



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FERNANDA FABIÃO FRANCISCO

**UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DO MÉTODO DE
AFERIÇÃO DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS
FEDERAIS**

GUARABIRA-PB

2019

FERNANDA FABIÃO FRANCISCO

**UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DO MÉTODO DE
AFERIÇÃO DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS
FEDERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito.

O Orientadora: Prof^a Esp. Marcela Oliveira de Alexandria Rique

GUARABIRA-PB

2019

FERNANDA FABIÃO FRANCISCO

**UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DO MÉTODO DE AFERIÇÃO DE
COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito.

F818a Francisco, Fernanda Fabiao.

Uma análise à luz da constituição do método de aferição de cotas raciais em concursos públicos federais [manuscrito] / Fernanda Fabiao Francisco. - 2019.

17 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades , 2019.

"Orientação : Profa. Esp. Marcela Oliveira de Alexandria Rique. , Departamento de Ciências Jurídicas - CH."

1. Métodos administrativos. 2. Concursos públicos federais. 3. Cotas Raciais. 4. Legitimidade. 5. Direitos humanos. 6. Constitucionalidade. I. Título

21. ed. CDD 342

FERNANDA FABIÃO FRANCISCO

UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DO MÉTODO DE AFERIÇÃO DE
COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS

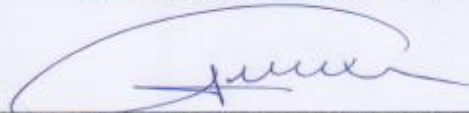
Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em direito.

BANCA EXAMINADORA

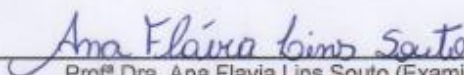
Aprovada em: 13/06/2019.



Profª Esp. Marcela Oliveira de Alexandria Rique (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Alexandre Barbosa de Lucena Leal (Examinador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profª Dra. Ana Flavia Lins Souto (Examinador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

GUARABIRA-PB

2019

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 CONJUNTURA DO RACISMO NO BRASIL.....	05
2.1 O CONCEITO DE RAÇA.....	06
2.2 O RACISMO E SUA TIPIFICAÇÃO PENAL NO BRASIL.....	08
3. ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL.....	08
3.1 SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DO BRASIL.....	09
4 DO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS.....	10
4.1 DA LEI 12.990/14 DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS.....	10
5 A INCERTEZA DO RESULTADO PRETENDIDO REALIZADO POR MÉTODOS VISUAIS DE DETERMINADAS AFERIÇÕES.....	12
6 A SUBJETIVIDADE DO SISTEMA ATUAL DE AFERIÇÃO DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS.....	14
CONCLUSÃO.....	15
REFERÊNCIA.....	16

UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DO MÉTODO DE AFERIÇÃO DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS

FERNANDA FABIÃO FRANCISCO¹

RESUMO

O presente estudo neste trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica, jurídica e constitucional referente aos métodos administrativos utilizados sobre a verificação da veracidade da autodeclaração da identidade étnico-racial apresentada por candidatos que pretendem concorrer a uma vaga na função pública da administração direta e indireta através de concursos públicos federais sob a ótica do sistema de cotas raciais. Esses procedimentos são regidos pela Lei 12.990/14, mais conhecida como Lei de Cotas Raciais. Desse modo o artigo investiga a legalidade, legitimidade, e a constitucionalidade dos meios utilizados para atingir o resultado, o qual visa a Lei de Cotas Raciais, quer seja conseguir realizar a aferição para que sejam considerados aptos na avaliação aqueles que atendam as exigências legais sobre o sistema de cotas raciais. Este trabalho bibliográfico teve como ferramenta o método hipotético-dedutivo que busca interpretar o que a norma diz a respeito do objeto de estudo.

Palavras-chaves: Métodos Administrativos. Concursos Públicos Federais. Sistema Cotas Raciais. Constitucionalidade. Legitimidade. Direitos humanos.

ABSTRACT

The objective of this study is to carry out a critical analysis, both juridical and constitutional, concerning the administrative methods used to verify the veracity of the self-declaration of the ethnic-racial identity presented by candidates who wish to compete for a position in the public service of direct and through federal public tenders from the point of view of the system of racial quotas. These procedures are governed by Law 12.990 / 14, better known as the Law of Racial Quotas. In this way, the article investigates the legality, legitimacy, and constitutionality of the means used to achieve the result, which is aimed at the Racial Quotas Law, whether it is to be able to carry out the assessment so that those who meet the legal requirements on the system of racial quotas.

