

AS COMISSÕES DE VERIFICAÇÃO E O DIREITO À (DEVER DE) PROTEÇÃO CONTRA A FALSIDADE DE AUTODECLARAÇÕES RACIAIS

Livia Maria Santana e Sant'Anna Vaz¹⁵

1. Introdução

A sub-representação da população negra nos mais altos níveis de ensino ainda é uma realidade constatada no Brasil, embora as cotas raciais adotadas pelas universidades públicas brasileiras tenham assumido papel fundamental na incipiente democratização racial do ensino superior¹⁶. Não há dúvidas de que a academia é um espaço de poder capaz de instrumentalizar o acesso do indivíduo a importantes formas de conhecimento e ao mercado de trabalho – elementos indispensáveis para a emancipação dos sujeitos e, consequentemente, para o efetivo gozo de outros direitos fundamentais.

No início dos anos 2000, começaram a surgir os primeiros editais com programas de ações afirmativas raciais nas universidades públicas brasileiras, alguns subsidiados por leis estaduais, outros pautados unicamente no princípio da

¹⁵ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

¹⁶ Referindo-se ao contexto temporal imediatamente anterior à instituição das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras, Wilson Roberto de Mattos, **2003 – O Ano do Começo: Características e Aspectos Iniciais da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade do Estado da Bahia (UNEB)**, p. 123, apontava a sub-representação dos negros nas instituições de ensino superior no Brasil, revelando que, “em 2002, dentre seis grandes universidades públicas, a saber, UFRJ, UFPR, UFMA, UFBA, UnB e USP, o contingente de estudantes pretos e pardos entre o total de estudantes era de apenas 17,21%, proporção esta quase três vezes inferior em relação à representação desse contingente populacional no cômputo geral da população brasileira que, segundo os dados do Censo IBGE-2000, era de 45%”.

autonomia universitária¹⁷. Desde então, diversas universidades estaduais e federais vêm adotando políticas de ação afirmativa, com diferentes formatos, alguns exclusivamente sociais ou raciais, outros agregando as duas modalidades (cotas sociorraciais).

O posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito das cotas raciais nas universidades começa a se consolidar a partir das inúmeras ações ajuizadas¹⁸ por candidatos brancos contra o sistema de cotas, logo nos seus primeiros anos de implementação. Alegava-se, em síntese, a violação dos princípios da igualdade e da não discriminação em função da raça. A jurisprudência oscilou entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das medidas, com certa preponderância para o primeiro entendimento, até que, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186-2, decidindo, por unanimidade, pela constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras. A decisão da Corte abriu espaço para a consolidação das medidas afirmativas raciais na legislação federal, com a promulgação da Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012, que introduziu cotas sociais e raciais nas

¹⁷ A Universidade do Estado da Bahia (UNEB) foi pioneira na adoção de ações afirmativas raciais, por meio da Resolução nº 196, de 2002, que estabeleceu cota mínima de 40% das vagas para a população afrodescendente nos seus cursos de graduação e pós-graduação. A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) adotou o sistema de cotas a partir de 2003, fundada em leis estaduais que estabeleciam reserva de vagas para candidatos oriundos da rede pública de ensino e/ou autodeclarados pretos ou pardos. A Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira universidade federal a implementar, em 2004, o sistema de cotas, reservando 20% de suas vagas para estudantes negros.

¹⁸ Sidney Madrugá, *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, p. 258, aponta que, na Bahia, até maio de 2004, 41 ações judiciais haviam sido intentadas, em primeiro grau de jurisdição, contra a UNEB. Essas ações proporcionaram a concessão de 29 medidas liminares, que autorizaram a matrícula dos autores na universidade, embora, posteriormente, 17 destas tenham tido seus efeitos suspensos por decisão do presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

instituições federais de ensino superior e técnico, mantidas pelo Ministério da Educação.

Mais recentemente, em 9 de junho de 2014, a Lei nº 12.990 reservou aos negros “20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, incluindo autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.” Em termos semelhantes aos fundamentos das cotas raciais no ensino superior, em decorrência do longo processo histórico de inferiorização e desigualdade a que foi submetida, a população negra também se encontra sub-representada nos quadros de servidores públicos. Nada obstante, tais ações afirmativas também vêm sendo objeto de questionamento, tendo o STF, no bojo da recente Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41, por unanimidade, julgado procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014.

Decerto que as cotas raciais para acesso ao ensino superior e ao serviço público têm se revelado como política pública indispensável para a inclusão social da população negra no Brasil. No entanto, o equilíbrio de forças necessário para a concretização de justiça (re)distributiva abala as estruturas de poder; desacomoda o *status quo*, impondo a perda de privilégios (e não de direitos!). Desse modo, a reparação promovida pelas ações afirmativas raciais envolve, ainda que paulatinamente, repartição de poder, o que não se dá sem a resistência de seus detentores. As ações judiciais contrárias às cotas raciais são exemplo disso. Mas, uma vez consolidadas por decisões da mais alta Corte brasileira, as ações afirmativas raciais passam a enfrentar outro tipo de oposição: a *afroconveniência* ou *afro-oportunismo*.

Com efeito, bastaram poucos anos da implementação legislativa de tais medidas reparatórias para se verificar, na prática, a reiteração de autodeclarações falsas, a causar verdadeiro desvio de finalidade das políticas de ação afirmativa. Em outras palavras, candidatos *socialmente brancos* têm se autodeclarado negros para usufruírem do direito às cotas raciais, o que resulta no preenchimento de parte das vagas por pessoas que não pertencem ao grupo vulnerabilizado a que se destinam as medidas.

Inspirados na Lei nº 12.990/2014, os editais dos concursos públicos, em regra, preveem a exclusão do certame dos candidatos que forneçam declaração falsa quanto à sua raça, sem, contudo, especificar o procedimento a ser adotado para a verificação da veracidade da autodeclaração racial. A omissão da Administração Pública em definir explicitamente, nos editais, o procedimento de heteroidentificação cria ambiente profícuo para tal prática, tornando ineficaz a política pública de ação afirmativa.

Diante dessa realidade, as chamadas comissões de verificação têm se estabelecido, nos últimos anos, como mecanismo de concretização do direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. Sem elas tais ações afirmativas são esvaziadas e perdem seus fundamentos, por não serem capazes de alcançar o resultado a que se destinam, qual seja: o efetivo incremento da representatividade negra nos espaços de poder.

Todavia, esse importante mecanismo tem gerado dúvidas concretas acerca do seu procedimento, objetivos e destinatários, sendo relevantes a troca de experiências, a produção de material didático e a normatização como meios de padronização e de elucidação de determinados questionamentos.

Nessa senda, uma vez reconhecida a necessidade de controle da política pública de cotas raciais, algumas questões precisam ser abordadas para sua compreensão. Com esse desiderato, colocam-se três questões fundamentais: Quem?; Como?; e Quando?

2. Quem?

No que se refere aos sujeitos envolvidos, duas questões iniciais se impõem. Primeiramente, acerca dos destinatários das cotas raciais. Em segundo lugar, sobre a responsabilidade pela fiscalização de tais medidas afirmativas.

2.1. Quem são os destinatários das cotas raciais?

Conforme já dito, a falsidade das autodeclarações raciais tem ocasionado verdadeiro desvio de finalidade do sistema de cotas, com a ocupação de significativa parte das vagas reservadas por pessoas que não são destinatárias da política pública. Quando, pela primeira vez no Brasil, garante-se um direito – de caráter reparatório –, cujo gozo depende da *condição de negro* do sujeito, então, não tarda a proliferação do fenômeno que se convencionou denominar de *afro-conveniência* ou *afro-oportunismo*. Pessoas brancas passam a se autodeclarar negras, com o objetivo de se beneficiarem da reserva de vagas para negros, o que configura não apenas uma burla ao sistema de cotas, mas também revela mais uma das facetas do racismo.

Nessa linha de entendimento, é fundamental a definição dos destinatários ou beneficiários das cotas raciais, como elemento indispensável para a eficácia dos mecanismos de controle.

a) Critério fenotípico

No Brasil, predomina o *preconceito racial de marca*¹⁹, de modo que a discriminação é praticada por meio de construções sociais que promovem a exclusão de determinadas pessoas, em razão de suas características fenotípicas – tais como cor da pele, traços faciais e textura dos cabelos –, associadas ao grupo étnico-racial a que pertencem. Assim, o *racismo à brasileira* afeta os indivíduos em virtude de sua *aparência racial* – que determina sua potencial vulnerabilidade à discriminação racial –, e não de sua ascendência ou composição genética²⁰.

