



LEIDIANE DOS SANTOS VITORIANO

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO
FEDERAL BRASILEIRO**

Ji-Paraná
2021

LEIDIANE DOS SANTOS VITORIANO

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO
FEDERAL BRASILEIRO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientador Prof. Esp. Hudson da Costa Pereira.

Ji-Paraná
2021

V845p

Vitoriano, Leidiane dos Santos

O Princípio da igualdade e as cotas raciais no serviço público federal brasileiro / Leidiane dos Santos Vitoriano. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2021.

28 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2021.

Orientador: Prof. Esp. Hudson da Costa Pereira

1. Autodeclaração. 2. Discriminação positiva. 3. Política afirmativa. I. Pereira, Hudson da Costa. II. O Princípio da igualdade e as cotas raciais no serviço público federal brasileiro. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

LEIDIANE DOS SANTOS VITORIANO

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO
FEDERAL BRASILEIRO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientador Prof. Esp. Hudson da Costa Pereira.

Ji-Paraná, ____ de _____ de 2021

Avaliação/Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL BRASILEIRO¹

Leidiane dos Santos Vitoriano²

RESUMO: Sabe-se que todos são iguais perante a Lei (igualdade formal), contudo, essa igualdade nem sempre é concretizada na prática, motivo pelo qual faz-se necessária a criação de políticas discriminatórias positivas. Sabe-se, ainda, que a população negra foi relegada durante séculos e por isso, ainda hoje, não concorre em igualdade com os brancos às mesmas oportunidades. Diante disso, promulgou-se a Lei n. 12.990/2014 a fim de reservar 20% das vagas dos concursos públicos federais para candidatos autodeclarados negros ou pardos durante um período de dez anos, tendo sido alvo de debates e discussões quanto a sua inconstitucionalidade, em especial, decorrente da violação do princípio da igualdade. Objetiva-se, pois, abordar sobre a relativização deste princípio e tratar, ao final, sobre a possibilidade de prorrogação da Lei. Utilizar-se-á pesquisas bibliográficas e análises qualitativas e comparativas das informações para discorrer sobre o assunto. Verificou-se que as cotas raciais em concursos públicos federais se referem a uma medida discriminatória positiva declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. Ademais, para haver prorrogação da Lei, entende ser necessário estudos quantitativos comprovando que o período estabelecido pelo legislador foi insuficiente, estabelecendo novo prazo de vigência e políticas públicas que concretizem os objetivos da norma, sob pena de violar o princípio da igualdade e direitos e garantias daqueles que não se enquadram como cotistas.

Palavras-chave: Autodeclaração. Discriminação positiva. Política afirmativa.

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND AFFIRMATIVE ACTIONS IN BRAZIL'S FEDERAL PUBLIC SERVICE.

ABSTRACT: It is common knowledge that everyone is equal before the Law (formal equality). However, equality is not always present in practice, which is why positive discrimination policies are a necessity. Black people, for instance, have been downgraded over centuries, and that is why to this day they do not compete with white people for the same opportunities on equal terms. Given that, Law n. 12,990/2014 has been enacted in order to destine 20% of the jobs offered in the exams for federal public service to self-declared black or brown candidates during a 10-year period. This law has been highly criticized and debated as to whether it is unconstitutional, especially under the perspective of the equality principle. This paper aims to discuss the equality principle's relativity and to ponder the possibility of extending the time of effect of the law. The research uses bibliographical review and comparative and qualitative analysis on the acquired information so as to discuss the matter of research. During the research, affirmative actions in federal exams for public service were perceived as a positive discrimination measure declared constitutional by the Brazilian Supreme Court when deciding on the Declaratory Action for Constitutionality n. 41. Moreover, in order to extend the duration of the law, quantitative studies are required to testify that the validity period settled by the legislator was not enough, upon which a new expiration date must be settled, with public policies that may better accomplish the goals of the law, lest it may not violate the principle of equality and the rights and guarantees of those who do not qualify as applicants to affirmative actions.

Keywords: Self-declaration. Positive discrimination. Affirmation Policy.

¹ Artigo apresentado no curso bacharelado em Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso, sob orientação do professor Esp. Hudson da Costa Pereira. E-mail: hudson.pereira@saolucas.edu.br

² Leidiane dos Santos Vitoriano, acadêmica de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas, 2021. E-mail: leidiane.s.v.vitoriano@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil consagrou, constitucionalmente, o princípio da igualdade ao dispor que todos são iguais perante a lei. No entanto, este conceito alude a uma igualdade meramente formal, pois não possui o condão de se tornar efetiva por si só, necessitando de políticas públicas dos governos para transformá-la em igualdade material.

A reserva de vagas à negros e pardos em concursos públicos federais, externalizada pela Lei n. 12.990/2014, é um claro exemplo de política discriminatória afirmativa que se justifica pela necessidade de diminuir as desigualdades e preconceitos raciais enraizados na sociedade brasileira.

Entretanto, a promulgação da referida lei fez surgir alguns debates ideológicos e jurídicos quanto a violação de direitos e garantias já consagradas legalmente, tais como a violação dos princípios da igualdade e da isonomia, bem como da Administração Pública em geral. Aliás, a Lei n. 12.990/2014 chegou a ser alvo de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, sabe-se que a Lei de cotas em concursos públicos federais é uma lei temporária com prazo de vigência de dez anos, isto é, perderá seus efeitos a partir de 09 de junho de 2024. No entanto, questiona-se se esta Lei deve, de fato, ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro ou ser prorrogada em virtude do possível não cumprimento efetivo dos objetivos previstos pelo legislador.

Neste íterim, pretende-se abordar sobre a relativização do princípio da igualdade frente à Lei 12.990/2014, expondo os argumentos contrários e a favor a sua propositura e, ao final, comentar sobre a questão da revogação ou prorrogação desta Lei.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas e da análise da qualitativa e comparativa das informações, a fim de discorrer sobre o assunto. Far-se-á o uso de fontes doutrinárias, jurisprudenciais, legislativas e científicas para embasar a argumentação e exposição do tema.

O trabalho começará explanando sobre o concurso público como forma de se ingressar ao serviço público federal, analisando, por conseguinte, o princípio da igualdade e sua relativização perante as cotas raciais até adentrar efetivamente à Lei n. 12.990, ocasião em que será apresentado os aspectos gerais da norma, os

argumentos desfavoráveis à sua aprovação, o julgamento da ADC n. 41 e, por fim, sobre a sua revogação ou prorrogação.