The on-screen work had as its tool the hypothetical-deductive method that seeks to interpret what the norm says about the object of study.

Keywords: Administrative Methods. Federal Public Tenders. Racial Quotas System. Constitutionality. Legitimacy. Human rights.

¹ Graduanda do Curso de Direito

1 INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre o sistema de cotas raciais nos concursos públicos federais, que encontra respaldo na Lei de N.º12.990/14, que utiliza o fenótipo do candidato como critério para a seleção para concorrer as vagas destinadas aos negros na modalidade preto e pardo dispensando a origem afrodescendente, o qual tem como objetivo proporcionar um resgate social àqueles que foram ao longo da história discriminados.

A problemática do trabalho está voltada para um estudo pautado no modo de como está sendo a aferição das cotas raciais nos certames públicos, e tem como objetivo investigar os métodos de aferição realizados pelas bancas. Este artigo teve como ferramenta o método hipotético-dedutivo que busca interpretar o que a norma diz a respeito do objeto de estudo.

No decorrer do trabalho serão analisados de forma detalhada os principais institutos que dão base legal para o sistema de cotas raciais e sua aplicabilidade no âmbito da administração pública, bem como a forma e o método utilizado para chegar ao resultado pretendido quer seja selecionar aqueles que se autodeclararem negros (preto e pardo) e forem assim considerados pela comissão de aferição de cotas raciais, além de fazer uma análise sobre esses métodos realizados pela comissão dos variados certames públicos a luz da constitucionalidade.

As cotas raciais também abrangem o social e desse modo o requisito histórico é de grande importância nesse contexto, além de apresentar-se intimamente ligado à atualidade, pois existiu no passado injustiça histórica a qual foi herdada do período escravagista brasileiro e ainda sobrecarregada por dispositivos legais com, por exemplo: a proibição do negro de participar de uma instituição de ensino, pois não eram considerados cidadãos, além da impossibilidade do negro de adquirir terras, bem como a migração do povo negro para as áreas periféricas após a abolição da escravidão, haja vista esses não tinham sequer para onde ir, e querendo ou não, todas essas dificuldades apresentadas pelos negros são carregadas de geração após geração e repercutem na contemporaneidade havendo a necessidade de reparação através de preceitos legais.

As gênesis sobre os acontecimentos históricos acerca de nossa colonização é de grande relevância para interpretar e verificar as relações entre as raças e a questão da discriminação atualmente analisadas no Brasil, no tocante a que se refere as adoções das políticas públicas no país.

2 CONJUNTURA DO RACISMO NO BRASIL

O Estado brasileiro foi formado por vários tipos de gênero étnicos como consequência houve a formação de uma sociedade pluricultural. Sua raiz colonial trouxe como consequência sério índice de desigualdades social. Deste modo, o povo brasileiro foi construído ao longo da história sobre três pilares:

No Brasil, a questão racial está ligada ao fato de que o processo de abolição da escravatura, que iniciou muito antes de 1888, consistiu em uma estratégia econômica da Inglaterra – criar mercado consumidor para seus produtos manufaturados– e não foi acompanhado de nenhuma política de integração social dos muitos negros que deixaram de serem escravos. Como consequência, os negros, que não eram mais interessantes como

mão de obra conseguiram a “liberdade”, mas sem trabalho, sem acesso à educação e sem condições de moradia (HOLANDA, 1976).

Exploração econômica, violência e escravidão que deu origem ao modo de pensar e agir diferentes e desiguais.

Quando vinham da África nos navios negreiros, os escravos ao chegarem ao Brasil passavam a trabalhar em plantações e nos engenhos, onde se fabricava o açúcar. Apesar dos colonos terem tentado empregar a mão de obra indígena nessas atividades, não obtiveram êxito, pois na tribo os trabalhos pesados eram executados pelas mulheres.

