



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO:
SOBRE AUTODECLARAÇÃO RACIAL, PROCEDIMENTO DE
HETEROIDENTIFICAÇÃO E SANÇÕES

Alana Azeredo Dal-Cere

Rio de Janeiro
2019

ALANA AZEREDO DAL-CERE

A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO:
SOBRE AUTODECLARAÇÃO RACIAL, PROCEDIMENTO DE
HETEROIDENTIFICAÇÃO E SANÇÕES

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO:
SOBRE AUTODECLARAÇÃO RACIAL, PROCEDIMENTO DE
HETEROIDENTIFICAÇÃO E SANÇÕES

Alana Azeredo Dal-Cere

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – das questões mais controversas que envolvem atualmente os processos seletivos de acesso ao ensino superior e técnico, além de provimento de cargos da administração pública – envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – é a adoção de ações afirmativas, em especial a reserva de vagas para negros, índios e pardos, também conhecidas como cotas. Discussões acaloradas ocorrem com alguma frequência no seio social, geralmente com foco em potenciais injustiças que tais medidas trariam, olvidando-se, no entanto, de aspectos técnicos essenciais à sua implementação, como os próprios critérios para a sua concessão. Partindo desta inquietação, busca-se, por meio do presente estudo, compreender como o Direito pátrio rege o instituto das ações afirmativas, com atenção às Leis de nº. 12.711/2012 e 12.990/2014; os requisitos para enquadramento de candidatos na reserva de vagas; e verificar que tipo de censura o Estado impõe àqueles que tentam burlar o sistema, fraudando a Lei de Cotas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ações afirmativas. Lei de Cotas. Autodeclaração racial. Procedimento de heteroidentificação. Sanções.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento das ações afirmativas no Brasil. 2. A autodeclaração racial e o procedimento de heteroidentificação. 3. Sanções previstas no ordenamento aos jurisdicionados que tentam burlar o sistema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a regulamentação jurídica do sistema de cotas raciais, uma das ações afirmativas implementadas pelo Estado brasileiro a fim de corrigir as diferenças geradas pelo racismo estrutural que se apresenta até os dias de hoje, a partir da edição de normas que privilegiam o acesso ao ensino superior em instituições públicas e o preenchimento de cargos públicos em benefício de negros, pardos e índios, a exemplo das Leis de número 12.711 de 2012 e 12.990 de 2014, conhecidas como leis de cotas.

Não é de hoje que impera, no senso comum, a noção de que o Brasil seria um país miscigenado, desprovido de preconceitos inerentes a raça, cor e etnia, avesso à xenofobia e predominantemente inclusivo, em que a convivência entre pessoas das mais diversas origens e características seria algo que não causa espécie.

A despeito disso, não é preciso realizar uma complexa pesquisa científica, com base empírica, para que se tenha consciência de que o acesso de pessoas negras, pardas e de origem indígena às universidades públicas e a cargos de destaque na administração pública é inferior em comparação a pessoas que se autodeclaram brancas.

Para tanto, basta verificar que atualmente o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros brancos, o Superior Tribunal de Justiça por 31 ministros brancos, 1 negro e 1 pardo, conforme se verifica de simples consulta ao sítio eletrônico oficial de cada uma das Cortes, pese embora o último Censo publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tenha apurado que apenas 47,7% da população brasileira é composta por pessoas autodeclaradas brancas.

Este simples exemplo denota um problema estrutural da sociedade brasileira, que nos remete à formação sociocultural da população do país, tema exaustivamente discutido nos âmbitos da sociologia e da história por autores como Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda, em muito impactada pela Lei Imperial nº. 3.353 de 13 de maio de 1888 – Lei Áurea – que, a despeito de ter dado fim à escravidão, não promoveu adequada integração dos diferentes segmentos étnicos que compõem o nosso meio social.

Justamente por isso, passados mais de 130 anos desde a referida legislação imperial, o Estado ainda detém o encargo de promover medidas de inclusão, as chamadas ações afirmativas, voltadas à criação de oportunidades para estudantes de escolas públicas, os de menor renda, negros e indígenas, em razão de seu pertencimento a grupos historicamente discriminados.

Daí a pertinência do presente estudo, ora dividido em três partes.

No primeiro capítulo apresenta-se a evolução histórica das medidas afirmativas no Brasil, com a promulgação da legislação pertinente pelo Congresso Nacional e a sua ulterior e paulatina implementação, o que se deu, sobretudo, no âmbito das universidades públicas.