2 INGRESSO AO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

A reunião de pessoas em determinado território sob a égide de um governo constitui o que se denomina por Estado. É, pois, através de um Estado que as diversas sociedades atuais se organizam, submetendo-se a um conjunto de regras de direito que formam uma ordem jurídica, as quais são externalizadas na Lei Maior de cada país. No Brasil, esta Lei é a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O Estado, por sua vez, manifesta-se através da Administração Pública (AP). Segundo Mazza (2020), a Administração Pública pode ser entendida como um conjunto de órgãos e agentes estatais que exercem funções administrativas tanto no Poder Legislativo, quanto no Poder Executivo, no Poder Judiciário e em organismos estatais independentes e autônomos, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

Escrita com iniciais maiúsculas, “Administração Pública” é um conjunto de agentes e órgãos estatais; grafada com minúsculas, a expressão “administração pública” designa a atividade consistente na defesa concreta do interesse público (MAZZA, 2020, p. 58).

Em síntese, a finalidade da Administração Pública é de atingir o bem comum da coletividade administrada, devendo a atividade do administrador público estar orientada neste objetivo. Se, porventura, o administrador se afasta ou desvia do interesse da coletividade, o ato administrativo realizado ou omitido deverá ser considerado ilícito e imoral (GREGORIUS, 2015).

Desta forma, conforme explana Aktouf (1996 apud AMORIM, 2016), o gestor público deve ser alguém que possua idealmente um máximo de saberes, sejam eles científicos ou empíricos, para melhor assentar sua percepção diante das situações e melhor fundar as instituições que serão guiadas por ele no decorrer do exercício de sua atividade.

Diante disso, o legislador constituinte inseriu no art. 37, II, da CF/88 que, o acesso a empregos e cargos públicos na Administração Pública é condicionada a aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as

nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

O acesso aos cargos públicos da Administração Pública Direta e Indireta dá-se por meio de concurso público, consoante prevê o artigo 37 da Constituição Federal. Trata-se o concurso público de um processo seletivo disponível a todos os brasileiros, e também a estrangeiros, que preencham os requisitos estabelecidos em lei e obtenham a aprovação no certame, de acordo com as regras estabelecidas na lei (EIDT, 2014, p. 147).

O concurso público tem a natureza jurídica de *procedimento administrativo*, caracterizando-se este como uma sequência ordenada de atos administrativos e atos particulares, cujo objetivo consiste em selecionar, em tese, os melhores candidatos para o provimento de cargos e funções públicas. Inevitável, pois, o cunho *seletivo* do procedimento, na suposição de que os candidatos aprovados são os melhores para o desempenho da função pública (MORAES, 2018, p. 522).

As provas servem como meio de avaliação dos conhecimentos requeridos ao cargo ou função e os títulos representam as qualificações especiais já adquiridas pelos candidatos que servem como um diferencial em relação aos demais concorrentes e para reforçar sua qualidade. Mas, para tanto, o concurso público deve estar disciplinado em Edital, no qual deve constar todos os requisitos exigidos e informações acerca da seleção, sendo, pois, o instrumento de convocação, orientação e vinculação dos candidatos (MORAES, 2018).

Insta consignar que é por meio do Edital que a Administração Pública apresenta o número de vagas existentes para cada cargo. Tal indicação “vincula a Administração à necessidade de seu preenchimento, exceto se houver fato posterior que elimine essa necessidade” (MAZZA, 2020, p. 623).

A utilização de concursos públicos para recrutamento de candidatos foi a forma que a Administração Pública encontrou de selecionar os “melhores” profissionais para trabalhar no serviço público de maneira idônea e mais impessoal possível.

A realização do concurso público visa, justamente, permitir que um maior número de pessoas se candidate às vagas disponibilizadas pela Administração e, com base no melhor desempenho, selecionem-se aqueles mais qualificados para a realização de determinada função pública (EIDT, 2014, p. 147).

Frisa-se, ainda, que diante de ações que visam a inclusão social, algumas legislações tem reservado um percentual sobre o quantitativo de vagas a serem preenchidas na Administração Pública Federal, direta e indireta, para negros e

deficientes, situação que tem gerado divergências doutrinárias entre aqueles que são a favor e contra às cotas, em especial, as raciais.

3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO A COTAS RACIAIS

A igualdade de direitos é uma abstração construída mediante exclusões de minorias, pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais, em que se exige do Estado uma postura positiva na diminuição das desigualdades existentes na sociedade, fomentando ações para que todos os indivíduos tenham as mesmas oportunidades e vivam em condições dignas.

3.1 EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE

O primeiro marco normativo a estabelecer o princípio da igualdade foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, após a derrubada da monarquia. Por sua vez, a inserção da igualdade como um direito fundamental foi impulsionada pela Revolução Industrial e pelo fim da Primeira Guerra Mundial, pois foi o momento da história que as relações sociais começaram a ser repensadas (CASTILHO, 2019).

Neste ínterim, a primeira constituição estatal, no mundo, que inseriu a igualdade, em seu texto constitucional, como direito fundamental foi a Constituição mexicana de 1917, seguida da Constituição soviética de 1918 e da Constituição de Weimar (alemã) de 1919, sendo esta a que exerceu maior influência em diversos países, incluindo o Brasil (CASTILHO, 2019).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, dirigentes de várias nações reuniram-se para aprovarem a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a fim de defenderem direitos fundamentais já consagrados que foram suprimidos, dentre eles a igualdade, mas não como mera formalidade, mas como consagração da eliminação de desigualdades.

No contexto brasileiro, a Constituição de 1824 e 1891 fizeram menção à igualdade em seu caráter formal ao disporem que todos são iguais perante a Lei e inserir, de forma ampla, a igualdade de tratamento relacionada à liberdade religiosa. Com o advento da Constituição de 1934, a igualdade foi inserida juntamente com

dispositivos legais que traziam a impossibilidade de discriminação racial, de gênero, de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, tornando-a melhor aplicável.

Contudo, com o autoritarismo instalado no país, a Constituição de 1937 retrocedeu, vez que trouxe novamente a igualdade formal de todos perante a Lei sem maiores delongas. Por sua vez, a Constituição de 1946 pouco se modificou quanto ao assunto. Somente em 1967 que o texto constitucional se utilizou das especificidades de combate às discriminações outrora trazidas pela Constituição de 1934.

Mas, o grande marco do reconhecimento da igualdade no Brasil ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que inseriu a igualdade no patamar de direitos fundamentais e definiu como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2020, p. 35),

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Observa-se que, não obstante a Carta Magna de 1988 trazer a igualdade perante a lei (igualdade formal), sua aplicação acabou sendo condicionada a criação de políticas públicas que fornecessem proteção especial a grupos específicos, admitindo-se, pois, o tratamento desigual a grupos desiguais por tratar de minorias excluídas que precisam de medidas específicas para a efetivação da inclusão (igualdade material).

A discriminação racial enraizada na sociedade brasileira é um claro exemplo de que os negros não vivem em condições de igualdade em relação aos brancos em decorrência das condições desumanas a que foram submetidos durante o período da escravidão.

3.2 O SISTEMA DE COTAS RACIAIS COMO AÇÃO AFIRMATIVA

É certo que, na história de colonização e processo de desenvolvimento do Brasil, os negros foram relegados e, mesmo com o fim da escravidão, não lhes foram asseguradas condições de acesso à uma vida digna, ao contrário, a discriminação fez com que os negros ocupassem a posição de classe menos favorecida economicamente, com maior índice de analfabetismo e marginalização no mercado de trabalho (EIDT, 2014).