Nesses contextos sociorraciais, é usual que a discriminação racial se intensifique na medida em que as características fenotípicas do indivíduo se afastem daquelas consideradas típicas do *grupo dominante*. Efetivamente, há diferenciações baseadas na pigmentação da cor da pele – combinada com os traços faciais e textura dos cabelos –, numa espécie de escala ascendente de tons, na qual os indivíduos de pele mais escura figuram na base da pirâmide sociorracial, em contraposição àqueles que possuem a pele mais clara, aos

¹⁹ Para Oracy Nogueira, *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*, pp. 290 e ss., a discriminação racial no Brasil distingue-se daquela que se verifica nos Estados Unidos, onde uma *gota de sangue* pode determinar a identidade racial do sujeito, de modo que, nessa hipótese, a origem é fator de acentuada relevância, para além das características fenotípicas.

²⁰ Cfr. Rafael Guerreiro Osório, *O sistema classificatório de cor ou raça do IBGE*, p.12: “Ou, então, criar-se-ia o novo e esotérico problema de se definir qual a percentagem de ascendência africana que permitiria o enquadramento de uma pessoa como negra. Também não valeria a pena empregar algo como uma escala Pantone para identificar a cor da pele: ter-se-ia inúmeras gradações de cores completamente desprovidas de significado sociológico: em que, para todos os efeitos, algo como um “marrom escuro” se distinguiria de um preto? Ambos seriam objetos potenciais do mesmo preconceito.”

quais é reservado *status* de superioridade²¹. Ou seja, quanto mais *desviante* do *padrão fenotípico hegemônico*, maior a potencialidade de o indivíduo sofrer discriminação racial.

Importa ressaltar que, embora não sejam de todo irrelevantes para a constituição do sentimento de pertença do indivíduo, não são as experiências ou as características físicas dos ascendentes dos candidatos cotistas que devem ser levadas em consideração. Em primeiro lugar, porque abriria espaço para excessivo subjetivismo, ao se permitir a invocação ilimitada de toda uma ancestralidade – muitas vezes não demonstrada, e que, no Brasil, devido ao intenso processo de miscigenação, não seria factível. É que, se todos possuem alguma proveniência negra, o critério da ascendência resultaria na aplicação indistinta das cotas raciais para todas as pessoas, tornando a política pública completamente infundada. Em segundo lugar, porque, nos casos em que predomina o preconceito racial de marca, importa a imagem da própria pessoa, não sendo sua ancestralidade, por si só, determinante para que sofra discriminação racial. Em outras palavras, assim como o argumento da existência de ascendente branco não livra pessoas negras de serem vítimas de racismo, a simples alegação de ascendência negra não torna indivíduos brancos mais vulneráveis ao racismo, não devendo, portanto, servir de fundamento para concessão do direito às cotas raciais. Trocando em miúdos, se no Brasil o racismo, por suas peculiaridades, não dá chance ao negro de recorrer à sua ascendência branca, eventual ascendência negra também não

²¹ Carlos Moore, ***Racismo e Sociedade***, p. 260, denomina de sistema pigmentocrático e fenotipofóbico a estrutura em que diferenciações de tons de pele, texturas de cabelo, forma dos lábios e nariz vão ser determinantes na alocação do *status* coletivo e individual dos sujeitos na sociedade. Para o autor, p. 277, há uma ordem hierárquica que funciona a partir de dois polos que se excluem, e entre eles existe uma grande variedade de *identidades flutuantes, nebulosas e desconexas*, que se referenciam a partir do segmento considerado *racialmente superior*.

pode justificar a aprovação de pessoas brancas pelas cotas raciais.

Diante do que foi até aqui exposto, o critério a ser considerado para se verificar se o candidato às cotas raciais é destinatário da medida afirmativa deve ser, exclusivamente, o fenótipo do próprio indivíduo. Se o fenótipo é o fator que, socialmente, determina o racismo – resultando na exclusão social da população negra – também este deve ser o critério para a definição dos destinatários das ações afirmativas de cunho racial.

Na realidade brasileira, em virtude do processo de miscigenação – impulsionado pelo *estupro colonial* e pela *política de embranquecimento* da população –, a categoria pardo é o ponto de maior discussão entre pesquisadores e movimentos sociais. Há estudiosos que entendem que os pardos estariam situados em posição intermediária entre os pretos e os brancos²². Isso porque os pardos sofreriam menos discriminação racial do que os pretos, embora ambos estejam classificados na categoria negro, segundo o critério raça/cor estabelecido pelo IBGE.

Habitualmente, nota-se verdadeira confusão nos pedidos e decisões judiciais sobre cotas raciais. Muitos candidatos argumentam judicialmente que, embora não sejam negros, são pardos e, portanto, beneficiários das cotas raciais. A compreensão do objetivo essencial das ações afirmativas raciais permite concluir que, se refutam a condição de negro, tais candidatos também não deveriam pleitear o *status* de cotistas. É que, quando um candidato afirma “não sou negro, mas sou pardo”, significa dizer que não se reconhece como negro, embora acredite haver na categoria pardo uma brecha para sua aprovação pelo sistema de cotas. Vale-se, nessas

²² Cfr. Rafael Guerreiro Osório, O sistema classificatório de cor ou raça do IBGE, p.13.

circunstâncias, unicamente do elemento cor da pele (parda) que, por si só, não resulta na sua percepção social como negro. Independente das críticas que podem ser postas à classificação estabelecida pelo IBGE, as cotas raciais destinam-se aos *pardos negros* e não aos *pardos socialmente brancos*, conclusão que demanda a observação da cor da pele associada às demais marcas ou características que, em conjunto, atribuem ao sujeito a *aparência racial* negra.

Nada obstante, admite-se que pode haver fronteiras fluidas na percepção social da raça do indivíduo – e, portanto, na heteroidentificação a ser realizada pela comissão de verificação –, notadamente no caso dos pardos claros, limítrofes entre as categorias negro e branco. Assim como toda decisão humana, há graus de subjetivismo na heteroidentificação racial, mesmo porque não se pode falar em identificação racial precisa, matemática. Essas, no entanto, são circunstâncias pontuais, sendo que a própria instituição das comissões de verificação já ilide grande parte das falsidades evidentes – antes tão corriqueiras –, em que os candidatos são, de modo inquestionável, socialmente brancos. De todo modo, entende-se que parcela significativa das dúvidas podem ser afastadas a partir da análise do conjunto de características físicas dos candidatos – em especial, a cor da pele –, cotejadas nos contextos relacionais locais.

Em termos simples, as cotas raciais – como medida de justiça distributiva voltada para a neutralização de iniquidades raciais persistentes na sociedade brasileira – devem ter aplicabilidade restrita às potenciais vítimas diretas do racismo e da discriminação racial. E para tanto, os membros das comissões de verificação, diante de um candidato cotista, devem se perguntar se este apresenta um conjunto de características fenotípicas que permitam considerá-lo como negro, no contexto local.

De fato, o contexto sociorracial local pode se revelar decisivo para fins de determinação da pertença racial dos indivíduos. Isso porque a formação étnico-racial da população brasileira se deu conforme a história de cada região e/ou Estado, impactando de modo relevante na distribuição da diversidade fenotípica das pessoas pelo País. Sob essa perspectiva, um indivíduo considerado negro no extremo sul do Brasil – região em que a população negra é reduzida e não apresenta a mesma variabilidade fenotípica que em outros Estados da Federação – pode não o ser no contexto sociorracial nordestino, por exemplo. Em observância a tais peculiaridades, é recomendável que os componentes das comissões de verificação – em especial aqueles que não sejam representantes do poder público – sejam oriundos de movimentos sociais com notória representatividade local.

b) A autodeclaração não é absoluta

O critério da autoidentificação tem sido considerado como o mais adequado para determinação da pertença racial do indivíduo – particularmente no contexto jurídico-político de Estados Democráticos de Direito – o que, conforme será visto, não o torna absoluto e impassível de verificação por terceiros.

A Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial – órgão ao qual incumbe a interpretação e fiscalização do cumprimento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIERD) – entende que, salvo sob justificação em contrário, a definição da pertença de um indivíduo a determinada raça, etnia ou outra característica referente à identidade dos sujeitos deve se basear na autoidentificação. Para os membros da Comissão, tal

método impediria que se excluísse da proteção jurídico-política grupos étnicos não reconhecidos pelo Estado.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) também prevê a autodeclaração, referindo-se à população negra como “o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”.

Da mesma forma, como aponta a Nota Técnica nº 43/2015 da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), a autodeclaração é utilizada para a coleta de informações no quesito raça/cor do IBGE.

