Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação*

Implementing racial quotas for hiring public employees and in public universities: overcoming procedural problems

*Edilson Vitorelli***

RESUMO:

O presente artigo analisa os problemas procedimentais decorrentes da implementação de cotas raciais em concursos públicos e para o ingresso nas universidades, sobretudo no que tange à identificação dos beneficiários da política pública e à prevenção das fraudes. Embora considere problemática a opção nacional pelas políticas de heterorreconhecimento racial, apresenta medidas para que esse procedimento, quando adotado, resguarde a segurança jurídica dos candidatos, a objetividade da avaliação

* Artigo recebido em 5 de janeiro de 2017 e aprovado em 3 de abril de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v275.2017.71649>

** Stanford University, Standford, Califórnia, Estados Unidos. E-mail: edilsonvitorelli@gmail.com. Procurador da República. Doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná, mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. *Visiting scholar* na Stanford Law School, *visiting researcher* na Harvard Law School e no Max Planck Institute for Procedural Law.

e o controle público e social da seleção. A proposta é composta por três técnicas, iniciando com a criação de parâmetros de comparação racial nos editais, passando pela exigência de fundamentação adequada das decisões das comissões e concluindo com a ampliação do controle social sobre os candidatos selecionados.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito constitucional — cotas — concursos públicos — procedimentos administrativos — heteroverificação

ABSTRACT:

This paper aims to propose procedural techniques capable of implementing affirmative actions based on race, considering the specificities of race relations in Brazil. Although the country has recognized its racial inequality, it is impossible to adopt criteria based on genotype or ascendency. Moreover, the high number of interracial marriages through time originated a population with a wide variety of phenotypical profiles. It is difficult, in this context, to develop a procedure to implement affirmative action without making it useless, due to the large number of possible beneficiaries, but, on the other hand, avoiding to create a racial tribunal. This paper aims to overcome these difficulties.

KEYWORDS:

Constitutional law — affirmative action — quotas — administrative procedure — race check

1. Advertências iniciais

O objetivo deste trabalho é delinear um guia procedimental para a implementação de políticas de ação afirmativa raciais, consistentes na criação de cotas para negros no ingresso em universidades públicas ou em concursos públicos.

Em virtude desse corte metodológico, não se discutirá a conveniência da introdução dessas políticas no Brasil, nem a existência do preconceito racial que funciona como justificativa para sua introdução. Esses assuntos já foram

tratados com vagar, em outro estudo,¹ sendo também digno de nota o fato de que o juízo de conveniência já foi realizado pelo legislador federal, ao aprovar a Lei nº 12.711/2012, relativa às cotas em universidades, e a Lei nº 12.990/2014, atinente aos concursos públicos federais.

Também não será discutida aqui a constitucionalidade das ações afirmativas baseadas em raça, questão já superada, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 186, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 26 de abril de 2012, cujo acórdão foi publicado apenas em outubro de 2014. A análise do STF se restringiu às cotas em universidades, não havendo, naquele momento, pronunciamento do Tribunal quanto à possibilidade constitucional de utilização do critério racial em concursos públicos.²

Todavia, em junho de 2017, o STF julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 e definiu, por unanimidade, que a Lei nº 12.990/2014 é compatível com o texto constitucional. O voto condutor, do ministro Luiz Roberto Barroso, ressaltou aspectos como o dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira. Assim, mesmo que a questão possa continuar dividindo opiniões em âmbito doutrinário, do ponto de vista jurisprudencial, não existe margem para dúvidas: a reserva de vagas em concursos públicos por critérios raciais é compatível com a Constituição.³

A decisão reforça a relevância do presente artigo. Se as ações afirmativas serão uma realidade em concursos públicos, de agora em diante, é preciso discutir quais as formas mais adequadas para que sua implementação possa ocorrer, do ponto de vista procedimental, de modo a equilibrar os valores de segurança jurídica do certame, de prevenção de fraudes ao sistema e de garantia para o candidato que busca o benefício legal.

¹ VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

² Rcl 17585, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 11/6/2014, DJ 16/6/2014: “Inicialmente, há que se ter em vista que o caso em exame é diverso daquele submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM). Na citada actio o Plenário do STF considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes em determinada Universidade, o que diverge da pretensão inicial, cuja ação afirmativa está direcionada à reserva de vagas em concursos públicos municipais”. Para uma análise da questão, do ponto de vista acadêmico, ver VITORELLI, Edilson. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, jan./abr. 2016.

³ Ressalte-se que o acórdão do julgamento da ADC nº 41 ainda não havia sido publicado quando da conclusão deste trabalho, de modo que as referências são baseadas apenas nas notícias publicadas pelo próprio STF.

2. O contexto do debate

A adoção de cotas raciais nos processos seletivos para as universidades públicas brasileiras foi saudada como um grande avanço para os direitos humanos no Brasil. A quase totalidade dos autores viu nas cotas a possibilidade de se corrigirem injustiças históricas, desfazer a contradição de um ensino público dominado por pessoas brancas e ricas e criar caminhos de sucesso para a juventude negra e marginalizada.⁴

Embora diversos desses aspectos sejam verdadeiros e os resultados da adoção das políticas de ação afirmativa nas universidades públicas venham se mostrando empiricamente positivos, é fato que um problema se apresenta desde o início do debate brasileiro sobre ações afirmativas raciais: como definir quem é negro em um país altamente miscigenado? Mais que isso, como definir quem é negro em uma situação em que essa definição pode assegurar ao interessado um benefício competitivo contra outras pessoas, na busca de um benefício pessoal que não é passível de ser atribuído a todos os pretendentes?

De modo geral, os estudiosos afirmaram que o critério antropológicamente adequado seria o da autodeclaração. É negro quem assim se declara. Três dificuldades se apresentam: primeiramente, o Brasil nunca teve, diferentemente dos Estados Unidos, por exemplo, políticas públicas de segregação racial posteriores à abolição da escravidão, nem proibições ao casamento inter-racial.⁵ Disso derivou elevado grau de miscigenação racial da sociedade brasileira, o qual, por sua vez, originou um contínuo quase infinito de variações fenotípicas, tornando praticamente impossível dizer quando alguém deixa de ser negro e passa a ser branco.

Segundo, todas as normas referentes a ações afirmativas equipararam, na condição de negro, aqueles que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística designa como pretos e pardos. Assim, desde que alguém não seja índio, branco

⁴ Ver, entre vários outros, PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16/3, 2008; DUARTE, Evandro C. et al. (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2009; FERREIRA, Renato (Org.). *Ações afirmativas: a questão das cotas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011; ALMEIDA FILHO, Naomar de (Org.). *Ações afirmativas na universidade pública: o caso da UFBA*. Salvador: s.n., 2005. (edição do Centro de Estudos Afro-Orientais da UFBA); IKAWA, Daniela. *Direito às ações afirmativas em universidades públicas brasileiras*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 365-409; GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁵ Nos Estados Unidos, apenas em 1967, no julgamento de *Loving v. Virginia*, a Suprema Corte declarou inconstitucionais leis estaduais que proibiam casamentos inter-raciais.

ou amarelo, será negro, para fins de ações afirmativas. Isso equivale a mais de 50% da população, o que é um público vasto, ainda que se desconsidere a dificuldade de identificar quem são as pessoas compreendidas nesse grupo. Terceiro, como essa declaração é feita em um contexto no qual o interessado pretende uma vantagem competitiva em um certame, há fortes estímulos para que o indivíduo se identifique como negro apenas para aquele propósito, mesmo que, efetivamente, assim não se considere.

Por essa razão, as universidades públicas, pioneiras na adoção do modelo, criaram políticas de heterorreconhecimento, que incluem a análise da declaração do candidato por uma comissão escolhida pelo órgão. A ideia foi primeiro implementada pela Universidade de Brasília e acarretou o ajuizamento da ADPF nº 186, perante o Supremo Tribunal Federal, além de diversas críticas acadêmicas e jornalísticas. Expuseram-se, igualmente, casos anedóticos, como o de gêmeos idênticos com resultados opostos na avaliação da comissão da UnB, um sendo considerado branco e o outro, negro.