A sociedade brasileira é fortemente marcada pela exclusão, pelo preconceito e pela discriminação. As questões de gênero, sociais, étnicas e raciais são perpetuadas por meio de processos sutis e complexos. Isso se expressa nas relações sociais historicamente enraizadas. Nesse sentido, os processos de exclusão sempre vitimaram grupos sociais marginalizados por motivos socioeconômicos (DORETO et al., 2018, p. 110).

De acordo com Mascarenhas (2020), a discriminação racial é um modelo impeditivo do exercício social, pois gera total exclusão de oportunidades desses grupos e que deve ser combatida, a fim de que a cor ou raça de uma pessoa sejam irrelevantes no mercado de trabalho.

O autor diz ainda que, o equilíbrio de oportunidades, principalmente entre aqueles que tiveram menos chances durante os tempos de exploração (negros), introduz ao sistema modelos que incluem os menos favorecidos ao mercado de trabalho, o qual é consideravelmente competitivo, fazendo com que toda a sociedade seja beneficiada e não apenas algumas classes sociais (MASCARENHAS, 2020).

Nesse sentido, as políticas afirmativas surgem como forma de promoção ativa da igualdade de oportunidades para todos, a fim de que pessoas pertencentes a grupos socialmente discriminados possam competir com as mesmas condições. No Brasil, as ações afirmativas são quase sempre associadas a políticas criadas para inclusão de pessoas negras na educação e no mercado de trabalho através do sistema de cotas.

É importante esclarecer que as ações afirmativas não se confundem exclusivamente com a política de cotas. Podemos classificar como ações afirmativas as medidas estatais e as medidas privadas voltadas para a integração socioeconômica dos grupos discriminados, mantendo sua identidade sociocultural. Por isso, na primeira definição, ressalta-se que as ações afirmativas não são atos de caridade nem de clientelismo. Estão pautadas pelo reconhecimento da identidade e o pertencimento cultural dos grupos sociais, o que significa partir das demandas que apresentam reconhecendo-as como direito. A segunda definição aqui apresentada indica

o caráter temporário das ações afirmativas. Ou seja, a intenção é que vigorem o tempo necessário para a efetivação da igualdade de condições. Isso significa considerar não só o acesso aos bens sociais, mas também a desconstrução das representações e das mentalidades que sustentam preconceitos e reforçam discriminações (MIRANDA, 2010, p. 30).

Veja-se que as cotas raciais é uma das espécies das ações afirmativas que “coloca em prática o princípio da igualdade em seu sentido material. Logo, o tratamento desigual conferido aos negros quando do estabelecimento de cotas visa compensar uma desigualdade social arraigada na história do Brasil” (EIDT, 2014, p. 153).

Para Alexandre de Moraes (2020), o sistema de cotas raciais é compatível com o princípio da igualdade, cujo fim é a produção de resultados positivos refletidos na ideia de reparação, de redistribuição, de reconhecimento e de diversidade.

O sistema de cotas é, portanto, compatível com o princípio da igualdade, pois na presente hipótese tem por finalidade a produção de inúmeros resultados positivos, promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil (*ideia de reparação*), viabilizando acesso preferencial a uma plataforma importante para subsidiar o rearranjo das condições de funcionamento do processo social (*ideia de redistribuição*), atenuando, por meio do exemplo positivo, o maléfico sentimento de inferiorização causado pela rarefeita presença de pessoas negras em posições sociais de prestígio (*ideia de reconhecimento*) e qualificando o ambiente universitário pela incorporação de corpo discente com experiências de vida plurais (*ideia de diversidade*) (MORAES, 2020, p. 41).

Normativamente, a implantação de cotas raciais no Brasil iniciou-se com o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH) criado em 1996 que previa o apoio a ações de iniciativa privada que realizassem discriminação positiva e o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso de pessoas negras aos cursos profissionalizantes, universidade e áreas de tecnologia de ponta (EIDT, 2014).

Por conseguinte, em 2001, o Brasil participou da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, ocasião em que assinou um documento com medidas a serem adotadas para inclusão dos negros. Assim, em 2005, com a promulgação da Lei n. 11.096, o governo federal instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), estabelecendo cotas para negros na concessão de bolsas de estudo integrais e parciais de graduação (EIDT, 2014; BRASIL, 2005).

Mais tarde, instituiu-se o Estatuto Nacional da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010) que trouxe obrigações ao governo e à sociedade no sentido de corrigir

distorções preconceituosas e de discriminação étnica, e a Lei n. 12.711/2012 que estabeleceu cotas em todas as universidades públicas do país para candidatos autodeclarados negros, pardos ou indígenas que cursou o ensino médio em escola pública (BRASIL, 2010; BRASIL, 2012).

Por fim, como medida mais recente, o poder legislativo publicou a Lei n. 12.990/2014, prevendo reserva de vagas aos negros em concursos públicos no âmbito da administração pública federal, inclusive suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União (BRASIL, 2014).

Evidencia-se que a previsão constitucional de eliminação da desigualdade e do preconceito, irradiou nas legislações infraconstitucionais como forma de fomentar a igualdade material. No entanto, as cotas raciais são alvo de críticas, pois acredita-se que tais políticas não são capazes de transpor a barreira estrutural da sociedade que permeia a diferença em desigualdade.

4 ASPECTOS GERAIS DA LEI 12.990/2014: UMA ABORDAGEM QUANTO AOS MOTIVOS DE SUA APROVAÇÃO

A Lei 12.990/2014, conhecida como Lei de cotas raciais em concursos públicos, foi a primeira lei federal brasileira a prever uma ação afirmativa fundada exclusivamente em critério de raça/cor. Isso porque a reserva de vagas a candidatos negros na Lei de cotas de ingresso nas universidades (Lei n. 12.711/2012) vem associada ao critério socioeconômico da obrigatoriedade de o candidato ter cursado integralmente o ensino médio em escola pública (MELLO e RESENDE, 2019).

Promulgada em 09 de junho de 2014 com apenas seis artigos e com prazo de vigência de dez anos, a Lei n. 12.990 prevê reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos federais, que ofereçam número de vagas igual ou superior a três, a candidatos que se autodeclarem pretos ou pardos.

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

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três) (BRASIL, 2014).

Insta dizer que a aprovação da Lei de cotas raciais em concursos públicos decorreu do Projeto de Lei n. 6.738/2013, o qual trouxe como justificativas para sua aceitação pelos parlamentares, indicadores sociais das populações negras e brancas e a composição racial dos servidores públicos da administração pública federal.

Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do Poder Executivo federal. A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra (BRASIL, 2013).

Para Alexandre de Moraes (2020, p. 41) “o mapeamento dos indicadores sociais verificados no Brasil evidencia que a perpetuação intergeracional da desigualdade não constitui mero acaso, mas subproduto de um modelo estruturalmente injusto na distribuição das oportunidades”.

