

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DE CANDIDATOS
NEGROS: ANÁLISE DA PORTARIA NORMATIVA Nº 4 DE 2018 DO
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO**

IGOR RIBEIRO DE MATOS

Rio de Janeiro

2020 / 2

IGOR RIBEIRO DE MATOS

**PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DE CANDIDATOS
NEGROS: ANÁLISE DA PORTARIA NORMATIVA Nº 4 DE 2018 DO
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

Rio de Janeiro

2020 / 2

CIP - Catalogação na Publicação

MM433p

Matos, Igor Ribeiro de

Procedimento de Heteroidentificação de Candidatos Negros:
Análise da Portaria Normativa nº 4 de 2018 do Ministério do
Planejamento / Igor Ribeiro de Matos. -- Rio de Janeiro, 2021.
78 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade
Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito,
Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. 3. Processo
Administrativo. 4. Cotas Raciais. 5. Heteroidentificação. I. Nunes,
Daniel Capecchi, orient. II. Título.

IGOR RIBEIRO DE MATOS

**PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DE CANDIDATOS
NEGROS: ANÁLISE DA PORTARIA NORMATIVA Nº 4 DE 2018 DO
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2020 / 2**

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Todo Poderoso e a Jesus Cristo, por tudo.

Aos meus pais, Maria do Carmo e Luiz Roberto, pelo apoio incondicional.

À Emanuelle pela companhia, carinho e confiança.

Aos meus irmãos, Hugo e Erick, pela amizade.

Aos Joaquins, em especial meu afilhado Cristiano, por tornarem esses cinco anos de faculdade mais divertidos.

“Mesmo que eu tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência; mesmo que tivesse toda a fé, a ponto de transportar montanhas, se não tiver caridade, não sou nada.”

I Coríntios, 13

Resumo

As cotas raciais começaram a ser aplicadas no Brasil no início do século XXI. Inicialmente restritas às universidades públicas. Simultaneamente às primeiras experiências de reserva de vagas para alunos negros, vieram também as dúvidas sobre como diferenciar as pessoas destinatárias das políticas de ação afirmativa. Após um período em que quase a totalidade dos processos seletivos utilizava a autodeclaração como único critério de identificação dos candidatos negros, foi publicada, a Lei Federal 12.990 de 2014 prevendo, expressamente, a possibilidade de que se averiguasse a veracidade das autodeclarações. Diante dessa previsão, o poder executivo, por meio do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, publicou a Orientação Normativa nº 3 de 2016 e posteriormente a Portaria Normativa nº 4 de 2018 para regular esses procedimentos. Este trabalho então, propôs-se a analisar a referida portaria normativa, atestando sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios constitucionais do processo administrativo.

Palavras-Chaves: Direito Administrativo; Direito Constitucional; Processo Administrativo; Cotas Raciais; Heteroidentificação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS RACIAIS NO BRASIL	14
2.1. Contexto Jurídico e Social.....	14
2.2. Adoção e disseminação	17
2.3. O problema da identificação.....	24
3. COMISSÕES DE VERIFICAÇÃO	26
3.1. Primeiros casos.....	26
3.1.1 A “pioneira” UnB.....	27
3.2. Lei Federal nº 12.990 de 2014.....	30
3.3. Orientação Normativa nº 03 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão	32
3.4. Critérios de Avaliação	34
3.4.1. Existe raça?.....	34
3.4.2. Classificação do IBGE.....	36
3.5. Portaria Normativa nº 4 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento .	38
4. CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO.....	41
4.1. Um processo administrativo?	41
4.2. Princípios Constitucionais Expressos do Processo Administrativo	44
4.2.1 Devido processo legal.....	44
4.2.2 Contraditório e Ampla Defesa.....	46
4.3. Princípios do Processo Administrativo.....	49
4.3.1 Princípio da Legalidade	50
4.3.2 Princípio da Finalidade e Princípio do Interesse Público	52
4.3.4 Princípio da Motivação.....	53
4.3.5 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	57

4.3.6 Princípio da Segurança Jurídica	59
4.4. Ação Direta de Constitucionalidade nº 41	61
4.5. Constitucionalismo Administrativo	63
5. CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68
ANEXO – 1	73

1. INTRODUÇÃO

As chamadas cotas raciais começaram a ser aplicadas no Brasil no início do século XXI. Inicialmente, ficaram restritas às universidades públicas. Simultaneamente às primeiras experiências de reserva de vagas para alunos negros, vieram também as dúvidas sobre como diferenciar as pessoas destinatárias das políticas de ação afirmativa.

No início, a maior parte das universidades que adotaram a política de reserva de vagas, optou por utilizar apenas o critério da autodeclaração para a caracterização dos candidatos como negros.

Porém, é certo que com o tempo, cresceu a percepção de que a autodeclaração não seria suficiente para dar efetividade a essas políticas, pois muitos candidatos brancos poderiam usar esse critério único para fraudar os processos seletivos e concorrerem às vagas reservadas. Nesse sentido, a Lei Federal 12.990 de 2014 reservou 20% das vagas em concursos públicos da administração pública federal, das suas autarquias, fundações e estatais para negros e previu, expressamente, a possibilidade de que se averiguasse a veracidade das autodeclarações.

Diante dessa previsão, o poder executivo, por meio do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, publicou a Orientação Normativa nº 3 de 2016 regulando a aferição de “veracidade autodeclarada prestada por candidatos” negros. Obrigando que, em seus concursos, a Administração Direta e Indireta Federal, organizasse comissões julgadoras para tanto.

Foi em 2016, também, que comecei a minha graduação na Faculdade Nacional de Direito. No segundo semestre desse ano, ao cursar a disciplina Métodos e Técnicas de Pesquisa com o Professor José Roberto Franco Xavier, tomei conhecimento da existência da orientação normativa e de sua aplicação em concursos. Juntamente com colegas procedemos a uma pesquisa sobre o tema, entrevistando participantes das comissões de verificação. Posteriormente, o resultado do nosso trabalho foi apresentado também na Jornada de Iniciação Científica da Faculdade Nacional de Direito.

Durante a graduação, iniciei um estágio na Procuradoria da República no Rio de Janeiro do Ministério Público Federal (PR-RJ) na área da Tutela Coletiva. Meu trabalho era basicamente minutar petições e outros documentos para instruir inquéritos civis e processos judiciais.

Uma das funções do Ministério Público é emitir parecer em processos de Mandado de Segurança e, foi justamente, para auxiliar o Procurador da República na elaboração de um parecer que me deparei novamente com o tema. Era o caso de um candidato em um curso da Petrobras excluído do certame por ter sua autodeclaração de pardo tida como falsa pela organização do concurso.

O assunto me interessou ainda mais, pois à época já estava mais familiarizado com o Direito Administrativo e considerei que os pontos levantados pelo candidato em sua argumentação eram relevantes e não deveriam ser ignorados sem uma resposta mais profunda. Assim, passei a pesquisar o tema.

A sua relevância social é evidente. Trata-se de política estatal recente e muito significativa no país, que busca combater efeitos histórico-sociais da escravidão. Esses efeitos se sentem presentes até hoje, visto a desigualdade racial encontrada sob os mais diversos recortes sociais.

Também é relevante juridicamente, porque cuida de temas sensíveis ao Direito. Tanto da igualdade material, que se busca realizar por meio de ações afirmativas, quanto das garantias e direitos dos candidatos submetidos às comissões, que podem ter seus destinos definidos em concorridos certames. O tema é tão relevante que já houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da validade das referidas comissões no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 41.

A atuação da Administração Pública juntamente aos administrados, tratando de temas constitucionais, também nos leva a não nos satisfazer apenas com a análise de normas abstratas, mas sim da real aplicação delas. É imperioso entender se as comissões respeitam as garantias legais e constitucionais dos administrados e se efetivamente evitam fraudes nas cotas raciais.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo verificar a conformação dos procedimentos adotados pela Administração Pública Federal para aferir a veracidade de autodeclaração de candidatos negros com standards constitucionais e legais do processo administrativo, assim como pensar possíveis soluções para problemas porventura encontrados nestes procedimentos. Nossa hipótese é de que a adoção desses procedimentos não é, por si, inconstitucional, mas devem ser tomadas algumas precauções para garantir os direitos fundamentais das pessoas submetidas à aferição. Ressalte-se que não se busca aqui a análise da política de cotas raciais em si, já bem tratado e documentado por muitos autores.

Para alcançar o referido objetivo, separamos o trabalho em três capítulos. No primeiro, faremos uma contextualização do início das políticas de cotas raciais no Brasil. Essa contextualização servirá para situar o leitor no panorama histórico e normativo da época em que surgiram os primeiros vestibulares reservando vagas para candidatos negros e porque a maioria deles optou por não utilizar outro método de classificação de cor/etnia que não a autodeclaração.

No segundo capítulo, após entender esse primeiro período com poucas experiências de heteroidentificação de candidatos negros, abordaremos as tentativas de verificação das autodeclarações. Para tanto, usaremos o caso da UnB, que em 2004 já previu um procedimento específico com esse fim. Apesar das muitas críticas à época, é certo que alguns elementos daquele procedimento são utilizadas nas comissões atuais. Então, falaremos dos regulamentos expedidos pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, primeiramente a Orientação Normativa nº 3 de 2016 e a posterior Portaria Normativa nº 4 de 2018.

No terceiro capítulo, discutiremos se a Portaria Normativa nº 4 de 2018 discutiremos a classificação do procedimento disposto no referido diploma como um processo administrativo e analisaremos se as etapas previstas respeitam os princípios constitucionais e legais aplicáveis ao tema, cotejando cada princípio e as disposições da Portaria. Depois, ainda falaremos um pouco sobre o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a heteroidentificação e, por fim, introduziremos um pouco de um conceito do Constitucionalismo Administrativo que também pode lançar luzes sobre o tema, ainda que muito incipiente no Brasil.

Portanto, à vista do que foi dito aqui, passemos agora a entender em que ambiente foram implementadas as primeiras políticas de ações afirmativas com cotas raciais no Brasil.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS RACIAIS NO BRASIL

2.1. Contexto Jurídico e Social

A Constituição Federal brasileira de 1988 traz no *caput* do seu Art. 5º a previsão de uma cláusula geral de igualdade: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)*”. Além desta menção, o texto constitucional elenca diversos outros direitos oriundos da igualdade. Exemplos são os objetivos da República Federativa do Brasil estampados nos incisos do Art. 3º e que trazem também menções ao combate à discriminação e a redução das desigualdades.

É uma divisão clássica nos estudos do Direito Constitucional a realizada entre igualdade material e igualdade formal. A igualdade formal seria aquela própria das constituições liberais dos séculos XVIII e XIX, que buscava exterminar os privilégios do antigo regime. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. np.) afirmam que seu objeto é, primariamente, a igualdade perante a lei, “o direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei”.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 130) explica que “o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade.” Ainda, o autor afirma que para os estudiosos liberais daqueles tempos, a mera previsão de igualdade positivada na lei de seria capaz de efetivá-la no mundo dos fatos. No entanto, com o decorrer dos anos, a experiência foi trazendo à conclusão de muitos juristas que esse ideal não passava de mera ficção. (GOMES, 2001. p. 130).

As diferenças entre pobres e ricos levaram os pensadores a questionar criticamente o conceito de igualdade puramente formal. Não bastaria mais proibir os privilégios, seria preciso atuar para eliminá-los. É dessa forma que surge o conceito da igualdade material durante o Século XX, profundamente ligado à ideia de justiça social (BARROSO E OSORIO, 2016 p. 211-212).

A Constituição Federal brasileira de 1988 claramente adota os dois modelos de igualdade. O já citado *caput* do Artigo 5º traz a cláusula geral de igualdade formal. Porém,

no texto também estão presentes diversos dispositivos que buscam obrigar o Estado brasileiro a perseguir a igualdade material para seus cidadãos.

O Art. 3º, também já citado, elenca os objetivos da República Federativa e, entre eles, destacam-se seus incisos III e IV:

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

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

Como se vê, o poder constituinte originário explicitamente delegou ao Estado a tarefa de agir ativamente para acabar com as desigualdades e discriminações presentes na sociedade brasileira e um dos fatores de maior discriminação e fonte de desigualdade é, justamente, a raça.

Porém, dez anos após a promulgação da Constituição, em 1998, a taxa bruta de escolaridade no ensino superior (o percentual de matrícula total em relação à população na faixa etária teoricamente adequada para frequentar esse nível de ensino) de pessoas pretas e pardas era de 4%, enquanto que a de brancos era 16,8%, segundo os dados históricos do Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010 (PAIXÃO et al., 2010. p. 227). Focamos neste indicador pois tem mais pertinência com o tema do trabalho, porém outros números também indicam uma triste realidade para a população negra brasileira.

Nesse sentido, ainda na década de 1990, começaram a ser pensadas políticas públicas com o intuito de diminuir essa desigualdade. Em 1996, foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra – GTI População Negra pelo Governo Federal, com o objetivo de propor políticas e as ações afirmativas entraram de vez no debate político brasileiro. (JACCOUD e BEGHIM, 2002, p. 19)

No âmbito legislativo, a senadora Benedita da Silva apresentou o Projeto de Lei n. 14 de 1995, que dispunha sobre a reserva de vagas em instituições de ensino superior para os setores etno-raciais discriminados socialmente. Já o senador Abdias Nascimento

elaborou o PL n. 75 de 1997, prevendo a instituição de uma cota de 20% de vagas para homens negros e 20% para mulheres negras em todos os órgãos da Administração Federal direta e indireta. (BERNARDINO, 2002, p. 258)

Antes, porém, de olharmos as ações afirmativas que foram implementadas no início dos anos 2000, discutiremos o conceito de ação afirmativa, com base no que já foi trazido sobre a igualdade material.

