



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

THALLES HENRIQUE GOMES BRANDÃO

**10 ANOS DA LEI DE COTAS: dos fundamentos à juridicidade da
subcota étnico-racial**

RECIFE
2023

THALLES HENRIQUE GOMES BRANDÃO

**10 ANOS DA LEI DE COTAS: dos fundamentos à juridicidade da sub
cota étnico-racial**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito
Administrativo; Administração Pública

Orientador: Prof. Manoel Oliveira
Erhardt

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Brandão, Thalles Henrique Gomes.

10 anos da Lei de Cotas: dos fundamentos à juridicidade da subcota étnico-racial / Thalles Henrique Gomes Brandão. - Recife, 2023.

77f : il., tab.

Orientador(a): Manoel de Oliveira Erhardt

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Cotas Raciais. 2. Comissão de Heteroidentificação Racial. 3. Ações Afirmativas. 4. Controle da Administração Pública. I. Erhardt, Manoel de Oliveira. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

THALLES HENRIQUE GOMES BRANDÃO

**10 ANOS DA LEI DE COTAS: dos fundamentos à juridicidade da
subcota étnico-racial**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como requisito
parcial para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Aprovado em: 14/02/2023

BANCA EXAMINADORA

Profº. Dr. Manoel Oliveira Erhardt (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Francisco de Queiroz Cavalcanti (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Edílson Pereira Nobre (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Devo os primeiros agradecimentos a Deus pela oportunidade de estar e poder viver em um mundo tão lindo como este. Segundo a minha família que sempre fez o melhor por mim, obrigado por toda torcida. Não poderia olvidar, no entanto, da ajuda de todos os amigos e amigas nessa estrada de estudo e trabalho.

Em especial gostaria de agradecer ao apoio incondicional das minhas 4 mães. Isso mesmo, quatro. Se ter uma mãe é uma benção imagina ter quatro, as quais fizeram de tudo para me ver em um bom caminho. Devo tudo a elas: Dona Maria, minha bisavó (falecida no fim de 2022, aos 96 anos), vovó Zenilda, Patrícia, a quem carinhosamente chamo até hoje de mainha; e Mama, minha madrinha de criação. Obrigado a todas por todo esforço para me ver feliz.

Gostaria de poder dar obrigado pessoalmente a todas as pessoas que encontrei no meu caminho de universitário e de estágios, as quais certamente me ensinaram diversos valores que carrego em minha vida. A todos da Procuradoria Geral do Estado – PGE e do Ministério Público Federal – MPF, lugares em que enfrentei grandes desafios. Em especial ao Dr. Luiz, Dra. Jaqueline e Dra. Nathalia, todos da PGE, por tantos ensinamentos; a todos do gabinete de Dr. Joaquim do MPF, sobretudo a Claudia por todas as palavras e exemplo de compromisso com o interesse público e com a sociedade, além do grande amor ao Direito. Por fim, ao meu primo João Santana por toda a ajuda e pela oportunidade em poder trabalhar na área privada do direito, sem dúvidas foi uma grande experiência laborar em seu escritório.

Por último, um agradecimento a todos que me deram forças em um dos momentos mais difíceis da minha vida. Em meio a pandemia da COVID-19, ao ver minha mãe e minha avó sofrendo dia a dia pelo falecimento do meu tio, William, quase entrei em depressão e pensei até em desistir do curso na UFPE. Só quem perdeu algum ente querido para esta enfermidade sabe a dor da falta e da saudade. Deixo um abraço em solidariedade a todos aqueles que perderam uma pessoa querida na pandemia.

“Eles vão fazer de tudo para que você reaja.

Se você responder a um palavrão com outro palavrão

Eles só vão ouvir o seu

Ouse responder a um soco com outro

Eles vão dizer: *“ó lá, o neguinho perdeu a cabeça*

Eu disse que ele não servia para isso”

O inimigo e seus *lacáio* vem com tudo, joga sujo

E você não pode simplesmente reagir com a mesma baixeza

A gente ganha mostrando em campo, correndo, marcando

Nosso povo precisa de gol, de virar o jogo, não de polêmica

E alcançamos a vitória fazendo isso em campo, não batendo

boca fora dele

Ganhamos se o mundo se convencer de duas coisas:

Que você é um bom cavalheiro e é um ótimo jogador.

Zica, vai lá!”

Emicida, Inácio da Catingueira.