Na mesma linha, Mascarenhas (2020, p. 39) revela em seu trabalho que, apesar da ampliação do acesso de oportunidades às pessoas autodeclaradas negras, é inegável o histórico de desigualdade entre brancos e negros na ocupação dos cargos públicos, motivo pelo qual medidas afirmativas inclusivas em concursos públicos mostram-se relevantes e totalmente razoáveis.

Os avanços no sentido da consolidação de políticas sociais universais têm ampliado o acesso e as oportunidades da população negra, mas, em geral, não resultou em grandes alterações nos índices históricos de desigualdade entre brancos e negros. Em nosso país há um “déficit secular de impessoalidade” no acesso às funções públicas em razão de nossa formação e tradição patrimonialistas, pois existe um grupo de pessoas que historicamente tem sido desfavorecido no acesso aos cargos públicos e que, por essa razão, necessita de medidas afirmativas inclusivas.

Nesse sentido, a reserva cotas raciais em concursos públicos mostrou-se como uma discriminação positiva em favor da população negra, tendo em vista a desigualdade entre negros e brancos na sociedade brasileira, defendida por diversos estudiosos e comprovada cientificamente.

Além disso, a reserva de vagas contemplada pela Lei n. 12.990/2014 possui um limite temporal de vigência de dez anos, isto é, não mais será aplicada a partir de 09 de junho de 2004, tornando transitória a referida medida discriminatória positiva.

A política de cotas consiste numa discriminação positiva legítima, haja vista que o seu fundamento está em conformidade com a Carta Magna, com ênfase para o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais. Ainda, permanece a necessidade das pessoas negras de serem aprovadas, com a comprovação dos conhecimentos mínimos necessários para o exercício do cargo. O caráter transitório da medida demonstra que o objetivo é auxiliar na redução de uma desigualdade social presente no momento e não criar um benefício eterno a certo grupo de indivíduos (FACCIO, 2019, p. 15).

Apesar dos argumentos favoráveis à este tipo de discriminação, ainda em 2001, muito antes da publicação da Lei n. 12.990/2014, o eminente doutrinador, José dos Santos Carvalho Filho, abordava a questão sob outro viés, dando a entender o impasse travado no mundo jurídico sobre a polêmica.

Quando a questão é detectar a discriminação, ou praticá-la, a dúvida de quem é ou não negro, não existe. A dúvida vem ocorrer quando há a violação de direitos e a implantação de políticas públicas que visam diminuir as desigualdades sociais e também raciais em nosso país. E em razão disso, alguns argumentos pertinentes surgem. Há alegações de que as cotas são ilegais, inconstitucionais, que estariam contrariando o princípio de que “todos são iguais perante a lei (CARVALHO FILHO, 2001, p. 472).

Assim, após a promulgação da Lei de cotas em concursos públicos, debates entre doutrinadores, juristas e outros estudiosos ganharam força. Segundo Shirley Aparecida de Miranda (2010, p. 30-31), os discursos contra a política de cotas foram perpetrados pelo debate da ideologia de mérito, cuja argumentação conjuga duas falácias: “a) a reserva de vagas não abole as formas de concorrência pelas vagas; b) a capacidade de um indivíduo não é um atributo biológico natural, e sua aquisição depende das condições sociais nas quais esse indivíduo se insere”.

Mas, além da vertente que defende a meritocracia, outros argumentos em desfavor da reserva de vagas à negros utilizam a questão da autodeclaração, da classe social do candidato, bem como os princípios que regem a Administração Pública. Inclusive, vale constar que a Lei n. 12.990/2014 foi alvo de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

3.1 CONTRAPONTO À LEI N. 12.990/2014

A legislação brasileira, especialmente a Lei de cotas raciais em concursos públicos, adotou o critério da autodeclaração como principal critério para identificar os beneficiários da política afirmativa, isso porque, o próprio IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) adota a manifestação espontânea do indivíduo para verificar a cor ou raça da população. Entretanto, a autodeclaração é vista como de extrema subjetividade.

De acordo com Becker (2017, p. 17), essa subjetividade se torna aparente quando pessoas que, embora tenham ascendência negra, não ostentam características fenotípicas.

Candidatos autodeclarados negros, embora possam ter ascendência negra, não ostentam as suas características fenotípicas. É o caso de pessoas que se situam na zona limítrofe entre o pardo e o branco, ou mesmo visualmente identificáveis com o estereótipo racial branco, cuja autodeclaração como negras para fins de acesso a vagas reservadas acaba por ser posta em causa, seja por comissões criadas pelas próprias instituições que promovem o certame ou, quando inexistentes ou falhas estas, por outros candidatos, negros ou brancos, que se sentem injustamente preteridos.

Ainda segundo a Autora, a presunção da boa-fé da autodeclaração é relativa, pois seria inadmissível utilizar este critério como único e absoluto, pois seria considerar que o sistema de cotas é desprovido de qualquer mecanismo contra fraudes, o que não é verossímil. Neste ínterim, é plenamente admissível a utilização de outros critérios que atestem a autodeclaração para o legítimo acesso dos candidatos às vagas reservadas para negros (BECKER, 2017).

Nesse sentido, em 1º de agosto de 2016, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão publicou a Orientação Normativa n. 03 com o intuito de dispor sobre regras para aferição da veracidade da autodeclaração (heteroidentificação), a qual foi revogada pela Portaria Normativa n. 04/2018 que a atualizou e trouxe regulamentação mais detalhada sobre esse procedimento.

Conforme a referida Portaria, os editais de concursos públicos devem prever a adoção da heteroidentificação, assim como os procedimentos a serem adotados, cuja análise deve considerar exclusivamente as características fenotípicas dos candidatos e a prevalência da presunção relativa de veracidade da autodeclaração em casos de dúvida insanável.

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

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

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

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

[...]

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

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

§ 2º Não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais. (BRASIL, 2018).