O fato é que, ao longo dos anos, a UnB, a propósito de repelir as fraudes, negou validade à autodeclaração de centenas de candidatos, inicialmente com base em fotografias, depois em entrevistas pessoais. O edital, em nenhum dos anos, informou qual era o critério adotado pela universidade para considerar alguém negro ou não. As decisões nunca foram fundamentadas e, em vários anos, os nomes dos integrantes da comissão sequer eram públicos.

Ainda que essa seja uma questão central e de grande dificuldade para a aplicação de políticas de ação afirmativa racial, ela foi ignorada pelos melhores trabalhos sobre a matéria e, o que é pior, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da já referida ADPF nº 186. Embora o respectivo acórdão seja composto por mais de 200 páginas, ele pouco se manifesta sobre o modo como alguém poderia avaliar se outrem é ou não negro, como se controlaria essa decisão e qual o procedimento para sua adoção. Limitou-se a afirmar, no julgamento da ADPF, o ministro relator:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

O trecho transcrito, do ministro Lewandowski, se refere ao respeito, tanto quanto possível, dos critérios anteriormente explicitados. Todavia, quando

se busca o segmento anterior do voto, o julgador se limita à transcrição de trabalho de Daniela Ikawa, no qual a autora assevera:⁶

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas — há [...] um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% —, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

Ocorre que Ikawa não está delimitando critérios de heteroidentificação, como sugere o ministro Lewandowski, mas exemplificando ferramentas que podem auxiliar na sua execução (formulários, declarações assinadas, entrevistas, fotos e comitês). Por esse motivo, não há, na ADPF nº 186, quaisquer critérios para orientar o objeto da avaliação de heteroidentificação (quem é e quem não é negro) e nem mesmo o procedimento para sua execução. O STF apenas legou aos gestores públicos ampla liberdade para implementar políticas de cotas da forma que julgassem adequada. Apesar disso, a questão foi percebida pelo voto do ministro Gilmar Mendes, que considerou a política “ainda constitucional”, com os seguintes fundamentos:

O critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais gera alguns questionamentos importantes. Afinal, qual é o fenótipo dos “negros” (“pretos” e “pardos”) brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro? Essas indagações não

⁶ IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129.

são despropositadas se considerarmos alguns incidentes ocorridos na história da política de cotas raciais da UnB.

[...] causa perplexidade cogitar que espécie de deliberação é feita entre os integrantes da Comissão de Seleção da UnB para avaliar se uma pessoa é ou não negra. Qual seria a distinção entre um pardo mais escuro e um mais claro, já que, de acordo com declarações trazidas aos autos, os pardos claros seriam os mais difíceis de serem identificados. Quais os critérios de tão tênue questão?

No caso da UnB, fica difícil vislumbrar a adequação da política. Criou-se uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e assim revogar a manifestação de vontade do candidato autodeclarado negro. Não se pode negar, portanto, que a existência desse tipo de comissão avaliadora acaba por anular a autodeclaração alçada a critério base desse modelo.

Assim como o critério da autodeclaração é demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva — tal como reconhecido pelos próprios defensores da política de cotas da UnB —, a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente. Ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da heteroidentificação como a base do modelo de cotas da UnB; isto é, no final das contas, quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado. Um critério de autodeclaração que se transmuda em heteroidentificação. O modelo é, inegavelmente, incongruente e ineficaz nesse sentido.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha sufragado a posição de autonomia para o gestor público universitário encarregado das políticas de ação afirmativa, a Lei nº 12.771/2012, posterior ao julgamento, adotou o critério da autodeclaração racial (arts. 3º e 5º), o qual foi confirmado pelo art. 14 da Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação. O normativo não prevê a avaliação do candidato por comissões, mas apenas a possibilidade de instauração de procedimentos posteriores para apuração de fraudes, não especificamente quanto à questão da identificação racial, mas de todos os requisitos necessários à participação no sistema de ações afirmativas, que agora leva em consideração aspectos sociais e raciais. Tal mudança do cenário normativo implicou o fim das comissões de verificação no âmbito

das universidades federais. O edital do vestibular 2016 da UnB é explícito nesse sentido:

5.1 Para concorrer às vagas reservadas por meio do Sistema de Cotas para Negros, o candidato deverá possuir traços fenotípicos que o caracterizem como negro, de cor preta ou parda, conforme normas internas das Políticas de Ação Afirmativa da UnB; o candidato deverá também efetuar a sua inscrição via internet, conforme procedimentos descritos no item 3 deste edital, optando para concorrer pelo Sistema de Cotas para Negros.

5.2 No momento do registro, o selecionado deverá assinar um termo, fornecido pela UnB, se autodeclarando negro de cor preta ou parda.

5.2.1 As informações prestadas no termo serão de inteira responsabilidade do candidato, respondendo este por qualquer falsidade.

Apesar do exposto, a questão da heteroverificação não se encerrou com a mudança normativa referente às cotas em universidades. A Lei nº 12.990/2014, ao instituir cotas raciais em concursos públicos federais, estabeleceu a autodeclaração como critério, mas previu, no parágrafo único do art. 2º, a possibilidade de exclusão do concurso para o candidato que falsamente se declarasse negro. Com base nessa previsão, os editais de concursos públicos passaram a prever a etapa de verificação obrigatória da autodeclaração para os candidatos que queiram concorrer como cotistas.

Da mesma forma que na época da avaliação feita pelas universidades, nenhum edital de concurso público posterior à edição da lei especificou quais seriam os critérios para que alguém fosse considerado preto ou pardo. Nenhuma das decisões de eliminação de candidatos foi fundamentada. O resultado é apenas de que a comissão não considerou o candidato negro. Apesar de formalmente sujeitas a recurso, as decisões recursais são igualmente desprovidas de fundamentação.

Quando as decisões administrativas chegam ao Poder Judiciário, por iniciativa dos candidatos excluídos, os acórdãos dos tribunais refletem a ideia de que raça não se discute.⁷ Ou a decisão administrativa é confirmada porque o candidato não é negro, ou é reformada, porque, pela análise das

⁷ COLLIER, Peter; HOROWITZ, David. *The race card: white guilt, black resentment, and the assault on truth and justice*. Rocklin: Prima Publishing, 1997.

fotografias, ele é.⁸ Em um considerável número de ocasiões, o tribunal se esquivou do debate, ao argumento de impossibilidade de rever o mérito dos atos administrativos.⁹

O Ministério Público Federal agiu de modo similar, ao propor ação contra candidatos alegadamente brancos, pretendentes a cargos da carreira diplomática. O Itamaraty se recusou a cumprir recomendação do MPF, no sentido de que implementasse uma comissão de heteroverificação, ao argumento de que seria impossível realizar tal avaliação. Ao final do certame, houve ajuizamento de ação civil pública contra cinco candidatos, cuja autodeclaração seria falsa. O inteiro teor do item 5.7 da petição inicial, que é o dedicado a demonstrar a falsidade das declarações dos candidatos réus, em uma petição de 43 páginas, se limita aos cinco parágrafos seguintes:

Uma vez esclarecidos os critérios e métodos pelos quais deve ser realizada a classificação de pertença étnico-racial, conclui-se, pelas fotografias coloridas acostadas aos autos do inquérito civil anexo, que os candidatos réus não são negros, de modo que não fazem jus às cotas reservadas pela Lei 12.990/2014.