Como já dito, a constatação da insuficiência proibição da discriminação, resultou na conclusão, por muitos ordenamentos jurídicos, de que seriam necessárias políticas especialmente pensadas para proteger e promover determinados grupos de pessoas que se encontram em alguma situação de vulnerabilidade. Joaquim B. Barbosa Gomes (2001) ensina que são justamente essas políticas que são chamadas de ações afirmativas. Em suas próprias palavras:

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”. (GOMES, 2001)

No mesmo sentido argumenta Flávia Piovesan (2013):

As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.

Já Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019) também explicam que as ações afirmativas se fundam na busca da igualdade material e chamam atenção para a chamada discriminação indireta, quando uma medida aparentemente neutra gera efeitos nocivos e desproporcionais para determinado grupo. Essa visão pela jurisprudência dos Estados Unidos, prosseguem os autores, também levou à adoção de ações afirmativas com focos

raciais, enquanto que na Europa destacaram-se mais aquelas que buscavam amenizar as diferenças por gênero.

Assim, percebe-se que ações afirmativas são políticas não restritas a reparar, de alguma forma, a injustiça racial, mas também podem ser utilizadas para proteger qualquer grupo fragilizado socialmente, como pessoas com deficiência, homossexuais, mulheres, e transgêneros. Com fundamento na igualdade material tampouco podemos limitar esse tipo de política ao ingresso em instituições de ensino ou determinadas vagas de trabalho, seu campo pode ser bem mais abrangente.

Feitas essas ressalvas, fato é que no Brasil esse tipo de ação ganhou notoriedade primeiramente na reserva de vagas de ensino superior para candidatos negros e, posteriormente, com a mesma reserva em concursos para cargos e empregos públicos.

A pequena proporção de estudantes universitários negros explicitada anteriormente, juntamente com o fato de as principais universidades brasileiras serem públicas gerava uma dupla injustiça e um fator de reprodução de desigualdade social. Afinal, aquilo que todos financiavam, era aproveitado pelos que já eram mais privilegiados. Por isso, passemos agora a um relato das primeiras experiências de cotas raciais em universidades brasileiras.

2.2. Adoção e disseminação

Conforme mostrado no item anterior, o governo federal já se movimentava no sentido de estudar possíveis ações afirmativas para combater as diferenças raciais no país. No entanto, a adoção de políticas de cotas no Brasil tem um importante episódio na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, ocorrida em 2001 na África do Sul. Peria (2004, p.61) explica que a cobertura da imprensa sobre a conferência fomentou debates sobre ações afirmativas e possíveis políticas do Brasil nesse sentido.

O processo preparatório do Brasil para conferência, inclusive, contou com uma conferência nacional sediada no Rio de Janeiro entre os dias 6 e 8 de julho de 2001 e com a participação de mais de 2000 integrantes do Movimento Negro.

Durante o processo preparatório, novas e importantes alianças entre organizações do Movimento Negro e da mídia impressa se formaram. Alguns meses antes da CMR, pessoas envolvidas na preparação de Durban começaram a se preocupar cada vez mais com a absoluta falta de cobertura da mídia (até aquele momento), sobre as atividades que ocorriam no Brasil, em preparação para a Conferência Mundial. Tendo isso em mente, organizações da sociedade civil - Geledés, Instituto da Mulher Negra (SP), o Escritório Nacional Zumbi dos Palmares, e a Comunidade Bahá'í do Brasil -- procuraram a Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal, com a idéia de realizar um seminário para debater a questão do silêncio da mídia com relação ao problema do racismo em geral, e a questão mais específica da falta de atenção da mídia sobre o processo preparatório da conferência. Participaram do evento, jornalistas, publicitários, pesquisadores de comunicação de massa, políticos e membros de ONGs (EGHARI apud PERIA, 2004, p. 62)

Peria (2004, p. 63:67) mostra como a discussão da mídia impressa sobre a Conferência e os preparativos brasileiros influenciaram sobremaneira a justificativa do Projeto de Lei n. 2490/2001 do Deputado estadual José Amorim do Rio de Janeiro. Esse projeto foi aprovado com grande rapidez pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e sancionado pelo Governador Anthony Garotinho como a Lei Estadual n. 3.708 no dia 09 de novembro de 2001. Esta lei reservou 40% das vagas dos vestibulares da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) para estudantes negros e pardos e inaugurou o sistema de cotas raciais no ensino superior brasileiro.

A menção da lei a negros e pardos pode causar algum estranhamento. Afinal, o IBGE considera pardo uma espécie do gênero negro, assim como preto. Porém, essas questões de classificação serão abordadas no próximo capítulo. Deve-se considerar a forma rápida como ela tramitou na ALERJ, sem muitas discussões e que resultaram em um texto que foi alvo de algumas críticas.

Apesar de aprovada em novembro de 2001, esta lei só valeu para o Vestibular 2003 da UERJ e da UENF. Isto porque foi editada a Lei Estadual nº 4151, de 04 de setembro de 2003, que revogou a Lei Estadual n. 3.708 e dispôs da seguinte forma.

Art. 1º - Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes **carentes**:

I - oriundos da rede pública de ensino;

II - negros;

III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas.

§ 1º - **Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível sócio-econômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores sócio-econômicos utilizados por órgãos públicos oficiais.**

(...)

§ 3º - O edital do processo de seleção, atendido o princípio da igualdade, estabelecerá as minorias étnicas e as pessoas com deficiência beneficiadas pelo sistema de cotas, **admitida a adoção do sistema de auto-declaração para negros** e pessoas integrantes de minorias étnicas, cabendo à Universidade criar mecanismos de combate à fraude. (Lei Estadual RJ n. 4.151/2003, grifo nosso)

Como se vê, a lei de 2003 já falava em critério de classificação, mencionando a autodeclaração como o adotado pelo sistema vigente nas universidades estaduais fluminenses. Frise-se que a Lei Estadual 4.151/2003 também já foi revogada, estando em vigor hoje a Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008, que contém disposição semelhante à anterior quanto ao método de classificação de pessoas negras.

Outro ponto de destaque no modelo adotado pelas leis do Rio de Janeiro é que se exigia também uma condição de vulnerabilidade socioeconômica para que o candidato negro pudesse concorrer à vaga reservada, não bastando a sua autodeclaração de cor.

Essa revogação da primeira Lei e edição da Lei 4.151 de 2003 contou com grande participação das comunidades universitários, conforme narra Galvão (2009, p. 73, 74)

Institucionalmente a UERJ e a UENF que haviam se desdobrado para operacionalizar em seu processo seletivo regulamentações que não haviam elaborado ou sequer discutido, desta vez se mobilizaram para apresentar uma proposta às leis que instituía as cotas. A proposta das universidades veio à reunião gabaritada por ter sido aprovada unanimemente no conselho superior de ensino e pesquisa e foi acolhida pela SECTI em detrimento de outras propostas (Cf. PERIA, 2004a, p. 99). Desta reunião surgiu a sugestão de que as cotas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro deveriam seguir as seguintes proporções: 20% para egressos de escolas públicas, 20% para negros e 5% para deficientes. A proposta para a nova lei também inovou na exigência de comprovação de carência material para os pleiteantes às cotas – abandonando o modelo de autodeclaração (Cf. MATTA, 2005, p.38) e estabeleceu ainda o prazo de cinco anos para avaliação dos resultados alcançados. A proposta então seguiu para a ALERJ transformando-se na lei nº 4.151 de 04 de setembro de 2004 que unificava o sistema de cotas e revogava as leis nº 3.524/2000 e 3.728/2001.

Importante ressaltar esse envolvimento apenas posterior da UERJ e da UENF com a definição da política de cotas porque um outro caso que marca bastante essa adoção por universidades brasileiras das ações afirmativas é o da Universidade de Brasília (UnB). Neste caso, a reserva de vagas para candidatos negros foi fruto de um movimento interno da Universidade e não imposto por lei.

Assim como no caso da lei que instituiu as cotas nas universidades fluminenses, a UnB foi influenciada pela discussão que a imprensa promovia a respeito dos preparativos da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância. (GALVÃO 2009, p. 76).

Galvão (2009, p. 77) também relata episódios de conflitos com cunho racial no interior da universidade que, somado ao ambiente explicado neste trabalho, contribuíram para um debate e uma preocupação maiores do corpo universitário quanto ao tema, com a realização de alguns eventos, inclusive uma palestra com o posterior Ministro do Supremo Tribunal Federal e especialista no tema de ações afirmativas Joaquim B. Barbosa Gomes em 2002.

Porém, só em 2003 que seria aprovada a reserva de vagas na UnB. Assim narram Maio e Santos (2005, p. 189):

No início de junho de 2003, em concorrida reunião do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe) da UnB, foi aprovada na íntegra a

proposta que destinava uma cota de 20% das vagas do vestibular para negros. Por 24 votos a favor, um contrário e uma abstenção, o fórum universitário, ao tomar uma decisão de suma importância para os destinos da UnB, contou com a participação, de certo modo inusitada, de personalidades do governo federal (Seabra, 2003). Estavam presentes a ministra-chefe da Secretaria Especial para Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir), Matilde Ribeiro, que proferiu uma palestra, e uma representante do Conselho Nacional de Educação (CNE), Petronilha Silva. A mesa foi composta por José Jorge de Carvalho, do Departamento de Antropologia da UnB, e um dos mentores intelectuais da proposta das cotas na UnB; Dione Moura, do Departamento de Comunicação e relatora da Comissão de Implantação do Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB; e o vice-reitor da UnB, Timothy Mulholland, que presidiu a reunião.

O supracitado Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília, elaborado pelos antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato e aprovado no referido conselho, continha seguinte proposta:

3. Para fins de acompanhamento do processo de integração racial, será introduzido o quesito cor, tanto por **auto-classificação como segundo as categorias do IBGE**, nas fichas de inscrição ao vestibular e nas fichas de registro dos candidatos aprovados. (CARVALHO e SEGATO, 2002, p. 3, grifo nosso).

Porém, quando da execução do programa de cotas, foi definido que seria montada uma comissão para avaliar os candidatos que se declarassem negro, com o intuito de evitar possíveis fraudes, situações relatadas no vestibular da UERJ.

Destoando de outras universidades federais e estaduais (como a Universidade Federal da Bahia e a Uerj), que implantaram o sistema de cotas por meio unicamente da autodeclaração, a UnB seguiu a trilha aberta pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (Uems). A partir do vestibular de 2003, a Uems utilizou fotografias coloridas de 5 por 7 polegadas dos candidatos para fins de identificação dos “negros”. Uma comissão constituída por três membros do movimento negro e dois da universidade ficou incumbida de examinar as fotografias para aquilatar quem seria “negro de verdade”. (MAIO; SANTOS, 2005)

Conforme se vê, a UnB não foi a primeira universidade a instituir comissão para avaliar as declarações dos candidatos negros. Porém, pelo tamanho e importância da universidade, foi a que teve mais repercussão à época e por isso decidimos destacá-la neste trabalho.

Assim, temos, neste primeiro momento de adoção da política de cotas raciais duas das principais universidades do país utilizando critérios bem distintos. No entanto, naquele momento a maioria parecia optar pelo modelo exclusivo da autodeclaração, ainda que também fosse necessário o preenchimento de requisitos socioeconômicos para concorrer às vagas reservadas, como no caso da UERJ.

Apesar de muitas universidades federais, utilizando-se de sua autonomia constitucional, terem adotado algum tipo de ação afirmativa nos anos seguintes, em 2012 foi sancionada a Lei Federal n. 12.711, que instituía a reserva de vagas em todas as instituições de ensino superior e instituições de ensino técnico, nível médio, vinculadas ao Ministério da Educação.

A lei foi alterada em 2016 e dividiu da seguinte forma as vagas:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por **autodeclarados pretos, pardos e indígenas** e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (grifo nosso)

Novamente, temos a menção apenas à autodeclaração como critério de aferição de cor/raça.

Ressalte-se que não foi sem disputas jurídicas que as ações afirmativas em universidades foram sendo implantadas. No julgamento da Arguição de Preceito Fundamental n. 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e julgada em 26 de abril de 2012 a reserva de vagas em instituições de ensino foi definitivamente declarada constitucional.

A Suprema Corte decidiu que as ações afirmativas, de discriminação positiva, privilegiam o princípio constitucional da igualdade e que são instrumentos hábeis a

diminuir desigualdades oriundas de processos históricos. Ainda, o STF afirmou que são totalmente constitucionais tanto a reserva de vagas em função da raça/cor do candidato, quanto por fatores socioeconômicos. (BRASIL, 2014)

Contudo, em 2014 foi editada a Lei n. 12.990/2014, que reserva 20% das vagas em concursos públicos para cargos da Administração Federal aos candidatos negros, o que levou a novas discussões sobre as políticas de cotas e sua constitucionalidade, uma vez que os concursos para cargos públicos obedecem também a outros princípios não presentes quando analisadas as vagas em universidades públicas.