Na sequência, o segundo capítulo volta-se à análise da questão da autodeclaração racial, método previsto em Lei para a identificação dos candidatos que fazem jus à ação afirmativa, bem como da instituição das bancas avaliadoras, a partir das quais realizam-se os chamados procedimentos de heteroidentificação, abordando os critérios por elas utilizados.

O terceiro capítulo destina-se ao exame das sanções administrativas e penais aos agentes que tentam fraudar o sistema, que falsamente se declaram negros, pardos ou índios para se beneficiarem das leis de cotas.

O presente trabalho científico é desenvolvido por meio do método dedutivo, de modo que a pesquisadora se propõe a analisar dados e informações para chegar a uma conclusão própria.

Por fim, a abordagem do objeto é qualitativa, considerando que a pesquisadora pretende se vale da bibliografia pertinente à temática proposta, que envolve obras literárias, legislação, artigos científicos e periódicos, previamente analisada, para sustentar suas conclusões.

1. O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 representou, em diversos sentidos, um marco no cenário jurídico brasileiro, atuando como mola propulsora de mudanças sociais. Isto porque, não bastasse o efeito simbólico ínsito à sua promulgação, naturalmente decorrente do fato de ter sido levada à cabo apenas três anos após o fim da ditadura militar (1964-1985), sua redação é considerada verdadeira tradução dos ideais do Estado Democrático de Direito, principalmente em virtude das garantias individuais por ela consagradas, não por outro motivo sendo batizada de Constituição cidadã.

No que diz respeito à isonomia entre os habitantes do território nacional, Gilmar Mendes leciona que a Carta Política trouxe à tona catálogo de direitos temporalmente adequado, que, seguindo o brocardo *suum cuique tribuere* consagrado por Aristóteles¹, busca a tratar de forma igual todos os brasileiros, dando tratamento diferenciado àqueles que possuem carências especiais.²

Não por outra razão, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, conforme se verifica dos incisos do seu artigo 3º:

¹ “O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior.” (ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução: Eudoro de Souza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 199).

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204-205.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³

Desta forma, foi a partir da redemocratização que a lei fundamental da República brasileira instituiu a obrigação do Estado em criar condições, políticas públicas, voltadas a minimizar desigualdades sociais, isto é, com o declarado objetivo de neutralizar os efeitos da discriminação por raça, gênero, idade, nacionalidade e aspectos físicos, além de criar oportunidades iguais, incentivando a iniciativa privada a criar e executar políticas com este mesmo fim. Estas políticas ficaram conhecidas como ações afirmativas e possuem como escopo principal minorar as diferenças provocadas por fatores históricos, sociais e econômicos entre os cidadãos brasileiros, promovendo a ascensão de grupos minoritários historicamente discriminados, sejam eles étnicos-culturais, sexuais ou portadores de necessidades especiais.⁴

Guilherme Braga Peña de Moraes, conceitua as ações afirmativas da seguinte forma:

[...] políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, com vistas ao estabelecimento de relações de emprego, à delegação de serviços de comunicação social, à contratação e dispêndio de recursos públicos e à admissão em instituições de ensino superior.⁵

Portanto, desde o marco legislativo de 1988, representado pela Constituição Federal, foi possível a adoção das chamadas ações afirmativas, reivindicadas por diferentes grupos sociais que, antes silenciados no período da ditadura militar, passaram a demandar seus direitos abertamente, buscando corrigir o que é considerado por muitos uma injustiça histórica desde o período escravista e que resultou em um menor acesso ao ensino superior e, conseqüentemente, a menores oportunidades no mercado de trabalho para negros, pardos e índios.

Neste cenário é que se inserem as ações afirmativas, políticas públicas que possuem, como maior expoente, o sistema de cotas raciais, que atuam como mecanismos de efetivação do princípio da isonomia. Com efeito, as cotas, mais do que ações benevolentes que buscam

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴ SUPLICY, Marta. Ações afirmativas para negros são necessárias. In: *Fundação Cultural Palmares*, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=24796>>. Acesso em: 2 jun. 2019

⁵ PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. In: *Revista da Emerj*, v. 6, n. 23, p. 298-315, 2003, p. 298.