A população brasileira mostrou-se racista desde a sua origem. E o racismo se caracteriza na crença de que existe uma posição superior entre grupos humanos, no nosso caso a do branco sobre o negro; com o advento Pacto de São José da Costa Rica e em seguida com a vigência da lei áurea e muito depois com a Constituição 1988 ficou patente a necessidade ao combate ao racismo e ao Preconceito que é um prejulgamento negativo que se faz de pessoas classificando-as por estereótipos, ou seja, por pessoas as quais ganham atribuições que julgam determinado grupo, sem na verdade avaliar suas reais qualidades, julgando-os de forma equivocada. Fazendo uma alusão sobre a discriminação racial no Brasil, nas palavras de Caio Prado Júnior, citado por KAUFMANN, 2007:

Nas palavras de Caio Prado Júnior (2001 apud KAUFMANN, 2007), destaca-se na formação étnica do Brasil a mestiçagem profunda das três raças: o português, o índio e o negro, o que fez da população brasileira uma das mais variadas agregações étnicas que a humanidade conhece. (KAUFMANN, 2007).

No Brasil o fim da escravidão só ocorreu em 1888, após a decretação da Lei Áurea, embora não houvesse mais a existência de escravos por lei, na prática era totalmente diferente, pois o que iriam fazer pessoas pobres, sem ter um trabalho, sem dinheiro e sem autonomia de vida, visto que a sociedade da época do período colonial já havia tirado o vossos espíritos humanos o deixando como animais sem donos.

2.1 CONCEITO DE RAÇA

De acordo com os estudos científicos não existem diferenças biológicas entre os seres humanos (LEWANDOWSKI, 2012, p. 23). Apesar de serem evidentes e comprovadas cientificamente as diferenças físicas entre as pessoas, como por exemplo: sexo, idade, altura, pigmentação da pele, cor e formatos dos olhos, e do nariz, além da textura dos pelos. No entanto essas distinções visualizadas através do fenótipo humano não proporciona criar nenhum subgrupo dentro da espécie humana.

Porém na proporção que as diferenças físicas despertam a atenção dos indivíduos na sociedade, tem-se a ratificação social do conceito de raça, apesar da invalidade desta concepção na biologia. Dessa forma, este entendimento continua sendo empregado em dois contextos básicos, na desvalorização de grupos racializados e no pensamento da coletividade da fração discriminada na obtenção de garantir sua integridade (anti-racismo).

Conforme esclarece Lewandowski, embora no plano biológico não mais se reconheça a subdivisão de raças, destaca que “o racismo persiste como fenômeno social, o que significa que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 23). O autor acrescenta, ainda, que a Constituição ao considerar o crime de racismo como inafiançável, considerou o conceito de raça não na perspectiva biológica, mas na categoria histórico-social, realidade que autoriza o Estado a implementar políticas positivas equalizadoras da discriminação com o objetivo de viabilizar a inclusão social de grupos tradicionalmente desfavorecidos.

Melhor dizendo, a palavra “raça” só é bem conceituada quando se refere a denominação de racismo. Veja agora abaixo o conceito de racismo na visão da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que afirma:

[...] onde o complexo raça/cor é um elemento de controle e hierarquia social, a inclusão da cor como dado de identidade individual e coletiva a ser considerado em estudos sobre relações sociais direitos e privilégios passa a ser extremamente importante como indicador da existência de desigualdades sócio-raciais. (OIT, 2005, p.20)

É relevante afirmar que na sociologia, a raça, apesar de usualmente ser mal vista por referir-se a teorias antropológicas e biológicas soberania racial com forte propagação até o fim do século XIX, ainda possui grande relevância na atualidade. Para Edward Telles (2003, p 301), é provável averiguar presença da raça em enunciados e costumes sociais e isso nos levar a acreditar que sua existência prevalece pelo menos na cabeça das pessoas:

Embora raça não tenha valor científico nem tampouco exista na natureza, sua ideia é amplamente compreendida. Mesmo que não mais represente diferenças genéticas, a ideia de raça continua a gerar diferenças de comportamento, atitudes e entendimento. Guiados por ideologias de hierarquia e dominação racial, os seres humanos impõem categorias raciais e tratam os outros de acordo com elas. Como resultado, os efeitos desse conceito inventado, longe de serem inimagináveis, tem consequências bastante reais. Em particular, essa ideia leva a ideia de discriminação racial que, por sua vez, aumenta as probabilidades de que uma pessoa sofra humilhação, viva na pobreza e acabe morrendo com pouca idade (TELLES, 2003, p. 301).