Seguindo lógica semelhante, a Lei nº 12.990, de 2014, estabelece, no seu artigo 2º, *caput*, que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor/raça utilizado pelo IBGE.

Portanto, à primeira vista, a autodeclaração seria condição suficiente para a inserção do candidato na lista dos cotistas, o que não permite concluir pela desnecessidade de métodos de verificação da autodeclaração, até mesmo como forma de atender à disciplina do parágrafo único do mesmo artigo. Este prevê sanções em caso de falsidade da autodeclaração, embora não estabeleça mecanismos de controle. A regra estatuída evidencia que, embora seja condição fundamental e preliminar para determinar o direito a concorrer pelas cotas, a autodeclaração racial não é absoluta, vez que pode estar eivada de falsidade, como qualquer outra forma de declaração.

O critério da autodeclaração também foi historicamente reconhecido e pleiteado pelo movimento negro, como modo de valorização identitária da população negra, cujo

processo de embranquecimento – promovido pelo Estado brasileiro e por vertentes da ciência, notadamente no final do século XIX e início do século XX – teve como um de seus efeitos a autorrejeição e a negação de sua identidade negra. Ocorre que, nos termos pleiteados pelo movimento negro, a autodeclaração racial vinha sendo proferida em contexto desinteressado, realidade que não persiste nos dias atuais, em que se autodeclarar negro pode implicar benefícios jurídico-políticos relevantes, inclusive afetos ao acesso a *bens escassos*.

Por conseguinte, embora se deva reconhecer a importância da autodeclaração racial – já que pode corresponder ao genuíno sentimento de pertença do sujeito, e até mesmo revelar sua postura política diante do racismo –, para fins de acesso às cotas raciais, esta não goza de presunção absoluta de veracidade. Decerto que a autoidentificação é fator importante na construção da identidade racial do indivíduo, revelando a forma como este se percebe e se define para a sociedade. No entanto, a autoatribuição não adquire verdadeiro sentido nas relações sociorraciais se completamente dissociada da heteroatribuição. É que as restrições jurídico-políticas e sociais que se impõem em função da raça dizem mais respeito a como as pessoas são percebidas e classificadas racialmente pela sociedade do que à autoidentificação racial, isoladamente considerada. Logo, o fato de um indivíduo branco autodeclarar-se negro não fará com que, unicamente a partir da sua autodeclaração, passe a ser percebido socialmente como tal e, conseqüentemente, deixe de gozar dos privilégios que a cor da sua pele (branca) lhe outorga, numa sociedade racialmente hierarquizada. Do mesmo modo, uma pessoa negra que se autodeclare branca não deixará, em virtude de sua autodeclaração, de ser socialmente percebida como negra e, por conseguinte, submetida aos efeitos do racismo.

Nesse sentido, se o objetivo da política pública em comento é a inserção de pessoas negras a partir do incremento de sua representatividade em determinados espaços de poder, a autodeclaração deve ser complementada por mecanismos heterônomos de verificação, de modo a garantir o alcance dos fins almejados. Assim, a autoatribuição deve ser o critério primordial de identificação racial do indivíduo, especialmente com os objetivos de fortalecer a diversidade e o reconhecimento do direito à diferença, bem como de evitar arbitrariedades de identificações externas que tenham o propósito de discriminação rática. Nada obstante, não há empecilho à verificação posterior da autodeclaração, sendo mesmo imprescindível nas hipóteses de políticas públicas de ação afirmativa.

A autodeclaração figura, então, como critério *a priori* de identificação racial, o que quer dizer que sem ela não há de se falar – para fins de benefício pelas cotas raciais – em mecanismos de heteroatribuição. Dito de outro modo, a autodeclaração é *conditio sine qua non* para a configuração da expectativa de direito de concorrência às vagas reservadas e, ao mesmo tempo, para a submissão do candidato à verificação da condição racial autodeclarada. Deve, pois, ser considerada como o primeiro passo num sistema misto de atribuição de pertença racial, com posterior verificação de sua veracidade.

É nesse sentido que o Ministério Público e os tribunais brasileiros têm decidido que a autodeclaração – embora seja o critério prevalente de atribuição racial dos indivíduos – não se reveste de caráter absoluto, podendo ser submetida à verificação, notadamente diante das inúmeras falsidades identificadas casuisticamente. O STF, no julgamento da ADPF nº 186, pronunciou-se especificamente sobre a legitimidade do sistema misto de identificação racial. Também no recente julgamento da ADC nº 41, o STF abordou o tema, fixando a

seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

2.2. Quem deve fiscalizar as cotas raciais?

Mais do que mera autorização ou legitimidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, defende-se aqui a imprescindibilidade de tais mecanismos de fiscalização – cuja responsabilidade recai, a princípio, sobre a Administração Pública. Embora a jurisprudência brasileira tenha evoluído no sentido de considerar *legítima* a instituição de comissões de verificação da autodeclaração racial, não estabeleceu a fiscalização do sistema de cotas raciais como uma obrigação da Administração Pública. De fato, tanto a ADPF nº 186-2 quanto a ADC nº 41 firmaram entendimento segundo o qual mecanismos subsidiários de heteroidentificação racial são *autorizados* no âmbito do sistema de cotas.

Entretanto, defende-se neste estudo não apenas a possibilidade, mas o dever de fiscalização das autodeclarações raciais, tanto para o acesso às universidades públicas quanto para os concursos públicos. Nesse sentido foi o voto-vogal do ministro Edson Fachin que, na ADC em comento, acompanhou o voto do relator para julgar procedente o pedido, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo 2º, *caput* e parágrafo único, da nº Lei 12.990/2014, para assentar a “necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle

de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais”.

Em âmbito federal – diante do advento da Portaria nº 4 de 6 de abril de 2018, da Secretaria de Gestão de Pessoas, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão –, a diferença entre a mera autorização e a afirmação da necessidade de mecanismos de fiscalização da autodeclaração racial (ao menos nos concursos públicos) pode não assumir tanta relevância. No entanto, ainda que a Lei nº 12.990 não alcance os demais entes da federação – tampouco explicitamente as universidades, no que se refere ao acesso do corpo discente – a afirmação, pela Corte Suprema, da necessidade de adoção de mecanismos de controle das fraudes certamente surtiria efeitos nas universidades e nos Estados e Municípios que, por legislação própria, adotem cotas raciais nos seus concursos públicos.

Com efeito, se a interpretação do STF não tivesse se limitado a evidenciar a mera possibilidade, mas reconhecido a efetiva obrigatoriedade de a Administração Pública fiscalizar o sistema de cotas raciais nos seus certames, os demais entes federativos seriam impelidos a fazê-lo, garantindo a efetividade e reais objetivos das ações afirmativas raciais.

a) A Administração Pública como responsável direta

Nas linhas acima, já se antecipou, ao menos parcialmente, a resposta a essa questão. A fiscalização do sistema de cotas raciais cabe à Administração Pública responsável pela realização do certame – incluindo as universidades, no caso de acesso ao ensino superior. Se é a Administração Pública que institui as normas editalícias que estabelecem as condições a serem demonstradas pelos

candidatos, a esta cabe a verificação do efetivo atendimento dessas exigências.

Nessa linha de intelecção, quando acolhe as autodeclarações raciais – dotadas de relativa presunção de veracidade – sem qualquer mecanismo de fiscalização, a Administração Pública convalida, por ato administrativo, as informações prestadas, tornando-se também, ao menos mediatamente, responsável por seu conteúdo e seus efeitos. Sob essa ótica, pergunta-se: como pode a Administração Pública validar a autodeclaração emitida, confirmando sua veracidade – e, portanto, ratificando o preenchimento, por parte do candidato, da condição exigida pelo edital –, sem qualquer tipo de verificação? Assim como as demais condições exigidas pelas normas editalícias, também a condição de negro do candidato deve ser verificada pela Administração Pública. Caso contrário, põe-se em risco o interesse público e a própria finalidade da política afirmativa racial, ao validar ato que pode estar eivado de falsidade.

Nesse ponto, importa ressaltar que o fato de a legislação não estabelecer, explicitamente, quais os mecanismos de fiscalização que devem ser utilizados, não exime a Administração Pública do seu dever fiscalizatório. A Lei nº 12.990/2014, conforme já mencionado, prevê que “na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”. Não faria qualquer sentido atribuir caráter absoluto à autodeclaração diante da previsão legal de penalidades àqueles que falsamente se autodeclarem negros. O teor desse dispositivo legal confirma que o legislador atribuiu à autodeclaração racial mera presunção relativa de veracidade,

razão pela qual se antecipou à Administração Pública no que diz respeito à previsão de sanções nas hipóteses de falsidade. Cabe, então, ao ente promotor do concurso público ou seleção especificar, a partir das normas editalícias, o procedimento a ser adotado para cumprir tal finalidade legislativa.