Como já afirmado, este trabalho não analisará a constitucionalidade ou não de tais políticas e ações afirmativas. Ainda, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.41, relatada pelo Ministro Luiz Roberto Barroso também já decidiu pela sua constitucionalidade.

Porém, para fins desta monografia, a Lei Federal 12.990/2014 é muito importante porque prevê, de forma inédita na legislação, a possibilidade de os candidatos autodeclarados pretos e pardos serem submetidos a uma avaliação dessa declaração. Senão, vejamos o seu Artigo 2º e Parágrafo Único deste mesmo artigo:

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

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

Essa possibilidade de aferição da autodeclaração de cor/raça também fez parte do julgamento da supracitada ADC n. 41 e o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a utilização de métodos para evitar fraudes, entre eles a chamada heteroidentificação, com o requisito de esta aferição não violar a dignidade da pessoa humana e garantisse o contraditório e ampla defesa.

2.3. O problema da identificação

A bem da verdade, a possibilidade da aferição de autodeclaração não foi algo inventado pelo legislador. Como mostra o caso já tratado da UnB, a preocupação com possíveis fraudes nas cotas raciais existia desde o princípio da adoção desses mecanismos no Brasil. Da mesma forma, é verdade que com os anos as reclamações de movimentos sociais nesse sentido foram crescendo.

Matéria de 2014 do sítio eletrônico da Revista Veja mostra o problema com supostos fraudadores de cotas na UERJ. Segundo a notícia, mais de 60 casos haviam sido denunciados ao Ministério Público do Rio de Janeiro naquele ano. O seguinte trecho dá ideia da visão de muitos à época “Como é sabido por todos os candidatos, basta declarar-se negro ou índio e apresentar comprovantes de baixa renda para ser avaliado como cotista, com absurdas vantagens sobre os demais concorrentes.” (OLIVEIRA; HAIDAR, 2014).

Constatada essa questão, os próprios membros do Movimento Negro e ativistas da causa antirracista passaram a se insurgir com mais veemência contra o critério único da autodeclaração para vagas reservadas a negros. Matéria do site da revista Carta Capital de 2016 mostra o posicionamento de diversos ativistas sobre o tema. Frei David Santos, da ONG Educafro resume assim:

Frente ao volume grande de pessoas afrobrasileiras, para nós é razoável que primeiramente sejam contemplados os pretos e os pardos-pretos. Os pardos-pardos e os pardos-brancos serão contemplados depois que os pretos e pardos-pretos estiverem contemplados. Aí reside a chave do desentendimento.

A Educafro, de 2000 a 2010, defendia radicalmente que o critério único deveria ser a autodeclaração, porque a entidade percebia que de cada 100 afrobrasileiros, 80 tinham vergonha de se definir como tal. Ora, até então no Brasil, negro levava a pior. Com a lei das cotas, pela primeira vez, ser negro é vantagem, então, nós entendíamos que autodeclaração iria ajudar aqueles 80% de afrobrasileiros que estavam no meio do caminho de assumir sua negritude. (OLIVEIRA, 2016)

Esse trecho exemplifica bem a mudança de entendimento de certos setores da sociedade e a adesão cada vez maior à utilização de mecanismos de combate às fraudes.

No nível institucional, o Ministério Público Federal no Rio de Janeiro, por exemplo, expediu, em 2017, recomendação a todas as universidades federais deste estado para que promovessem controle prévio de aferição das declarações de cor/raça dos candidatos às vagas reservadas no vestibular.¹

Assim, parece crescer um consenso em diversos setores da sociedade brasileira sobre a insuficiência da autodeclaração de raça como único critério para fazer jus às vagas reservadas. Os problemas da simples autodeclaração já foram expostos e, na verdade, são até intuitivos, considerando que foram apontados por alguns desde o início da implementação das políticas de cotas.

Entretanto, com o aumento do uso das comissões de verificação, surgem as mais diversas questões: primeiro quanto ao próprio conceito de raça, depois por como garantir os princípios constitucionais do processo administrativo em um procedimento deste tipo. São justamente esses problemas principalmente que vamos analisar no próximo capítulo, quando trataremos das comissões de verificação.

¹ MPF/RJ quer adoção de controle prévio para ingresso nas cotas raciais em universidades públicas. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/554748011/mpf-rj-quer-adocao-de-controle-previo-para-ingresso-nas-cotas-raciais-em-universidades-publicas> . Acesso: 06/11/2020

3. COMISSÕES DE VERIFICAÇÃO

3.1. Primeiros casos

Conforme tratado no capítulo anterior, a discussão sobre como classificar os candidatos em concursos e processos seletivos de acordo com sua raça sempre esteve presente no âmbito das políticas de ação afirmativa. Os questionamentos eram e são muitos.

O início do século XXI trouxe a adoção das políticas de ações afirmativas baseadas em raça em diversas universidades públicas brasileiras. A maioria delas utilizou, desde o princípio, o critério único de autodeclaração para verificar se o candidato fazia jus às vagas reservadas. Como exemplo mais famoso, temos o citado caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (MAIO e SANTOS, 2005, p. 189).

Entretanto, já naquela época, houve universidades optando por um sistema de heteroidentificação da cor dos candidatos, isto é, previu-se um procedimento em que servidores ou outras pessoas selecionadas avaliariam se o candidato autodeclarado negro realmente o era.

O mais notório caso é da Universidade de Brasília, autarquia federal que, no 2º Vestibular de 2004 montou uma comissão e um processo específico para averiguação dos candidatos às vagas reservadas. O caso da UnB é interessante e relevante para o presente trabalho pois, de certa forma, antecipou a discussão que se daria de maneira nacional na próxima década.

Nele, se notam diversos instrumentos e elementos para a averiguação de cor dos candidatos que são utilizados hoje. Também as críticas sofridas na época, são possíveis de serem lidas e ouvidas, ainda que com peso e repercussão muito menor. Assim, passemos a uma breve análise sobre o caso.

3.1.1 A “pioneira” UnB

O sistema de identificação da UnB, utilizado pela primeira vez no 2º Vestibular de 2004, gerou grande polêmica retratada na imprensa nacional. Maio e Santos (2005) tratam detalhadamente de todo o processo, desde as discussões internas nas instâncias universitárias até a reação dos vestibulandos com o processo e o tratamento dado pela imprensa à época.

O edital trazia as seguintes informações sobre a verificação no item 3.1: “Para concorrer às vagas reservadas por meio do sistema de cotas para negros, o candidato deverá: ser de cor preta ou parda; declarar-se negro(a) e optar pelo sistema de cotas para negro”. Já o item 3.2 dizia: “no momento da inscrição, **o candidato será fotografado** e deverá assinar declaração específica relativa aos requisitos exigidos para concorrer pelo sistema de cotas para negros”. Por fim, o item 3.3 do edital do 2º Vestibular de 2004 da UnB afirmava que: “o pedido de inscrição e a foto que será tirada no momento da inscrição serão analisados por uma Comissão que decidirá pela homologação ou não da inscrição do candidato pelo sistema de cotas para negros” (CESPE/UnB, 2004b apud Maio e Santos, 2005, p.192; grifo nosso)

Esse modelo de verificação durou do segundo vestibular de 2004 até o segundo vestibular de 2007, quando foi substituído por entrevista presencial com a banca avaliadora. (Universidade de Brasília, 2003).

Assim, dos trechos do edital colacionados acima, percebe-se que já naquele momento decidiu-se por ignorar possíveis análises sobre a ascendência dos candidatos, focando unicamente em critérios visuais para o deferimento ou não do pleito do candidato em concorrer nas vagas reservadas.

Nesse sentido, Maio e Santos (2005, p. 193):

Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta

entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência. A candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia “negra”, foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua “tataravó era escrava”. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, “pela fotografia não dá para analisar a descendência”.

Outro fator que chamou a atenção foi o fato de a análise não ser presencial e sim por fotos tiradas na hora da inscrição do candidato. Maio e Santos (2005) relatam que alguns candidatos negros se sentiram intimidados com isso, vez que os candidatos brancos não passavam pelo mesmo procedimento.

Quanto à comissão que analisava as fotos, a sua formação não ficou muito bem explicitada à época:

A comissão teve 20 dias para dar o veredicto final sobre os candidatos aptos a concorrerem ao vestibular das cotas. Foi composta, segundo Rabelo, por seis pessoas: “uma estudante, um sociólogo e um antropólogo da UnB, além de três representantes de entidades sociais ligadas ao movimento negro”, cujos nomes foram mantidos em sigilo (Meira, 2004b apud Maio e Santos, 2005, p. 194).

Para haver indeferimento da candidatura, era preciso unanimidade da comissão avaliadora. Assim, segundo informações da própria Universidade de Brasília, naquele ano o número de candidaturas homologadas para concorrer às vagas reservadas foi de 96%. (Universidade de Brasília, 2013).

Esse percentual foi para 88% no vestibular seguinte (2005.1); caiu para 59% em 2005.2 e se manteve em patamar similar até 2007.2, quando o método foi substituído para avaliações presenciais pela banca, segundo dados da Análise do Sistema de Cotas Para Negros da Universidade de Brasília (2013, p. 7).

Por fim, os candidatos que não tiveram suas inscrições homologadas pela comissão inicial poderiam apresentar recurso e trinta e quatro dos 212 reprovados o fizeram naquele vestibular de 2004.2. Santos e Maio (2005) descrevem o procedimento recursal:

Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzido pela equipe da “anatomia racial”, a segunda foi conduzida por um comitê de “psicologia racial”. Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada “por professores da UnB e membros de ONGs”, que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: “Você tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?” (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, “a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata” (Darse Júnior, 2004). Dos 34 candidatos que se submeteram à segunda etapa do exercício de “pedagogia racial”, 21 deles, antes rejeitados, passaram a ser considerados “negros” pela UnB (Para UnB..., 2004).

Assim, diante do exposto, verifica-se que o procedimento adotado pela UnB consistia no seguinte: (i) coleta de fotografia dos candidatos autodeclarado negros no momento da inscrição; (ii) análise das fotografias por comissão especialmente formada para isso, com indeferimento apenas em caso de unanimidade; (iii) possibilidade recurso, onde era feita apreciação de documentos e entrevistas.

Conforme se verá posteriormente, de certa forma, a UnB, muito criticada à época, delineou os parâmetros para as comissões e processos que de heteroidentificação que temos hoje. O foco nas características físicas dos candidatos, a formação de comissão com integrantes, de certa forma, engajados com o tema politicamente e a possibilidade de recurso são elementos presentes na grande maioria das comissões formadas em concursos e seleções atualmente.

Sabendo que a UnB sempre adotou o modelo de heteroidentificação mesmo quando a maioria das universidades utilizava exclusivamente a autodeclaração, devemos agora olhar para os movimentos que levaram à disseminação das comissões de verificação.

Nesse sentido, essencial falarmos da Lei Federal 12.990/14, que instituiu as cotas raciais nos concursos públicos da Administração Federal e trouxe, pela primeira vez em texto legal, a previsão de verificação posterior da autodeclaração dos candidatos negros.

3.2. Lei Federal nº 12.990 de 2014

Algumas universidades federais, nos anos 2000, decidiram criar cotas raciais em seus processos seletivos para acesso aos cursos de graduação. Como no caso da UnB, inicialmente, esse foi um movimento realizado internamente pelas próprias universidades engajadas nas discussões sociorraciais do Brasil à época.

Ou seja, as primeiras universidades federais a reservar vagas de acordo com a cor dos candidatos o fizeram usando a prerrogativa de sua autonomia institucional, prevista na Constituição Federal de 1988:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão

Registre-se também que o Instituto Rio Branco criou um programa de ação afirmativa com recorte racial em 2002. No entanto, não se tratou de reserva de vagas no concurso público para admissão à carreira de diplomata e sim o oferecimento de bolsas para que candidatos negros tivessem mais meios e condições de se preparar para os difíceis exames. (OLIVEIRA, 2011)

Como se vê, o poder legislativo federal não teve grande participação na discussão sobre cotas e políticas afirmativas nessa primeira fase das discussões no Brasil. No entanto, isso começou a mudar em 2012, quando foi sancionada a Lei Federal nº 12.711, que reservou vagas em todas as instituições de ensino superior e instituições de ensino técnico, nível médio, vinculadas ao Ministério da Educação.

No entanto, essa lei não trouxe grandes definições a respeito de procedimentos para averiguar ou analisar as declarações de cor ou raça dos vestibulandos. Apenas fala em reserva de vagas para candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas.

O quadro mudou definitivamente no âmbito da administração federal com a Lei Federal nº 12.990 de 2014. Pela primeira vez uma lei federal expôs especificamente a possibilidade de aferição da veracidade das autodeclarações de raça e cor. Assim ficou disposta:

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

(...)

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

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

Sobre essas disposições Costa (2018, p. 94) ressalta que:

(...)ao versar sobre a hipótese de falsidade na autodeclaração, a legislação trata da punição por crime de eventual tentativa de burla. O texto de lei preza ainda pelo direito ao contraditório a ser seguramente usufruído ao candidato inscrito pela reserva de vagas, caso não considerado negro para efeito da política pública

No entanto, apesar da previsão legal, por mais de dois anos o poder executivo não editou norma regulamentando o procedimento para verificação de eventuais declarações falsas de candidatos a respeito de sua cor/etnia.