Além da previsão via edital da formação de comissão de heteroidentificação, a autodeclaração pode ser verificada administrativamente ou questionada no âmbito judicial, assegurando, em todos os casos, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Veja-se dois recentes julgados sobre o assunto, em que candidatos buscam no poder judiciário o reconhecimento da sua autodeclaração, entretanto, nem sempre os magistrados reconhecem tal direito.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1718389 - RJ (2020/0149660-9) DECISÃO. No caso, não restou comprovada nenhuma violação aos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que o candidato foi avaliado segundo as normas vigentes, e teve a oportunidade de recorrer. Da análise do trecho do acórdão recorrido, observa-se que a irresignação do recorrente acerca do enquadramento nos requisitos para concorrência especial e da fundamentação do ato que determinou sua exclusão do concurso, vai de encontro às convicções do julgador a quo, que, com lastro no conjunto probatório constante dos autos. Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ. Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que o recurso especial teve origem em mandado de segurança. ("na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios", Súmula 105/STJ). Publique-se. Intimem-se. Brasília, 17 de dezembro de 2020. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Relator. (BRASIL, 2021)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. CARGO DE MÉDICO. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. CANDIDATO AUTODECLARADO

NEGRO. ELIMINAÇÃO APÓS PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE VERIFICAÇÃO DE CANDIDATO NEGRO (PARDO OU PRETO). ADC 41. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.990/2014. LEGITIMAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO SUBJETIVO INERENTE À VERIFICAÇÃO DO FENÓTIPO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. I Cinge-se a questão sob análise quanto à legalidade do procedimento de verificação da condição de candidato negro, a fim de verificar a veracidade da autodeclaração feita por candidatos em concurso público, com a finalidade de concorrer às vagas reservadas em certame público pela Lei 12.990/2014. II No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que 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. III O apelante não trouxe aos autos qualquer prova de irregularidade no procedimento de verificação realizado pela Administração, que em decisão unânime, indeferiu seu recurso administrativo, mantendo-se a sua exclusão das vagas reservadas aos candidatos pretos ou pardos. IV Recurso de apelação a que se nega provimento. (TRF-1, 2019)

Cabe dizer, ainda, que a própria Lei n. 12.990/2014 prevê, no parágrafo único do art. 2º, sanção a ser aplicada em caso de constatação de declaração falsa.

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

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (BRASIL, 2014).

Outro ponto bastante questionado à Lei n. 12.990/2014, refere-se à questão socioeconômica dos candidatos autodeclarados negros. Sabe-se que as cotas raciais nos concursos públicos federais não consideram a renda familiar auferida pelo candidato, tampouco outro critério que demonstre possuir condições socioeconômicas desfavoráveis.

Segundo Eidt (2014, p. 155), não limitar a classe social do candidato para fazer *jus* às cotas pode suscitar injustiças se não considerar a imprescindibilidade da adoção dessa política como medida compensatória da discriminação sofrida pelos negros durante séculos. Desta forma, segundo o Autor, a não utilização concomitante das cotas sociais para auferir as cotas raciais é justificada pela indispensável necessidade compensatória da dívida histórica.

O branco considerado pobre está em desvantagem em relação ao negro da mesma condição social? E o negro de classe social mais elevada pode se prevalecer da cor para ingressar no sistema de cotas? São perguntas suscitadas em debates e que, de fato, não são de fácil resposta. Se não estiver presente a imprescindibilidade da adoção de políticas públicas em favor da raça negra, em razão da discriminação que sofreu – e ainda sofre – na sociedade, a medida compensatória das cotas raciais pode parecer injusta e fomentar ainda mais o preconceito.

Noutro giro, argumenta-se que o mérito e o esforço pessoal dos candidatos deveriam prevalecer em detrimento da cor da pele, pois “as cotas ofenderiam o direito dos brancos de serem julgados por seus méritos individuais como todos os outros. Logo, as cotas seriam injustas” (FRIAS, 2012, p. 133).

Nessa visão, a meritocracia é o único critério capaz de distribuir as vagas de maneira justa, pois, senão, estaria incentivando a mediocridade, bem como estigmatizando os candidatos como sendo incompetentes e não merecedores do lugar que deveras ocupar e, ainda, diminuindo a qualidade do serviço público já que parte dos cargos serão ocupados por candidatos que tiveram resultado na prova de conhecimento menor que os da ampla concorrência.

No entanto, tal argumento é rebatido pelos defensores das cotas, conforme explicita Frias (2012) e Batista e Mastrodi (2019) ao dizer que o mérito continua sendo utilizado entre aqueles que são cotistas e que as cotas só são criadas em virtude de uma necessidade:

O que as cotas sociais propõem é que a necessidade é um critério mais adequado do que o mérito. A principal justificativa para isso foi apontada pelo Argumento de que o Mérito é uma Ilusão, segundo o qual o papel das loterias social e natural no mérito é tão persuasivo que o torna inaceitável como critério absoluto. [...]. As cotas não eliminam o mérito, pois é preciso ter mérito na disputa entre os cotistas. O mérito ainda é o índice utilizado para a distribuição das vagas, mas a necessidade incide sobre ele como fator de correção. É exatamente esse o papel que desempenha a preferência a idosos, gestantes e portadores de deficiência nas filas de espera, em que o mérito é chegar primeiro. Também é isso o que acontece com a cota para portadores de deficiências em concursos públicos. Nesses casos também não é considerado imoral escolher menos do que o melhor segundo os testes, desde que ele tenha mais necessidade do que os demais candidatos e melhor nota do que os que têm necessidade semelhante à sua (FRIAS, 2012, p. 151).

As cotas raciais não deixam de ser meritocráticas, visto que apenas aqueles candidatos negros que tiveram, em regra, uma estrutura que lhes sustentou durante todo o tempo de seus estudos, lograrão êxito na aprovação. Ou seja, os negros de baixa renda continuam a ter de superar grandes abismos até a aprovação em concursos públicos (BATISTA e MASTRODI, 2019, p. 2495).

Há, também, quem entenda que a política de cotas raciais viola alguns princípios da Administração Pública, em especial, o da Impessoalidade e o da Eficiência. Em relação ao primeiro, as críticas decorrem do fato de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, devendo, para tanto, ser impessoal. No que tange ao segundo princípio, a ideia trazida é que a qualidade do serviço público resta prejudicada com a política de cotas, já que o concurso público através do método meritocrático tende a eleger as pessoas mais bem qualificadas para exercê-lo. Tal crítica, porém, é rebatida com o que a própria Constituição Federal traz.

Diante de tais princípios e em favor das ações afirmativas, pode-se afirmar que a coadunação de seus preceitos com as cotas raciais nos concursos públicos exige uma interpretação conforme os objetivos da República insculpidos na Constituição Federal, aos quais também se encontra submetida a Administração. O bem maior aqui tutelado é a igualdade social e a conseqüente justiça social, que a Administração tem o dever de promover. Nessa mesma linha de raciocínio, a discriminação em concursos públicos encontra respaldo no próprio texto constitucional, quando expressamente determina a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) (EIDT, 2014, p. 156).

Nessa esteira, vê-se que o tratamento desigual em favor dos negros encontra respaldo constitucional que prevê a adoção de ações afirmativas para a promoção da igualdade social, cujos fundamentos das cotas raciais são análogos às discriminações positivas de idosos e pessoas portadores de deficiência.

3.2 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 41

Apesar da notória desvantagem na equalização social entre brancos e negros no serviço público brasileiro, a Lei n. 12.990/2014 foi alvo de controversas e questionamentos políticos e jurídicos sobre sua validade e constitucionalidade. Diante disso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) promoveu em 2016, perante o STF, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41.