Ademais, a Administração Pública é o único ente que detém, durante o certame, os dados necessários para realizar a fiscalização. Efetivamente, somente o ente público responsável pelo concurso possui acesso à imagem dos candidatos autodeclarados negros, a fim de verificar se suas características fenotípicas correspondem à *aparência racial* declarada.

Nessa linha de entendimento, a Administração Pública tem o dever/poder de fiscalização do sistema de cotas nos seus concursos públicos e seleções (inclusive vestibulares), não lhe sendo facultado transferir essa obrigação ao cidadão. Essa afirmação é relevante, na medida em que, na prática, determinados entes têm se limitado a verificar a autodeclaração racial apenas dos candidatos *denunciados* por fraude. Ora, como o cidadão comum terá acesso à imagem de todos os candidatos cotistas, de modo que possa, a partir desse dado elementar, denunciar eventuais falsidades? Podem ser utilizadas as redes sociais à procura de fotografias, instrumento que, com a sofisticação das estratégias colocadas em prática por fraudadores contumazes, pode não surtir efeito. É que muitos fraudadores têm retirado suas fotos das redes sociais para evitar denúncias. E ainda que não se vislumbrassem tais dificuldades na apuração das fraudes, a Administração Pública não pode impor o ônus fiscalizatório aos particulares.

Nessa senda, não pode a Administração Pública condicionar sua atuação de controle à provocação de candidatos interessados ou de outros órgãos, mesmo porque, para fins de impugnação da autodeclaração racial é necessário

o prévio acesso à imagem dos candidatos inscritos pelas cotas, dados inicialmente acessíveis apenas ao ente público gestor do certame. Além disso, a *verificação condicionada* certamente causaria desigualdade entre candidatos, na medida em que – por ausência de informações públicas sobre as características fenotípicas de todos os inscritos pela lista de cotas –, aqueles que não tivessem suas autodeclarações impugnadas, ainda que falsas, ficariam imunes à fiscalização. Dessa maneira, embora deva ser oportunizado aos demais candidatos, bem como aos órgãos de fiscalização e terceiros interessados, acesso a documentos que permitam a identificação física dos candidatos concorrentes pelo sistema de cotas, a verificação da veracidade das autodeclarações deve se aplicar a todos os cotistas, independentemente de eventual impugnação.

b) Improbidade administrativa por omissão na fiscalização

A omissão na fiscalização do sistema de cotas por parte dos agentes públicos, além de configurar ato de improbidade administrativa por violação de princípio, caracteriza explícito desvio de finalidade, que ocorre nas hipóteses em que o ato administrativo – no caso, aprovação de candidato e nomeação de servidor público – é praticado em descompasso com os objetivos estabelecidos pelo legislador, constituindo, assim, violação ideológica da lei.

Aos agentes públicos é imposto o dever jurídico de observância dos princípios que regem a Administração Pública, especialmente – por força do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os

deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (...) e V - frustrar a licitude de concurso público (...)”.

Estabelecidas tais premissas, ressalte-se que, diante da omissão da Administração Pública no seu dever fiscalizatório, devem ser acionados os órgãos de controle, a exemplo do Ministério Público. Em consonância com esse entendimento, e a partir da necessidade de alinhamento da atuação ministerial nessa seara, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação nº 41/2016, de 09 de agosto de 2016, que define parâmetros para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais, consagrando que cabe ao órgão ministerial a devida fiscalização de eventuais fraudes na realização de tais certames. Por conseguinte, além da responsabilização do ente público por sua omissão violadora do interesse público, o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para regularização da lisura do certame, garantindo a eficácia das cotas raciais.

É preciso pontuar, no entanto, que, em geral, tanto os membros do Ministério Público, quanto os magistrados – diante da especificidade e complexidade do tema, além da efetiva falta de interesse, em muitos casos, na concretização da política pública em questão – ainda não se assenhoraram dos conhecimentos necessários para assegurar a fiscalização do sistema de cotas como verdadeiro direito à (dever de) proteção contra as falsidades.

Ainda nesse tópico, não se pode deixar de recordar que, em linhas gerais, a legislação estabelece um período inicial de dez anos para a implementação das cotas raciais. A ausência de fiscalização significa que se está perdendo tempo de efetiva concretização dessas medidas de reparação. Ao fim do período,

a persistir a ocupação impune, por candidatos brancos, das vagas reservadas, a constatação do insignificante ou reduzido incremento de pessoas negras no serviço público e/ou nas universidades – em especial nos cursos considerados de maior prestígio – será o pretexto perfeito para aqueles que defendem o fim das cotas raciais.

c) A importância do controle social

A postura omissiva da Administração Pública no seu dever fiscalizatório e a constante ausência de compromisso do sistema de justiça brasileiro com a temática tornam ainda mais necessário o controle social das cotas raciais.

O controle social revela-se de fundamental importância, não apenas para impulsionar a efetiva atuação fiscalizatória por parte dos entes públicos, mas para fins de monitoramento das decisões das comissões de verificação. Não é incomum que as próprias comissões de verificação não exerçam a contento seu papel. Daí a importância do controle social no que diz respeito ao procedimento de heteroidentificação, o que também pode ser garantido por meio da participação efetiva de cidadãos na composição das comissões, assunto que será aprofundado linhas adiante.

Assim sendo, embora não caiba ao cidadão a obrigação de fiscalizar o sistema de cotas, é imperioso que haja transparência no procedimento de verificação por parte da Administração Pública, que deve disponibilizar as informações necessárias para o exercício do controle social das decisões.

A verificação das características fenotípicas deve ser realizada obrigatoriamente com a presença do candidato, permitindo-se, em obediência ao princípio da publicidade dos atos administrativos, a participação de terceiros na sessão de heteroidentificação, e, ainda, o acesso às imagens registradas.

3. Como?

Esse segundo questionamento diz respeito aos métodos e procedimentos a serem observados na tarefa de fiscalização do sistema de cotas raciais. Tais elementos são de fundamental importância para o atendimento das premissas tratadas acima, sendo que os meios utilizados para a consecução da verificação da autodeclaração racial devem ser adequados para garantir os objetivos das ações afirmativas raciais.

Mesmo antes da edição da Lei nº 12.990, de 2014 – em decorrência especialmente das cotas raciais para acesso ao ensino superior –, já era possível observar a adoção, embora em menor escala, de mecanismos de controle da autodeclaração racial. A Universidade Federal do Paraná, como uma das pioneiras na adoção de sistema heterônimo de validação da autodeclaração racial, teve suas regras judicialmente questionadas inúmeras vezes. Portanto, o Judiciário, muito antes da lei de cotas nos concursos públicos, já havia sido instado a se manifestar sobre a constitucionalidade/legalidade de tais medidas fiscalizatórias, podendo-se observar algumas importantes tendências para a definição de diretrizes.

Em consonância com o entendimento jurisprudencial formado e com a atuação fiscalizatória do Ministério Público, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão expediu – em atendimento a recomendação do Ministério Público Federal – a Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016, que estabeleceu alguns parâmetros para a aferição da veracidade da informação prestada por candidatos autodeclarados pretos ou pardos, para os fins previstos na Lei nº 12.990/2014. Dentre as linhas orientadoras, o documento dispunha que os editais de concurso público para provimento

de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União deveriam, dentre outros aspectos, “prever e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim, com competência deliberativa”.

3.1. As comissões de verificação

As comissões de verificação vêm se consolidando, no Brasil, como mecanismo mais apropriado de verificação da autodeclaração racial, nos concursos públicos e universidades que adotam cotas raciais. Trata-se de um órgão colegiado – instituído especificamente para essa finalidade –, responsável por realizar o procedimento de heteroatribuição, deliberando sobre a veracidade da autodeclaração racial.

Entende-se que um órgão colegiado – mormente se observados determinados elementos em sua formação – possui mais legitimidade do que um único julgador para confirmar a autoatribuição racial prestada por um indivíduo. Daí porque diversas decisões judiciais têm estabelecido que o Poder Judiciário – mesmo em julgamentos colegiados – não deve adentrar no mérito do ato administrativo emanado das comissões de verificação, limitando-se, quando for o caso, a invalidá-lo.

3.2. Composição das comissões

As Recomendações expedidas pelo Grupo de Atuação Especial de Proteção dos Direitos Humanos e Combate à Discriminação (GEDHDIS) do Ministério Público do Estado da

Bahia²³, em sede de fiscalização das cotas raciais – notadamente, em concursos públicos – têm abordado, dentre outros elementos, a composição das comissões de verificação.