As fotografias foram obtidas pela Secretaria de Pesquisa e Análise do MPF diretamente de bancos de dados oficiais (em especial da rede Infoseg — base Condutores, do Ministério da Justiça) e de redes sociais, a partir dos endereços de e-mail fornecidos pelos próprios candidatos no ato da inscrição no certame. Todas as fotografias estão gravadas em mídia CD80 (envelope de folha 176) e também foram impressas, seguindo a seguinte numeração de folhas: CLARISSA ALVES MACHADO — fls. 156/158; FABRICIO RODRIGO COSTA — fls. 159/162; LUCAS NOGUEIRA SIQUEIRA — fls. 163/166 (além de fotos

⁸ A título de exemplo, observe-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, que lida com a questão desde 2003, em virtude da existência de lei prevendo cotas em concursos públicos estaduais; 4ª C. Cível em Com. Int. — MS 0348902-9 — Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba — Rel.: des. J. Vidal Coelho — Unânime — J. 3.10.2006; 4ª C. Cível - ACR 0355072-7 — Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba — Rel.: des. Adalberto Jorge Xisto Pereira — Unânime — J. 30.1.2007; 4ª C. Cível em Com. Int. — MS 0371596-2 — Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba — Rel.: des. Adalberto Jorge Xisto Pereira — Unânime — J. 29.05.2007.

⁹ Nesse sentido, do STJ, AgRg no RMS 33.654/PR, rel. ministro Herman Benjamin, julgado em 14/8/2012, *DJe* 27/8/2012: “1. A atuação do Poder Judiciário em concursos públicos deve se restringir à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, em razão da discricionariedade da Administração Pública. Precedentes do STJ.2. In casu, ficou constatado pelo acórdão recorrido que não há direito líquido e certo a ser protegido, pois há obediência pela Banca Examinadora dos critérios de avaliação da condição de afrodescendente do candidato, previstos no edital do concurso, bem como dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade. 3. Agravo Regimental não provido”.

encaminhadas por representantes — fls. 150/155); LUIZ ALFREDO MELLO VIEIRA — fls. 167/170; MARCELO CARRIJO DE OLIVEIRA — fls. 171/175.

Verifica-se que os candidatos réus têm a cor de pele — traço fenotípico proeminente para a presente análise — clara. Nenhum deles apresenta cor de pele escura, própria das pessoas pardas ou pretas. Ademais, nenhum deles traz elementos fenotípicos — traços faciais, cabelos — característicos das pessoas negras.

Nota-se, da simples análise das fotos, que esses candidatos não têm a aparência física das pessoas negras. Não se imagina que possam, na interação social, considerado o comportamento habitual da sociedade brasileira, ser alvos de preconceito e discriminação raciais em razão da cor da pele que ostentam.

É importante asseverar que os casos aqui tratados são aqueles identificados até o momento pelo Ministério Público Federal como excepcionais, em que a violação ao sistema de cotas mostra-se de fácil percepção.

Em resumo, o único argumento da petição inicial para imputar falsidade à declaração dos candidatos é um pedido ao juiz para que olhe as fotografias e, apenas por olhar, perceba que os candidatos são brancos.

Não há dúvidas de que o critério para se definir que alguém é negro, para fins de cotas, no Brasil, deve ser fenotípico, não genotípico. O problema é que fazer essa avaliação a partir do parâmetro “veja as fotos” significa, na prática, permitir que ela se proceda de modo completamente subjetivo, em prejuízo à segurança jurídica dos candidatos pretendentes a cotistas e dos demais concorrentes. O candidato Lucas Nogueira Siqueira, por exemplo, afirmou a órgão de imprensa que obteve laudos de sete dermatologistas que atestaram que, de acordo com a Escala de Fitzpatrick, seu fenótipo seria tipo IV, cor de pele parda.¹⁰ É imperativo, portanto, que se caminhe para critérios um pouco mais delimitados.

¹⁰ Ver: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Tge_kf46J-kj:www.metropoles.com/distrito-federal/afroconveniencia-candidato-tenta-entrar-no-itamaraty-por-meio-das-cotas-e-barrado-mas-consegue-liminar+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso em: 9 nov. 2016. Um dos laudos está disponibilizado em imagem, na reportagem.

De acordo com a Sociedade Brasileira de Dermatologia: “A mais famosa classificação dos fototipos cutâneos é a escala Fitzpatrick, criada em 1976 pelo dermatologista e diretor do departamento de Dermatologia da Escola de Medicina de Harvard, Thomas B. Fitzpatrick. Fitzpatrick classificou a pele em fototipos a partir da capacidade de cada pessoa em se bronzear sob exposição solar e sua sensibilidade e tendência a ficar vermelhas sob os raios solares.

O Conselho Nacional do Ministério Público incorreu no mesmo equívoco ao emitir a lacunosa Recomendação nº 41/2016, na qual insta os membros do Ministério Público brasileiro a

dar especial atenção aos casos de fraude nos sistemas de cotas para acesso às universidades e cargos públicos [...] atuando para reprimi-los, nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade, e preveni-los, especialmente pela cobrança, junto aos órgãos que realizam os vestibulares e concursos públicos, da previsão, nos respectivos editais, de mecanismos de fiscalização e controle [...]

É pouco mais que evidente que nenhum membro do Ministério Público deseja que o sistema de cotas seja fraudado, de modo que, nesse aspecto, a recomendação é de reduzida utilidade. O problema está na forma adequada de se instituir o controle, aspecto do qual o Conselho em momento algum se ocupa e cujas dificuldades serão demonstradas no item subsequente.

3. O problema: audaciosamente indo onde (quase) nenhum homem esteve

A ideia do presente artigo é propor critérios para a avaliação das declarações raciais, apresentadas por candidatos a cotas raciais. Todavia, antes de se expor a construção, é preciso deixar claro que o Brasil vem trilhando, ao propor a análise externa de características fenotípicas para orientar as políticas de ação afirmativa, um caminho inédito. Não foi possível encontrar, em ampla pesquisa, qualquer outro sistema jurídico atual que tenha essa

Fitzpatrick elaborou sua escala a partir de visualizações empíricas. Ele classificou a pele de cada um como sendo potencialmente de uma das seis classificações listadas a seguir (grupo, eritema, pigmentação e sensibilidade ao Sol).

I — Branca — Sempre queima — Nunca bronzeia — Muito sensível ao Sol

II — Branca — Sempre queima — Bronzeia muito pouco — Sensível ao Sol

III — Morena clara — Queima (moderadamente) — Bronzeia (moderadamente) — Sensibilidade normal ao Sol

IV — Morena moderada — Queima (pouco) — Sempre bronzeia — Sensibilidade normal ao Sol

V — Morena escura — Queima (raramente) — Sempre bronzeia — Pouco sensível ao Sol

VI — Negra — Nunca queima — Totalmente pigmentada — Insensível ao Sol” Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/cuidados/por-que-as-pessoas-tem-tons-de-pele-diferentes/>>. Acesso em: 9 nov. 2016. A Apple baseou a criação de seus novos emojis para celular, com tons de pele diferentes, nessa escala. No original, os nomes das cores são: I — *pale white*; II — *white*; III — *cream white*; IV — *moderate brown*; V — *dark brown*; VI — *darkest brown*.

pretensão. Em todos os países que adotaram políticas de ação afirmativa com base em raça, notadamente nos Estados Unidos, país que mais inspirou a experiência brasileira, a raça considerada é aquela declarada pelo candidato.

Em uma simples pesquisa online, é possível encontrar dezenas de formulários de autoidentificação racial de empresas e universidades norte-americanas, para variados propósitos. Em todos eles, o candidato, empregado ou interessado se limita a assinalar o grupo étnico ao qual julga pertencer. Não há notícia de que qualquer instituição, pública ou privada, dos Estados Unidos realize qualquer tipo de controle sobre a veracidade dessa declaração.¹¹ Isso ainda é mais notável quando se verifica, do teor dos formulários, que a análise enfoca a ascendência do indivíduo, não sua aparência, critério que seria, pelo menos em tese, mais facilmente controlável, embora não faça sentido no contexto brasileiro.

Assim, ao procurar estabelecer critérios para definir, a partir de critérios, em algum limite, objetivos, quem é ou não é negro, para fins de cotas, o estudioso e o aplicador do direito precisam ser conscientes de que se estará ingressando em terreno pantanoso, sobre o qual nenhum outro país considerou adequado que o Estado interviesse.