Oliveira (2018, p. 94) explica que essa mora do Executivo gerou imensos transtornos, vez que muitos candidatos visivelmente brancos se candidataram como negros e ingressaram no serviço público federal de forma fraudulenta, resultando em críticas cada vez maiores de movimentos negros e de outros setores da sociedade civil.

Assim, em 2016, já na presidência de Michel Temer, o Governo Federal publica a **Orientação Normativa nº 03 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão,**

primeira norma oriunda da Administração Central Federal com regras de aferição da veracidade da autodeclaração racial prestada por candidatos.

3.3. Orientação Normativa nº 03 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

Devido à sua importância para o presente trabalho, transcrevemos a Orientação Normativa na íntegra:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 1º DE AGOSTO DE 2016

Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DE PESSOAS E RELAÇÕES DO TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 25 do Decreto nº 8.818, de 21 de julho de 2016, tendo em vista o disposto na Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, e considerando a necessidade de orientação aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, resolve:

Art. 1º Estabelecer orientação para aferição da veracidade da informação prestada por candidatos negros, que se declararem pretos ou pardos, para fins do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990, de 2014.

Art. 2º Nos editais de concurso público 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 deverão ser abordados os seguintes aspectos:

I - especificar que as informações prestadas no momento da inscrição são de inteira responsabilidade do candidato;

II - prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim, com competência deliberativa;

III - informar em que momento, obrigatoriamente antes da homologação do resultado final do concurso público, se dará a verificação da veracidade da autodeclaração; e

IV - prever a possibilidade de recurso para candidatos não considerados pretos ou pardos após decisão da comissão.

§ 1º As formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato.

§ 2º A comissão designada para a verificação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

§ 3º Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º 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 em andamento, ou seja, antes da publicação da

homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa.

Art. 4º Esta Orientação Normativa entra em vigor a partir da data de sua publicação.

AUGUSTO AKIRA CHIBA

Após a primeira leitura da norma, já destacamos alguns pontos a serem comentados:

O seu fundamento de validade é a citada Lei 12.990 de 2014, que reservou 20% das vagas para candidatos negros em concursos da administração pública federal e ela foi exarada por um órgão diretamente subordinado à Presidência da República. Assim, sua aplicabilidade, a princípio, se restringe ao nível federal.

O intuito da orientação é regulamentar a verificação “da veracidade da autodeclaração” e traz algumas previsões para o procedimento.

A respeito do acesso à informação, a orientação normativa exige que os editais de concurso explicitem o momento e o método da verificação durante o curso do certame, além de informar sobre a possibilidade de recurso da decisão de indeferimento.

Sobre o método, é previsto que deve ser presencial e só levar em consideração “aspectos fenotípicos” do candidato. Acerca deste tema trataremos mais adiante no trabalho. Também há menção sobre a necessidade de a comissão verificadora ser formada por membros “distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.”

Por fim, e importante este destaque, a Orientação determina que, nos casos em que a comissão constatar a falsidade na autodeclaração do candidato, este deverá ser **eliminado** do concurso público.

Assim, bem ressaltados os elementos que dão contorno às comissões regulamentadas a partir da orientação normativa referida, vamos, por um momento explorar a questão da avaliação dos aspectos fenotípicos e o que isso significa na prática.

3.4. Critérios de Avaliação

Tanto a pioneira comissão da UnB quanto as comissões mais recentes inspiradas pela Orientação Normativa já citada ou diretamente regulada por ela, definem que o único critério a ser analisado para verificar a veracidade da declaração do candidato quanto a sua cor/etnia é o aspecto fenotípico. Mas qual o real significado disso? Ainda mais considerando que esse é um trabalho de conclusão de curso de Direito e não tem nenhuma ligação com as ciências biológicas, se faz necessário uma breve explanação sobre o tema.

3.4.1. Existe raça?

Antes de adentrar nos critérios utilizados para fazer uma classificação, é mister questionar se a própria classificação faz sentido. Dessa forma, imperioso entender o que significa classificar alguém como negro, pardo, preto ou branco.

Schwarcz (2012) explica que o conceito de “raça” surgiu no século XVI, mas foi apenas nos séculos XVIII e XIX que os teóricos associados ao darwinismo social ganharam notoriedade, se ancorando na biologia para criar modelos deterministas capazes de julgar povos e culturas, utilizando atributos externos como fontes essenciais.

Nesse sentido, Munanga (2004):

No século XVIII, a cor da pele foi considerada como um critério fundamental e divisor d'água entre as chamadas raças. Por isso, que a espécie humana ficou dividida em três raças estancas que resistem até hoje no imaginário coletiva e na terminologia científica: raça branca, negra e amarela.

Assim, naquela época, houve uma “naturalização”, uma “biologização” do conceito de raça. Se antes, a ideia era conectada com a origem comum de uma população, os pensadores de raça do século XIX, transformaram em uma questão de ciências naturais, procurando determinar, valorar e hierarquizar os povos de acordo com suas características físicas. (SCHWARCZ, 2012).

No entanto, após a segunda guerra e o processo de descolonização na África o conceito natural de raça passou a sofrer ataques mais fortes:

(...)os modelos darwinistas e as concepções raciais deterministas passaram a receber críticas severas que, ao mesmo tempo que desmontavam os últimos discursos que falavam da “boa colonização” e do “fardo imperialista”, revelavam, em contrapartida, o radicalismo diante das diferenças culturais, completa ou parcialmente destruídas, e a incompreensão a respeito delas. (SCHWARCZ, 2012)

No decorrer do século XX, com o avanço da genética, foi ficando cada vez mais difícil sustentar a existência dessas três raças estanques.

Combinando todos esses desencontros com os progressos realizados na própria ciência biológica (genética humana, biologia molecular, bioquímica), os estudiosos desse campo de conhecimento chegaram a conclusão de que a raça não é uma realidade biológica, mas sim apenas um conceito alias cientificamente inoperante para explicar a diversidade humana e para dividi-la em raças estancas. Ou seja, biológica e cientificamente, as raças não existem. (MUNANGA, 2004)

A falta de rigor científico no conceito biológico de raça, no entanto, não tira a importância desse conceito para as ciências sociais na visão de Schwarcz (2012):

demonstrar as limitações do conceito biológico, desconstruir o seu significado histórico, não leva a abrir mão de suas implicações sociais. Com efeito, raça persiste como representação poderosa, como um marcador social de diferença — ao lado de categorias como gênero, classe, região e idade, que se relacionam e retroalimentam — a construir hierarquias e delimitar discriminações.

Da mesma forma, Munanga (2004):

Os conceitos de negro, branco e mestiço não significam a mesma coisa nos Estados Unidos, no Brasil, na África do Sul, na Inglaterra, etc. Por isso que o conteúdo dessas palavras é etno-semântico, político-ideológico e não biológico. Se na cabeça de um geneticista contemporâneo ou de um biólogo molecular a raça não existe, no imaginário e na representação coletivos de diversas populações contemporâneas existem ainda raças fictícias e outras construídas a partir das diferenças fenotípicas como a cor da pele e outros critérios morfológicos. É a partir dessas raças fictícias ou “raças sociais” que se reproduzem e se mantêm os racismos populares.

Fazendo a relação entre a genética e as raças socialmente entendidas, Osório (2003, p.10):

Assim, em um certo sentido, existem raças humanas geneticamente identificáveis, portanto com base biológica, pois é possível hoje definir

grandes grupos populacionais espacialmente circunscritos aos quais pertenceram os ancestrais de uma pessoa.

O problema, no entanto, é que a classificação genética não se mostra relevante para as políticas públicas de ações afirmativas, vez que os grandes grupos genéticos populacionais não se identificam com as “raças” entendidas pela sociedade do modo geral. (OSÓRIO, 2003)

Devido a esse entendimento, do caráter social do conceito de raça, a legislação e a regulamentação da verificação foi se desenhando no sentido de apenas se admitir a análise fenotípica dos candidatos às vagas reservadas, excluindo-se a possibilidade de argumentações sobre a ascendência.

O destinatário das cotas raciais deve ser aquele que é entendido como negro na sociedade. Por isso, a análise fenotípica é a adotada. Já que a genotípica, se refere aos genótipos e, como já dito, essa análise genética não necessariamente corresponde às classificações raciais da população.

Enquanto o genótipo é a “soma de todos os genes”, o fenótipo seriam as características aparentes de uma pessoa em determinado momento do desenvolvimento, oriundo da herança genotípica e ambiental além de aspectos aleatórios do ambiente do organismo. (JUSTINA et al, 2012)

Assim, a análise fenotípica exigida nas comissões de verificação seriam análises feitas a puramente a partir da aparência do candidato, compreendendo se as características visuais se adequam ao que a banca entende como pertencente a um indivíduo da determinada raça ou cor. O método, assim, reflete o entendimento de que o destinatário da vaga reservada é justamente aquele entendido socialmente como negro e não quem tem ascendência africana.

3.4.2. Classificação do IBGE

A despeito de tudo o que foi tratado no subtópico anterior, a Lei 12.990 de 2014, no *caput* do Artigo 2º define que:

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

Assim, percebe-se que texto da lei faz referência específica sobre uma classificação racial definida pelo IBGE. Essa classificação utiliza a cor da pele como principal fator para a atribuição de cada indivíduo em seus parâmetros e as categorias são: branca, preta, parda, amarela e indígena.

Osório (2013) explica que essa classificação é oriunda da utilizada no primeiro recenseamento do Brasil, de 1872, que já naquela época instituiu a cor de pele como o critério para sua definição. Sendo certo que a categoria indígena, destoante das outras por não fazer referência a cor, foi introduzida no Censo Demográfico de 1991.

O Recenseamento de 1872 simplesmente lançou mão da forma corrente no Brasil de então para classificar e hierarquizar racialmente a população. No segundo Recenseamento, de 1890, o termo pardo foi substituído por mestiço. Os Censos Demográficos subsequentes ignoraram a raça até 1940, quando a cor da população voltou a ser coletada quase segundo as mesmas categorias utilizadas em 1872. O termo designador dos mestiços voltou a ser pardo e, para contemplar a imigração asiática, foi criada a categoria amarela. Não havia uma categoria específica para indígenas (que foram classificados como pardos). Desde então, a única alteração no sistema classificatório, que não foi empregado no Censo Demográfico 1970, foi justamente o acréscimo da categoria indígena na década de 1990. De 1940 até o Censo Demográfico 1991, a classificação era só de cor. Foi com a inclusão da categoria indígena, a partir desse Censo, que a classificação passou a ser designada de cor ou raça, ganhando suas cinco categorias atuais. Essa classificação é usada também nos demais levantamentos do IBGE, nos registros administrativos do governo brasileiro, e em pesquisas realizadas por outras instituições (PETRUCELLI, 2000; OSÓRIO, 2003 apud OSÓRIO 2013).

Osório (2013) também conclui que esse critério é a melhor opção disponível para classificação racial da população brasileira, baseando-se no alto índice de pessoas que já se auto identifica entre uma das categorias listadas pelo IBGE.

A melhor avaliação disponível em todas as pesquisas sobre o quanto as categorias formais da classificação do IBGE correspondem às usadas para distinguir raças pela população é justamente sua citação espontânea pelos entrevistados ao responderem a pergunta aberta sobre a cor. Mais da metade da população representada usa uma das quatro categorias do sistema de classificação espontaneamente para designar

sua cor ou raça, maioria que se amplia nos levantamentos mais recentes. (OSÓRIO, 2013).

Relevante notar que não há a categoria negra dentre as opções listadas pelo IBGE. Dessa forma, a lei, consoante expresso no já citado artigo 2º, e a administração pública federal interpretam que os negros são aqueles definidos como pardos e negros. Por fim, fica evidente que não há um critério rigorosamente objetivo para o enquadramento dos indivíduos para cada uma das categorias, utilizando o IBGE da autoidentificação de cada pessoa em seus recenseamentos.

3.5. Portaria Normativa nº 4 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento

Em 2016 o Governo Federal criou o Grupo de Trabalho Interministerial instituído pela Portaria Conjunta MP/MJC nº 11, de 2016, visando à nova regulamentação dos procedimentos de heteroidentificação previstos na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Como resultado do seu trabalho foi editada a Portaria Normativa nº 4 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas, que trazemos no ANEXO 1, e que revogou a Orientação Normativa nº 3 de 2016.

Dividida em quatro seções, a nova regulamentação listou, na primeira delas, princípios e diretrizes que devem guiar a verificação, quais sejam:

Parágrafo único. O procedimento de heteroidentificação previsto nesta Portaria Normativa submete-se aos seguintes princípios e diretrizes:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;
- III - garantia de padronização e de igualdade de tratamento entre os candidatos submetidos ao procedimento de heteroidentificação promovido no mesmo concurso público;
- IV - garantia da publicidade e do controle social do procedimento de heteroidentificação, resguardadas as hipóteses de sigilo previstas nesta Portaria Normativa;
- V - atendimento ao dever de autotutela da legalidade pela administração pública;

VI - garantia da efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas a candidatos negros nos concursos públicos de ingresso no serviço público federal.

A seção II trouxe os detalhes procedimento, que só não pode ser feito de forma presencial excepcionalmente, de maneira mais minudenciada que a Orientação Normativa revogada. A seção apresentou também os requisitos para os integrantes das bancas verificadoras, entre eles, a submissão destes integrantes a oficina sobre temática de igualdade racial e enfrentamento ao racismo e também a preferência de que eles já possuam experiência na mesma temática.