De acordo com as mencionadas recomendações, alguns fatores relacionados à composição das comissões imprimem maior legitimidade às suas decisões, em especial: a diversidade, a naturalidade e a participação majoritária dos movimentos sociais.

Primeiramente, busca-se que as decisões das comissões reflitam – tanto quanto possível – a percepção da sociedade em que estão inseridas. Desse modo, a diversidade de seus membros – principalmente racial e de gênero – é fator fundamental, que traduz um quadro representativo do contexto social em questão.

Sob essa ótica, também a naturalidade dos seus integrantes – embora não seja condição imperativa para todos os componentes –, merece consideração. Ninguém duvida que, em função das peculiaridades regionais e locais – associadas ao processo histórico e à consequente composição racial da população –, pode haver diferenças nas relações sociorraciais e, portanto, na atribuição de pertença racial das pessoas. Pode-

²³ A Recomendação nº 02, de 14 de março de 2016, foi a primeira dessa natureza, tendo sido expedida para todas as Secretarias do Município de Salvador e do Estado da Bahia. O documento – que trouxe parâmetros para a verificação da autodeclaração racial nos editais de concursos públicos e processos seletivos para provimento de pessoal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Estadual e Municipal – foi apresentado aos membros do Grupo de Enfrentamento ao Racismo, da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos, do Conselho Nacional do Ministério Público, e replicada em outros Ministérios Públicos. Destaca-se o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que replicou o documento para recomendar que o Tribunal de Justiça do DFT, no concurso para provimento de cargos de servidores, revogasse a homologação do resultado final, instituindo comissão de verificação da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado. Ressalte-se que o Estado da Bahia e o Município de Salvador não possuem normativa nesse sentido. Nada obstante, o Município de Salvador tem aplicado a Recomendação nº 2 a todos os seus concursos públicos, instituindo comissões de verificação, nos termos orientados no documento.

se dizer que “uma coisa é ser negro na Bahia, outra, é ser negro no Rio Grande do Sul”. Daí a relevância da naturalidade – noção que, no entanto, não deve ser compreendida em termos absolutos. O que efetivamente importa é a vivência do indivíduo naquela sociedade e não exatamente o local do seu nascimento. Isso porque muitas pessoas nasceram em locais onde pouco viveram e, por esse motivo, podem não compartilhar das mesmas experiências e percepções sociais daquela sociedade. O que se pretende evitar é que comissões previamente estabelecidas, completamente desassociadas do contexto local, sejam responsáveis por aferir a veracidade das autodeclarações raciais. Não se trata de mera especulação, mas de realidade que tem sido constatada, principalmente nos certames em que são contratadas empresas especializadas na organização e realização de concursos públicos.

Também tem sido recomendada pelo Ministério Público do Estado da Bahia a presença majoritária de representantes dos movimentos negros nas comissões, orientação que explora três pontos essenciais: representatividade, conhecimento sobre a temática e controle social.

Sabe-se que a implementação das cotas raciais, no Brasil, é resultado de pleitos históricos dos movimentos negros e não de atos de benevolência dos poderes públicos. Sob essa perspectiva, a participação de pessoas oriundas dos movimentos negros amplia o fator representatividade e possibilita que as deliberações da comissão expressem também as aspirações e demandas de grupos particularmente engajados na promoção da igualdade racial. Ademais, não se pode negar que a militância nos movimentos negros propicia expressivo acúmulo de conhecimentos sobre relações étnico-raciais, imprescindíveis para a deliberação qualificada da comissão, diante da complexidade de sua tarefa. Por fim,

defende-se, ainda, a composição majoritária por membros dos movimentos negros de modo a intensificar o controle social das decisões da comissão. Não havendo espaço neste artigo para tratar do conceito e dos efeitos do racismo institucional, por ora – e também por todos os argumentos já apresentados no presente tópico –, basta afirmar que não se recomenda que a comissão seja formada apenas por representantes do poder público.

Ainda a respeito da composição das comissões, não se vislumbra argumento plausível para a determinação da presença de profissional de Medicina nos seus quadros, como previsto na Resolução nº 769, de 15 de março de 2017 – que alterou a Resolução nº 719, de 18 de dezembro de 2015 –, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴. Em se tratando de uma análise de caráter social e não científico, a participação de médicos nas bancas de verificação denota uma concepção *patologizante* da raça, que em nada contribui para os fins almejados pelas ações afirmativas.

3.3. O procedimento de verificação ou heteroidentificação

Embora não seja este o espaço para tecer minúcias a respeito do procedimento a ser adotado pelas comissões de verificação, alguns cuidados indispensáveis precisam ser abordados, para garantia da lisura e eficácia da tarefa a ser desempenhada.

²⁴ “Artigo 6º - A Comissão prevista no artigo anterior será constituída a cada certame. § 1º - A Comissão de Avaliação será composta por um Juiz de Direito, um Médico e um Assistente Social Judiciário, estes dois últimos do quadro do Tribunal de Justiça, que serão designados pelo Presidente da Comissão do Concurso.

§ 2º - Não havendo médico do Quadro do Tribunal de Justiça na Região Administrativa Judiciária do concurso a Comissão de Avaliação será composta por um Juiz de Direito e dois Assistentes Sociais Judiciários, estes dois últimos do Quadro do Tribunal de Justiça”.

O primeiro aspecto fundamental é o critério a ser adotado para verificação da autodeclaração, que, como já dito, deve ser exclusivamente o fenótipo dos candidatos. E, para tanto, a presença destes perante os membros da banca é imprescindível. Não é recomendável a verificação unicamente por meio da análise de fotografias, dada a facilidade com que estas podem ser manipuladas.

Mesmo nas chamadas *entrevistas presenciais*, na prática, têm sido detectadas diferentes tentativas de burlar o sistema de cotas: candidatos que se maquiam e utilizam roupas que cobrem todo o corpo, com exceção do rosto, para ocultar a cor de sua pele; pessoas que raspam os cabelos, passam a usar barba ou turbantes, para modificar sua aparência racial; até mesmo indivíduos que se submetem a bronzeamento artificial antes de se apresentar à banca. Saliente-se que vagas no serviço público e em universidades – especialmente para determinados cargos e cursos –, na realidade brasileira, são bens escassos. E há pessoas dispostas a lançar mão dos mais diversos tipos de artifícios para ocupar essas vagas.

Isso posto, importa ressaltar que, se a verificação da veracidade da autodeclaração racial deve ter por base critérios minimamente objetivos – quais sejam, as características fenotípicas dos candidatos –, o comparecimento perante a comissão é o bastante para a confirmação da pertença racial afirmada.

Isso não significa que os integrantes das bancas devem proceder a uma análise *antropométrica*, de cunho *lombrosiano*, das características físicas dos candidatos, o que estaria até mesmo em desacordo com os fatores determinantes da discriminação racial no contexto brasileiro. Com efeito, não são os dados antropométricos de um indivíduo que o tornam potencial alvo de racismo institucional e de práticas

racionalmente discriminatórias, mas sim o conjunto de sua *fenotipia* – em especial a cor da pele –, associado ao grupo étnico-racial negro. Sob essa perspectiva, devem ser observados, para fins de motivação da decisão da comissão, três elementos essenciais: a cor da pele (principal fator), a textura dos cabelos e os traços faciais. Desse modo, a fundamentação da decisão não pode ser genérica a ponto de obstaculizar eventual defesa por parte do interessado – a exemplo de algumas decisões que se limitam a afirmar, genericamente, o não atendimento dos requisitos. Doutro lado, a análise e fundamentação antropométrica – como a que se pretendeu realizar no certame do Instituto Federal de Educação do Pará²⁵ – também não devem ser aplicadas, mesmo porque vexatórias e violadoras da dignidade dos candidatos.