“[...] mover os ditos inferiores para uma pretensa melhor situação, tendo como modelo os que se classificam como superiores”⁶, se configuram como reconhecimento da diversidade étnico-racial brasileira.

Reafirmando os ideais de isonomia consagrados na Carta Magna, o Brasil assumiu compromisso internacional no enfrentamento das desigualdades sociais que infelizmente ainda fazem parte do seu cenário, consistente na Declaração e Programa de Ação adotada em 8 de setembro de 2001 em Durban, na África do Sul, como resultado da Conferência Mundial contra o Racismo Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que alerta para a necessidade de assegurar o acesso à educação aos afrodescendentes:

[...] 10. Insta os Estados a assegurarem o acesso à educação e a promoverem o acesso a novas tecnologias que ofereçam aos africanos e afrodescendentes, em particular, a mulheres e crianças, recursos adequados à educação, ao desenvolvimento tecnológico e ao ensino à distância em comunidades locais; ainda, insta os Estados a promoverem a plena e exata inclusão da história e da contribuição dos africanos e afrodescendentes no currículo educacional; 11. Incentiva os Estados a identificarem os fatores que impedem o igual acesso e a presença equitativa de afrodescendentes em todos os níveis do setor público, incluindo os serviços públicos, em particular, a administração da justiça; e a tomarem medidas apropriadas à remoção dos obstáculos identificados e, também, a incentivar o setor privado a promover o igual acesso e a presença equitativa de afrodescendentes em todos os níveis dentro de suas organizações; [...].⁷

A despeito do decurso de 13 anos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a assinatura, pelo Brasil, da Declaração de Durban, foi apenas no ano de 2001 que os debates sobre ações afirmativas se tornaram mais efetivos na agenda política brasileira, possivelmente porque, na aludida conferência, o país se propôs, perante a comunidade internacional, a defender o trabalho e acesso à educação pela população afrodescendente, com a adoção de medidas de ações afirmativas para garantir maior acesso às universidades públicas, passando a respaldar antigas reivindicações de movimentos sociais.

O posicionamento do Governo brasileiro em relação à Durban foi de suma relevância, portanto, para o efetivo desenvolvimento do debate acerca de ações afirmativas, pois a discussão sobre discriminação racial ocupou os meios de comunicação e tornou-se, enfim, tema de interesse e debate público.

⁶ SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção de conhecimento. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (orgs). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003, p. 49.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 31 ago. a 7 set. 2001. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Assim, para tentar superar as mazelas sociais e promover a inclusão e a justiça, a partir dos anos 1990 o Brasil buscou realizar programas de ações afirmativas, visando reconhecer e corrigir situações de direitos negados socialmente ao longo da história. As políticas de ações voltadas para a inclusão racial, contudo, se deram de forma fragmentada, se disseminando de forma heterogênea pelo país, pautadas em iniciativas locais, leis estaduais e deliberações de conselhos universitários.

No Rio de Janeiro, por exemplo, o sistema de cotas tornou-se conhecido na primeira metade dos anos 2000, muito em virtude da iniciativa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), primeira universidade do país a implementar a reserva de cerca de 50% de suas vagas em vestibulares para cursos de graduação para alunos egressos de escolas públicas cariocas.⁸

Posteriormente, no Distrito Federal, a Universidade de Brasília (UnB) implantou a política de ações afirmativas para negros em seu vestibular de 2003 – acesso para o ano letivo de 2004 –, há 15 anos, tornando-se a primeira instituição federal a utilizar o sistema de cotas raciais no país.⁹

Desde então, outras universidades também foram aderiram ao sistema de reserva de vagas em seus concursos públicos de acesso, beneficiando não apenas negros, como também pardos, índios e membros de comunidades quilombolas, além de portadores de deficiência e estudantes de baixa renda, oriundos de escolas públicas – são as chamadas cotas sociais.

Todavia, foi somente no ano de 2012, a partir da edição da Lei Federal número 12.711 de 29 de agosto de 2012, que dispôs sobre a reserva de vagas para o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, que este panorama começou a mudar, passando a ter, na figura desta norma, uma importante ferramenta de integração social, étnica e racial e de retratação histórica a nível nacional.¹⁰

Esta lei, que também ficou conhecida como Lei de Cotas, estabeleceu, entre os seus artigos 1º a 4º, que as instituições federais de ensino técnico de nível médio e de ensino superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental e/ou médio em escolas públicas, negros, pardos, indígenas e portadores de deficiência, deixando as demais à chamada ampla concorrência.