O julgamento da referida ADC teve início em maio de 2017, quando o relator, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela constitucionalidade da Lei 12.990, sob o argumento de que a mesma é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira. No final da votação, em junho, os 10 ministros que votaram se posicionaram favoravelmente à constitucionalidade da norma. Isso é, por decisão unânime, o STF declarou a constitucionalidade da Lei nº 12.990 (NONATO et al., 2018, p. 51-52).

O CFOAB defendeu que, no ordenamento constitucional brasileiro, cabe ao Estado promover ações capazes de corrigir as desigualdades verificadas através de ações afirmativas que estabeleçam paridade mínima de oportunidades, tendo pugnado, liminarmente, pela suspensão de todos os processos que envolviam controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei 12.990/2014 até o julgamento definitivo da ADC n. 41 (SENADO FEDERAL, 2016).

Ratificando a busca pela declaração da constitucionalidade da referida Lei, a Advocacia Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da República (PGR) emitiram seus pareceres acerca do assunto.

A AGU trouxe dados estatísticos para evidenciar as desigualdades raciais existentes no Brasil, enfatizando que a “reserva de vagas para negros constitui medida destinada sobretudo à realização do princípio constitucional da igualdade” (AGU, 2013, p. 11). No entendimento da AGU, a Lei n. 12.990/2014 veio como forma de atenuar a reduzida participação de negros no serviço público federal, em especial, nas carreiras de melhor remuneração.

Já a PGR se manifestou no sentido de que tal política pública tem como escopo promover a igualdade material entre negros e brancos, cujas cotas em instituições públicas são mecanismos temporários de enorme relevância para atingir tal desiderato. E mais, trouxe que a relativização parcial da meritocracia tende a trazer benefícios a longo prazo.

Se a lei deliberou “favorecer”, em alguma medida, aqueles grupos historicamente lesados, pessoas dos demais grupos terão menos facilidades para ingressar nesses espaços. Não há nisso ofensa inaceitável à meritocracia que deve reger o acesso ao ensino superior e ao serviço público, porquanto esse valor não é absoluto e é preservado pela própria concorrência que haverá para as vagas destinadas às chamadas cotas sociais ou étnicas. Ademais, relativizar parcialmente a estrita meritocracia em favor de maior justiça social tenderá a favorecer o próprio ambiente acadêmico e administrativo e, no longo prazo, a sociedade brasileira (à qual a universidade e a administração pública devem servir, pois não são fins em si mesmas), mediante convivência entre mais pessoas e grupos diferentes, maior abertura a distintas visões e experiências de mundo e recepção da contribuição que os cidadãos dos grupos historicamente prejudicados têm a dar ao universo de pessoas que compõem essas instituições (PGR, 2016, p. 19-20).

Ainda, houve ingresso na ação, na qualidade de *amicus curiae*, do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e da Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO). Ambas pugnam pela procedência do pedido, mas a Educafro suscitou a discussão acerca da aplicação do art. 4º da Lei 12.990/2014 na formação da lista de antiguidade das carreiras públicas federais.

Insta consignar que houveram outros *amicus curiae*, no entanto, para que a questão não se delongue demais neste trabalho, haja vista não ser o objetivo principal do artigo, apresenta-se apenas a abordagem dos dois referidos institutos.

A pretensão externada pela Educafro nesta ADC, e acolhida no voto do relator, não é de que se crie uma nova política de ação afirmativa para promoção ou remoção nas carreiras públicas federais. Trata-se tão somente de aplicar o art. 4º da Lei 12.990/2014 na formação da lista de antiguidade das carreiras, de modo a evitar que os cotistas, por terem notas menores, sejam postos todos nos últimos lugares dessa lista, o que seria incompatível com os nobres objetivos das políticas afirmativas – de promoção da igualdade substantiva, do pluralismo e do reconhecimento (EDUCAFRO, 2017, p. 4).

Por sua vez, em sede de julgamento, a declaração da constitucionalidade da Lei teve três fundamentos: “a consonância com o princípio da isonomia; não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência; e a observação ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão” (BRASIL, 2017, p. 1-2).

A não afronta ao princípio da isonomia fundou-se na tese da necessidade do país em superar o racismo estrutural e institucional, bem como de garantir a igualdade material entre os cidadãos e de promover o reconhecimento da dívida histórica que o Brasil possui com a população negra.

Na formulação clássica do princípio da isonomia, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. A impessoalidade, nessa mesma linha, exige que a Administração trate a todos sem discriminações de qualquer natureza. O que esses princípios vedam, portanto, são as desequiparações arbitrárias e injustificadas, que não tenham um fundamento racional e razoável e que não se destinem a promover um fim constitucionalmente legítimo (BRASIL, 2017, p. 27).

Quanto a compatibilidade com os princípios da Administração Pública, entendeu-se que as cotas raciais não isentam os candidatos cotistas da aprovação em concurso público, os quais precisam alcançar nota suficiente para fazer *jus* ao cargo e, mais, a inserção de um quantitativo maior de pessoas negras nos serviços públicos tendem a promover uma “burocracia representativa”.

É possível defender que a reserva de vagas para negros na administração federal seria capaz de potencializar o princípio da eficiência, medida a partir do conceito da “representatividade”. A questão da participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos – a chamada “burocracia representativa” – tem recebido grande atenção de teóricos nas últimas décadas. A constituição de um serviço público “representativo”, capaz de refletir a composição da população que atende – produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas. Essa concepção se funda na ideia de que os

servidores públicos refletem em seu trabalho, em alguma medida, suas histórias de vida, experiências sociais, valores e background. Com isso, a partir de uma composição mais plural, as instituições estatais, em todos os níveis e Poderes, passam a ter maior capacidade de atuar na defesa dos interesses de todos os grupos e segmentos da população, tornando-se mais democráticas (BRASIL, 2017, p. 29-30).

Por fim, no que tange a proporcionalidade da medida, conclui-se que não há que se falar em duplo privilégio aos negros e pardos em razão do acesso às cotas em universidade pública e em cargos públicos, tampouco valer-se da ideia de que o negro que teve acesso à universidade poderia disputar cargos públicos em igualdade de condições com as demais pessoas.

Isso porque nem todos os cargos exigem nível superior e, para aqueles que exigem, nem sempre os candidatos cotistas de concursos concorreram às cotas para universidade, e, o mero acesso a uma universidade não faz com que os negros tenham condições de concorrerem em total igualdade com os brancos.

O impacto das cotas raciais no acesso às universidades não se manifesta no mercado de trabalho automaticamente. Há um delay, há um tempo de espera até que as pessoas estudem, se formem e se tornem competitivas. Além disso, seria preciso que estivéssemos falando das mesmas pessoas, quer dizer, que a pessoa que ingressou na universidade por cotas, está disputando as vagas nos concursos públicos. No entanto, muitas vezes, não há essa coincidência. E, sobretudo, essa ideia parte da premissa, um pouco elitista, de que as disputas são só em torno de cargos de nível universitário, o que não é verdade. A grande maioria dos cargos disputados não é de cargos cujo requisito seja o nível superior. Portanto, esse é um argumento que não prevalece. Penso, ainda, que a proporção de 20% escolhida pelo legislador foi extremamente razoável. Portanto, se a submetéssemos a um teste de proporcionalidade em sentido estrito, não haveria problema, porque 20% é menos da metade do percentual de negros na sociedade brasileira. Desse modo, entendo que a Lei foi prudentemente conservadora neste particular. Não vislumbro nesta Lei nenhuma violação ao princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2017, p. 11-12).