Então, por ocasião da apresentação dos candidatos, os integrantes da banca devem observar a aparência física dos cotistas, associando-a ou não ao grupo étnico-racial negro, independentemente das supostas experiências discriminatórias pretéritas dos candidatos. Isso porque a

²⁵ Recorde-se o Edital de 2016 do concurso público para provimento de cargos técnico-administrativos do Instituto Federal de Educação do Pará (IFPA), que, em seu anexo IV estabelecia, em uma tabela, os padrões avaliativos a serem observados quando da entrevista pela comissão: “1. Pele: 1.1. Melanoderma – cor preta; 1.2. Feoderma – cor parda; 1.3. Leucoderma – cor branca; 2. Nariz: 2.1. Curto/largo/chato (platirrinos); 3. Boca/dentes: 3.1. Lábios grossos; 3.2. Dentes muito alvos e oblíquos; 3.3. Mucosas rosas; 4. Maxilar (Prognatismo): 4.1. Prognatismo saliente a acentuado; 5. Crânio: 5.1 Crânio dolicocélio < 74,9 (largo 4/5 do comp.); 6. Face: 6.1. Testa estreita e comprida nas fontes; 7. Cabelo: 7.1. Crespos ou encarapinhados; 8. Barba: 8.1. Barba pouco abundante; 9. Arcos Zigomáticos: 9.1. Proeminentes ou salientes”. O formulário trazia, ainda, as seguintes explicações: “1. No quesito cor de pele serão válidos os seguintes procedimentos: a) Caso a compatibilidade de cor PRETA ou PARDA ocorra na avaliação dos 3 membros, todos os outros critérios são desconsiderados acatando a autodeclaração do candidato; b) Caso a compatibilidade de cor BRANCA ocorra na avaliação dos 3 membros, passa-se a avaliar os demais critérios constantes nos itens 2 a 9. A autodeclaração será acatada se atender o mínimo de 62,5% dos demais critérios de compatibilidade. 2. Cada item compatível de 2 a 9 equivale a 12,5% da pontuação na tabela”. O Instituto justificou a adoção de tais critérios, sob o argumento de que visava a atender à já citada Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016, expedida pelo Ministério do Planejamento. Diante do repúdio de especialistas e da comunidade acadêmica, o documento foi invalidado pelo IFPA.

percepção da vivência de discriminação racial é fator demasiadamente subjetivo, além de contingente. Uma pessoa negra pode acreditar nunca ter sofrido discriminação racial anteriormente, o que não desconfigura suas características fenotípicas, que são o verdadeiro critério para definição de sua pertença racial e, portanto, da sua condição de beneficiária das cotas raciais. A ausência de experiência pretérita de racismo tampouco desvirtua o objetivo de incremento da representatividade de negros no serviço público e nas universidades, nem mesmo garante a incoerência futura de discriminação racial contra o indivíduo.

Portanto, repita-se, as cotas raciais se destinam às pessoas potencialmente vítimas de racismo/discriminação racial no contexto brasileiro, em razão de sua pertença à população negra. Nessa linha de entendimento, não há motivos para fazer questionamentos sobre eventual discriminação racial sofrida pelos candidatos. Ao menos que estes relatem espontaneamente suas experiências, nas situações em que, eventualmente, as comissões reservam um momento de escuta do candidato – o que, caso ocorra, deve ser oportunizado a todos. Em outras palavras, perguntas que não vão embasar a decisão da comissão, além de despiciendas, podem até mesmo enfraquecer as decisões da banca, tornando-as mais vulneráveis a questionamentos em ações judiciais.

De modo semelhante, questionários sobre fatores que não digam respeito diretamente ao fenótipo do candidato são inidôneos para aferição da veracidade da autodeclaração racial. Assim, perguntas relacionadas à religião, ao relacionamento pessoal com pessoas negras, ou mesmo à participação em movimentos sociais negros não guardam nenhuma relação com o critério objetivo a ser observado pelas comissões de verificação. Por exemplo, um indivíduo negro

que não professa religião afro-brasileira não deixa de portar traços fenotípicos que marcam sua aparência racial e que, desse modo, o tornam sujeito à discriminação racial no Brasil. Daí porque questionários desse tipo são impertinentes e podem até mesmo apresentar caráter discriminatório²⁶.

Tendo em vista que a raça é uma construção social, a utilização de prova pericial ou relatórios médicos para a comprovação da condição de negro também são impertinentes. Acaso o critério fosse a ascendência ou a composição genética do candidato, a prova pericial poderia ser defensável. Esse ponto pode parecer óbvio, depois das reflexões até aqui apresentadas. No entanto, diversos candidatos têm se utilizado desse tipo de argumento, em ações judiciais, para pleitear o direito a ocupar vagas reservadas para negros, a exemplo de relatórios assinados por dermatologistas, atestando a cor da pele do indivíduo, na maioria dos casos, parda. Mas já se afirmou linhas atrás que a questão não se resume à cor da pele.

Também a prova documental para fins de verificação das características fenotípicas não se mostra suficiente. É comum, no Brasil, que pessoas socialmente brancas sejam

²⁶ O Edital nº 01/2015 PMS, de 18 de agosto de 2015, que tornou pública a realização de concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro reserva no cargo de Procurador do Município de Salvador, continha o seguinte questionário sobre o perfil do candidato: “Verificação da condição de candidato negro (preto ou pardo). (...) II – Informações Étnico-Raciais - 1 – Responda as perguntas a seguir (...) C – A maioria de seus amigos é de cor preta ou parda?; D – Você namora ou já namorou uma pessoa da cor preta ou parda; E – a maioria de seus ídolos é de cor preta ou parda? (...) III – Informações Parentais (...) 2 – Qual a religião de seus pais/responsáveis? (...)”. No concurso para provimento de cargos de Agente da Polícia Federal (Edital nº 08/2015 DPG/DPF) – gerido pela CESPE/CEBRASPE, e que adotou análise fotográfica das características fenotípicas dos candidatos, além do questionário de perfil do candidato –, houve ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público Federal, requerendo convocação de todos os candidatos cotistas para verificação fenotípica presencial, bem como a anulação do questionário, o que foi deferido no bojo do processo nº 0008535-95.2015.4.02.0000, com decisão proferida em 21 de agosto de 2015.

registradas como pardas quando do seu nascimento, ainda que, na vida adulta não venham a apresentar traços físicos que permitam identificá-las como negras. Ademais, há documentos que indicam a raça do indivíduo a partir de sua autodeclaração, o que recai nas mesmas questões já aventadas acerca da percepção social – e não apenas individual – geradora da discriminação racial.

3.4. As decisões das comissões

A partir do histórico evolutivo da jurisprudência relacionada ao tema – que, neste espaço não poderá ser explorada –, tem se entendido que, para afastar a presunção relativa de veracidade da autodeclaração racial, a decisão da comissão de verificação deve apresentar fundamentação baseada em critérios objetivos capazes de justificar a exclusão do candidato do certame. Os tribunais têm se baseado no art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999, que determina que os atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

A decisão da comissão de verificação – independentemente de confirmar ou não a autodeclaração – resulta na emissão de ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos e interesses. Imprescindível, portanto, que as decisões da comissão sejam devidamente motivadas, sob pena de serem judicialmente invalidadas. Se o fenótipo é o critério a ser apreciado quando da verificação da veracidade da autodeclaração racial, o ato administrativo que ratifica ou refuta a condição declarada pelo candidato deve apresentar motivação nesse sentido, estabelecendo se o conjunto de características fenotípicas do candidato corresponde às

características fenotípicas de uma pessoa considerada socialmente negra no contexto local em questão.

Ainda neste tópico merece destaque a questão do quórum para as decisões da comissão. Usualmente, os editais vinham exigindo unanimidade nas decisões de não confirmação da autodeclaração racial. A justificativa era que, diante da presunção de veracidade da autodeclaração racial, somente a negativa de todos os membros da comissão seria capaz de resultar na invalidação da autodeclaração. Mais recentemente, a partir das recomendações expedidas pelo GEDHDIS/MP-BA, começou a se consolidar o entendimento de que as decisões devem ser proferidas por maioria. Ora, a exigência de unanimidade militariza a favor de candidato fraudador que, por qualquer motivo, tivesse influência sobre, pelo menos, um dos integrantes da comissão. Assim, bastaria que um dos membros votasse a favor da permanência do candidato para que sua autodeclaração fosse confirmada. Nesse sentido, as decisões por maioria são mais justas e menos corruptíveis do que a exigência de unanimidade. Essa tese foi acolhida, inicialmente, na Resolução nº 170 de 13 de junho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) – que dispõe sobre a reserva de vagas para negros nos concursos do CNMP e do Ministério Público brasileiro – e, posteriormente, na própria Portaria nº 4 de 6 de abril de 2018 (art. 12).

3.5. As normas editalícias

Ainda a respeito de como deve ser realizada a fiscalização das cotas raciais, é de fundamental importância enfatizar que os editais de concurso ou seleção devem prever expressamente as normas pertinentes à verificação da autodeclaração racial, pontuando o critério adotado

(fenotípico), a formação da comissão e o procedimento a ser utilizado – inclusive fase recursal, prazos, momento da verificação, documentos necessários e sanções aplicáveis.