⁸ UERJ. *Sistema de cotas: programa de ação afirmativa*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/a-uerj/a-universidade/sistema-de-cotas/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁹ UNB. *Aprovação das cotas raciais na UNB completa 15 anos*. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publica-coes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 12.711*, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

Dois anos depois, foi promulgada a Lei Federal nº. 12.990 de 9 de junho de 2014, que dispõe sobre a reserva de 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 aos negros, implementando a ação afirmativa em segmento diverso da educação, visando a inserção no mercado de trabalho por meio de processo seletivo.¹¹

A temática, contudo, desperta polêmica, pois muitas pessoas entendem que a política de cotas acaba por retirar vagas de pessoas que estariam, supostamente, mais bem preparadas para o acesso ao ensino superior público ou para ser empossada em cargos públicos. Isto porque, não raras vezes as notas de corte de candidatos cotistas são consideravelmente inferiores ao de candidatos que concorrem com a ampla concorrência, o que, no senso comum, comprometeria questões voltadas à meritocracia.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se pronunciar quanto à constitucionalidade das leis em questão. Com efeito, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca da Lei federal nº. 12.990 de 2014, que estabeleceu a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, o Ministro Roberto Barroso, relator, estabeleceu que as ações afirmativas se fundam:

[...] 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.¹²

A despeito do pronunciamento do sumo intérprete da Constituição Federal, o sistema de cotas raciais ainda divide opiniões país afora. Para muitos, as cotas ferem, de certa forma, a autonomia da instituição, que deixa de partir do princípio de igualdade ente os seus candidatos, desconsiderando qualquer investimento de melhoria na educação básica. Neste sentido, para Marcia Lima, uma forma de combater as desigualdades no acesso à educação sem a implantação do sistema de cotas seria “[...] o investimento maciço nas escolas do

¹¹ BRASIL. *Lei nº 12.990*, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

ensino médio, o que garantiria aos alunos de escolas públicas melhores condições de competição para inserção na universidade”.¹³

Para outros, contudo, a política de cotas retrata uma necessária medida paliativa, voltada a fornecer igualdade de condições diante de um passado escravocrata e de desconsideração com classes menos favorecidas no seio social, além da completa falta de tempo e recursos do Estado na implementação, agora, de investimento maciço em escolas de nível fundamental e médio, dando mais chances aos jovens que buscam acesso ao ensino superior público, por exemplo.

Seja como for, fato é que as discussões a respeito do tema, sobretudo do ponto de vista jurídico, não podem se voltar apenas a sua efetividade, mas também, e fundamentalmente, para a forma de ingresso dos cotistas no sistema.

2. A AUTODECLARAÇÃO RACIAL E O PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

Segundo o último censo publicado pelo IBGE, no ano de 2010, 43,1% da população brasileira se autodeclarou parda, 7,6% negra e 0,4% indígena¹⁴. Significa dizer que mais da metade da população brasileira se reconhece como não branca, como integrante dos grupos minoritários beneficiado pelas leis de cotas, citadas no capítulo anterior.

De fato, constatar que, por um lado, a maioria dos brasileiros se inserem nestes grupos étnicos, mas, por outro, a esmagadora maioria dos estudantes do ensino público e dos membros de cargos de autoridade são brancos, como apurado, por amostragem, a partir de simples consulta aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – em que se verifica que dos 44 ministros, apenas 2 não são brancos –, é no mínimo intrigante.

Independente disso, dos pontos mais relevantes do presente estudo, a propósito das polêmicas que envolvem as ações afirmativas, são os procedimentos de definição racial dos candidatos, tanto na concorrência às vagas para ingresso nas universidades estaduais e federais, como para o preenchimento de cargos da Administração Pública por meio de concurso público.

¹³ LIMA, Marcia. Ações afirmativas no governo Lula. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 87, 2010, p. 88.

¹⁴ IBGE. *Retratos: a revista do IBGE*. v. 1, n. 11, mai. 2018, p. 19. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2929/rri_2018_n11_maio.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2019.

Com efeito, as Leis de nº. 12.711 de 2012¹⁵ e 12.990 de 2014¹⁶ se limitaram a determinar a reserva de vagas àqueles que se autodeclaram negros, pardos ou indígenas, deixando de lado a regulamentação da aferição desta manifestação de reconhecimento pelos candidatos.