RESUMO

A partir de uma breve análise acerca do conceito e origens das Ações Afirmativas, ressaltando a importância do fortalecimento e consequente irradiação dos Direitos Humanos e o nascimento da Constituição Federal de 1988, este trabalho demonstra os fundamentos legais e sociais das Cotas utilizadas em exames vestibulares e concursos públicos. Em especial, a Subcota Racial com o seu polêmico instrumento de efetivação: as Comissões de Heteroidentificação Racial. O tema em questão está fundamentado em duas leis principais: a Lei nº 12.711, de 2012, que reserva 50% (cinquenta por cento) das vagas em universidades e institutos federais para hipossuficientes, negros e pessoas com deficiências; e a Lei nº 12.990, de 2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos à população negra. Em 2022, o assunto voltou a ser discutido no meio acadêmico e político, isto porque a Lei nº 12.711/2012 previa em um dos seus artigos a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência após o período de 10 (dez) anos. Tendo em vista que o governo em poder no momento era reconhecidamente contrário às políticas de ações afirmativas, sobretudo em relação à reserva de vagas para negros, tal fato deixou os defensores da política pública, em especial o movimento negro, preocupados com o futuro do programa de inclusão. Neste sentido, partindo do contexto histórico e social brasileiro e dos paradigmas jurídicos do direito administrativo e constitucional, o objetivo deste trabalho é demonstrar, utilizando-se do método de investigação da leitura bibliográfica do tema, a solidificação das Ações Afirmativas, das Cotas Raciais e da Comissão de Heteroidentificação Racial. Além disso, busca debater acerca do controle jurisdicional no âmbito da política pública de Cotas Raciais, em especial sobre a ambiguidade da categoria pardo.

Palavras-chave: Ações Afirmativas; Cotas Raciais; Comissão de Heteroidentificação Racial; Controle da Administração Pública.

ABSTRACT

This research project presents an analysis of the relationship between affirmative action policies and the quality of education in Brazil, highlighting the importance of strengthening and promoting human rights, as well as the birth of the 1988 Federal Constitution of Brazil. The thesis demonstrates the legal and social foundations of racial quotas used in university entrance exams and public job competitions, particularly the controversial implementation of Racial Hetero-Identification Commissions. The topic is grounded in two main laws: Law no. 12,711 of 2012, which reserves 50% of spots in Federal Universities and Institutes for low-income, black, and disabled individuals, and Law no. 12,990 of 2014, which reserves 20% of spots in public job competitions for the black population. In 2022, the issue was again discussed in academic and political circles, as Law No. 12,711/2012 provided for a review of the special program for access to higher education institutions for black, indigenous, and disabled students after a period of 10 years. Given that the government in power at the time was known to be opposed to affirmative action policies, especially with regard to quotas for black individuals, this fact left defenders of the policy, particularly the black movement, concerned about the future of the inclusion program. Against this historical and social backdrop, and using the legal paradigms of administrative and constitutional law, the objective of this research is to demonstrate, through a method of bibliographical investigation of the topic, the solidification of affirmative action policies in Brazil, Racial Quotas, and the Racial Hetero-Identification Commission. Additionally, we seek to discuss the issue of judicial control in the context of the racial quotas policy, particularly the ambiguity of the category "pardos".

Keywords: Affirmative Action; Racial Quotas; Racial Hetero-identification Commission; Control of Public Administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ORIGENS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NOMUNDO E NO BRASIL	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	17
2.2.1 Teoria da origem americana.....	17
2.2.2 Teoria da origem europeia	20
2.2.3 Origem das ações afirmativas em outros países.....	21
2.2.4 Origem das ações afirmativas no brasil.....	22
2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS E A SUA RELAÇÃO COM A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2.4 AÇÕES AFIRMATIVAS: ESPÉCIES, REQUISITOS, OBJETIVOS	30
3 DA COTA RACIAL	36
3.1 CONCEITO E ORIGEM	36
3.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS	43
3.3 DOS FUNDAMENTOS SOCIAIS	44
3.4 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	48
3.5 ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRÁRIOS AS COTAS RACIAIS	52
4 DA COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO	55
4.1 INTRODUÇÃO	55
4.2 CONCEITO E LEGISLAÇÃO.....	56

4.3	DA COMPOSIÇÃO E FORMA DE AVALIAÇÃO.....	58
4.4	CONCLUSÃO.....	60
5	CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO	62
5.1	DA COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE.....	64
5.2	DO CONTROLE DAS COMISSÕES PELO PODER JUDICIÁRIO	65
5.3	PONTOS PARA APRIMORAMENTO DAS COMISSÕES AVALIADORAS	67
6	CONCLUSÃO.....	69
	REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

“Acabei de enviar, Thalles”, acabara de falar Cláudia, minha amiga e Analista do Ministério Público Federal, com quem tive o prazer de trabalhar na função de estagiário, em 2018. Entre tantos processos com os quais tive contato aquele me pareceu um desafio, uma vez que conhecia pouco o tema em questão. No caso, um homem impetrou Mandado de Segurança requerendo que o Poder Judiciário deferisse o mandato, no sentido de o reconhecer como pessoa parda (negra) para fins da reserva de vagas prevista na Lei nº 12.990, de 2014.