Não se quer dizer, com isso, que a ausência de normas específicas, quando da primeira publicação do edital seja motivo para recusa ou resistência da Administração Pública em realizar o procedimento de heteroidentificação. Como já se evidenciou, não se trata de mero poder discricionário do gestor, mas de verdadeiro dever fiscalizatório, cuja omissão na consecução frustra os objetivos da política pública de ação afirmativa racial.

Dito isso, vislumbram-se algumas hipóteses. A primeira, na qual o edital já traz em seus dispositivos todas as regras fundamentais pertinentes ao procedimento de heteroidentificação, sem prejuízo de complementações pontuais, como, por exemplo, a posterior publicação dos nomes dos membros da comissão de verificação. Também há a possibilidade de o edital de lançamento do certame apenas prever a existência do procedimento de heteroidentificação, evidenciando, de pronto, o critério fenotípico, mas reservando a publicação das normas específicas sobre o procedimento para momento posterior. Essas duas primeiras hipóteses garantem que os candidatos emitam suas autodeclarações de maneira mais consciente, uma vez que já têm conhecimento que estas serão submetidas a posterior verificação.

A terceira hipótese e que, na prática, ainda tem sido habitual – sobretudo nas universidades e entes federativos em que não há normatização sobre o procedimento de heteroidentificação –, refere-se aos editais que não contêm qualquer dispositivo sobre a fiscalização das cotas raciais, e se limitam a repetir a previsão legal da sanção de exclusão do certame ou do serviço público, no caso de detecção de falsidade da autodeclaração. Defende-se aqui que a omissão

normativa acerca do procedimento de heteroidentificação não exime, antes obriga, o Administrador Público a disciplinar a forma de verificação das autodeclarações raciais nas normas editalícias, sob pena de omissão violadora da política afirmativa racial.

Ora, não há dúvidas de que a ausência de definição explícita em edital acerca do procedimento de verificação da autodeclaração racial cria ambiente profícuo para a prática de fraudes, permitindo o desvio de finalidade da política pública de ação afirmativa. Dessa maneira, ainda que inicialmente não tenha a Administração Pública previsto qualquer mecanismo de fiscalização das cotas raciais no edital, deve manejar os instrumentos necessários para a alteração do edital, no sentido de incluir as regras pertinentes. Para tanto, pode-se recorrer ao usual dispositivo editalício que estabelece que eventuais omissões serão resolvidas pela Administração Pública que, tão logo se dê conta da lacuna normativa existente, não precisa sequer ser provocada para promover os devidos ajustes. Isso porque, de acordo com o princípio da autotutela, a Administração Pública detém o controle da legalidade de seus próprios atos, devendo anulá-los, revogá-los ou modificá-los para adequá-los à lei. Reconhecida a ilegalidade da omissão – por violar o próprio espírito da lei, permitindo o desvio de seus objetivos fundamentais –, vislumbra-se o dever do Poder Público de suprir a referida lacuna.

Em consonância com essa linha de entendimento, recorde-se que a Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – atualmente revogada pela Portaria nº 4 de 6 de abril de 2018 – disciplinava, no seu artigo 3º, que os concursos públicos federais em andamento que não tivessem previsão de comissão de verificação da veracidade da autodeclaração

deveriam retificar seus editais para atender ao quanto ali determinado.

4. Quando?

Outro fator relevante para a correta e eficaz implementação do sistema de cotas raciais – mas que pouco tem sido abordado – é a tempestividade da verificação da autodeclaração. A realização intempestiva do procedimento de heteroidentificação pode obstaculizar o direito dos candidatos negros de não concorrerem com candidatos brancos na disputa pelas vagas reservadas, regra cuja inobservância se reflete no resultado final do certame, em prejuízo dos verdadeiros beneficiários das cotas raciais.

A verificação da veracidade da autodeclaração se configura como etapa seletiva que pode gerar a eliminação de candidatos do certame. Nessa senda, candidatos efetivamente negros podem ser prejudicados – sendo inclusive excluídos injusta e preliminarmente das fases subsequentes do concurso, ou mesmo de eventual cadastro reserva –, por concorrerem com candidatos que falsamente se autodeclarem negros e, que, portanto, não teriam direito às vagas reservadas.

Não há previsão normativa de um momento específico para a etapa de intervenção da comissão de verificação, sendo que a recente Portaria nº 4 de 6 de abril de 2018 apenas determina que ocorra antes da homologação do resultado do concurso.

Na verdade, a resposta a essa questão, dependerá, *a priori*, da quantidade de fases do concurso, sendo recomendável que a banca ocorra antes da realização das provas, para que o candidato, cuja inscrição nas vagas étnico-raciais tenha sido rejeitada, tenha a oportunidade de participar

pela via da ampla concorrência. Nada obstante, não é o que se tem constatado na prática.

Não sendo realizado no momento ideal – ou seja, no início do concurso, logo após as inscrições –, o procedimento de heteroidentificação deve ocorrer em fase anterior à homologação do certame, mais precisamente entre as provas objetiva e subjetiva, em caso de concursos que contenham essas duas fases de avaliação. Assim, evita-se a exclusão precoce de candidatos negros do grupo de candidatos a terem as provas discursivas corrigidas e, conseqüentemente, do cadastro reserva a ser formado. Nos processos seletivos de apenas uma fase, a verificação das características étnico-raciais deve ser realizada, antes de qualquer avaliação ou após a divulgação do resultado da prova objetiva e antes da homologação do resultado final.

A intempestividade na realização do procedimento de heteroidentificação traz prejuízos irreparáveis aos candidatos negros, verdadeiros beneficiários do sistema de cotas raciais. O que tem ocorrido, na maioria dos certames, é que, devido às cláusulas de barreira, os candidatos brancos que se autodeclararam falsamente e avançam para as etapas seguintes dos concursos excluem injustamente candidatos negros que teriam avançado caso não estivessem concorrendo com fraudadores. Quando a verificação ocorre, habitualmente ao final do certame, a eliminação dos candidatos que se autodeclararam falsamente não resulta na readmissão dos candidatos negros preliminarmente excluídos na etapa anterior. Tudo isso imputável à recusa da Administração Pública em realizar o procedimento de heteroidentificação no momento correto.

Uma possível solução para os casos em que a verificação se dá ao final do certame – o que é autorizado pela nova Portaria que disciplina a fiscalização das cotas nos

concursos públicos federais – seria a habilitação de todos os candidatos negros que alcancem a pontuação mínima nas fases eliminatórias, com aplicação das cláusulas de barreira somente após o procedimento de heteroidentificação, quando, então, será possível publicar a classificação dos cotistas. De fato, apenas após a verificação estará a Administração Pública efetivamente apta a ratificar as autodeclarações dos candidatos e publicar o resultado da lista de reserva de vagas.

5. Considerações finais

Abordadas as questões fundamentais acerca do direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais, em sede de considerações finais, não se pode deixar de tecer algumas observações acerca da atual normatização a respeito do tema, cujas bases consagraram parte dos entendimentos que já vinham sendo defendidos pela autora.

A recente Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018, da Secretaria de Gestão de Pessoas, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – que revogou a Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016 – passou a regulamentar o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Embora tenha aplicação restrita aos concursos públicos federais, o documento tem servido de parâmetro para concursos estaduais e municipais, bem como para universidades.

Diferentemente da Orientação Normativa revogada, a Portaria não se limitou a aspectos gerais da fiscalização das cotas raciais, tendo se ocupado do estabelecimento de normas que garantem maior uniformização do procedimento de

heteroidentificação. Embora não seja este o espaço para esmiuçar o conteúdo, pontos positivos e negativos do instrumento normativo em questão, algumas observações merecem destaque.

Logo no seu artigo 1º – em consonância com o que se defendeu linhas atrás –, a Portaria afirma que o procedimento de heteroidentificação é complementar à autodeclaração, devendo estar previsto nos editais de concursos. Na sequência, o parágrafo único do mesmo dispositivo traz os princípios e diretrizes do procedimento de heteroidentificação, devendo-se destacar, por ora, o princípio da autotutela da legalidade pela administração pública (inciso V) e a garantia da efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas (inciso VI), já explorados neste trabalho.