Pior ainda, quando se considera em perspectiva histórica, o único Estado que buscou estabelecer critérios objetivos para definir, de acordo com aparência, o pertencimento de uma pessoa a um grupo racial, foi o Estado nazista.

¹¹ Ver, por exemplo: <www.baylor.edu/bupp/doc.php/39706.pdf>; <www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/section503.htm>; <www.nema.org/About/Documents/NEMA-Applicant-EEO-Self-Identification-Form.pdf>; <www.eeac.org/public/03-243a.pdf>; <www.eeoc.gov/employers/eeo1survey/sample_self_identification.cfm>. <https://med.stanford.edu/content/dam/sm/academicaffairs/documents/administrators/orientation/searches_offers/RaceEthnicityDefinitions.pdf>. As categorias disponíveis são as seguintes:

Hispanic or Latino: A person of Cuban, Mexican, Puerto Rican, South or Central American, or other Spanish culture or origin regardless of race;

White (Not Hispanic or Latino): A person having origins in any of the original peoples of Europe, the Middle East, or North Africa;

Black or African American (Not Hispanic or Latino): A person having origins in any of the Black racial groups of Africa;

Native Hawaiian or Other Pacific Islander (Not Hispanic or Latino): A person having origins in any of the peoples of Hawaii, Guam, Samoa, or other Pacific Islands;

Asian (Not Hispanic or Latino): A person having origins in any of the original peoples of the Far East, Southeast Asia, or the Indian Subcontinent, including for example, Cambodia, China, India, Japan, Korea, Malaysia, Pakistan, the Philippine Islands, Thailand, and Vietnam;

American Indian or Alaskan Native (Not Hispanic or Latino): A person having origins in any of the original peoples of North and South America (including Central America), and who maintains tribal affiliation or community attachment;

Two or more races (Not Hispanic or Latino): All persons who identify with more than one of the above five races; Decline to state.

O museu do Holocausto de Washington possui uma notável coleção de fotografias de réguas nos mais variados formatos, destinadas a medir partes do corpo que seriam características daquele grupo. Também há mechas de cores e texturas de cabelos diferentes, escalas cromáticas e uma série de outros petrechos com os quais os nazistas pretendiam definir quem pertencia ou não ao povo judeu.¹²

Não sem razão, toda referência ao nazismo sempre gera reações emocionais. Não é essa a pretensão do que aqui se expõe, bem como não se pretende afirmar que exista paralelo imediato entre a conduta das autoridades brasileiras, que pretendem conduzir uma política pública meritória, e a conduta abjeta das autoridades nazistas. O que se quer é esclarecer que a ideia de avaliação do fenótipo por uma comissão externa, a partir de critérios pretensamente objetivos, caminho que o Brasil vem adotando, é atípica no mundo e na história e, por isso, merecedora de toda a cautela possível.

A situação se agrava quando se alia ao cenário a subjetividade outorgada às bancas pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir que o administrador, o membro do Ministério Público ou o juiz digam que alguém não é negro (preto ou pardo) sem antes definir qual seria o parâmetro de avaliação é submeter o candidato a situação inaceitavelmente kafkiana.

Feita essa severa advertência, o restante deste trabalho será dedicado a estabelecer premissas para um procedimento que possa diminuir o grau de insegurança jurídica para candidatos e agentes públicos, na condução de um procedimento de avaliação de cotas raciais. A pretensão é, primeiramente, permitir que o candidato, antes de se autodeclarar, possa verificar quais são os parâmetros raciais reputados.

Em segundo lugar, intenta-se criar critérios que reduzam a discricionariedade da administração ao analisar o fenótipo dos candidatos. Deve ser observado que as cotas se destinam a pretos e pardos, sem distinção. Ainda que essa opção seja sociologicamente questionável, eis que o preconceito racial é maior contra os pretos que contra os pardos, foi a opção do legislador. Não cabe à comissão pretender, por critérios próprios, favorecer apenas os candidatos pretos, como, ao que parece, ocorria na UnB, dadas as centenas de candidatos reprovados anualmente pela sua hoje extinta comissão.

Finalmente, o texto pretende oferecer ferramentas de controle social da autodeclaração e da avaliação da comissão, viabilizando aos próprios

¹² Este autor disponibilizou a reprodução de algumas dessas imagens em: <www.edilsonvitorelli.com/2016/09/a-caixa-de-pandora.html>.

candidatos e à sociedade em geral a verificação da coerência dos trabalhos realizados e do perfil dos candidatos aprovados.

4. Procedimento para elaboração de edital prevendo cotas raciais: oferecimento de padrões de orientação da declaração dos candidatos

A primeira providência que deveria ser adotada pelos órgãos públicos, entidades organizadoras de concursos e universidades interessadas em checar a veracidade da declaração racial dos candidatos é o oferecimento de um parâmetro para que estes, ao elaborar a declaração, possam avaliar os riscos a que se submetem. Atualmente, o que ocorre é que os editais de concurso público não dizem quem é considerado negro, mas pretendem punir aquele que, *ex post facto*, for julgado branco, embora tenha se declarado negro. As punições podem ser leves, em alguns casos, com a simples transferência do candidato para a concorrência ampla, mas também podem chegar à desclassificação do certame e à produção de representações de cunho criminal, por falsidade ideológica. É nesse sentido o art. 2º, §2º, da Orientação Normativa nº 3/2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.¹³

Seja como for, é certo que o candidato autodeclarado negro sofrerá um prejuízo se a banca de avaliação discordar dessa condição. De acordo com Ikawa, o percentual de coerência entre a autodeclaração e a heteroverificação é de 79%.¹⁴ Esse dado, lido de modo diferente do que o faz a autora, é alarmante. Ele significa que 21% das pessoas que se autodeclararem negras serão excluídas pela comissão, ainda que o façam de boa-fé. Embora seja patente que pessoas razoáveis, agindo de boa-fé, possam discordar razoavelmente sobre a condição racial de alguém (negro ou não),¹⁵ a estrutura atual do procedimento de análise racial permite que o cidadão seja punido por essa discordância, ainda que razoável.¹⁶

¹³ “Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

¹⁴ Daniela Ikawa, *Ações afirmativas em universidades*, op. cit., p. 129.

¹⁵ A ideia de desacordo razoável foi desenvolvida por Rawls em vários trabalhos. Ver RAWLS, John. The domain of the political and overlapping consensus. In: MATRAVERS, Derek; PIKE, Jonathan E. (Ed.). *Debates in contemporary political philosophy: an anthology*. Londres: Routledge, 2003.

¹⁶ O autor teve oportunidade de realizar um pequeno experimento com 25 procuradores da República, durante um curso de capacitação acerca do tema. Foi solicitado aos presentes que declarassem sua raça. Um participante se declarou preto e seis, pardos. Após, todos os presentes foram instados a

A imputação de efeitos negativos a alguém que age de boa-fé repugna ao direito, de forma geral, mas, em especial, se a administração pública não forneceu ao interessado um parâmetro de conduta, constitui patente violação ao princípio da proteção da confiança reprovar essa pessoa por não se enquadrar ao que seria dela supostamente esperado. Como diz Hartmut Maurer:

A proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais. [...]

Preponderantemente, a proteção da confiança é fundamentada com o princípio do estado de direito, ancorado jurídico-constitucionalmente, e com o princípio, desse resultante, da certeza jurídica.¹⁷

Conforme lembra Rafael Maffini, entre as manifestações do princípio da proteção da confiança está a proteção procedimental das expectativas legítimas, que exige que o cidadão possa participar adequadamente dos procedimentos que levam às decisões estatais.¹⁸ Ou, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “aos administrados em geral haverá de ser dado não apenas o direito de saber o que a Administração faz, mas, também, por que faz” e, ainda com maior razão, nas situações em que estejam em jogo “o conhecimento dos ‘motivos’ de decisões concretamente tomadas em processo administrativo no qual o cidadão seja parte direta e pessoalmente interessada”¹⁹.