O número de integrantes da comissão inicial foi definido como cinco e o resultado devendo ser declarado pela maioria dos seus membros sob forma de parecer motivado, não exigindo-se unanimidade. Também foi previsto que o acesso ao teor do parecer decisório seria restrito.

A seção III trata da fase recursal, exigindo que esta segunda comissão seja formada por três integrantes distintos da comissão inicial e que também decidirá por maioria dos votos de seus membros.

Da análise de Editais de concursos públicos federais recentes, percebemos que seus editais têm previsto a verificação nos exatos termos da Portaria Normativa mais recente. A título de exemplo citemos o Edital nº 1 de 2021 da Polícia Rodoviária Federal para o provimento de vagas no cargo de policial rodoviário federal e o Edital nº1 - DGP/PF para o provimento de vagas nos cargos de delegado de polícia federal, agente de polícia federal, escrivão de polícia federal e papiloscopista policial federal.

Assim, de todo o exposto no presente capítulo, podemos facilmente delinear um procedimento padrão que é seguido pelas diversas entidades e órgãos da administração pública federal para aferição da veracidade da autodeclaração de cor dos candidatos concorrentes às vagas reservadas a negros e pardos.

Inicialmente, os candidatos aprovados são convocados pela comissão para serem avaliados presencialmente. Essa comissão avalia apenas os atributos físicos referentes à

cor dos candidatos, ignorando qualquer tipo de argumentação de ancestralidade que possa ser feita. A comissão decidirá pelo voto da maioria de seus membros.

Há possibilidade de recurso, que deve ser analisado por comissão diferente da inicial, também decidindo pela maioria dos votos. A constatação por parte da comissão de não conformidade do candidato com sua declaração, importará em sua exclusão do certame.

Considerando o procedimento formado por estas etapas como o padrão da administração pública federal, agora o trabalho passará a analisar a sua adequação aos princípios constitucionais do processo administrativo.

4. CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

Nesta parte do trabalho, faremos uma análise jurídica das comissões e seus procedimentos, tentando destrinchar quais princípios e regras aplicáveis ao objeto de estudo e se a maneira como foram conformadas as comissões realmente se adequa ao Direito Administrativo e Constitucional brasileiro.

Desta maneira, é preciso primeiro entender como classificar as comissões de verificação, especialmente as regidas pela Portaria Normativa nº 4 de 2018 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas e pela Orientação Normativa anterior por esta revogada.

4.1. Um processo administrativo?

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 499) define processo administrativo como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.” Ou seja, são atos administrativo concatenados logicamente pra produção de um resultado final.

Já Carvalho Filho (2013, p. 21) traz o seguinte conceito:

Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo previamente identificado pela Administração Pública.

Marçal Justen Filho (2014) vai pelo mesmo caminho, porém usando a nomenclatura de procedimento administrativo:

O procedimento consiste numa sequência predeterminada de atos, cada qual com finalidade específica, mas todos dotados de uma finalidade última comum, em que o exaurimento de cada etapa é pressuposto de validade da instauração da etapa posterior e cujo resultado final deve guardar compatibilidade lógica com o conjunto dos atos praticados.

Assim do ponto de vista das definições formais, percebe-se que o procedimento realizado para verificação da autodeclaração de cor/etnia dos candidatos às vagas reservadas em concursos públicos certamente se enquadra como um processo administrativo, chamado também por alguns atores como procedimento administrativo.

Porém, um conceito mais atualizado de processo administrativo não contempla apenas aspectos formais para sua definição, mas também o entende como importante instrumento da democracia e cidadania. Nesse sentido, alerta Carmen Lucia Antunes Rocha (1997, p. 192):

Como instrumento realizador desses princípios de Justiça, segurança e interesse público, o processo baliza-se segundo os elementos nos quais eles se compõem e se decompõem, pois o meio presta-se aos fins e não o contrário. O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a anti democracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio.

O processo administrativo democrático, consoante com a Constituição Federal de 1988, parou de apenas agir como instrumento de controle da legalidade dos atos administrativos em defesa dos direitos dos indivíduos e passou a ser um dos meios de adequação da Administração Pública à juridicidade e ao interesse público. Entende-se, ainda, que uma decisão processualizada é uma decisão com mais qualidade. (ARAGÃO, 2013)

Medauar (2018) destaca que o processo administrativo entendido atualmente tem entre suas finalidades: a garantia jurídica dos administrados, melhora no conteúdo das decisões, correto desempenho das funções administrativas, mais justiça na Administração, aproximação entre Administração e administrados, sistematização da atuação administrativa e facilitação no controle.

Carmen Lucia Antunes Rocha (1997) explica essa evolução do processo administrativo justamente com a crescente conscientização a respeito de sua importância. Se antes os princípios processuais estavam atrelados apenas ao âmbito judiciário, foi

ficando cada vez mais claro que a esfera administrativa também é capaz de interferir significativamente na vida dos cidadãos e na sociedade. Assim, é certo que os princípios atinentes ao processo administrativo têm estatura constitucional:

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública e põe um direito administrativo compreendidos, explicados e vividos segundo os princípios que o norteiam, dos quais releva o da participação livre do cidadão no exercício do poder, aí inserida a fase de controle da competência desempenhada. Pelo que o contraditório livremente posto e impessoal, pública e eticamente considerado e resolvido faz parte da dinâmica administrativa. Logo, o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública Democrática buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim considerada, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental como o é o processo judicial. A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostentam. (ROCHA, 1997)

No objeto de nosso estudo, essa importância do processo administrativo fica ainda mais cristalina quando vemos que, como consequência de um resultado negativo na verificação de autodeclaração de cor/raça prestada em concurso público, o candidato é eliminado do certame.

Analisando as Constituições brasileiras, notamos que, antes de 1988, só havia referência expressa ao processo administrativo disciplinar. No entanto, a doutrina e jurisprudência já entendiam haver algumas garantias inerentes à processualidade por analogia e interpretação extensiva. (MEDAUAR, 1993, p. 73). Foi, contudo, a Constituição Federal de 1988 a primeira a trazer no artigo dos direitos fundamentais previsão expressa voltada para o processo administrativo.

A positivação do devido processo legal administrativo como garantia fundamental pelo poder constituinte corrobora todo o já exposto a respeito da importância do tema. Medauar (1993, p. 74) conclui, ainda:

Sob outro aspecto pode-se associar processo administrativo e Constituição: o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, se concretizam princípios e normas constitucionais; significa, portanto, um núcleo que abriga regras substanciais da atuação administrativa e do ordenamento, de modo conforme aos princípios constitucionais

Diante do exposto, cotejaremos a seguir os princípios constitucionais do processo administrativos com o procedimento previsto na Portaria Normativa n. 4 de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas.

Como explicado anteriormente, este trabalho não buscará analisar a política de cotas raciais em si, mas tão somente o procedimento utilizado hoje pela administração federal para aferir a cor dos candidatos.

4.2. Princípios Constitucionais Expressos do Processo Administrativo

4.2.1 Devido processo legal

O princípio mais importante e antigo quando se fala de processo seja ele penal, civil ou administrativo é o chamado “devido processo legal”. Diz-se que veio do direito medieval inglês e apareceu já na célebre Carta Magna inglesa de 1215. Essa garantia impedia os homens livres de terem seus direitos à vida, à propriedade e à liberdade atingidos sem observância da lei local. (ROCHA, 1997, p. 202)

O Constituinte de 1988 fez questão de não deixar dúvida da aplicabilidade desse princípio ao processo administrativo. A redação do inciso LIV do Art. 5º da Constituição federal expõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ora, não se discute mais em um Estado Democrático que o processo administrativo é capaz de atingir a esfera patrimonial de seus cidadãos.

Da mesma forma, não é possível fazer uma leitura restritiva do artigo e considerar que não se a processos administrativos que envolvam direitos não patrimoniais. Assim, o Inciso LIV do Art. 5º da Constituição Federal traz preceito geral aplicável a todos os processos seja em âmbito administrativo, seja em âmbito judicial.

Nesse sentido, Medauar (1993, p. 82):

Com efeito, o inc. LIV tem sentido amplo, sem indicação do campo de incidência, devendo-se, portanto, reconhecer sua acolhida na esfera administrativa, o que representa estágio avançado de uma evolução que já vinha ocorrendo na jurisprudência, como bem expressa a Súmula 21 do STF, que vedou a demissão sumária dos servidores em estágio probatório, obrigando a Administração a dar-lhes conhecimento das alegações contra sua permanência no cargo e a dar-lhes oportunidade de defesa.

À primeira vista, o inciso LIV garante ao cidadão que nenhuma medida será tomada contra sua liberdade ou contra seus bens ou direitos sem que sejam respeitadas as normas legais previstas para a atuação estatal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) discorre sobre a importância do respeito aos meios estabelecidos no ordenamento jurídico:

(...) tal como na esfera judicial, para produzir-se o ato próprio de cada função não se requer apenas consonância substancial dele com a norma que lhe serve de calço, mas também com os meios de produzi-la. Com efeito, no Estado de Direito os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.

No entanto, o princípio extrapola essa função de limite formal e atua também como um limite material positivo, isto é, o próprio conteúdo de decisões e atos administrativos deve se guiar pelo princípio do devido processo legal substantivo. Ainda, as próprias normas administrativas ou processuais administrativas devem ser criadas pautadas no princípio do devido processo legal. (ROCHA, 1997).

Assim, neste ponto, quanto ao princípio do devido processo legal podemos concluir que a regulamentação de procedimentos específicos por meio de Orientação Normativa e Portaria Normativa publicadas pela Administração Pública Federal é positiva e se adequa à referida garantia. À primeira vista, trouxe uma série de atos que o administrado tem conhecimento prévio e que são passíveis de controle posterior, seja na própria esfera administrativa, seja na esfera judicial, ampliando o acesso ao devido processo administrativo legal.

4.2.2 Contraditório e Ampla Defesa

Seguindo ao Inciso LIV, o Art. 5º da Constituição Federal traz o inciso LV com a seguinte redação:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Se havia alguma sombra de discussão sobre a aplicabilidade do inciso LIV ao processo administrativo, esta se dissipa totalmente no inciso LV, devido a sua expressa referência. Para Carmem Lucia Antunes Rocha (1997, p. 207) o dispositivo traz, na realidade, dois princípios que de uma maneira desdobram e de outra maneira expõem o devido processo legal em sua característica substancial.

O contraditório é princípio originário do processo penal. Para Medauar (2018, p. 165) ele se divide em três aspectos mais importantes: *informação geral, audiência das partes e motivação*. Informação geral diz respeito ao direito das partes, inclusive da própria Administração Pública de ter acesso aos fatos, documentos, normas, provas e dados referentes à questão a ser decidida no processo.

Audiência das partes é a possibilidade que a parte tem de influenciar no resultado do julgamento e ser ouvida pela autoridade decisória, podendo se manifestar sobre todos os fatos e alegações trazidas no curso processual. Por fim, a motivação é o dever que a Administração Pública tem de demonstrar que levou em conta os argumentos trazidos pelo administrado para sua decisão.

Rocha (1997):

O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença.

Já a ampla defesa no processo administrativo, outro princípio disposto no inciso, já possui estatura constitucional reconhecida pelo STF mesmo antes da promulgação da

Constituição de 1988. Sua Súmula 20, de 1963, assevera que “É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.”

Medauar (2018, p. 166) distribui o princípio da ampla defesa em cinco pontos: (i) caráter prévio da defesa, (ii) direito de interpor recurso administrativo, (iii) defesa técnica, (iv) informação geral novamente e (v) direito de solicitar a produção de provas.

O caráter prévio da defesa se autoexplica, e reflete o direito que o administrado tem de poder apresentar suas razões de defesa antes de vir a sofrer sanções. Da mesma forma, o direito de interpor recurso, ressaltando também, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a exigência de depósito prévio a interposição de recurso administrativo é inconstitucional.

A defesa técnica é uma garantia que foi mitigada pelo STF no âmbito administrativo. Inclusive, de acordo com a Súmula Vinculante nº 5 extinguiu a exigência de defesa técnica em Processo Administrativo Disciplinar. Mesmo assim, é o direito que o administrado tem de ser assistido por advogado em processos administrativos. Por fim, os dois últimos desdobramentos da ampla defesa em muito se confundem com o contraditório, quais sejam o direito de solicitar provas e dever de informação geral pela administração.

Aragão (2013), reforçando sua convergência com o princípio do contraditório, sintetiza o princípio da Ampla Defesa como “o direito de impugnar as pretensões e alegações emitidas pelo outro polo de interesses participante da relação processual.”

Assim, do exposto, vemos possíveis pontos interessantes de analisar a respeito da adequação do procedimento previsto pela Portaria Normativa nº 4 de 2018 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas com o inciso LIV do Artigo 5º da Constituição Federal.

Quanto ao contraditório, vimos que se trata, em essência, da capacidade do administrado de influenciar no julgamento por apresentar suas razões. Neste detalhe, é difícil de imaginar como isso poderia ser feito se o procedimento previsto limita qualquer

tipo de argumentação por parte do candidato. Ainda, a avaliação da comissão é feita apenas de forma visual, levando em conta características fenotípicas.