Apesar de já ter ouvido sobre a Lei de Cotas, descobri, através da necessidade de analisar aquele processo, que sabia muito pouco sobre a questão. Vasculhando a internet e sítios webs judiciários na esperança de encontrar jurisprudências a respeito do tema, também percebi que, à época, era um assunto pouco debatido e com poucas decisões judiciais anteriores. Tal episódio me marcou a ponto de querer buscar responder e refletir a respeito do que se entende por raça, por pardo, em uma sociedade miscigenada como a brasileira.

Nas minhas pesquisas, observei que a questão das Comissões de Heteroidentificação Racial estava intimamente ligada à política de Cotas e que, esta, por sua vez, estava relacionada com as Ações Afirmativas. As cotas raciais são conhecidas como instrumentos para efetivar a igualdade entre sujeitos que estão em condições de desigualdade no caso concreto. É uma espécie de ação afirmativa. As ações afirmativas, ou *affirmative action*, foram utilizadas pela primeira vez em 1935, nos Estados Unidos. No Brasil, antes da Lei de Cotas, as Universidades do Rio de Janeiro e do Distrito Federal já utilizavam deste programa de inclusão.

A questão se tornou polêmica e chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2012. Na ocasião, a Corte fixou um novo precedente e considerou as cotas constitucionais, anotando que a política tem o objetivo de superar distorções sociais históricas, não se mostrando, ainda, desproporcionais ou irrazoáveis. Superada a questão da inconstitucionalidade da medida, foram aprovadas diversas leis com o objetivo de implementar esse tipo de política pública, como por exemplo a Lei nº 12.990, de 2014, que reservou 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos à população negra.

Com o passar do tempo, foram noticiadas em jornais, em reportagens de TV e na internet casos de pessoas as quais aparentavam ser de características fenotípicas branca e estavam se passando por pessoa negra para concorrer nas vagas reservadas. Isso porque, até ali, somente

era feita a avaliação pela autodeclaração do candidato. Ou seja, o candidato, no momento da inscrição pela *sítio web*, se declarava como desejasse e já participava do concurso ou da prova do vestibular na condição de negro. Para tentar reverter e evitar esses casos de fraudes, foi introduzido a Comissão de Heteroidentificação Racial, a qual utiliza como critério de identificação o fenótipo, com predominância da análise da cor da pele.

Novamente, o Supremo Tribunal Federal foi levado a decidir sobre a constitucionalidade da medida inclusiva, agora da implantação das Comissões em concursos e vestibulares, adotando o entendimento de que são, sim, constitucionais, pois visariam uma proteção da política pública, evitando que o fraudador não tivesse direito e fosse desclassificado. Após essa decisão do STF, as Comissões de Avaliação Racial se expandiram por todo o Brasil, estando hoje implementadas em quase todas as Universidade Federais Brasileiras e utilizadas amplamente nos concursos públicos federais e do Poder Judiciário.

Os operadores do direito observaram que a lei que disciplinou a respeito das cotas raciais não abarcou muitas das hipóteses possíveis em relação a questão. Nos últimos anos, vem ocorrendo uma “chuva de processos judiciais” sobre o assunto. Houve uma grande demanda dos candidatos que optaram por concorrer ao sistema de cotas raciais requerendo que sejam reconhecidos como negros pelo Poder Judiciário, após terem sido considerados inaptos a concorrer nessa condição pela Comissão de Verificação.

Muitos candidatos argumentam desproporcionalidade nas decisões da Comissão, não respeito aos princípios da legalidade e motivação da administração pública, e falta de clareza na divulgação dos resultados. Além disso, há casos em que um mesmo candidato foi reprovado por uma banca de concurso, sendo que anteriormente já havia sido apto a concorrer em um concurso anterior como cotista na condição de negro.

