27.

<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13479>. Acesso em 25.12.2017.

https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/icse/v16n40/aop0412.pdf

KOMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. Lisboa: Edições 70, 2008.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos**. São Paulo: DP&A Editora, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

PENA, Sergio D.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica versus a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social? In. **RACISMO I** PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16/3, 2008.

Reserva de vagas para negros na Administração Pública. In http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7461/1/RP_Reserva_2016.pdf. Acesso em 02.04.2018.

RODRIGUES, T.C. Embates e contribuições do movimento negro à política educacional nas décadas de 1980 e 1990. In: OLIVEIRA, I.; SILVA, P.G.; PINTO, R.P. (Orgs.). **Negro e educação: escola, identidades, cultura e políticas públicas**. São Paulo: Ação Educativa, ANPEd, 2005. p.251-63.

SARMENTO, Daniel. **Direitos, democracia e república**. Escritos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forum, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. P. 71.

_____. **Lima Barreto**. Triste visionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

_____. **Nem branco nem preto, muito pelo contrário**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

_____. **O espetáculo das raças**. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, jan./abr. 2016.

_____. **Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 95-124, jan./abr. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. Uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 267.