Pode-se argumentar, com facilidade, que este é uma característica específica dessa espécie de processo administrativo e que não poderia ser de outra forma em se considerando o que está em análise e o próprio entendimento sobre o tema, da inexistência das raças socialmente percebidas como raças biológicas. Se o que se está buscando é entender como aquela pessoa é percebida pela sociedade, qual outro método possível senão o utilizado por ora?

A respeito da necessidade motivação, esta será analisada em tópico específico em virtude da necessidade um maior aprofundamento.

Já quanto à ampla defesa, a Portaria Normativa de 2018 se adequou mais ao processo administrativo constitucional ao trazer a exigência de previsão editalícia de recurso. Fornecendo mais uma “arma” para o candidato se defender em sua autodeclaração. O caráter prévio da defesa acreditamos não se aplicar ao procedimento objeto deste trabalho, assim como a defesa técnica.

No tocante à informação geral, também acreditamos haver uma espécie de obstáculo, pois é impossível ou muito difícil para o candidato, em especiais aqueles autodeclarados pardos, terem certeza que serão considerados da mesma forma pela comissão. Nesse sentido, é com atenção que devemos olhar também a previsão de exclusão do candidato em caso não homologação da autodeclaração pela comissão.

Por fim, a produção de provas poderia ser aplicável caso o método levasse em conta ancestralidade, o que não é o caso. Já que a opção legal, em acordo com muitos dos especialistas e movimentos ligados à temática, foi de avaliação de características fenotípicas, a produção de provas deve ser aplicável apenas para questões não ligadas ao mérito do processo.

Assim, após a análise do procedimento em relação às garantias constitucionais processuais do Artigo 5º da Constituição, passaremos a verificar como o procedimento

trazido pela supracitada Portaria Normativa se comporta em relação aos outros princípios atinentes ao Processo Administrativo.

4.3. Princípios do Processo Administrativo

Além dos já incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, os estudiosos do Direito Administrativo discutem uma série de outros princípios atinentes à processualidade no âmbito da administração. Cada autor elenca uma série de postulados.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) elenca doze princípios: (i) audiência do interessado, (ii) acessibilidade aos elementos do expediente, (iii) ampla instrução probatória, (iv) motivação, (v) revisibilidade, (vi) direito de ser representado e assistido, (vii) lealdade e boa-fé, (viii) verdade material, (ix) celeridade processual, (x) oficialidade, (xi) gratuidade e (xii) informalismo a favor do administrado.

Já Di Pietro (2020) enumera a (i) oficialidade, (ii) obediência à forma e aos procedimentos, (iii) gratuidade, (iv) ampla defesa e do contraditório, (v) atipicidade, (vi) pluralidade de instâncias, (vii) economia processual e (viii) participação popular.

Odete Medauar (2018) traz uma lista um pouco mais enxuta com o princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da razoável duração do processo, princípio da oficialidade, princípio da verdade material e o princípio do formalismo moderado.

Ainda, a lei que rege o processo administrativo em âmbito federal, de nº 9.784 de 1999 também trouxe seu próprio conjunto de princípios expressos, quais sejam, “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Da mesma forma, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB, Decreto-lei nº 4.657 de 1942, recebeu a inserção de diversos postulados sobre direito administrativo em seus artigos no ano de 2018, muitos deles tratando de processo

administrativo e decisões administrativas. Em tese, visando à uma maior segurança jurídica.

Da leitura dos princípios enumerados, percebe-se que, apesar de usarem nomes diferentes, os autores muitas vezes se referem às mesmas garantias processuais. Igualmente, em ocasiões, um princípio apontado por um autor é desdobramento de um princípio que é tratado de forma mais ampla por outro estudioso.

Em virtude da grande divergência doutrinal a respeito dos nomes, nós nos guiaremos neste trabalho basicamente pelos princípios apontados na lei 9.784. Primeiro, porque a lei é plenamente aplicável ao procedimento em estudo. Em verdade, caso a Portaria Normativa nº 4 de 2018 do Ministério violasse a citada lei, sofreria de vício de ilegalidade e todos os atos baseados nela seriam nulos ou anuláveis. Depois, nos parece que a lei se preocupou em enumerar de forma mais didática e possível de cotejamento os princípios aplicáveis à processualística administrativa.

Por fim, apesarem de alguns não estarem expressos na Constituição Federal de 1988, deve-se entender que esses princípios possuem estatura constitucional, haja vista tudo que já foi dito sobre o papel do processo administrativo no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

É lícito afirmar, sem receio de errar, que os princípios administrativos configuram-se como princípios fundamentais, porquanto vêm sendo progressivamente introduzidos na consciência jurídica, ao tempo em que encontram densa receptividade no bojo do texto Constitucional. (PEIXINHO, 1999, p. 101 apud CARVALHO FILHO, 2013, p. 46)

4.3.1 Princípio da Legalidade

Todo admirador do Direito Administrativo já tem gravado em sua mente o célebre ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 93): “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”

O princípio da legalidade, tão bem simplificado nas palavras acima, claramente não se restringe ao processo administrativo. Além de previsto na Lei 9.784, está expresso no caput do Art. 37 da Constituição Federal como o primeiro princípio aplicável à administração pública.

Canotilho (2003, p. 256) ensina que o princípio da legalidade, núcleo essencial do Estado de Direito, propõe dois princípios fundamentais: o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei. A supremacia da lei supõe que lei editada pelo poder legislativo prepondera sobre atos da administração como portarias e regulamentos. Já a reserva de lei defende que restrições a direitos, liberdades e garantias só podem ser concretizada a partir de lei ou com autorização de lei.

Historicamente e atualmente, no Brasil, sobressai a doutrina clássica no sentido da vinculação positiva da administração à lei. No entanto, cada vez mais faz-se necessário a leitura do princípio da legalidade como princípio da juridicidade, pautando a atuação da Administração não apenas ao cumprimento da lei, mas também à efetivação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2020).

O princípio da juridicidade confere maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e deve pautar-se pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA, 2020)

Não há dúvidas que é totalmente aplicável o princípio da legalidade ou, modernamente, da juridicidade.

Quando analisamos o princípio aplicado ao procedimento objeto deste trabalho percebemos que: quanto à reserva de lei, a Lei 12.990 previu a possibilidade de heteroidentificação da autodeclaração de candidatos pardos e pretos. Sem grandes problemas, então, no tocante aos concursos públicos. Da mesma forma, nos processos seletivos de acesso ao ensino superior, também entendemos que não há obstáculo. No

mínimo pode-se dizer que seria aplicável por analogia a previsão referente aos Concursos Públicos.

A respeito da supremacia da lei, só poderíamos apontar algum problema caso haja uma incompatibilidade entre o procedimento adotado e os ditames legais do processo administrativo federal. Nesse ponto, já levantamos algumas questões quanto ao contraditório e ampla defesa que serão novamente tomados mais à frente.

Por fim, considerando o princípio da legalidade como juridicidade, de concretização dos direitos fundamentais e respeito ao bloco constitucional. Podemos dizer que o procedimento tem como sua finalidade justamente concretizar o princípio da igualdade material da constituição. Logo, totalmente condizente com o preceito.

Falando em finalidade, é justamente o próximo princípio que analisaremos.

4.3.2 Princípio da Finalidade e Princípio do Interesse Público

O princípio da finalidade e o princípio do interesse público em muito se relacionam. Diz Carvalho Filho (2013, p. 48) que “o princípio da finalidade indica que o administrador somente pode perseguir objetivos que atendam ao interesse da coletividade.”

O mesmo autor também afirma que:

Embora a expressão interesse pública tenha caráter plurissignificativo e represente um conceito jurídico indeterminado, por estar despido de conteúdo definido e admitir valorações diferenciadas em virtude da visão em que se coloque o autor da valoração, o certo é que. Conforme unanimidade dos estudiosos, indica algum tipo de atividade que, direta ou indiretamente, ofereça benefícios primários ou secundários à coletividade. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 60)

Assim, conclui-se que a finalidade do processo administrativo deve ser sempre buscar o interesse público e não o particular do agente público, o que faz com que os dois

princípios em muito se relacionem com o princípio constitucional da impessoalidade, do Art. 37 da Carta Magna.

Nessa ordem de ideias, expandindo um pouco o entendimento desses princípios legais, podemos sustentar que, como o processo administrativo deve sempre buscar o interesse da coletividade como fim, ele deve ser pautado por critérios objetivos. Marçal Justen Filho (2014, p. 347) defende, inclusive, a existência do *princípio da objetividade* aplicável à processualidade administrativa.

O princípio da objetividade significa a vedação a decisões fundadas em razões subjetivas, sejam aquelas que reflitam concepções pessoais da autoridade competente, sejam as adotadas em virtude de características pessoais impertinentes dos sujeitos envolvidos

(..)

Isso não exclui a influência de características subjetivas individuais na produção da decisão. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 347)

Portanto, quanto ao objetivo do procedimento de verificação de autodeclaração, não há dúvidas de que cuida de interesse da coletividade, vez que busca dar concretude às ações afirmativas, há muito entendidas como importantes ferramentas do princípio da igualdade material.

Já no tocante à objetividade do processo administrativo realizado com esse fim, alguns questionamentos podem surgir, pois não há um critério objetivo definido de antemão e disponível ao candidato para saber se sua autodeclaração será considerada verdadeira ou falsa. No entanto, é certo que o procedimento adotado busca, ainda que limitadamente devido a questões próprias do problema de classificar alguém de acordo com sua raça, fazer a classificação da forma mais impessoal e objetiva possível.

4.3.4 Princípio da Motivação

O princípio da motivação, apesar de não expresso no caput do Art. 37, também é compreendido como um dos princípios que regem a Administração Pública brasileira e não só o processo. O seu conteúdo básico não é difícil de compreender: é o dever que a administração pública tem de expor os fundamentos de fato e direito que levaram ao ato administrativo.

No tocante aos atos administrativos de forma geral, os autores clássicos do direito administrativo brasileiro apresentavam uma série de posicionamentos a respeito da obrigatoriedade da motivação. No entanto, mais recentemente, a maioria tem entendido que, em regra, a motivação é obrigatória.

Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2020)

Medauar (2018, p. 136) também traz um panorama histórico e assinala a importância da motivação para concretização do contraditório e da ampla defesa.

No Brasil, nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, houve tentativa de introduzir a regra da motivação como princípio da Administração, mas não permaneceu no texto definitivo, ficando explícita só a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais (art. 93, X). (...). A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, caput) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º). (MEDAUAR, 2018, p. 136)

Se ainda há alguma celeuma quanto o dever de motivação dos atos administrativos em geral, em relação ao Processo Administrativo Federal o legislador optou por trazer expressa as hipóteses de obrigação do agente decisório no Artigo 50 da Lei 9.784 de 1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Assim, ainda que ignorássemos o dever de motivação como fundamento constitucional da administração pública, no caso deste trabalho, por força de lei, ela é obrigatória, pois as decisões das comissões se encaixam em três dos incisos colacionados acima, quais sejam I, III e V.

Dessa forma discorre Justen Filho (2014, p. 347)

O princípio da motivação acarreta o dever de a autoridade julgadora expor de modo explícito, os fundamentos de fato e de direito em que se alicerça a sua decisão.

Todo procedimento será concluído por uma decisão, que retrata o exercício de uma competência própria da autoridade administrativa. A titularidade da competência para decidir não autoriza, no entanto, proferir decisões imotivadas. É nula a decisão fundada simplesmente no argumento da titularidade da competência. É juridicamente inválida a decisão aos moldes de “cabe a mim decidir, portanto eu decido a favor de...”. Toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um “porquê” claramente indicado.

À vista do exposto, nos parece evidente que a decisão que nega homologação à autodeclaração do candidato negro feita pela comissão verificadora deve ser motivada. Seja pela exigência legal trazida pela lei 9.784, seja pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública brasileira.

Nessa ordem de ideias, a Portaria Normativa nº 4 trouxe no artigo 12 o dever de motivação:

Art. 12. A comissão de heteroidentificação deliberará pela maioria dos seus membros, sob forma de parecer motivado.

§ 1º As deliberações da comissão de heteroidentificação terão validade apenas para o concurso público para o qual foi designada, não servindo para outras finalidades.

§ 2º É vedado à comissão de heteroidentificação deliberar na presença dos candidatos.

§ 3º O teor do parecer motivado será de acesso restrito, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§ 4º O resultado provisório do procedimento de heteroidentificação será publicado em sítio eletrônico da entidade responsável pela realização do certame, do qual constarão os dados de identificação do candidato, a conclusão do parecer da comissão de heteroidentificação a respeito da confirmação da autodeclaração e as condições para exercício do direito de recurso pelos interessados.

No entanto, conforme já exposto anteriormente sobre os critérios de classificação de raça ou cor, é difícil de imaginar que tipo de motivação seria possível pela comissão. Ressalte-se que o parecer motivado é de acesso restrito, nos termos do regulamento supracitado, o que dificultou a investigação neste trabalho. Em pesquisa feita em procedimentos judiciais discutindo a questão, só encontramos atas de comissões opinando de forma positiva ou negativa sobre a conformidade do candidato, ausente qualquer motivação mais detalhada sobre os fatos.

Em sede de recurso, foram encontradas decisões mais motivadas, mas isso porque o próprio candidato apresenta suas razões em sede recursal, o que lhe é impossibilitado durante a comissão inicial. As decisões de recurso, a que tivemos acesso apenas rebatiam os argumentos a respeito de ancestralidade ou de parecer positivo do candidato em comissão de outro concurso público, indeferindo os dois tipos de pleito.