Assim, a questão parece estar na ordem do dia. O objetivo desse trabalho é debater a respeito destes quatro temas centrais: as Ações Afirmativas, as Cotas Raciais, a Comissão de Heteroidentificação Racial e Controle jurisdicional da política pública de cotas. Num primeiro momento, fala-se sobre as Ações Afirmativas, sua origem, características, relação com os direitos humanos e a CFRB/88. Após, disserta-se sobre o conceito, a questão social por trás da política de cotas raciais e sua constitucionalidade. Depois é o momento de falar sobre as Comissões Avaliadoras, conceito, constitucionalidade e formas de utilização. Por fim, este trabalho desdobra-se no debate do controle jurisdicional e possibilidade de o judiciário interferir na política pública de cotas.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ORIGENS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO MUNDO E NO BRASIL

2.1 CONCEITO

As Ações Afirmativas são medidas governamentais que estabelecem uma determinada reserva de vagas em determinadas áreas para grupos considerados excluídos da sociedade. Ou seja, segundo os idealizadores da ideia, elas são implementadas para corrigir uma distorção social nascida do jogo desigual de disputa pela posição na sociedade.

De acordo com o conceito da Comissão de Direitos Civis dos Estados Unidos, a expressão ação afirmativa *“abrange qualquer medida, além da simples interrupção de uma prática discriminatória, adotada com a finalidade de corrigir ou compensar a discriminação passada ou presente ou evitar que a discriminação ocorra no futuro”*.¹

Nesse mesmo raciocínio, Sérgio Abreu entende ação afirmativa como um conjunto de políticas públicas que visam compensar os negros, assim como outras minorias em desvantagens, pela discriminação sofrida no passado. Deste modo, podemos afirmar que a ação afirmativa tem por objetivo diminuir as desigualdades existentes, oriundas da chamada discriminação histórica, ao compensar certos segmentos da sociedade, sem deixar de lado o mérito de cada indivíduo.²

Assim, pode-se concluir que ação afirmativa significa medidas de caráter temporário que visam a igualar as minorias, as quais, em razão da herança sociocultural ou do infortúnio, são discriminadas na sociedade.³ A implementação dessas ações gera um reconhecimento por parte do poder público ou da sociedade (quando a medida é particular) de que o princípio da igualdade não é suficiente perante a lei, não pode ficar apenas estampando da Constituição, mas deve buscar promover e efetivar a cidadania com ações positivas.

¹ U.S Commission of Civil Rights. **What is Affirmative Actions?**. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/what-affirmative-action>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

² ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância - O afrobrasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

³ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: história e debate no Brasil**. Cadernos de Pesquisa, n. 117, npo. 1ve9m7-b2r1o7/,2 n0o0v2embro/ 2002.

A seguir apresentamos uma tabela que demonstra os diferentes tipos de pensamentos acerca do que quer dizer ações afirmativas para variados autores, com o fito de que se possa buscar uma visão mais precisa a respeito do tema:

Table 1 - Conceito de Ações Afirmativas

CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS	
Autor	<i>são medidas governamentais ou privadas que estabelecem uma determinada ação compensatória em algumas áreas para grupos considerados excluídos da sociedade, buscando combater as desigualdades ali encontradas</i>
Guilherme Peña de Moraes ⁴	<i>políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas</i>
Sergio Abreu ⁵	<i>um conjunto de políticas públicas que visa compensar minorias em desvantagens, pela discriminação sofrida no passado</i>
Comissão de Direitos Civis dos EUA ⁶	<i>qualquer medida, além da simples interrupção de uma prática discriminatória, adotada com a finalidade de corrigir ou compensar a discriminação passada ou presente ou evitar que a discriminação ocorra no futuro</i>

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

⁵ ABREU, Sérgio. *Op cit.*

⁶ U.S Commission of Civil Rights. *Op cit.*

Joaquim Benedito Barbosa Gomes ⁷	<i>um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas a corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais como a educação e o emprego.</i>
Renata Malta Vilas-Bôas ⁸	<i>são uma espécie de medidas temporárias, determinadas pela Constituição, com o propósito de eliminar as desigualdades que foram se evidenciando ao longo da história. Procuram abranger, de uma forma específica, membros de determinados grupos que sofreram e/ou foram prejudicados por alguma espécie de preconceito.</i>
Senador Abdias Nascimento ⁹	<i>um conjunto de instrumentos utilizado para promover a igualdade de oportunidades no emprego, na educação, no acesso à moradia, e no mundo dos negócios, onde se busca, através da prevenção, alcançar uma sociedade inclusiva, aberta à participação igualitária de todos os cidadãos</i>

7 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social : a experiência dos EUA. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2001. Pág 106.