Um processo que não explicita antecipadamente suas regras, mas pretende aplicar punições, *a posteriori*, ao cidadão, evidentemente viola o princípio. O candidato ficaria, nessa situação, ao total alvedrio da comissão,

avaliar, como se fossem uma comissão, a veracidade das declarações. Apenas o que se declarou preto e um dos que se declararam pardos foram unanimemente aceitos. Dois participantes autodeclarados pardos foram unanimemente rejeitados (salvo por si próprios) e quanto aos outros três, não houve acordo entre aceitar ou não a declaração. Isso demonstra que, mesmo em um cenário em que não está em disputa uma vantagem competitiva em um certame, pessoas razoáveis, agindo de boa-fé, podem divergir razoavelmente sobre identidades raciais fenotípicas.

¹⁷ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 68 e 84.

¹⁸ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 32.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 475.

abrindo margem considerável para abusos. O problema foi percebido, de modo eloquente, pelo Tribunal de Justiça do Paraná:²⁰

A legislação que trata da política de cotas disse que a análise da condição de afrodescendente será feita por uma comissão, e por análise ocular.

Não se pretende aqui criticar a legislação, mas não se pode aceitar que a aferição de uma questão “racial” deva ser feita por análise visual. Dá impressão que se está a olhar marcas, como se faz em gado em suas várias espécies. Se a comissão viu a “marca”, é afrodescendente. Caso não a enxergue, não é.

O documento de f. 55 é de uma arbitrariedade sem tamanho. Três pessoas — que não são efetivamente nomeadas! — disseram que Gilza é negra, mas Carolina não!

Dá a impressão que esta Comissão é dotada de poderes irritantemente subjetivos, ou seja: olha, escolhe, e, após, decide. Mas, tudo isso, sem qualquer observância aos princípios da Administração Pública. Além disso, sem qualquer motivação.

Trata-se de ato administrativo, que, como tal, prescinde de motivação, como requisito de validade.

Para solucionar esse problema, sugere-se que a administração, ao elaborar o edital, contrate profissionais modelos fotográficos, de diferentes fenótipos, e publique suas fotografias em anexo do edital. Nesse sentido, seria possível, por exemplo, contratar quatro a seis modelos que a administração considerasse pretos, outros tantos que considerasse pardos e o mesmo número de brancos, os quais seriam, é claro, remunerados pela cessão de sua imagem, como recorrentemente ocorre nesse ramo de negócio. Assim, a administração criaria parâmetros daquilo que considera como alguém preto, pardo ou branco, permitindo que o candidato tenha ciência de que, caso seu fenótipo se aproxime mais dos modelos brancos que dos negros, poderá ser eliminado. Essa proposta tem especial relevância no contexto de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que asseverou a centralidade do

²⁰ MS 496.347-7, rel. des. Rosene Arão de Cristo Pereira, j. 16.10.2009. Curiosamente, a conclusão da decisão do TJPR não soluciona o problema que ela mesma identifica. O Tribunal determina à administração que submeta a impetrante, administrativamente, a uma “perícia”, mas não dá qualquer pista do modo de desenvolvimento ou dos critérios que deveriam pautar esse ato.

edital como norma definidora dos procedimentos e critérios a serem adotados no concurso, inclusive no que tange à avaliação racial:

In casu, a recorrente teve a inscrição no concurso cancelada ao fundamento de que não preenchia os requisitos necessários a concorrer às vagas destinadas aos negros e pardos, uma vez que, apesar de ser parda, não teria comprovado ser filha de pai ou mãe negra, não podendo sua cor de pele ter advindo de seus avós ou outro parente ancestral.

Os requisitos analisados pela Comissão não guardam relação com o previsto no Edital e sequer com a Lei Gaúcha 14.147/2012, uma vez que foram estabelecidos de forma aberta e irrestrita por seus integrantes que, inclusive, destacaram que para os efeitos aqui pretendidos, há que ser considerado pardo o filho de mãe negra e pai branco (ou vice-versa), condição que não possui a candidata (fls. 97). [...]

Nesse contexto, importa salientar que se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos, e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital, além de se tratar de criteriologia arbitrária, preconcebida e tendente a produzir o resultado previamente escolhido. [AgRg no RMS 48805. 1ª Turma. Rel. Napoleão Nunes Maia, j. 31/5/2017]

A solução proposta ainda tem outras vantagens. Ela limita a discricionariedade da comissão, evitando a eliminação ou aprovação injusta de candidatos. Também reduz o risco de impugnações judiciais ao certame, por parte dos candidatos eliminados. Finalmente, caso tais impugnações ocorram, será mais fácil para o administrador demonstrar ao juiz que atuou de modo razoável e dentro da lei, reduzindo a possibilidade de reversão da decisão administrativa, ou de sua simples substituição pelo critério do juiz.

Por outro lado, a solução fotográfica tem também a vantagem de preservar algum grau de discricionariedade para a comissão. Questões raciais não podem ser tratadas matematicamente e confiar apenas que algo como uma escala dermatológica, que não foi criada para esse propósito, possa ser a régua para medir quem é ou não negro é transferir aos dermatologistas a decisão. Evitar abusos não significa manietar a comissão de modo absoluto, impedindo-lhe de apreciar as nuances do caso. Na célebre formulação de

Celso Antônio Bandeira de Mello, estabelecer limites para o exercício das competências administrativas em casos de certeza positiva ou de certeza negativa não significa privar o gestor de um juízo de ponderação nos casos de indefinição, na zona cinzenta.²¹

É recomendável que a seleção dos modelos seja única e válida para todos os concursos do órgão público ou, preferencialmente, de toda a administração pública de ente federado. Dessa maneira, evita-se a situação reprovável de haver parâmetros raciais distintos em concursos públicos diferentes. Por essa razão, é recomendável que a administração faça uma seleção inicial mais ampla dos modelos, submetendo o rol de possíveis fotografias paradigma ao crivo da comunidade, pela convocação de audiências públicas e a realização de reuniões.

Também é importante que a comunidade acadêmica participe da decisão, mediante consulta a especialistas nas ciências sociais, para que não se consagre, de um lado, algum tipo de reserva de mercado a pessoas que gozem de um fenótipo pouco recorrente, ou, de outro, que se transmude a reserva de vagas em instituto inútil. Selecionar muito significa violar o princípio do concurso público e a lei, que garante o benefício a pretos e pardos. Selecionar pouco pode fazer com que o número de cotistas seja tão grande que anule sua utilidade.

Finalmente, é possível requerer ao candidato que indique, na declaração que firmar, com qual dos modelos fenotípicos se identifica. Isso permitirá que a comissão, por comparação, possa elaborar sua decisão demonstrando que o perfil do candidato não se adapta ao modelo indicado. Esse passo será mais bem descrito no item subsequente.

É certo que a providência aqui sugerida não é suficiente, por si só, para eliminar todos os riscos de injustiça ou margem de discricionariedade do administrador. Igualmente certo é que, se se pretende avaliar heteronômamente a raça alheia, o que é um exercício delicado e complexo, não seria recomendável fazê-lo com conceitos absolutamente rígidos. O mais importante é que a providência proposta permite a ampliação da esfera pública de discussão da questão racial, com participação da sociedade civil organizada, dos interessados e dos órgãos de controle, ao invés do que ocorre hoje, que é a deliberação a portas fechadas, a partir de conceitos que estão apenas nas mentes dos integrantes da comissão. Isso implica, a toda evidência, redução

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 958.

da esfera de discricionariedade da administração, que passará a atuar a partir de parâmetros predeterminados e públicos, ao contrário do que atualmente ocorre.