Isto gera um seríssimo problema, pois ao mesmo tempo em que a classificação racial brasileira é única, não existe uma classificação internacional para aferição de raças ou etnias. O que define, exatamente, a pessoa como negra, parda ou indígena? Qual é a exata medida para se distinguir a população nestes diferentes segmentos?

O assunto é complexo e em outros países do mundo conceitos como etnia, tribo, nação, povo e raça não se limitam a características físicas, recebendo influências em conteúdos locais, mesmo porque se entende que as bases para a delimitação das fronteiras entre grupos sociais são produzidas não apenas pela composição, características e tez da pele do indivíduo em si, mas também, e fundamentalmente pela história de cada sociedade.

Não por outra razão, organismos internacionais, em atenção à tal diversidade, optam por não definir um sistema de classificação universal, sendo certo que, quando etnicidade é objeto de interesse de pesquisas internacionais, tal aspecto é geralmente captado de acordo com as categorias locais empregadas pelo órgão oficial de estatística do país em estudo – no nosso caso, o IBGE.

Atualmente, existem três métodos de identificação racial reconhecidos como adequados, aptos a serem aplicados com variantes. O primeiro deles é a auto-atribuição de pertença, por meio do qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro – é o critério utilizado pelo IBGE para definir a composição da população brasileira. O segundo método é o da heteroatribuição de pertença, no qual terceiros definem a qual grupo étnico ou racial pertence o sujeito sob classificação. Por fim, o terceiro método é a identificação dos grandes grupos populacionais dos quais os ascendentes próximos são provenientes, por meio da análise do DNA.¹⁷

Ocorre que, nos últimos 30 anos, a proporção de brasileiros que se autodeclaram brancos diminuiu, ao passo que, como corolário, os que se declaram negros ou pardos aumentou. Como visto, de acordo com os resultados do Censo 2010, divulgados pelo IBGE, o número de pessoas que se declaram negras, pardas, amarelas ou indígenas superou o de

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota nº. 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

¹⁷ OSORIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Brasília: IPEA, 2003, p. 7-8. Disponível em: <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-acoes-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

brancos no Brasil – enquanto 91.051.646 habitantes se declararam brancos, outras 99.697.545 pessoas disseram ser negros, pardos, amarelos ou indígenas.¹⁸

Por tal arte, diante do elevado crescimento de autodeclarações raciais não brancas, algumas das universidades que adotam programas de cotas raciais se viram na contingência de instituir comissões de verificação da identidade racial dos candidatos, enquanto outras adotaram a análise de fotografias como etapa do processo seletivo, a fim de evitar o cometimento de fraudes ao sistema de reserva de vagas.

Nestes casos, o candidato às vagas reservadas, seja presencialmente, seja por meio de fotografia, é avaliado por uma espécie de banca prévia, que pode ou não homologar sua declaração de pertencimento ao grupo beneficiário e, a partir daí, deferir ou não sua participação no certame.

Essa banca avaliadora compõe o denominado procedimento de heteroidentificação, foi regulamentada pela Portaria Normativa nº. 4, de 6 de abril de 2018, editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Governo Federal, a qual assevera, em seu artigo 9º, que o critério de avaliação utilizado será o fenotípico, ou seja, as características individuais visíveis a olho nu, sua aparência, o formato dos seus olhos, a tonalidade da pele, cor e textura do cabelo.¹⁹

No âmbito acadêmico, o procedimento de heteroidentificação foi alvo de muitas críticas, sendo altamente censurado, ao argumento de que as comissões de homologação da identidade racial constroem o direito individual à autoidentificação.²⁰ Tais críticas não se limitaram à academia, tendo se espalhado para o cenário jurídico.

Neste sentido, recentemente, no dia 18 de dezembro de 2017, o Ministério Público Federal recomendou à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), no âmbito do Inquérito Civil nº. 1.29.000.000654/2016-35, que suspendesse o processo de aferição realizado pela Comissão Especial de Verificação da Autodeclaração Racial, instituído pela Portaria de nº. 10.129/2017, bem como se abstinhasse de qualquer futura verificação coletiva retroativa com base na análise de fenótipo para alunos ingressantes por concursos vestibulares que não previam o critério fenotípico em seus editais. Esclareceu ainda, na recomendação,

¹⁸ IBGE, op. cit., p. 19.