O artigo 2º, § 1º, acertadamente, oportuniza ao candidato que se autodeclara negro a opção de concorrer ou não pelo sistema de reserva de vagas. Recorde-se que um dos argumentos utilizados por pessoas socialmente brancas é o de que, embora não se reconheçam como negras, são pardas e desejam continuar se autodeclarando em conformidade com sua suposta identidade racial. Desse modo, a fixação de duas etapas para o acesso inicial dos candidatos à reserva de vagas, permite que o indivíduo mantenha sua autodeclaração racial – seja porque conforme sua certidão de nascimento, seja porque, de fato, reflete seu sentimento de pertença –, sem automaticamente inseri-lo na lista de candidatos cotistas. Assim, é possível que um candidato socialmente branco se autodeclare pardo, mas, ciente de que não é beneficiário da política pública, opte por não concorrer pelo sistema de reserva de vagas para negros, evitando inclusive a sua submissão à comissão de verificação e, conseqüentemente, possível exclusão do certame.

O artigo 3º, por sua vez, afirma categoricamente que a autodeclaração goza de presunção relativa de veracidade, devendo ser confirmada mediante procedimento de heteroidentificação (§ 1º). Complementa estabelecendo que tal presunção prevalecerá em caso de dúvida razoável a respeito do fenótipo do candidato, devidamente motivada no parecer da comissão (§ 2º). Decerto que, especialmente diante dos casos ditos *limítrofes*, poderá haver dúvidas por parte dos membros da comissão sobre a confirmação da autodeclaração racial. O dispositivo sob exame fixa regra fundamental, ao afirmar que a dúvida deve dizer respeito ao fenótipo do indivíduo, excluindo a possibilidade de elucubrações dos componentes da banca sobre a ascendência, a classe social ou a experiência discriminatória eventualmente sofrida pelo candidato. No entanto, não se definiu de que modo deve ser suscitada dúvida razoável sobre o fenótipo do candidato, se mediante deliberação da comissão, ou simplesmente em decorrência de decisão por maioria. Sim, porque é possível argumentar que uma decisão da comissão, por maioria de votos, favorável à confirmação da autodeclaração já revelaria uma dúvida razoável sobre o fenótipo do candidato, a exigir, então, motivação fundamentada no parecer da comissão. De todo modo, como já se afirmou, seja pela confirmação – com ou sem dúvida razoável – seja pelo afastamento da autodeclaração racial dos candidatos, as decisões da comissão de verificação devem ser, o tanto quanto possível, fundamentadas para evitar questionamentos judiciais.

Outra importante regra é estabelecida no artigo 6º da Portaria, que reza que o procedimento de heteroidentificação será realizado por comissão criada especificamente para este fim. Ressalte-se, portanto, que tais comissões de verificação não se confundem com outras instâncias – criadas, por exemplo, para o monitoramento dos resultados das ações

afirmativas nas instituições –, mesmo porque devem seguir regras, critério (fenotípico) e procedimentos específicos que garantem a consecução de seus objetivos.

Quanto à composição da comissão, importa, neste espaço, apenas salientar a previsão do critério da diversidade, a partir da distribuição dos membros por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade (artigo 6º, § 4º). No entanto, a forma como foi redigido o dispositivo sob análise, pode gerar a ideia equivocada de que os componentes da banca devem ser de naturalidades distintas. Na verdade, conforme já se argumentou, a naturalidade (ou melhor, a residência ou comprovada experiência de vida) dos membros deve, preferencialmente, corresponder à unidade da federação para a qual se destinam as vagas, dada a relevância dos aspectos regionais sobre as relações sociorraciais e, conseqüentemente, sobre os efeitos da discriminação racial em cada contexto. Caso contrário, corre-se o risco de as decisões da comissão não corresponderem à *percepção racial* local – ou seja, os candidatos cotistas aprovados não são socialmente reconhecidos como negros pelas pessoas daquela localidade –, o que faz com que política pública tenha seu *efeito multiplicador*²⁷ mitigado.

No que tange ao sigilo dos nomes dos membros da comissão (artigo 7º, § 1º), verifica-se certa incongruência. O dispositivo parece pretender, a partir do sigilo da identidade, resguardar a segurança e imparcialidade dos avaliadores, que, uma vez conhecidos, podem passar a sofrer assédio por parte

²⁷ Na ADPF 186, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto (p. 29), refere-se à importância do efeito multiplicador, nos seguintes termos: “As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas”.

dos candidatos antes dos trabalhos de validação. Embora tenha um propósito justificável, o sigilo impede o controle social a respeito de eventual impedimento dos membros da comissão. Note-se que, embora seja prevista a disponibilização dos nomes dos membros, mediante requerimento dos órgãos internos e externos de controle, o mesmo não se garante aos demais candidatos, terceiros interessados, tampouco aos movimentos e organizações sociais. Solução razoável poderia ser a divulgação dos nomes dos avaliadores quando do resultado do procedimento de heteroidentificação, possibilitando-se, dentro do mesmo prazo estabelecido para apresentação de recursos contra as decisões, eventuais impugnações por impedimento dos membros avaliadores.

Já o artigo 8º estabelece que todos os candidatos cotistas devem se submeter ao procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido pontuação suficiente para aprovação pela ampla concorrência. Trata-se de medida que confere maior rigor à fiscalização contra as fraudes, inibindo-as. Isso porque o candidato fraudador, ao autodeclarar falsamente sua condição de negro, já burlou as normas do certame e já prejudicou candidatos cotistas, que com ele concorreram injustamente. Deve, portanto, ser excluído do certame, o que apenas será possível se for submetido à comissão de verificação.

Embora seja um dos pontos que ainda merecem maior reflexão, não se trata, *a priori*, de concluir se houve ou não má fé por parte do candidato, mas de confirmar ou não a sua autodeclaração racial. Dito de outro modo, não cabe à comissão de verificação avaliar se houve conduta maliciosa por parte do candidato, mas apenas aferir se sua autodeclaração corresponde às suas características fenotípicas. No entanto, constata-se que algumas decisões judiciais, mesmo julgando pertinente a decisão de não confirmação da autodeclaração

racial por parte da comissão, determina a recondução do candidato à lista da ampla concorrência, invalidando sua exclusão do certame²⁸. Decisões dessa natureza podem estimular fraudes ao sistema de cotas, ao afastar a aplicação de sanções. Suponha-se que um candidato branco pretenda, deliberadamente, burlar o sistema de reserva de vagas. Se, detectada a falsidade de sua autodeclaração, a única consequência for a exclusão da lista de cotistas, com permanência na lista de ampla concorrência, o candidato fraudador, em termos práticos, “não tem nada a perder”.

²⁸ Foi o que ocorreu, por exemplo, nos Mandados de Segurança nº 0011106-85.2016.8.05.0000; nº 0012615-51.2016.8.05.0001; nº 0012646-71.2016.8.05.0000; nº 0013029-49.2016.8.05.0000; nº 0013018-20.2016.8.05.0000; nº 0015114-08.2016.8.05.0000; nº 0014750-36.2016.8.05.0000, julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A partir do recebimento de representação de um dos candidatos, foi instaurado, no âmbito do GEDHDIS/MP-BA, procedimento preparatório para apurar irregularidades na fiscalização do sistema de cotas do concurso para o cargo de Procurador do Município de Salvador²⁸. No curso do procedimento, foi expedida a Recomendação nº 04/2016, indicando que fosse instituída uma comissão de verificação presencial da autodeclaração racial, o que foi devidamente acatado pela Procuradoria Geral do Município de Salvador. Após a realização das entrevistas presenciais, candidatos excluídos do certame pela Comissão de Verificação ajuizaram mandados de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Após diversos adiamentos de sessões de julgamento – nas quais o movimento negro se fez presente na defesa da fiscalização das autodeclarações pelas comissões de verificação –, no dia 27 de abril de 2017, o primeiro caso foi julgado pela Corte. No referido *mandamus*, a impetrante suscitou a ilegalidade do ato administrativo que a excluiu do certame, asseverando que, além de ter se autodeclarado como parda, possui documento oficial que atesta tal condição. No voto do relator, pontuou-se que o escopo da verificação da autodeclaração é “evitar que qualquer pessoa utilize-se do sistema de cotas raciais, indistintamente, desvirtuando, desse modo, o espírito do Estatuto da Igualdade Racial”, notadamente o disposto no seu artigo 4º. Citando a ADPF nº 186-2 e precedentes de outros tribunais brasileiros, afirmou-se que a decisão da comissão de verificação mostrou-se evidentemente acertada, ao excluir a candidata do rol de cotistas. Entendeu o Tribunal, no entanto, ser desarrazoado o alijamento da impetrante do certame, tendo em vista que não se demonstrou sua má-fé em se autodeclarar parda, não se podendo presumir a conduta maliciosa. Nesse sentido, a Corte, por maioria de votos, concedeu parcialmente a segurança para garantir a manutenção da candidata no certame, figurando, entretanto, na lista da ampla concorrência, “à míngua de dolo na autodeclaração firmada no ato da inscrição”.