O Brasil viveu e ainda vive um cotidiano preconceituoso, envolvido por uma imensa nuvem de ideias que negavam a existência de discriminação, seja qual fosse sua natureza. As pessoas eram “respeitadas” dentro de suas características desde que, implicitamente, soubessem quais eram “seus lugares” na sociedade. Não haveria sentido em se falar de injustiça social em nosso país já que todos nós somos iguais e temos equidade de direitos e acesso aos bens públicos. Também se ventila em nosso país a ideia perversa de que, se alguém não muda a sua realidade social, os motivos prováveis estariam ligados à incapacidade ou desleixo em relação as suas metas, na carreira profissional ou pessoal, afinal o ponto de partida é “igual para todos”.

2.2 O RACISMO E SUA TIPIIFICAÇÃO PENAL NO BRASIL

A discriminação é a designação dada a conduta seja ela por ação ou omissão que infringe direitos das pessoas com base em fundamentos improcedentes e injustos, tais como a raça, sendo este vedado pela Constituição e pelos Tratados firmados pelo Brasil. A Constituição, em seu art. 5º, inciso XLII, passou a considerar a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível. Inciso este regulamentado pela Lei nº 7.716/89. O constituinte apesar de fazer referência ao racismo na verdade, o que ele queria dizer era preconceito, pois preconceito é gênero, do qual o racismo é uma espécie de preconceito que envolve a raça e a cor das pessoas.

Entre os crimes decorrentes de preconceitos de raça ou de cor, punidos pelas Leis de n.º 7.716/89 e a Lei 9.459/97, estão: o de impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Pública, assim como negar ou impedir emprego em empresa privada; recusar, negar ou impedir a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino público de qualquer grau ou em concurso público; impedir o acesso ou recusar o atendimento nos locais abertos ao público, como bares, hotéis e clubes; impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos.

3. ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

Art. 1º da Lei que institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

É sabido que o Direito é o resultado de constantes lutas e reivindicações conflituosas tendo como um viés determinado por algo que se conhece como princípio da igualdade. A compreensão crescente com relação ao princípio da igualdade tem-se como marco simbólico a leitura e interpretação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento este considerado um símbolo no que se refere aos direitos individuais do cidadão. O texto do art. 1º reza que os homens nascem e permanecem iguais em direitos, desta forma tem-se claramente a configuração do princípio da igualdade entre os povos.

Vale ressaltar que só depois de 158 anos na primeira metade do século XX, A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, iria fortalecer ainda mais a norma da igualdade enquanto elemento imprescindível à sociedade humana, considerando a dignidade da pessoa humana como um valor intrínseco a todos os seres humanos. Conforme estabelece o art. 1º da supracitada lei quando afirma que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Rudolf Von Ihering, em seu livro na pg 94, 1983, apresenta que a luta pelo direito com relação às existentes lutas e conquistas aos direitos humanos, vê-se que:

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a

balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.(IHERING,1983,p.94).

Vale ressaltar que o Direito consiste em uma ciência jurídica humana que estabelece regras ao comportamento humano coletivo, portanto, a igualdade com ele se correlaciona. Apesar do tema igualdade não ser caracterizado como um discurso novo, no entanto ele permanece com suas complexidades, onde em diversas ocasiões o mesmo é substituído como valores morais de justiça, equidade e liberdade.

A igualdade é a estrutura fundamental da democracia entre os povos, o qual está estampado no art. 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, veja-se o que diz o *caput* do artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Neste sentido, não restam dúvidas que o princípio da igualdade pode ser caracterizado como a regra basilar constitucional a qual forneceu a base para a criação do estatuto da igualdade racial.

3.1 SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

No Brasil, as reivindicações em prol das políticas de ação afirmativa ganharam destaque e vieram à público através Movimento Negro Brasileiro, que denunciou a ausência de negros nos cursos superiores brasileiros. Tais políticas sobre as ações afirmativas ganharam evidência após a realização da 3ª Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e formas correlatas de Intolerância promovida pela ONU, em 2001, na cidade de Durban, na África do Sul.

Além das cotas, fazem parte das políticas de ação afirmativas do governo: a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR); a lei 10.639|03 que instaura a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-brasileiras e Africanas nas escolas públicas e privadas do ensino fundamental e médio; a lei 11.096|2005, que institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI); e a Lei 12.288|10, que institui o Estatuto da Igualdade Racial. Essas políticas fazem parte do comprometimento do Brasil em superar o racismo.