A dificuldade para motivação desse tipo de procedimento é de ordem material, não uma opção. Uma vez entendida a legitimidade das cotas raciais e tendo seus destinatários aqueles marcados como negros no âmbito de uma sociedade em que isso lhes traz prejuízos das mais diversas ordens, como transpor para o papel a percepção que os cidadãos tem a respeito de cada indivíduo? Não existe uma tabela de pontuação, como já explicitado quando discutimos a classificação do IBGE, que é baseada na autodeclaração.

Ainda assim, é algo que não pode ser ignorado, pois a motivação está intimamente ligada com a ampla defesa e com o contraditório. Do lado do candidato, como ele pode recorrer de uma decisão se não há argumento atacável, mas tão somente a competência de quem proferiu a decisão, qual seja a Comissão Verificadora? Nos parece uma situação em que não é possível conciliar totalmente os dois direitos fundamentais

em jogo. Deve ser feita uma espécie de ponderação, de forma a diminuir os eventuais prejuízos sofrido pelos indevidos submetidos ao processo administrativo.

Para responder ao questionamento de como se harmonizar esses problemas, faz-se necessário analisar o tema sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4.3.5 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade é historicamente originado do já tratado devido processo legal, remontando à Magna Carta inglesa e ganhou mais notoriedade com as discussões sobre o devido processo legal substantivo, em especial na jurisprudência norte-americana. Na Europa continental e no Brasil também é usado o termo proporcionalidade, que em muito se confunde com a razoabilidade. (BARROSO, 2009)

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, além da questão da origem dos termos entende que há mais diferença entre a proporcionalidade e a razoabilidade:

Sem em nada contender esta indicação das origens de cada qual, estamos em que tais princípios não se confundem inteiramente. Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. (MELLO, 2015, p. 114)

Assim, a razoabilidade serve como parâmetro da atuação do poder público, buscando entender se há adequação racional entre o objetivo buscado e os meios utilizados. Anote-se, ainda:

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

(...)

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. (BARROSO 2009, p. 233)

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, pode ser dividido em três subprincípios: *a adequação*, que impõe que a medida adotada seja capaz de gerar o fim pretendido; *a necessidade*, que exige que a medida tomada agrida o mínimo possível outros direitos do cidadão e a proporcionalidade em sentido estrito, que é quando se colocam em confronto meios e fins e se chega à conclusão se os meios são proporcionais aos fins buscados. (CANOTILHO, 2003, p. 269-272)

Assim, nos parece que, analisando o procedimento pelo filtro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a Portaria Normativa nº 4 sai desse teste aprovada. Conforme discutido no item anterior, a ausência de motivação bem fundamentada seria um dos principais problemas a serem enfrentados pelos processos de heteroidentificação.

No entanto, não acreditamos que seria possível a um Estado Democrático de Direito que busca a igualdade material, aceitar passivamente que candidatos brancos concorressem às vagas reservadas aos pretos e pardos que sofrem com as diversas mazelas geradas pelo racismo no Brasil.

Assim, deve ser feito um juízo de razoabilidade e proporcionalidade a respeito dos meios utilizados para impedir que o instituto das cotas raciais seja desvirtuado. Nesse sentido, do ponto de vista da razoabilidade, o procedimento nos parece adequado.

Quanto aos três subprincípios do teste de proporcionalidade, a respeito da adequação, é certo que o procedimento previsto consegue impedir a utilização das vagas por candidatos indubitavelmente não negros. Sobre o exame de necessidade, também é certo que não é possível realizar um processo administrativo com critérios objetivos de cor de pele sem ferir ainda mais os direitos dos envolvidos. Inimaginável o quão aviltante seria a utilização de uma régua de cor, por exemplo. Assim, busca-se mitigar a fragilidade da motivação, com a possibilidade de reexame por outra comissão.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito também se faz presente, vez que o único meio de impedir o uso fraudulento das cotas raciais é com algum tipo de verificação, logo totalmente proporcional a utilização de um processo administrativo para esse fim.

Ainda merece um reparo a previsão legal de exclusão do candidato do certame em caso de declaração falsa e trataremos disso agora, ao falar sobre o princípio da segurança jurídica.

4.3.6 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica, de forma geral, busca primeiramente proteger os direitos adquiridos dos cidadãos perante a administração:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2003, p. 257)

Porém, uma faceta importante do princípio da segurança jurídica é justamente a ideia citada acima de proteção da confiança ou proteção da confiança legítima. Medauar (2018, p. 131) traz as consequências do referido subprincípio:

Entre seus reflexos estão: preservação de direitos suscetíveis de se constituir, ante expectativas geradas por medidas da Administração ou informações erradas; proteção, aos particulares, contra mudanças abruptas de orientações da Administração; necessidade de regime de transição ante mudança de disciplina normativa.

Assim, o que se espera da Administração Pública, além de não ofender direitos já adquiridos dos cidadãos é de não ter posturas contraditórias e mudanças repentinas de entendimento.

Nesse sentido, a regulamentação do procedimento de verificação da autodeclaração de candidatos negros é extremamente positiva, pois permite que o cidadão saiba de antemão qual será o procedimento adotado. Por outro lado, nos parece que há

uma tensão com o referido princípio quando percebemos que não há como o candidato ter certeza a respeito da análise feita pela comissão.

Agrava-se ainda mais o referido pois a Lei 12.990 de 2014 prevê que o candidato reprovado pela comissão pode ser eliminado do certame:

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

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

Entendemos que há uma solução possível para esse impasse. Ela consistiria em uma interpretação mais condizente do referido dispositivo. Quando a lei fala em constatação de declaração falsa, acreditamos que está se referindo àqueles casos em que a banca examinadora entende que houve má fé do candidato e não aqueles casos, principalmente de pessoas consideradas pardas, em que mesmo tendo um tom de pele ou outra característica fenotípica condizente com a classificação pardo/preto, a comissão verificadora entende que ela não é destinatária da política.

Por fim, também há de se refletir em qual grau de vinculação entre as comissões verificadores dos mais diversos concursos públicos, especialmente os realizados pelo mesmo Ente Estatal. Não haveria violação do princípio ora comentado quando duas comissões dão pareceres totalmente diferentes a respeito da mesma pessoa? Acreditamos que sim.

Quanto aos princípios da moralidade e da eficiência, ao nosso ver não há nenhum detalhe específico a ser realçado neste trabalho. São princípios gerais constitucionais da administração pública, totalmente aplicáveis ao caso, mas não há no procedimento em comento nada que os pareça violar.

4.4. Ação Direta de Constitucionalidade nº 41

Conforme todo o já exposto neste trabalho, a Lei 12.990 de 2014, que reservou vagas para negros em concursos públicos da administração federal e previu a possibilidade aferição da autodeclaração do candidato, sofreu diversos ataques a níveis jurídicos. O Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, então, ajuizou no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Constitucionalidade para que o Supremo se pronunciasse sobre os temas.

O acórdão, de 08/06/2017, foi ementado da seguinte forma:

Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar

fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (STF - ADC: 41 DF - DISTRITO FEDERAL 0000833-70.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/06/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-180 17-08-2017)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade, conforme parágrafo 3 da ementa, das comissões verificadores e estabeleceu como requisitos o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de contraditório e ampla defesa.

Quanto ao respeito ao contraditório e ampla defesa, já nos pronunciamos neste trabalho. Já quanto ao respeito a dignidade da pessoa humana, fica claro do voto dos Eminentíssimos Ministros que a preocupação era com métodos utilizados para aferição de cor dos candidatos. Nesse sentido, o procedimento previsto na Portaria Normativa nº 4 de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas não traz grandes problemas, vez que não submete o candidato a nenhum tipo de procedimento vexatório ou algo do tipo.

4.5. Constitucionalismo Administrativo

Este trabalho busca analisar o procedimento de o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, em contraste aos princípios Legais e Constitucionais do processo administrativo.

No entanto, é possível fazer o caminho inverso, criar práticas constitucionais a partir de práticas da Administração Pública. Alguns autores que estudam o chamado Constitucionalismo Administrativo defendem essa visão.

Ao mesmo tempo em que o direito administrativo foi atraído por completo para a zona de influência do direito constitucional, deixando para trás a abordagem dogmática inicial inspirada no direito privado, também o direito constitucional se vê (re)desenhado pela interpretação e aplicação da Constituição por parte dos atores administrativos. (BAPTISTA; CAPECCHI, 2016)

Importante esse conceito pois, na maioria das vezes no caso brasileiro, é o poder judiciário quem traz mudanças e entendimentos inovadores à ordem constitucional. No entanto, são os agentes administrativos quem, na prática, trabalham com a concretização de muitos dos direitos fundamentais.

Assim, nessa perspectiva, o procedimento objeto deste estudo em muito reflete noções desse sentido do constitucionalismo administrativo. Apesar de hoje previsto em lei e regulamentado por ministério, conforme vimos, foi anteriormente posto em prática por uma autarquia federal, que já nos inícios dos anos 2000, ainda na emergência das políticas de cotas, buscou dar uma concretude maior aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, ainda Baptista e Capecchi (2016)

Em uma democracia, não é suficiente que as estruturas institucionais representem valores democráticos. As práticas administrativas devem estar imbuídas de tais valores, sob o risco de se oferecer uma “embalagem democrática esvaziada de conteúdo” para os cidadãos.

Portanto, apesar de este não ter sido o escopo do presente trabalho, que buscou analisar o procedimento de heteroidentificação de acordo com a dogmática

constitucional, as leis e a doutrina clássica, achamos necessário fazer este aparte, vez que, nesse ponto, a Administração Pública agiu até com mais celeridade do que a doutrina e a jurisprudência constitucional, vide o caso da UnB.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho nasceu da curiosidade e interesse gerado a partir da instalação de um novo tipo de procedimento no âmbito da Administração Pública Federal. O que buscamos como objetivo foi justamente entender se essa nova espécie de procedimento era condizente com o que os principais estudiosos do Direito Administrativo defendiam como um processo administrativo constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, buscamos primeiramente compreender como se deu a implantação das próprias políticas de cotas raciais no Brasil, o que ocorreu no início do século XXI e porque esse novo procedimento de verificação só foi regulamentado pelo Governo Federal no ano de 2016. Assim, vimos que apesar de um grande aumento de interesse sobre o tema no início do século XXI, com a participação do Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, ocorrida em 2001 na África do Sul, não havia ainda uma política clara àquela época.

Tivemos, na verdade episódios isolados de movimentações no sentido de implantar cotas raciais em algumas universidades e cada uma dessas agiu de um modo em relação à verificação da cor dos candidatos. Também devido à incipiência do debate público sobre o tema, não é difícil imaginar que os administradores tenham preferido o método único da autodeclaração porque causava menos atrito com parcelas da sociedade que ainda tinham e têm muita dificuldade em aceitar as ações afirmativas.

Mesmo nesse primeiro momento, tivemos exemplos de instituições que buscaram combater as fraudes às cotas, como o caso estudado da UnB, e vimos que lá foram lançadas sementes e ensinamentos importantes para o futuro que já se avizinhava. Com a entrada de mais estudantes negros em universidades públicas, a discussão sobre os métodos de combate às fraudes cresceu e culminou com previsão, na lei 12.990 de 2014, de verificação posterior da autodeclaração de cor e raça.

A Orientação Normativa nº 03 de 2016 do Ministério do Planejamento foi um primeiro passo de estabelecer standards mínimos de execução do procedimento e a

Portaria Normativa nº 04 de 2017, editada após debates com especialistas e com a sociedade trouxe um procedimento mais detalhado, garantindo ao cidadão elementos para impedir a arbitrariedade da máquina pública.

Assim, buscamos compreender de que forma o procedimento da Portaria Normativa se relacionava com os princípios do processo administrativo constitucional. Nessa ordem de ideias, percebemos que a mera existência do procedimento como hoje, regulamentado, já muito se coaduna com o princípio do devido processo legal formal assim como com o princípio da legalidade.

A respeito do contraditório e da ampla defesa, percebemos que a dificuldade em motivar os atos decisórios das comissões de verificação representam um possível obstáculo para a concretização dos direitos do cidadão submetido ao processo de heteroidentificação.

Porém, também entendemos que essa dificuldade na hora de apresentar os motivos da decisão se deve não a uma arbitrariedade da Administração e sim a uma especificidade do tema tratado, qual seja, as raças vistas do ponto de vista sociológico. Assim, entendemos ser necessária uma ponderação, mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entre a dificuldade motivar o ato e a finalidade e o interesse público adjacentes às comissões de verificação.

Não poderia a Administração de forma alguma permitir que suas políticas de ações afirmativas sejam deturpadas e quedar-se inerte. Não em um Estado Democrático de Direito, em uma sociedade marcada por tantas diferenças e discriminações negativas em relação à determinadas populações, em especial, os negros.

Assim, não se pode descartar o procedimento por essa razão e a Portaria Normativa agiu bem ao obrigar os editais de concurso a terem comissão recursal, formada por pessoas diferentes das que participaram da primeira análise. De forma parecida já havia entendido o próprio Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade das comissões, ainda que não tratando especificamente do regulamento objeto deste trabalho.