5. Procedimento para julgamento das declarações de identificação racial produzida pelos candidatos

Até o momento, a experiência brasileira relativa a cotas raciais, tanto no âmbito administrativo quanto no Ministério Público ou no Poder Judiciário, tem sido marcada pela falta de fundamentação adequada das decisões. Como discutir questões raciais é um tabu, nenhuma autoridade ou instituição se expõe dizendo que alguém não é negro por essa ou aquela razão. A seguinte decisão, do Tribunal de Justiça do Paraná, é ilustrativa desse fenômeno:²²

[...] verifica-se que, na espécie, o ato administrativo objurgado ofende à razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme bem expôs a respeitável sentença, a fotografia acostada às fls. 19 revela que o impetrante é da cor parda, ao passo que sua família é da etnia negra, conforme certidões de nascimento (fls. 210/212) e demais fotografias (fls. 217-TJ e seguintes).

Tem-se daí que o ato coator é ilegal e viola direito líquido e certo, não restando alternativa senão negar provimento ao recurso.

É curioso, nesse sentido, que a tentativa de restringir a subjetividade da autodeclaração dos candidatos, por intermédio do heterorreconhecimento, tenha redundado, ao final, na mera transferência do subjetivismo para as comissões administrativas e para o Poder Judiciário.

A experiência mais recente no sentido de se buscar algum grau de objetividade da avaliação foi a do Instituto Federal do Pará (IFPA), que pretendeu justificar a classificação de candidatos cotistas em critérios um tanto quanto lombrosianos de descrições de pele, nariz (curto/largo/chato), boca/dentes, maxilar (prognatismo saliente a acentuado), crânio (dolicocefálico), face, cabelo, barba e arcos zigomáticos.²³ A repulsa à proposta foi tamanha que o IFPA a

²² Acórdão nº 1.1148891-8, rel. Coimbra de Moura, j. 11.11.14.

²³ O documento está disponível em: <www.edilsonvitorelli.com/2016/09/a-caixa-de-pandora.html>.

retirou dias depois de sua publicação, eliminando os parâmetros que havia pretendido criar.

A motivação das decisões administrativas é elementar do estado democrático de direito. Olhar uma fotografia de alguém e dizer que, na sua opinião, aquela pessoa não se qualifica para um benefício público não é conduta aceitável no paradigma contemporâneo do direito administrativo. Conforme eloquentemente aponta Di Pietro:²⁴

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. 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.

No âmbito da Administração Pública federal, o art. 50 da Lei nº 9.784/1999 é expresso em exigir a motivação dos atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública ou decidam recursos administrativos. Fica claro que a negativa de valor a uma declaração racial ou o julgamento do recurso contra essa decisão estão incluídos no dever de adequada fundamentação. Do mesmo modo, nos termos do art. 93, XI, da Constituição, a decisão judicial que confirma ou reforma tal ato administrativo também está submetida ao dever de motivação.

A adoção das providências de elaboração do edital descritas anteriormente facilita sobremaneira a superação dessa dificuldade. Se o candidato é chamado a se autoidentificar de acordo com um modelo fenotípico predefinido, é tarefa fácil para a comissão apontar as razões pelas quais seu perfil físico é distinto do parâmetro apontado. Isso se fará, primeiramente, pela diferença de tonalidade da pele, sempre em comparação com o modelo fenotípico indicado pelo candidato. É certo que, no Brasil, a questão racial vem sendo tratada, predominantemente, a partir da tonalidade da pele e esse deve ser o critério prevalente, uma vez que é ele o móvel do preconceito racial.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 77.

Ninguém sofre racismo apenas por ser filho de pais negros, ou por ter alguma outra característica física usualmente associada a essa etnia, se tiver a pele branca. A comissão, portanto, deve se limitar a fundamentar a sua decisão na comparação entre a tonalidade da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital.

Nesse quadro, devem ser excluídos fundamentos que pretendam atribuir ou negar cotas a alguém por critério genotípico, ou seja, por ser filho de pais negros, quando a tonalidade de sua pele é branca. A ascendência não é o *locus* do preconceito racial no Brasil. Ainda que essa observação pareça óbvia, tal critério foi adotado pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, que desclassificou uma candidata autodeclarada negra por considerar que, apesar de parda, ela não havia comprovado ser filha de pai ou mãe negra. Essa decisão foi revertida, corretamente, pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁵

Também devem ser excluídos fundamentos que pretendam atribuir ou negar a condição de cotista a candidato com fundamento em outras características fenotípicas, dissociadas da cor da pele, como o tipo de cabelo, de nariz ou de lábios, conforme propôs o Instituto Federal do Pará. O fato de alguém ter, por exemplo, um formato de nariz associado à etnia negra não fará com que o sujeito seja alvo de racismo, se tiver a pele branca. De outro lado, o fato de ter características físicas não associadas a essa etnia, por exemplo, olhos azuis, não fará com que a pessoa seja significativamente isenta de preconceito, se sua pele for negra. Assim, embora se negue que a questão da cor, para efeitos de cotas, possa ser definida apenas dermatologicamente, também se exclui a possibilidade de que esse elemento seja ignorado. A margem lícita de discricionariedade da comissão está na comparação entre a cor da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital, não na extrapolação dessa análise para outras características não diretamente associadas ao racismo.

Sob outro aspecto, Orientação Normativa nº 3/2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão dispõe, em seu art. 2º, §1º, que os procedimentos de verificação da declaração deverão ser realizados presencialmente. Essa é uma boa prática, que evita, entre outros males, a manipulação de fotografias. Nessa ocasião, é recomendável que a comissão produza fotografias de todos os candidatos, nas mesmas condições técnicas de produção fotográfica. Essas fotografias devem ser colacionadas à decisão de indeferimento da condição de negro do candidato, em conjunto com a fotografia do

²⁵ AgRg no RMS 48805. 1ª Turma. Rel. Napoleão Nunes Maia, j. 31/05/2017.

modelo indicado, para que a motivação escrita da decisão possa ser confrontada com o parâmetro visual utilizado.

Contudo, essa entrevista não deve servir para questionar ou analisar experiências de racismo efetivamente vividas pelo candidato. A lei atribuiu cotas a pessoas negras, que são potencialmente vítimas de racismo, não àquelas que efetivamente já o experimentaram e são capazes de narrar publicamente esses eventos. Obrigar o candidato a narrar eventos nos quais tenha sofrido preconceito racial colocaria a comissão na posição de julgadora de uma história sobre a qual ela não tem meios ou autoridade para investigar. Um negro poderia ser desclassificado apenas por não ser um bom narrador, ou por não se ter percebido como vítima de preconceito, ao longo da sua vida.²⁶ A entrevista presencial serve, portanto, apenas para que a comissão tenha contato presencial com o candidato, não mediado por fotografias ou recursos tecnológicos. Não serve para exigir dele engajamento na causa do combate ao racismo, percepção coerente sobre as relações raciais existentes na sociedade ou mesmo a apresentação de histórias de sofrimento vivenciadas.

O posicionamento apresentado é compatível com o teor da Orientação Normativa nº 3/2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe, em seu art. 2º, §1º, que “as formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, *tão somente*, os aspectos fenotípicos do candidato”. Isso significa que é vedado à comissão considerar aspectos genotípicos, tais como a aparência dos genitores do candidato ou sua eventual ascendência africana. Também é proibido que a comissão faça perguntas e leve em consideração experiências de preconceito racial vividas pelo candidato. O MPOG, acertadamente, delimitou que as comissões não são ambiente adequado para coleta de histórico de vida dos candidatos, até mesmo porque careceria de meios para verificar a autenticidade desses relatos.