Ações afirmativas são políticas públicas ou privadas que tem como objetivo a equiparação dos indivíduos desiguais, e que em razão dessas distinções são discriminados pela sociedade. Em virtude de sua natureza elas podem ser chamadas de ação positiva ou discriminação positiva, pois é utilizada no intuito de igualar as diferenças e não para prejudicar o indivíduo. Fazendo uma alusão as políticas públicas ou privadas afirmativas, nas palavras do Ex Ministro do STF Joaquim Barbosa Gomes,(2001, p. 6-7) vejamos:

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica (adição nossa). Impostas ou

sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.(GOMES,2001)

Dessa forma, fica cristalino que as ações afirmativas por possuírem características de natureza reparatória e compensatória, tendo como objetivo a correção das desigualdades raciais, podem ser definidas como uma medida específica que promove a igualdade de oportunidades.

4 DO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS

O ordenamento jurídico pátrio brasileiro estabelece a obrigatoriedade da realização do concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos na Administração direta e indireta para os brasileiros e estrangeiros que logrem êxitos, ou seja, aqueles candidatos foram aprovados no certame, mediante as regras da constituição de 1988, é o que prevê o art. 37, incisos I e II:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;(BRASIL,1988).

A administração pública quando opta pela realização do concurso público, ela tem o objetivo em alcançar um maior número de pessoas que se interessem e se candidatem às vagas estabelecidas pelo ente público, e de acordo com os melhores resultados obtidos, o setor público seleciona os mais qualificados para desenvolver a função pública. Acerca do tema, eis a doutrina do festejado José dos Santos Carvalho Filho, (2013, p. 629) o concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas.

4.1 DA LEI 12.990/14 DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

A lei 12.990 foi publicada em 09 de julho de 2014, passando a vigorar na mesma data percentual de 20% do total de vagas ofertadas em Concursos Públicos direcionadas para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos da administração pública federal, aos candidatos negros, autodeclarados pretos ou pardos. É o que estabelece o art. 1º da referida lei.

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. (BRASIL, 2014).

No tocante a definição do grupo alvo das políticas públicas de cotas raciais em concursos públicos federais, há de se considerar a limitação quanto aos destinatários norteados com o critério autoclassificatório fornecidos em dados no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): Conforme reza o artigo 2º da referida 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 (BRASIL, 2014).

Além do mais, ao versar sobre a hipótese de falsidade autodeclaração legislação trata da punição por crime de eventual tentativa de burla. O texto de lei preza ainda pelo direito ao contraditório a ampla defesa a ser seguramente usufruído ao candidato inscrito pela reserva de vagas, caso não seja considerado negro pela comissão de verificação de cota racial, para efeito da política pública, é o que diz o parágrafo único do 2º da lei 12.990/2014:

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.

A reserva de vagas do certame delimita-se à esfera do poder executivo federal, incluindo as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Ao criar disputas e contestações, a mencionada legislação passou por um processo de julgamento no Supremo Tribunal Federal STF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB a qual se referiu a uma Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC, tendo o seu término no mês de junho de 2017, ação esta reconhecida como integralmente compatível aos preceitos constitucionais. O acórdão restringiu o entendimento sobre a referida Lei nº 12.990/14, a partir de 03 fundamentos:

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 (...)

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.(...)

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.(STF,ADC 41)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, que outorgou constitucionais as cotas em concursos públicos federais, também abordou sobre as estruturas de heteroidentificação enquanto procedimentos subsidiários à autoatribuição racial, a serem realizadas pelas comissões designadas para averiguar a veracidade da autodeclaração racial de candidatos que pretendem concorrer a vagas do certame pelo sistema de cotas raciais, tendo como o intuito evitar fraudes no transcorrer do processo.

5 A INCERTEZA DO RESULTADO PRETENDIDO REALIZADO POR MÉTODOS VISUAIS DE DETERMINADAS AFERIÇÕES

Os negros no período colonial eram vistos como meros objetos de compra, pois os compradores examinavam o escravo negro como quem compra um animal: perguntavam pela idade, verificavam se seus dentes estavam em bom estado ou se havia defeitos pelo corpo. A finalidade era realizar uma boa compra e dessa forma levar os escravos que fossem considerados mais saudáveis, desse modo iriam ter mais força física para produzir e conseqüentemente contribuir para desenvolver as plantações dos senhores de engenho. Dessa forma comprova-se que até mesmo no Brasil colonial já existia o sistema de aferição racial voltado para o sistema econômico. (CAVARLHO,Uol, 2019)

A aferição supracitada era bastante análoga com a que está sendo analisada no trabalho, haja vista pautar-se apenas em análise visual, quer seja tendo como base para o diagnóstico desejado o fenótipo. E desse modo ambas as aferições mostram-se imprecisas, pois no Brasil colônia o principal objetivo era comprar os escravos mais saudáveis.