Uma outra questão que acreditamos que deverá ser melhor analisada no futuro é a previsão da portaria de que os resultados de uma comissão em nada serão válidos para comissões de outros concursos. Apesar de entendermos também a razoabilidade desta determinação, acreditamos que ainda será bastante questionada tanto administrativa quanto juridicamente, vez que poderia ser configurado um comportamento contraditório da Administração Pública, ainda mais se ocorrer em seleções para o mesmo ente federativo ou mesmo órgão, podendo se falar em insegurança jurídica.

Ainda sobre o princípio da segurança jurídica, também defendemos que deve ser feita uma interpretação da Lei 12.990 de 2014 que não obrigue a comissão verificadora a excluir do certame aquele candidato que tiver sua autodeclaração de cor não homologada automaticamente. Conforme já expusemos no devido tópico, o texto legal exige a eliminação do candidato em caso de declaração falsa, ou seja, apenas nos casos em que a Comissão entender que houve má fé por parte do candidato.

Por fim, ainda discorreremos brevemente sobre uma visão ainda muito recente no Brasil, de que as práticas da própria administração pública podem influenciar o entendimento constitucional sobre certo tema, tirando o protagonismo único do judiciário sobre o assunto, e acreditamos que também as comissões de verificação e o procedimento de heteroidentificação podem ser um exemplo desse tipo de prática.

Diante de todo o exposto, acreditamos termos alcançado o objetivo do presente trabalho ao concluir que o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais previsto na Portaria Normativa nº 4 de 2018 do Ministério do Planejamento é condizente com a ordem constitucional e os preceitos do processo administrativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. “**Sabe com quem está falando?**”: notas sobre o princípio da igualdade no brasil contemporâneo / do you know who you’re talking to? notes on the principle of equality in contemporary brazil. *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 7, n. 13, p. 204-232, 9 mar. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2016.21094>.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa**. *Revista de Direito da Cidade*, [S.L.], v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 27 nov. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2016.25461>.

BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil**. *Estud. afro-asiát.*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 247-273, 2002. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2002000200002&lng=en&nrm=iso. access on 04 Nov. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-546X2002000200002>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão APDF 186**. DJE. Brasília, 20 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269432069&ext=.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADC nº 41**. Relator: Roberto Barroso. Brasília, 08 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Jorge; SEGATO, Rita Laura. **Plano de metas para a integração social, étnica e racial da Universidade de Brasília**. 2002. Disponível em: <http://www.noticias.unb.br/images/Noticias/2018/06-Jun/Plano-de-Metas-Cotas-UnB1.pdf> Acesso em: 4 nov. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: comentários à lei 9.784 de 29.1.1999**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, Najara Lima. **A Implementação Da Lei De Cotas Raciais Nos Concursos Públicos Federais: análises dos processos de execução da ação afirmativa**. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (org.). Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS, 2018. p. 80-106.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 38, n. 151, p.129-152, jul. 2001. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705>. Acesso em: 06 nov. 2020.

GALVÃO, Eduardo Aires Berbert. **Cotas raciais como política de admissão: UERJ, UNB e o caso da UFG**. 2009. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal do Goiás, Goiânia, 2009.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIM, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9164>. Acesso em: 4 nov. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTINA, Lourdes Aparecida Della; MEGLHIORATTI, Fernanda Aparecida; CALDEIRA, Ana Maria de Andrade. **A (RE)CONSTRUÇÃO DE CONCEITOS BIOLÓGICOS NA FORMAÇÃO INICIAL DE PROFESSORES E PROPOSIÇÃO DE UM MODELO EXPLICATIVO PARA A RELAÇÃO GENÓTIPO E FENÓTIPO**. *Ens. Pesqui. Educ. Ciênc. (Belo Horizonte)*, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 65-84, Dec. 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-21172012000300065&lng=en&nrm=iso>. access on 08 May 2021. <https://doi.org/10.1590/1983-21172012140305>.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. **Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso da Universidade de Brasília (UnB)**. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 23, n. 11, p. 181-214, jan-jun/2005.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In: Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira[S.l: s.n.], 2004.

PAIXÃO, Marcelo; ROSSETTO, Irene; MONTOVANELE, Fabiana; CARVANO, Luiz M. (org.). **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010:** constituição cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/desigualdades_raciais_2009-2010.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

PERIA, Michele. **Ação afirmativa: Um estudo sobre a reserva de vagas para negros nas universidades públicas brasileiras. O caso do Estado do Rio de Janeiro.** Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) UFRJ. Rio de Janeiro, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Ana Paula Conceição. **Diplomatas negros (as): ação afirmativa no Instituto Rio Branco e trajetórias de diplomatas (ex)bolsistas.** 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Étnicos e Africanos) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

OLIVEIRA, Pâmela; HAIDAR, Daniel. **Fraudes na Uerj evidenciam falhas do sistema de cotas.** Veja. São Paulo, p. 100-200. 22 mar. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/fraudes-na-uerj-evidenciam-falhas-do-sistema-de-cotas/>. Acesso em: 06 nov. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Tory. Como evitar fraudes nas cotas raciais? 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-evitar-fraudes-nas-cotas-raciais/>. Acesso em: 06 nov. 2020.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE.** Brasília, novembro de 2003.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **A classificação de cor ou raça do IBGE revisitada**. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. *Características Étnico-raciais da População: classificações e identidades*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.. (Estudos e Análises: Informação Demográfica e Sócioeconômica).

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais Do Processo Administrativo No Direito Brasileiro**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul-set 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem Preto Nem Branco Muito pelo Contrário: cor e raça na sociedade brasileira**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

Universidade de Brasília. **Análise do Sistema de Cotas Para Negros da Universidade de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

ANEXO – 1

PORTARIA NORMATIVA N° 4, DE 6 DE ABRIL DE 2018

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**Secretaria de Gestão de Pessoas****PORTARIA NORMATIVA Nº 4, DE 6 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.

O SECRETÁRIO DE GESTÃO DE PESSOAS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 24 do Decreto nº 9.035, de 20 de abril de 2017, tendo em vista o disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, e

Considerando o disposto no Artigo II, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969;

Considerando o disposto no art. 4º, caput, inciso II, e parágrafo único, e no art. 39 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Estatuto da Igualdade Racial;

Considerando as diretrizes do Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH III, aprovado pelo Decreto n.º 7.037, de 21 dezembro de 2009, em seu Eixo Orientador III, Diretriz 9, Objetivo Estratégico 1;

Considerando a representatividade da composição, os estudos realizados, a consulta eletrônica promovida, o seminário temático organizado e as conclusões alcançadas pelo Grupo de Trabalho Interministerial instituído pela Portaria Conjunta MP/MJC nº 11, de 2016, para regulamentação dos procedimentos de heteroidentificação previstos na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, conforme apresentado em Relatório Final; resolve:

SEÇÃO I**DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art.1º Esta Portaria Normativa disciplina o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, a ser previsto nos editais de abertura de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para fins de preenchimento das vagas reservadas, previstas na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Parágrafo único. O procedimento de heteroidentificação previsto nesta Portaria Normativa submete-se aos seguintes princípios e diretrizes:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;

III - garantia de padronização e de igualdade de tratamento entre os candidatos submetidos ao procedimento de heteroidentificação promovido no mesmo concurso público;

IV - garantia da publicidade e do controle social do procedimento de heteroidentificação, resguardadas as hipóteses de sigilo previstas nesta Portaria Normativa;

V - atendimento ao dever de autotutela da legalidade pela administração pública; e

VI - garantia da efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas a candidatos negros nos concursos públicos de ingresso no serviço público federal.

Art. 2º Para concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, o candidato deverá assim se autodeclarar, no momento da inscrição no concurso público, de acordo com os critérios de raça e cor utilizados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 1º Os candidatos que se autodeclararem negros indicarão em campo específico, no momento da inscrição, se pretendem concorrer pelo sistema de reserva de vagas.

§ 2º Até o final do período de inscrição do concurso público, será facultado ao candidato desistir de concorrer pelo sistema de reserva de vagas.

§ 3º Os candidatos negros que optarem por concorrer às vagas reservadas na forma do § 1º concorrerão concomitantemente às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com sua classificação no concurso público.

Art. 3º A autodeclaração do candidato goza da presunção relativa de veracidade.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, a autodeclaração do candidato será confirmada mediante procedimento de heteroidentificação;

§ 2º A presunção relativa de veracidade de que goza a autodeclaração do candidato prevalecerá em caso de dúvida razoável a respeito de seu fenótipo, motivada no parecer da comissão de heteroidentificação.

Art. 4º Os editais de abertura de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional explicitarão as providências a serem adotadas no procedimento de heteroidentificação, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, bem como o local provável de sua realização.

SEÇÃO II

DO PROCEDIMENTO PARA FINS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

Art. 5º Considera-se procedimento de heteroidentificação a identificação por terceiros da condição autodeclarada.

Art. 6º O procedimento de heteroidentificação será realizado por comissão criada especificamente para este fim.

§ 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.

§ 2º A comissão de heteroidentificação será composta por cinco membros e seus suplentes.

§ 3º Em caso de impedimento ou suspeição, nos termos dos artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o membro da comissão de heteroidentificação será substituído por suplente.

§ 4º A composição da comissão de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

Art. 7º Os membros da comissão de heteroidentificação assinarão termo de confidencialidade sobre as informações pessoais dos candidatos a que tiverem acesso durante o procedimento de heteroidentificação.

§ 1º Serão resguardos o sigilo dos nomes dos membros da comissão de heteroidentificação, podendo ser disponibilizados aos órgãos de controle interno e externo, se requeridos.

§ 2º Os currículos dos membros da comissão de heteroidentificação deverão ser publicados em sítio eletrônico da entidade responsável pela realização do certame.

Art. 8º Os candidatos que optarem por concorrer às vagas reservadas às pessoas negras, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência, e satisfizerem as condições de habilitação estabelecidas em edital deverão se submeter ao procedimento de heteroidentificação.

§ 1º O edital definirá se o procedimento de heteroidentificação será promovido sob a forma presencial ou, excepcionalmente e por decisão motivada, telepresencial, mediante utilização de recursos de tecnologia de comunicação.

§ 2º A fase específica do procedimento de heteroidentificação ocorrerá imediatamente antes do curso de formação, quando houver, e da homologação do resultado final do concurso público.

§ 3º Será convocada para o procedimento de heteroidentificação, no mínimo, a quantidade de candidatos equivalente a três vezes o número de vagas reservadas às pessoas negras previstas no edital, ou dez candidatos, o que for maior, resguardadas as condições de aprovação estabelecidas no edital do concurso.

§ 4º Os candidatos habilitados dentro do quantitativo previsto no § 3º serão convocados para participarem do procedimento de heteroidentificação, com indicação de local, data e horário prováveis para realização do procedimento.

§ 5º O candidato que não comparecer ao procedimento de heteroidentificação será eliminado do concurso público, dispensada a convocação suplementar de candidatos não habilitados.

Art. 9º A comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público.

§ 1º Serão consideradas as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação.

§ 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.

Art. 10. O procedimento de heteroidentificação será filmado e sua gravação será utilizada na análise de eventuais recursos interpostos pelos candidatos.

Parágrafo único. O candidato que recusar a realização da filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação, nos termos do caput, será eliminado do concurso público, dispensada a convocação suplementar de candidatos não habilitados.

Art. 11. Serão eliminados do concurso público os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé. Parágrafo único. A eliminação de candidato por não confirmação da autodeclaração não enseja o dever de convocar suplementarmente candidatos não convocados para o procedimento de heteroidentificação.

Art. 12. A comissão de heteroidentificação deliberará pela maioria dos seus membros, sob forma de parecer motivado.

§ 1º As deliberações da comissão de heteroidentificação terão validade apenas para o concurso público para o qual foi designada, não servindo para outras finalidades.

§ 2º É vedado à comissão de heteroidentificação deliberar na presença dos candidatos.

§ 3º O teor do parecer motivado será de acesso restrito, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§ 4º O resultado provisório do procedimento de heteroidentificação será publicado em sítio eletrônico da entidade responsável pela realização do certame, do qual constarão os dados de identificação do candidato, a

conclusão do parecer da comissão de heteroidentificação a respeito da confirmação da autodeclaração e as condições para exercício do direito de recurso pelos interessados.

SEÇÃO III

DA FASE RECURSAL

Art. 13. Os editais preverão a existência de comissão recursal.

§ 1º A comissão recursal será composta por três integrantes distintos dos membros da comissão de heteroidentificação.

§ 2º Aplica-se à comissão recursal o disposto nos artigos 6º, 7º e 12.

Art. 14. Das decisões da comissão de heteroidentificação caberá recurso dirigido à comissão recursal, nos termos do edital.

Parágrafo único. Em face de decisão que não confirmar a autodeclaração terá interesse recursal o candidato por ela prejudicado.

Art. 15. Em suas decisões, a comissão recursal deverá considerar a filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação, o parecer emitido pela comissão e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato.

§ 1º Das decisões da comissão recursal não caberá recurso.

§ 2º O resultado definitivo do procedimento de heteroidentificação será publicado em sítio eletrônico da entidade responsável pela realização do certame, do qual constarão os dados de identificação do candidato e a conclusão final a respeito da confirmação da autodeclaração.

SEÇÃO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 16. Não se aplicam as disposições desta Portaria Normativa aos concursos públicos cujos editais de abertura estejam publicados na data de sua entrada em vigor.

Art. 17. Esta Portaria Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Fica revogada a Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016, da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

AUGUSTO AKIRA CHIBA