Outra providência importante é que os nomes dos integrantes da comissão sejam publicados previamente e que eles assinem as decisões. Por exemplo, o concurso de admissão à carreira diplomática de 2015 informa que

²⁶ Daniela Ikawa, ao contrário, sugere que a comissão poderia utilizar mecanismos adicionais, tais como “(1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato”. Daniela Ikawa, *Ações afirmativas em universidades*, op. cit., p. 129. Embora a autora não desenvolvesse o raciocínio para explicar de que forma esses eventos efetivamente ocorreriam, parece reprovável exigir que o cotista tenha que fazer uma prova com múltiplas questões para ter direito ao benefício legal, ao argumento de se avaliar uma suposta coerência sobre sua visão racial, como se um conceito tão fugidio como é o de raça pudesse ser avaliado e compreendido coerentemente por todos os candidatos.

os diplomatas integrantes do Comitê Gestor de Gênero e Raça do Itamaraty decidiram, por unanimidade, classificar alguns candidatos e desclassificar outros da condição de cotistas, mas a decisão, além de não conter uma linha de fundamentação, não informa quem são os diplomatas que compõem o comitê.²⁷ Ainda que essa informação possa estar disponível em outro lugar, não constitui uma boa prática administrativa publicar uma decisão da qual não consta o nome das autoridades que a subscrevem.

Do mesmo modo que a decisão originária, o recurso administrativo também deve ser julgado mediante decisão fundamentada. Se é ônus do candidato demonstrar que seu fenótipo se aproxima do que foi analisado, também é ônus da autoridade administrativa de grau recursal a demonstração do equívoco da sua manifestação. Essa tarefa, mais uma vez, será facilitada pela presença, na decisão recorrida, da fotografia do modelo, da fotografia do candidato produzida no momento da entrevista e dos argumentos de diferenciação, produzidos pela comissão.

Como se pode perceber, uma decisão fundamentada é não apenas juridicamente obrigatória, mas empiricamente possível no contexto de cotas raciais, desde que haja parâmetros de comparação claros e preestabelecidos. É certo que, como em qualquer decisão, administrativa ou judicial, remanescerá alguma margem de liberdade e de desacordo, mas ela seguramente será inferior à atual. No modelo aqui sugerido, reduz-se a subjetividade da avaliação da comissão, sem retroceder à subjetividade da autodeclaração.

6. Procedimento para controle social da decisão relativa a aprovação de cotistas

A decisão que reprova um candidato a cotas não demanda grande dose de controle social. Afinal, o próprio candidato, por ela prejudicado, tem estímulos racionais suficientes para recorrer ao Poder Judiciário, caso considere que a conduta da administração foi irregular. No endereço eletrônico oficial do Portal da Transparência do governo federal, consta a seguinte definição:²⁸

²⁷ Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/IRBR_15_DIPLOMACIA/arquivos/EDITAL_N__13_RESULTADO_DO_CGGR.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2016.

²⁸ Disponível em: <www3.transparencia.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2016.

O estímulo à transparência pública é um dos objetivos essenciais da moderna Administração Pública. A ampliação da divulgação das ações governamentais a milhões de brasileiros, além de contribuir para o fortalecimento da democracia, prestigia e desenvolve as noções de cidadania.

O verdadeiro problema está nas decisões que deferem a posição de cotista. Quanto a elas, não há quem possa vencer a inércia inerente ao exercício do Poder Judiciário, eis que tanto as autoridades administrativas quanto o candidato estão de acordo com o resultado. Restam apenas os candidatos não aprovados no concurso, mas mesmo eles terão poucos estímulos para impugnar a situação dos cotistas se o número de vagas for muito grande ou se não houver garantias de que, eliminado o falso cotista, o interessado será habilitado. Tal situação pode decorrer da imposição de uma nota mínima ou da existência de um curso de formação como fase do concurso. A falta de controle das decisões de aprovação cria uma vulnerabilidade no sistema de cotas, permitindo decisões injustas, parciais, paternalistas ou, no pior dos cenários, conluíus entre candidatos e a comissão.

É bom ressaltar que a deficiência da transparência é notória nos concursos federais que já se desenvolveram com a aplicação do critério racial, ao longo de 2016. No concurso para a carreira diplomática do Instituto Rio Branco, é acessível apenas o parecer da comissão de “revisão de recursos da verificação da autodeclaração” — ou seja, apenas referentes aos candidatos reprovados — e somente para o interessado, mediante indicação de CPF e senha previamente fornecida.

É recomendável que essa situação seja revista e que as decisões dessas comissões, como atos administrativos que são, sejam públicas. De modo especial, as decisões de deferimento da posição de cotista devem ser individualmente fundamentadas, ainda que de modo sucinto, e instruídas com a fotografia do candidato e do modelo por ele apontado como referência. A administração deve promover a transparência de suas decisões, sobretudo em um contexto em que os cidadãos têm poucos estímulos racionais para agir, em nome do princípio da transparência.

Para tanto, além da fundamentação, as decisões de aprovação de cotistas, assim que se tornarem definitivas no âmbito da administração, devem ser publicadas no endereço eletrônico do concurso, para permitir que qualquer interessado ou o Ministério Público verifique a coerência dos critérios adotados no certame. De modo especial, a publicação das decisões referentes

aos candidatos aprovados legitima e sustenta as decisões de reprovação. O candidato reprovado poderá perceber que, de fato, seu perfil não se enquadra nos cotistas daquele concurso. Na hipótese de impugnação judicial por algum cotista reprovado, o conjunto das decisões dos candidatos aprovados deverá ser apresentado em juízo, para demonstrar ao julgador a coerência do critério administrativo e, ao mesmo tempo, permitir que a decisão do juiz se mantenha compatível com os critérios a que foram submetidos os demais candidatos.

Poder-se-ia argumentar que a publicação das fotografias dos candidatos cotistas fere seu direito à imagem ou à dignidade pessoal. Tal objeção não se sustenta. Quem pretende um benefício em um certame público, no qual o princípio da igualdade é a regra, baseado em sua aparência física, deve estar disposto a suportar o escrutínio público acerca da validade desse benefício. Tal escrutínio não pode recair sobre outro elemento que não a aparência do candidato, que é a origem da vantagem.

Além disso, a transparência, a probidade administrativa e a justiça do certame somente serão resguardadas se a sociedade puder avaliar os critérios e os parâmetros utilizados pelos gestores para atribuir vantagem competitiva a alguns dos candidatos. Assim, o edital deve conter cláusula segundo a qual o candidato cotista manifesta ciência de que sua fotografia, produzida no momento da avaliação da declaração racial, será divulgada para permitir o controle social do benefício que lhe será atribuído, caso a declaração seja validada.

7. Os casos duvidosos e o excesso de reprovações

O último aspecto que merece ser considerado por uma comissão de heteroverificação é que a lei estabelece como critério fundamental a autodeclaração. Assim, em casos de dúvida, deve prevalecer o declarado pelo candidato. Isso vem refletido em uma providência salutar, contida em vários editais, que é considerar validada a declaração se for aceita por pelo menos um membro da comissão. Apenas a unanimidade sustenta a desclassificação.

Entretanto, apesar dessa previsão se adequar, do ponto de vista teórico, ao sistema de ações afirmativas, pesquisa empírica demonstra que as comissões vêm sendo pródigas em reprovar candidatos autodeclarados, o que reforça a importância da adoção de critérios objetivos para a condução desses procedimentos. A tabela seguinte reporta pesquisa realizada pelo autor em concursos públicos federais promovidos no ano de 2016:

Concurso Público	Candidatos autodeclarados	Convocados para verificação	% aprovação	Heterorreconhecimento positivo	% heterorreconhecimento positivo
Advocacia-Geral da União	3.338	48	1%	41	85%
TRE — RS	1.442	33	2%	14	42%
TRE — PI	1.970	324	16%	74	23%
TRE — MT	1.895	60	3%	36	60%
Instituto Rio Branco	648	112	17%	78	70%
Anac	5.335	28	1%	17	61%

A primeira coluna da tabela indica o concurso analisado. A segunda coluna indica o número de pessoas inscritas no concurso que se autodeclararam negras (pretas ou pardas). A terceira coluna indica, dessas pessoas, quantas foram convocadas para a fase de heterorreconhecimento, que ocorre mais próximo das etapas finais do concurso, mas em momentos distintos, dependendo do número de fases de cada um. A quarta coluna aponta a qual percentual esses convocados correspondem, em relação ao total de inscritos autodeclarados. A quinta coluna se refere ao número de autodeclarações aprovadas pelo heterorreconhecimento e a última traduz esse dado em percentual do número de candidatos verificados, denotando o percentual de compatibilidade entre autodeclaração e heterorreconhecimento.