A verificação visual de uma comissão é muito imprecisa para estabelecer o histórico racial de um indivíduo.

Nesse sentido diferentemente do que ocorre com as pessoas com deficiência, que também têm direito a 20% de reserva de vagas garantidas por lei federal, os negros e pardos não apresentam um laudo comprobatório da sua condição para concorrer as vagas de cotistas. A Lei nº 12.990/14 apenas instituiu como regra “o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”, que não atende a um padrão científico e abre brecha para interpretações e até mesmo possíveis fraudes.

O autodeclarado "negro" precisará passar por uma comissão que lhe avaliará essa qualidade (artigo 8º, § 2º, da Resolução Normativa 8/CUN/2007, de 10 de julho de 2007). Esse método de avaliação, no entanto, não tem nenhum embasamento científico, servindo apenas à arbitrariedade.

Eugène Schreider, especialista em antropologia física da Universidade de Paris, em artigo intitulado "Liaison anthropométriques dans l'espèce humaine" in *Anthropologie*, vol. LXVII, 1963, é taxativo em afirmar que:

O diagnóstico fundado na morfologia e constituição corporal não autoriza a identificação de raça. Basta dizer que, muitas vezes, o tipo étnico árabe, ou hindu, tem idênticas características do africano, sem que ninguém, nem mesmo o especialista em classificação étnica, para fins terapêuticos ou

médicos, tenha condições de atestar a raça por intermédio de uma aferição visual. Tem exclusiva conotação estatística, portanto, a conclusão a que se chegou no Censo de 1991, no sentido de que a população de "negros" e pardos do Brasil era de 59,3 milhões, de uma população de 138,5 milhões. (SCHREIDER,1963).

Neste sentido fica evidente que a comissão especialmente formada para atestar a autodeclaração não tem embasamento científico para identificar quem seria considerado negro, pois no Brasil a miscigenação é a característica fundamental da população brasileira, logo julgar um indivíduo como sendo negro apenas pelo seu fenótipo é algo bastante desarrazoável e poderá trazer prejuízos incalculáveis para os candidatos que se autodeclararem negros.

Na tentativa de melhor solucionar quais os mecanismos mais viáveis e que melhor viesse a atender o preenchimento das referidas cotas, o governo federal estabeleceu, na gestão do ex-presidente Michel Temer a seguinte orientação normativa nº03 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, a qual dispõe sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração racial prestada por candidatos que se inscreviam pelas cotas raciais, as quais se norteariam, a partir de então, exclusivamente pelo fenótipo, conforme descreve o art. da citada normativa nº 3, *inverbis*:

Art. 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.

Saddy e Santana (2017, p. 648), ao versarem sobre os métodos de averiguação no que tange as cotas raciais em concursos públicos, que ensinam que (...)“Orientação Normativa buscou regulamentar, ao menos minimamente, a constituição das comissões de verificação de veracidade no âmbito dos concursos públicos federais”. No ponto de vista dos autores, os instrumentos normativos ainda estão desprovidos de regulamentação como, por exemplo, no tocante ao contraditório e a ampla defesa, bem como preconiza a própria Lei nº 12.990/14.

No intuito de melhor regulamentar os métodos de aferição no tocante a heteroidentificação das cotas raciais foi criada a normativa N° 04 do Ministério do Planejamento, desenvolvimento e Gestão – MPDG. Com os seguintes fundamentos:

- 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.

No mesmo sentido o art. 9º, no parágrafo 1º e 2º estabelece que as características fenotípicas devem ser consideradas as que serão avaliadas no decorrer com concurso, dessa forma a referida norma veta quaisquer tipos de

documentos como fotos ou registros de outros processos que versem sobre heteroidentificação. Além de proibir candidatos que embora tenha sido reconhecido como negro através seu de fenotípico, mas que passou por procedimentos estéticos ou cirúrgicos com intuito de extinguir, suas características negroides, de tal forma a não mais serem identificados socialmente como negro, os quais não teriam direitos ao benefício de cotas. Vejamos o que diz o art. 9º da normativa nº 4.

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.