¹⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria nº 4*, de 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁰ DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. In: *Caderno de Pesquisas*, São Paulo, v. 43, n. 148, p. 302-327, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2019.

que “[...] o não acatamento infundado do presente documento, ou a insuficiência dos fundamentos apresentados para não acatá-lo total ou parcialmente poderá ensejar a adoção das medidas judiciais cabíveis [...]”.²¹

De fato, é bastante complicada a realização dos procedimentos de heteroidentificação, sobretudo porque a identificação visual efetuada por membros das chamadas bancas avaliadoras não deixa de ser, em alguma medida, uma conduta subjetiva, eis que não segue critérios técnicos e científicos de determinação de pertencimento a grupos étnicos ou raciais.

No ponto, ainda, não se pode olvidar que a maior parte das instituições de ensino público seguem adotando apenas o procedimento de autodeclaração para que o candidato possa concorrer às vagas reservadas, o que significa que basta o candidato declarar a que grupo racial se reconhece como membro no momento da inscrição para ter um tratamento diferenciado, por exemplo, em processo seletivo de acesso às vagas disponibilizadas no vestibular.

A bem da verdade, apenas 6 universidades lançam mão das comissões de verificação racial ou da análise de fotografias. Dentre elas, a Universidade de Brasília (UnB), a Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR) utilizam comissão de verificação racial; por sua vez, a Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e a Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS) usam a análise de fotografias; e, por último, a Universidade Federal do Maranhão (UFMA) utiliza ambos procedimentos.²²

Noutro sentir, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei Federal nº. 12.990 de 2014²³, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/DF²⁴, estabeleceu ser “[...] legítima a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Assim se pronunciou o Ministro Roberto Barroso, relator da referida ação:

[...] Assim, a meu ver, não é incompatível com a Constituição, respeitadas algumas cautelas, que se faça um controle heterônomo, sobretudo, nos casos em que haja fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração. A hipótese de controle de fraudes é para evitar, de um lado, que o candidato tente fraudar a reserva

²¹ BRASIL. Ministério Público Federal, *Recomendação PRDC/RS nº 25/2017*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/rec/prdc/prdc-no-25-2017/at_download/file>. Acesso em: 16 mai. 2019.

²² DAFLON; FERES JUNIOR; CAMPOS. op. cit., nota nº. 20.

²³ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota nº. 12.

de vagas e, de outro lado, para evitar que a Administração tente fraudar a política, por exemplo, abrindo concursos sem reservar as vagas. [...]”²⁵

Dado o seu propósito precípua, a formação dos integrantes dessas comissões encontra-se delimitada no artigo 6º, seus parágrafos e incisos, da Portaria nº. 4 de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, visando justamente alcançar padrões mínimos de diversidade, de modo a representar os diferentes segmentos da população brasileira, sendo certo que o seu §4º prevê justamente a necessidade que representantes de diferentes cores e gêneros a componham, ao dispor que “a composição da comissão de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade”²⁶.

Não se pode deixar de lado, malgrado haja consideráveis críticas à adoção de critérios suplementares à autodeclaração, que as comissões de verificação existem, pura e simplesmente, para evitar eventuais mal-entendidos e fraudes.

As comissões de heteroidentificação atuam para evitar que candidatos mal informados ou mal-intencionados obtenham o direito de concorrer por cota. No caso dos equivocados, elas oferecem a devida orientação, e no caso daqueles que utilizam de má-fé, na tentativa de burlar o sistema, poderão submetê-los às demais consequências pela tentativa de fraudar a lei, seja por meio da exclusão do certame, seja por meio da imposição de medidas mais duras, como até mesmo informar aos órgãos de persecução penal, conforme o caso.

3. SANÇÕES PREVISTAS NO ORDENAMENTO AOS JURISDICIONADOS QUE TENTAM BURLAR O SISTEMA

Apesar de não serem raros os casos de fraude e tentativa de fraude às leis de cotas, inexistente, atualmente, uma regra líquida e certa de punição para quem os detratores do sistema, que se autodeclararam negros, pardos ou índios quando, na realidade, não pertencem a tais grupos étnicos.