Ultrapassada tal análise, os ministros do STF também julgaram constitucional a instituição de mecanismos preventivos às fraudes no sistema de autodeclaração, isto é, entenderam que é plenamente cabível os procedimentos de heteroidentificação, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e garantindo o contraditório e a ampla defesa.

E, ainda, ficou estabelecido na decisão alguns parâmetros que a Administração Pública deve seguir na distribuição das vagas, tais como de que o percentual de reserva de vaga deve prevalecer em todas as fases dos concursos e para todos os cargos, não podendo haver fracionamento das vagas de acordo com a especialização, a fim de burlar a política afirmativa (BRASIL, 2017).

Ademais, houve entendimento favorável a manifestação da Educafro no sentido de que as cotas não devem ser aplicadas somente no momento da nomeação ao cargo, mas também, na composição da lista de antiguidade das carreiras de forma que a política produza efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário, influenciando promoções e remoções.

3.2 REVOGAÇÃO OU PRORROGAÇÃO DA LEI DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS?

Sabe-se que a Lei n. 12.990/2014 trata-se de uma lei temporária com prazo de vigência determinado para findar após dez anos a contar da data de sua publicação. Isso quer dizer que, a partir de 09 de junho de 2024, os concursos públicos federais não mais precisarão reservar um percentual de suas vagas para serem preenchidas por candidatos autodeclarados negros ou pardos, se não houver alteração. Entretanto, a dúvida que paira é se tal política afirmativa deve ser prorrogada ou não.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos (BRASIL, 2014).

Por um lado, há quem entenda que o prazo de dez anos estipulado pelo legislador é insuficiente para promover a inclusão dos negros e pardos nos órgãos públicos. Segundo tais entendimentos, a Lei n. 12.990/2014 seria uma mera formalidade de inclusão sem ter tido, de fato, a efetividade esperada.

Boa Morte (2019), por exemplo, menciona que a cotização das vagas em alguns órgãos jurídicos e fiscais é frágil, visto que a provável quantidade de certames a serem realizados nesse período não é suficientemente capaz de promover a equalização de brancos e negros nos serviços públicos. Além disso, a Autora cita que alguns órgãos departamentalizam as vagas ou valem-se da abertura de certames para cadastro reserva como forma de justificar a não cotização.

Alguns órgãos departamentalizam as vagas oferecidas para justificar a não cotização daquela determinada vaga, ou até mesmo se valem da abertura de

cadastro reserva para desobrigar-se de tal obrigação. Com isto, torna-se perceptível as manobras realizadas, pelo Poder Público como forma de manter a cor de seu funcionalismo. [...]. A vigência da lei é de apenas dez anos, o que torna frágil a previsão de cotização das vagas nos órgãos jurídicos e fiscais e impedem que determinados cargos sejam pleiteados de maneira a gerar visibilidade para os autodeclarados negros. Haja vista que, historicamente os prazos dos certames se renovam e, no máximo, dentro deste lapso temporal conseguirá ser realizada uma quantidade de três certames. Isto, não é suficiente para reparar a segregação racial vivida pela raça negra há mais de quinhentos anos, e sendo colocada a margem de todo o sistema numa condição subalterna. [...]. É perceptível o filtro criado, no que tange a manutenção de privilégios sociais quanto aos que conseguem capacitar-se para tornar-se servidor público, principalmente nos cargos bem remunerados, pois estes exigem mais tempo de dedicação e financeiramente a exigência também é maior com materiais para subsidiar as demandas do edital. E estes fatores, por si só já mostram a dificuldade de acesso a determinados cargos. O que por consequência, remete-nos a crer que não é qualquer pessoa que fará este tipo de enfrentamento (BOA MORTE, 2019, p. 16; 18).

Nesse viés, para Batista e Mastrodi (2019) a solução efetiva seria priorizar o preenchimento das vagas pelos cotistas aprovados até que 20% do quadro de servidores daquele órgão seja ocupado por pessoas autodeclaradas negras ou pardas.

Sob estas perspectivas, para que a Lei n. 12.990/2014 seja efetiva, pelo menos nos cargos a que se propôs, deve ser aplicada imediatamente, a ponto de priorizar o preenchimento das vagas pelos negros aprovados, até que o quadro de servidores contemple a proporção de 20% dos cargos públicos constantes dos quadros e não apenas das vagas disponíveis. Se a aplicação da Lei n. 12.990/2014 ocorrer a conta-gotas em cada concurso, nada será modificado, e o objetivo de transformação da realidade advindo da positivação dos direitos fundamentais estará destinado ao fracasso, sem promover a mudança propalada como o grande objetivo da promulgação dessa lei. Ou ainda pior que isso: faria parecer que o real objetivo da lei de cotas estivesse em tão-somente fingir intenção de modificar as estruturas sociais de desigualdade racial (BATISTA e MASTRODI, 2019, p. 2491).

No entanto, é necessário entender que as políticas afirmativas de cotas raciais, especialmente, em concursos públicos devem ser vistas como medidas temporárias, não podem ser eternas, sob pena de violar princípios constitucionais, tais como da igualdade e da isonomia, na seleção de candidatos para ocuparem cargos públicos.

Além disso, promover concursos públicos priorizando o preenchimento de vagas às pessoas negras e pardas até o quantitativo de 20% dos cargos totais seria uma clara injustiça com os candidatos que não se enquadram como cotistas, ainda mais diante do cenário brasileiro de diminuição de concursos públicos e de servidores nas repartições públicas decorrente da contenção de gastos do governo.

Assim, acredita-se que para haver prorrogação da Lei n. 12.990/2014, é necessário que haja estudos quantitativos indicando que o prazo estabelecido pelo legislador foi insuficiente para efetivar a política de cotas raciais nos órgãos públicos federais, ocasião em que, após debates no Congresso Nacional, haja a aprovação de novo prazo de vigência temporária desta lei, concomitantemente, com previsão orçamentária de abertura de novos certames que concretizem os objetivos da norma.

6 CONCLUSÃO

É notório a importância da Lei n. 12.990/2014 para a efetivação da igualdade material de pessoas autodeclaradas negras ou pardas à ocupação de cargos efetivos em órgãos do governo federal por meio de concursos públicos. Isso porque a discriminação racial está enraizada na sociedade brasileira há séculos.

Logo, não há que se falar em violação do princípio da igualdade ou da isonomia, tendo em vista que políticas afirmativas discriminatórias positivas são plenamente aceitáveis a fim de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, fazendo com que haja equilíbrio de oportunidades e acesso de direitos a todos.