Vale ressaltar que normatização das políticas de cotas em certames públicos federais não faz diferença entre a má fé e a falsa interpretação da realidade pelo candidato o qual é considerado não negro pela banca examinadora, mas mesmo assim eles se inscrevem para concorrer as cotas raciais por acreditar ser negro. Para uma melhor compreensão Saddy e Santana, 2017, p. 655, ao versarem sobre a matéria no tocante ao conteúdo da Orientação Normativa nº 3, explicam que:

(...) a autodeclaração prestada pelo candidato, em concurso público, de que é pardo, se rejeitada pela comissão de verificação de veracidade, não necessariamente implica que aquele tenha prestado declaração falsa, ou seja, que tenha deliberadamente tentado obter vantagem por meio de fraude, pois que o candidato pode ter sido levado por diversos fatores a formar tal entendimento acerca de sua categoria racial, tais como genealogia, dados documentais e até mesmo o contexto social e cultural em que está inserido.

Dentro dessa linha de raciocínio é relevante expor que as portarias criadas com o objetivo de melhor regulamentar os métodos de aferição de cotas raciais, ainda apresentam-se de forma precária, pois os desafios ainda são evidentes no sentido de melhor aferir quem realmente estaria contemplado de forma justa e que atenda os objetivos das políticas de ações afirmativas.

6 A SUBJETIVIDADE DO SISTEMA ATUAL DE AFERIÇÃO DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Com o objetivo de presar pela finalidade das ações afirmativas é de fundamental importância a definição de critérios objetivos para que se possa determinar quem será considerado negro ou afrodescendente, devendo tais requisitos conter no edital, o qual o concurso encontra-se vinculado. . Desse modo é considerado indevido a aplicação pela administração de critérios puramente subjetivos e que são condenados pelo próprio Superior Tribunal Federal. *in verbis*:

"EMENTA: ESTADO DE MINAS GERAIS. CONCURSO PARA SERVIDORES PÚBLICOS. EXAME PSICOTÉCNICO. LEI Nº 6.833/95, § 1º, REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 6.939/95.

Exigência estabelecida na conformidade do disposto no art. 37, I, da CF. Lei editada antes da realização do concurso, não se podendo falar em direito adquirido.

(RE nº 230197-MG, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão)"
 (...)Não se admite, em hipótese alguma, reprovar o candidato em entrevistas, feitas, em salas fechadas, sem fundamentação de rigor científico, reduzindo a singela entrevista, dotada de subjetivismo, com forte possibilidade de arbítrio, efetuado sob sigilo. A sua validade está adstrita a testes psicológicos escritos, de caráter objetivo e de aplicação coletiva. Laudo constando aspectos subjetivismo da personalidade do candidato, apenas com descrições aleatórias, não demonstrativas de fatos objetivos e de dados concretos conclusivos de inaptidão, marcado pela ausência de fundamentação, é arbitrário.

Da mesma forma, a aferição da raça pelo critério visual se mostra demasiadamente subjetiva, não sendo cabível para tal definição.

Afrodscendência independe de características fenotípicas da raça negra. Basta que a ascendência provenha do pai ou da mãe. Com esse entendimento, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu recurso da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar) e manteve decisão de primeira e segunda instância, que decidiram pela reintegração de um trabalhador aprovado pelas cotas para afrodescendente

Na decisão do juízo de primeiro grau da Vara do Trabalho de Porecatu- PR, foi concedida liminar favoravelmente ao trabalhador, “Irrelevante que a genética, quiçá, tenha pregado uma peça no demandante, fazendo-o nascer mais claro que o seu genitor e outros membros da família”², destacou o juiz.

RECURSO DE REVISTA - REINTEGRAÇÃO - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – AFRODESCENDENTE Descaracterizada a justa causa alegada – não atendimento aos requisitos da Lei Estadual nº 14.274/03 – foi desconstituída e ordenada a reintegração. Recurso de Revista que não atende aos requisitos do art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma

Acórdão do processo Nº RR - 9952600-93.2006.5.09.0562

08/09/2010

(Decisão judicial extraída do site <https://abdir.jusbrasil.com.br>, Ascendência da raça negra pode vir de pai ou mãe, 29 de setembro de 2010).

CONCLUSÃO

Destarte, para que se possa ter uma maior precisão na definição no direito as cotas seria mais razoável somar o critério visual e a autodeclaração com a análise da ascendência, como ficou demonstrado na decisão supracitada.