Isso decorre da natural complexidade da verificação empreendida pelas bancas de heteroidentificação. Por não ser um trabalho de cunho objetivo, puro e simples, com nuances subjetivas na aferição da cor do candidato, as comissões não raras vezes cometem equívocos, como, por exemplo, o caso de dois irmãos gêmeos, filhos de pai negro e mãe branca, que se

²⁵ Ibid., p. 13.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota nº. 19.

inscreveram no vestibular da Universidade de Brasília (UnB) em 2007, mas apenas um deles pôde concorrer às vagas destinadas às cotas.²⁷

À luz disso, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabeleceu, no artigo 3º da Portaria Normativa nº. 4 de 2018, que disciplina o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, quando de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração pública federal, que a autodeclaração realizada pelo candidato em certame público possui presunção de veracidade relativa, cuja confirmação poderá ser feita *a posteriori*, mediante procedimento de heteroidentificação, sendo certo que, no caso de dúvida razoável, prevalecerá a autodeclaração.²⁸

A Lei nº. 12.990 de 2014 já previa, em seu artigo 2º e parágrafo único, anteriormente à edição da portaria supracitada, que eventual constatação de declaração falsa induz à eliminação do candidato do concurso público, bem como em caso de já haver nomeação, que o empossado “[...] 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”.²⁹

Este mesmo encaminhamento foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº. 203 de 23 de junho de 2015, a respeito da reserva de vagas no âmbito do Poder Judiciário, quando dispôs, em seu artigo 5º, que “[...] presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição do certame [...]”, sendo certo que, “[...] comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo [...]”, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.³⁰

Tem-se, portanto, na atual conjuntura, duas sanções aplicáveis aos candidatos autodeclarados negros, pardos ou índios que na verdade não fazem jus a tal benefício: por um lado, a imediata eliminação do certame e, na eventualidade de o indivíduo já ter sido nomeado a determinado cargo público, a abertura de procedimento administrativo disciplinar com vista à anulação da sua nomeação, excluindo-o dos quadros do órgão público integrado.

No Estado do Rio de Janeiro, em 2017, a Universidade Federal Fluminense registrou 1.274 candidaturas de indivíduos autodeclarados negros, pardos ou indígenas, dos quais 162,

²⁷ BASSETTE, Fernanda. *Cotas na UNB: gêmeo idêntico é barrado*. São Paulo, 29 mai. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota nº. 19.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 203*, de 23 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

aproximadamente 14%, tiveram a matrícula recusada, por fraude, de acordo com a Coordenadora da Comissão de Aferição lá instituída.³¹

Sucedo, no entanto, que há uma grande dificuldade em enquadrar tais condutas, evidentemente contrárias ao direito, como penalmente relevantes, acusando os candidatos que usaram de má-fé dos crimes de falsidade ideológica ou estelionato, por exemplo, justamente pelo fato de a autodeclaração e pertencimento étnico e racial gozar de presunção de veracidade relativa apenas, não absoluta, por passível de ulterior verificação.

Neste sentido, a situação em questão assemelha-se aos casos de falsa declaração de hipossuficiência ou de residência, também passíveis de posterior apuração. Para tais casos, ambas as turmas especializadas em matéria penal do Superior Tribunal de Justiça consolidaram entendimento segundo o qual “[...] a petição inicial contendo indicação incorreta de endereço não é considerado documento para fins de tipificação do crime de falsidade ideológica”³², bem como considerando “[...] atípicas as condutas de firmar e usar, em juízo, declaração de pobreza que não corresponda à realidade dos fatos [...]”, considerando “[...] a possibilidade de confirmação da veracidade da informação contida no documento, inclusive com o indeferimento do pleito de gratuidade ou posterior revogação da decisão”³³.

Destarte, a seara criminal do Poder Judiciário, até o momento presente, ainda não oferece resposta para eventuais este tipo de conduta contrária ao direito, considerando inexistir um tipo penal específico que ultrapasse a questão da presunção relativa de veracidade da autodeclaração.