Há diversas causas de preocupação nos dados reportados:

1. O percentual de compatibilidade entre autodeclaração e heterorreconhecimento é altamente variável, oscilando, entre os diferentes concursos analisados, de 23% a 85%, o que indica fortes disparidades de critérios entre as bancas avaliadoras de concursos diferentes. Isso acarreta a possibilidade de que um candidato seja considerado negro em um concurso e branco em outro;
2. O percentual médio aritmético de compatibilidade entre a autodeclaração e o heterorreconhecimento, nos concursos analisados, é de 56,8%, o que é bastante baixo. Daniela Ikawa menciona percentual de compatibilidade de

79%, o que não se verificou empiricamente nessa amostra.²⁹ As comissões de verificação federais reprovaram, em média, quase metade dos candidatos autodeclarados, com destaque para a comissão do Piauí, que reprovou 77% dos candidatos. É bom lembrar que, por disposição legal (art. 2º, da Lei nº 12.990/2014), as cotas se destinam a pretos e pardos, não apenas aos pretos. De acordo com o IBGE, os pretos e pardos representam 50,6% da população nacional. Assim, um índice de reprovação de candidatos autodeclarados superior a 50% não se sustenta sequer do ponto de vista estatístico, sobretudo quando se considera que apenas os candidatos autodeclarados são avaliados;

3. Como a instrução normativa do MPOG, já citada, prevê que a consequência para o não reconhecimento da condição racial é a eliminação no concurso (art. 2º, §3º), é presumível que um elevado número de candidatos, capacitados o bastante para avançarem a uma das etapas finais do certame — observe que, na AGU e na Anac, esse número corresponde a 1% dos candidatos autodeclarados —, foi eliminado apenas em razão da divergência entre a autodeclaração e o heterorreconhecimento realizado pela comissão. De acordo com a tabela, 345 candidatos estariam nessa situação;

4. Até onde foi possível pesquisar, todas essas comissões padecem dos problemas já apontados anteriormente: falta de critérios predefinidos para determinar quem considerarão como negros, falta de transparência e publicidade em seus processos e falta de fundamentação das decisões. Apesar disso, o número de eliminados é elevado, demonstrando que não está havendo qualquer exercício de autocontenção, apesar da polêmica que circunda a situação e apesar de eventuais previsões de validação das declarações se aceitas por apenas um membro da banca;

5. Os concursos para o Tribunal Regional Federal do Piauí e do Rio Grande do Sul, para preenchimento dos mesmos cargos, tiveram número de candidatos autodeclarados muito similar, o que também indica distorção, uma vez que, de acordo com o IBGE, o Rio Grande do Sul tem aproximadamente 15% de sua população enquadrada como negra, enquanto o Piauí tem quase 75%, considerando pretos e pardos;

6. Apesar da disparidade apontada no item anterior, a comissão de verificação gaúcha aprovou, percentualmente, mais cotistas que a comissão piauiense, o que ressalta a disparidade de critérios entre elas, já que, sendo

²⁹ Daniela Ikawa, *Ações afirmativas em universidades*, op. cit., p. 129.

um estado com maior percentual de negros, era esperado que a comissão do Piauí aprovasse mais candidatos assim autodeclarados;

7. Não há explicação estatística presumível para a diferença no desempenho dos cotistas nos diferentes concursos. Se o percentual de vagas reservadas em todos é o mesmo, seria de se esperar que o percentual de cotistas classificados até a fase de entrevista fosse similar. Isso não ocorre, como se observa na quarta coluna da tabela.

Essa breve análise demonstra, em resumo, que se os critérios de implementação de ações afirmativas forem resolvidos casuisticamente, concurso a concurso, haverá grande risco de injustiças, questionamentos judiciais e, sobretudo, contradições que, em última análise, atrairão descrédito para o próprio instituto. O desenvolvimento de mecanismos procedimentais gerais e objetivos se apresenta como necessidade premente em tal cenário.

8. Conclusão

As cotas, raciais e sociais, já percorreram um longo caminho no Brasil. Passaram de uma política marginal a protagonistas de uma das maiores mudanças já produzidas no perfil dos estudantes universitários nas últimas décadas. Pela primeira vez em muitos anos, os cidadãos mais pobres estão deixando de financiar ensino público e gratuito para os mais ricos. No caso dos concursos públicos, a situação é mais complexa e, inevitavelmente, acabará sendo resolvida apenas por decisão do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, o cenário atual é o de que as cotas continuarão sendo aplicadas, tanto nas universidades quanto na seleção de servidores públicos. Por essa razão, é papel da academia desenvolver procedimentos que viabilizem sua aplicação mais justa e compatível com os princípios constitucionais que se impõem sobre toda a administração pública.

No presente estudo, sugerem-se três etapas de aperfeiçoamento dos editais de seleção que seriam capazes de cumprir esse desiderato. Primeiramente, a administração deveria fazer constar, em anexo do edital, fotografias de modelos profissionais reputados pretos, pardos e brancos, determinando aos candidatos que, ao formularem as respectivas autodeclarações, indicassem qual modelo seria, em sua visão, o mais similar às suas características fenotípicas. Esse procedimento incrementaria a objetividade do procedimento administrativo interno e atribuiria parâmetros de análise para os candidatos pretendentes à cota, melhorando o grau de segurança jurídica. Ademais, a

seleção de modelos poderia uniformizar os parâmetros de análise em toda a administração e ser precedida de debate público que ampliasse o consenso sobre sua escolha.

Em segundo lugar, a avaliação elaborada pela comissão deve ser fundamentada na semelhança ou dessemelhança das características fenotípicas do candidato com o modelo fotográfico por ele mesmo apontado. Na hipótese de recusa, a decisão administrativa deve explicitar quais fatores dessemelhantes foram ponderados e ser instruída com a fotografia tanto do candidato quanto do modelo. Esse procedimento homenageia o princípio da motivação das decisões administrativas e permitirá que, na hipótese de questionamento judicial, a demonstração de que se trata de decisão arrazoada e proporcional.

Finalmente, as decisões referentes à aceitação de candidatos cotistas, tornadas definitivas no âmbito da administração, devem ser publicadas, inclusive com as fotografias dos cotistas aceitos e do modelo que serviu de parâmetro a cada um deles. A publicação das decisões atende ao imperativo de transparência da administração pública e viabiliza o controle social da concessão de um benefício competitivo a um grupo de candidatos. Essa providência não fere a dignidade ou a imagem do candidato, uma vez que quem pretende obter uma vantagem do Estado deve estar disposto a demonstrar, na esfera pública, que dela é merecedor.

Com essas providências, seria possível contornar diversos problemas que o sistema de cotas atualmente vem enfrentando e permitir que ele se adapte aos ditames legais e constitucionais de modo mais preciso. Nenhum direito material pode ser implementado sem a providência processual adequada, que garanta sua implementação em conformidade com os valores que originalmente se pretendeu promover.

Referências

ALMEIDA FILHO, Naomar de (Org.). *Ações afirmativas na universidade pública: o caso da UFBA*, Salvador: s.n., 2005. (Edição do Centro de Estudos Afro-Orientais da UFBA).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COLLIER, Peter; HOROWITZ, David. *The race card: white guilt, black resentment, and the assault on truth and justice*. Rocklin: Prima Publishing, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Evandro C. et al. (Coord.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Renato (Org.). *Ações afirmativas: a questão das cotas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

IKAWA, Daniela. *Ações afirmativas em universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16/3, 2008.

RAWLS, John. The domain of the political and overlapping consensus. In: MATRAVERS, Derek; PIKE, Jonathan E. (Ed.). *Debates in contemporary political philosophy: an anthology*. Londres: Routledge, 2003.

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

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