Dessa forma a referida pesquisa teve como objetivo colaborar para adoção de uma análise de aferição mais criteriosa e que traga mecanismo que contribua com uma maior segurança jurídica para aqueles que concorrem a uma vaga no certame público através das cotas raciais. Assim quando a autodeclaração e o fenótipo são utilizados como instrumentos de autossuficiência para constatar a raça de um indivíduo, suas consequências podem ser bastante prejudicial para candidatos que

² Revista consultor jurídico. Texto extraído do site: Academia Brasileira de Direito. <https://abdir.jusbrasil.com.br/>

se autodeclararem como negros. É dentro desse contexto que a ascendência advinda do pai e da mãe servirá como um grande divisor de águas no sentido de sanar as dúvidas com relação a etnia racial do indivíduo, bem como impor limites aos beneficiários dessas ações afirmativas, além de trazer maior estabilidade jurídica para os grupos que participarão do processo de aferição racial. Além do mais ao utilizar a ascendência como mais um parâmetro para a concessão das cotas raciais, somados aos já existentes, este novo procedimento poderá colaborar para combater as possíveis fraudes que por ventura surgirem durante o processo administrativo de averiguação das cotas raciais.

Ademais uma análise que comporte todos esses requisitos juntos trará uma maior segurança também para os dirigentes da comissão de aferição, pois estes terão suporte comprobatório para melhor aferir a condição do candidato no tocante à raça, e dessa forma contribuir para que muitos indivíduos não sejam penalizados por um rápido olhar sem embasamento mais criterioso, uma vez que conforme legislação já mencionada a não comprovação pela banca da condição de negro pode levar o candidato a ser eliminado do certame.

REFERÊNCIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho de. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Leandro, Uol, 2019, Tema: **Mercado de escravos**, disponível em: <https://alunosonline.uol.com.br/historia-do-brasil/mercado-escravos.html>, Acesso em 18 de abril de 2019.

DECISÃO, judicial extraída do site abdir.jusbrasil.com.br, **Ascendência da raça negra pode vir de pai ou mãe**, 29 de setembro de 2010.

DIAS, Martins Renato Gleidson; JÚNIOR, Tavares Faber Roberto Paulo. **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**, 1 ed. Neabi. Canoas: RS, 2018.

DIREITOS humanos, pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789**, Acesso em 22 de maio de 2019.

DIREITOS humanos, nações unidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**, Acesso em 22 de maio de 2019.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7.

HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, S. B.; CAMPOS, M. P.; FAUSTO, B. **História geral da civilização brasileira: o Brasil monárquico**: reações e transações. t. 2, v. 4. São Paulo: DIFEL, 1976.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**, São Paulo: Martin Claret, 1983,

JORDÃO, Fernando. “**Lei que torna racismo crime completa 30 anos, mas ainda há muito a se fazer**”. 2019. Disponível em: KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEWANDOWSKI, R. **Íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandoski na ADPF sobre cotas**. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

Revista **consultor jurídico**. Texto extraído do site: Academia Brasileira de Direito. <https://abdir.jusbrasil.com.br/>

RIBEIRO, Matilde. Relatório sobre as **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana**. Brasília: MEC/SEPPPIR, 2005.

Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Pesquisa nacional por amostra de domicílios - 1987, Cor da População, v.1, 1990, p. 2-3.

SADDY, André - Stephan Bertollo Santana 655 Grande do Sul, **Seria considerado branco na Bahia** (2004, p. 79 apud NASCIMENTO; FONSECA, 2013, p. 55).

SCHREIDER, Eugène, Liaison anthropométriques dans l'espèce humaine”, in *Anthropologie*, vol. LXVII, 1963

STF. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**: ADC 41, Relator: Ministro Roberto Barroso, DJe: 16/08/2017, PUBLIC 17-08-2017. Disponível em <https://blog.grancursosonline.com.br/lei-de-cotas-para-negros-e-pardos-em-concursos-e-decisao-do-stf-por-gustavo-scatolino>, Acesso em: 17 de maio de 2019.

TELLES, Edward. E. Racismo à brasileira: **Uma nova perspectiva sociológica**. Rio de Janeiro. Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.

WIKIPEDIA. Disponível [.org/wiki/ Estatuto da Igualdade Racial](https://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Igualdade_Racial), Acesso em 17 de Abril de 2019.