Não obstante, o Congresso Nacional, por meio da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, já convocou audiência pública visando discutir a criação de um tipo penal específico para coibir as fraudes de autodeclaração racial nos concursos públicos, realizada em setembro de 2015, que contou com a participação do desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.³⁴ Desta forma, se por um lado não há que se falar em tipos penais de *lege lata*, por outro identifica-se a existência de

³¹ VIEIRA, Isabela. *MPF recomenda maior controle de autodeclaração racial em vestibular*. Rio de Janeiro, 14 mar. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-03/mpf-recomenda-que-autodeclaracoes-raciais-em-vestibular-sejam-conferidas>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 49.437/SP*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1385269&num_registro=201401640443&data=20150304&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº. 218.570/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123462&num_registro=201102201720&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

³⁴ ALTAFIN, Iara Guimarães. *Fraude nas cotas raciais pode se tornar crime previsto no Código Penal*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/fraude-nas-cotas-raciais-pode-se-tornar-crime-previsto-no-codigo-penal>>. Acesso em: 6 jun. 2019

preocupação de *lege ferenda*, no intuito de coibir práticas danosas relacionadas à autodeclaração racial, que prejudicam os beneficiários das ações afirmativas.

CONCLUSÃO

Partindo-se de uma inquietação recorrente, o percurso trilhado ao longo deste trabalho buscou compreender e analisar o atual panorama legislativo envolvendo as ações afirmativas no Brasil, em especial no que diz respeito ao sistema de cotas.

Apurou-se a existência de normas que determinam a obrigatoriedade da reserva de vagas para candidatos negros, pardos e indígenas em concursos de acesso às universidades públicas e de provimento de cargos na administração pública federal – Lei nº. 12.711 de 2012 e Lei nº. 12.990 de 2014.

Do mesmo modo, verificou-se que a forma de identificação racial predominante atualmente é a autodeclaração, pese embora esteja em consonância com a Constituição Federal a criação de procedimentos de heteroidentificação, em que bancas avaliadoras fazem a aferição da veracidade das autodeclarações realizadas pelos candidatos, que gozam de presunção de verdade relativa apenas.

O atual estado de coisas é tal que existem punições em sede administrativa apenas, a despeito de eventuais fraudes importarem em afronta à sociedade civil como um todo, estando a merecer medidas rigorosas de natureza penal como resposta às condutas ilícitas dos detratadores que violam a norma vigente.

Há, no entanto, a expectativa de mudança deste cenário, a partir de inovações de *lege ferenda*, com a criação de um tipo penal específico, que passe a tutelar futuras fraudes em prejuízo de beneficiários e não beneficiários do sistema de cotas raciais. É o que se espera nos anos porvir.

REFERÊNCIAS

ALTAFIN, Iara Guimarães. *Fraude nas cotas raciais pode se tornar crime previsto no Código Penal*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/fraude-nas-cotas-raciais-pode-se-tornar-crime-previsto-no-codigo-penal>>. Acesso em: 6 jun. 2019

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução: Eudoro de Souza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BASSETE, Fernanda. *Cotas na UNB: gêmeo idêntico é barrado*. São Paulo, 29 mai. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>>. Acesso em: 5 jun. 2019

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.711*, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.990*, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. Ministério Público Federal, *Recomendação PRDC/RS nº 25/2017*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/rec/prdc/prdc-no-25-2017/at_download/file>. Acesso em: 16 mai. 2019.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria nº 4*, de 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 49.437/SP*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1385269&num_registro=201401640443&data=20150304&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº. 218.570/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123462&num_registro=201102201720&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 41*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. *In: Caderno de Pesquisas*, São Paulo, v. 43, n. 148, p. 302-327, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2019.

IBGE. *Retratos: a revista do IBGE*. v. 1, n. 11, mai. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2929/rri_2018_n11_maiio.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019.

LIMA, Marcia. Ações afirmativas no governo Lula. *In: Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 87, p. 88, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 31 ago. a 7 set. 2001. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

OSORIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Brasília: IPEA, 2003. Disponível em: <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-acoes-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. *In: Revista da Emerj*, v. 6, n. 23, p. 298-315, 2003.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção de conhecimento. *In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (orgs). Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, p. 43-54, 2003.

SUPLICY, Marta. Ações afirmativas para negros são necessárias. *In: Fundação Cultural Palmares*, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=24796>>. Acesso em: 2 jun. 2019.

UERJ. *Sistema de cotas: programa de ação afirmativa*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/a-uerj/a-universidade/sistema-de-cotas/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

UNB. *Aprovação das cotas raciais na UNB completa 15 anos*. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

VIEIRA, Isabela. *MPF recomenda maior controle de autodeclaração racial em vestibular*. Rio de Janeiro, 14 mar. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-03/mpf-recomenda-que-autodeclaracoes-raciais-em-vestibular-sejam-conferidas>>. Acesso em: 6 jun. 2019.