Tanto é que a ADC n. 41 declarou constitucional a Lei n. 12.990/2014 por unanimidade, cujos ministros entenderam que a norma não contraria a igualdade e a isonomia prevista na Constituição Federal, tampouco viola os princípios da Administração Pública e a proporcionalidade da medida.

Além disso, verificou-se que a temporariedade da vigência da Lei 12.990/2014 atribuída pelo legislador, demonstra que tal medida discriminatória positiva não tem o condão de se tornar eterna, fato que prejudicaria aqueles que não se enquadram como cotistas.

Sendo assim, para haver prorrogação desta Lei, acredita-se que é necessário a realização de estudos quantitativos comprovando que dez anos foi insuficiente para concretizar esta política afirmativa, ocasião em que, além de aprovar novo prazo de vigência, deverá ser estabelecido políticas públicas que efetivem os objetivos da norma a fim de que não haja prorrogações *ad eternum*.

REFERÊNCIAS

AGU. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer n. 1201-1.8.1/2013/DFM/CONJUR-MP/CGU/AGU**: processo n. 05100.007491/2013-38. Anteprojeto de lei que reserva vagas (cotas) para negros (i.e. pretos e pardos) em concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da União, das autarquias, das fundações públicas federais, das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília: Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2013.

AMORIM, Mariana Fernandes Rocha. **A importância do planejamento estratégico na Administração Pública**: um estudo de caso no Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Maranhão. 2016. 75 f. Monografia (Bacharelado em Administração) – Centro de Ciências Sociais, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

BATISTA, Waleska Miguel; MASTRODI, Josué. Materialização da ação afirmativa para negros em concursos públicos (Lei N. 12.990/2014). **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2480-2501.

BECKER, Anelise. Cotas raciais: problematização prática da definição de seus beneficiários. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 49, p. 15-48, jan./jun. 2017.

BOA MORTE, Tatiane Santos da.; FREITAS, Rafael Carrera. **A efetividade do sistema de cotas em concursos públicos**. 2019. 20f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília: Casa Civil, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2012. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 12.990, de 09 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília: Casa Civil, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Portaria Normativa n. 4, de 06 de abril de 2018**. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/9714349/do1-2018-04-10-portaria-normativa-n-4-de-6-de-abril-de-2018-9714345. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.738/2013**. Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41**. Direito constitucional. Ação direta de constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em 10 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 1718389 RJ 2020/0149660-9**. Agravo em Recurso Especial nº 1718389 – RJ (2020/0149660-9) decisão. Agravante: Bruno Teixeira Freire. Agravado: Instituto AOCF. Relator: Min. Francisco Falcão, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172283768/agravo-em-recurso-especial-aresp-1718389-rj-2020-0149660-9/decisao-monocratica-1172283785>. Acesso em: 26 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 30.

DORETO, Daniella Tech; SCHEIFLER, Anderson Barbosa; SALVADOR, Anarita de Souza; SCHOLZE, Marta Lucian. **Questão social, direitos humanos e diversidade**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

EDUCAFRO. EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES. **Memoria adicional**: ADC 41. Considerações e esclarecimentos fáticos atinentes a duas questões que foram discutidas na sessão de julgamento do dia 11/05/2017: extensão das cotas raciais previstas na Lei n. 12.990/2014 a todos os órgãos federais (inclusive MPU e Forças Armadas); e incidência do art. 4º mesma na lista de antiguidade das carreiras públicas federais em que o instituto se aplica. Brasília: Educafro, 2017.

EIDT, Elisa Berton. O sistema de cotas raciais em concursos públicos. **Revista da PGE-RS**, Porto Alegre, v. 35, n. 74, p. 147-160, 2014.

FACCIO, Lucas Gigardello. Cotas raciais em concursos públicos federais: análise do acórdão da ação declaratória de constitucionalidade 41 do Distrito Federal. **Revista do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo**, ano 9, n. 18, p. 62-79, jul./dez., p. 2019.

FRIAS, Lincoln. As cotas raciais e sociais em universidades públicas são injustas?. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, p. 130-156, jul./dez. 2012.

GREGORIUS, Márcio Rosni. A administração pública e suas funções. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://marciorosni.jusbrasil.com.br/artigos/195654350/a-administracao-publica-e-suas-funcoes>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MASCARENHAS, Matheus Nunes. Princípio da constitucionalidade das cotas raciais para concursos públicos federais. **Revista Multidebates**, Palmas, v. 4, n. 3, ago. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1040 p.

MELLO, Luiz; RESENDE, Ubiratan Pereira de. Concursos públicos para docentes de universidades federais na perspectiva da Lei 12.990/2014: desafios à reserva de vagas para candidatas/os negras/os. **Revista Sociedade e Estado**, v. 34, n. 1, jan./abr., 2019.

MIRANDA, Shirley Aparecida de. **Diversidade e ações afirmativas**: combatendo as desigualdades sociais. Belo Horizonte: Autêntica Editora; Ouro Preto: UFOP, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição federal comentada**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed., São Paulo: Atlas, 2020.

NONATO, Domingos do Nascimento; DIAS, Daniella Maria dos Santos; RAIIO, Raimundo Wilson. A constitucionalidade da lei de cotas para negros nos concursos públicos federais. **Revista Programa Conexões**, Belém, v. 3, p. 49-69, 2018.

PGR. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer n. 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR**. Constitucional. Ação declaratória de constitucionalidade. Lei 12.990/2014. Reserva de vagas A cidadãos negros em concursos públicos federais. Controvérsia judicial sobre a matéria. Relevância do tema. Potencial multiplicador Da discussão. Cabimento da ação. Mérito. Ação Afirmativa. Política de cotas com base em critério Étnico (“racial”). Inclusão social de Grupo historicamente excluído. Compatibilidade Com os princípios constitucionais da isonomia (art. 5o, *caput*) e com objetivos gerais do Estado democrático de direito e fundamentais Da república (cr, preâmbulo e arts. 1o, v, e 3o). Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2016.

SENADO FEDERAL. **Ofício n. 032/2016-PRESID/ADVOSF**: processo SF nº 00200.004433.2016-53. Informações elaboradas pela Advocacia do Senado. Brasília: Senado Federal, 2016.

TRF-1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 10001686120174013900**. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Empresa brasileira de serviços hospitalares. Cargo de médico. Sistema de cotas raciais. Candidato autodeclarado negro. Eliminação após procedimento administrativo de verificação de candidato negro (pardo ou preto). ADC 41. Constitucionalidade da Lei 12.990/2014. Legitimação do procedimento de verificação. Critério subjetivo inerente à verificação do fenótipo. Ausência de comprovação de irregularidade no procedimento de verificação. Sentença mantida. Relator: Des. Jirair Aram Meguerian, 05 de agosto de 2019. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897552912/apelacao-civel-ac-ac-10001686120174013900>. Acesso em: 26 abr. 2021.