8 MAUTA, Renata. **Ações Afirmativas: uma reflexão sobre a efetivação do princípio da igualdade**. (Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002).

9 REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. **Breve análise sobre a ação afirmativa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6050>. Acesso em: 8 de dezembro de 2022.

Arabela Campos Oliven ¹⁰	<i>um conjunto de políticas públicas para proteger minorias e grupos que, em uma determinada sociedade, tenham sido discriminados no passado</i>
Sabrina Moehlecke ¹¹	<i>uma ação reparatória/compensatória e/ou preventiva, que busca corrigir uma situação de discriminação e desigualdade infringida a certos grupos no passado, presente ou futuro, através da valorização social, econômica, política e/ou cultural desses grupos, durante um período limitado</i>

Fonte: criada pelo autor

Não se propondo a limitar a conceituação e o significado das ações afirmativas, mas fazendo apenas um apanhado das conclusões do que se entende do tema pelos autores acima listados na tabela, podemos dizer que para um bom entendimento sobre o assunto é mister compreender que para uma determinada política pública seja considerada uma ação afirmativa, ela deve perpassar alguns pontos cruciais.

Primeiro, a Ação Afirmativa pode ser uma política pública ou privada, isto é, conjunto de ações coordenadas, as quais podem ser realizadas por empresas, órgãos governamentais, organizações da sociedade civil ou qualquer outra pessoa qualificada para ajudar a superar a situação de distribuição desigual de riquezas.

As ações realizadas por tais pessoas são direcionadas a eliminar a discriminação ou a mitigar os seus efeitos em relação a um grupo que a sociedade considera marginalizado, com o objetivo de alcançar a igualdade efetiva.

No entanto, longe do que muitos apregoam ou entendem equivocadamente, as Ações Afirmativas não são medidas para solucionar completamente o problema do preconceito e marginalização desses grupos, mas sim uma ação temporária, que busca, naquele espaço de tempo, efetivar as garantias que foram por muito tempo renegadas.

¹⁰ OLIVEN, Arabela Campos. *Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil os Estados Unidos e o Brasil*. Porto Alegre/RS, ano XXX, n. 1 (61), p. 29-51, jan./abr. 2007.

¹¹ MOEHLECKE, Sabrina. *Op Cit.*

Além disso, elas devem visar a ruptura do *status quo* nos vários cenários da sociedade, promovendo e valorizando os grupos marginalizados nos níveis social, econômico, político e cultural.

Por fim, as Ações Afirmativas se caracterizam primordialmente pelo seu caráter facultativo e voluntário, ou seja, mesmo se os entes da administração ou os particulares não estiverem envolvidos em situações direta de desigualdades racial, social, étnica, entre outros, eles podem utilizar de suas ferramentas, com o objetivo de efetivar o princípio da igualdade.¹²

2.2 Origem das ações afirmativas

2.2.1 Teoria da origem americana:

Quanto à origem e o nascimento das Ações Afirmativas, muitos autores se debruçaram a respeito deste tema, tendo em vista a importância de conhecer sobre a história, os motivos intrínsecos da sociedade em que se popularizou esta política social.

Ademais, a origem de uma política social não deve ser deixada em segundo plano, uma vez que, implementada em outras regiões, poderá ter efeitos mais dos diversos, pois as sociedades são idiossincráticas, isto é, possuem valores interiores diferentes umas das outras.

Sobre o tema, a maioria dos autores chegam a uma conclusão de que o termo Ações Afirmativas teve origem nos Estados Unidos, com nome em inglês de *affirmative action*. Dado que foi aí que a implementação desta medida se originou e ganhou popularidade, continua até hoje a serve como uma referência significativa na área de estudo.

A criação do Freedman's Act em 1865, por exemplo, é reconhecida como o primeiro passo para colocar em prática as ações afirmativas. Seu objetivo era estabelecer um serviço durante a Guerra Civil Americana para providenciar a libertação de escravos e distribuir as terras abandonadas.¹³

Por sua vez, o autor Sunstein, em seu ótimo trabalho acerca das decisões e movimento da Suprema Corte Americana, aduz em seu livro que já havia formas de ações afirmativas após

¹² SOUZA, Arivaldo Santos de. **Ações Afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades**. SEMOC - 8ª Semana da Mobilização Científica / UCSAL – BA, 2005. Pág. 6.

¹³ MACIEL, Ferceia. **Ações Afirmativas: um dever do Estado**. RAÍZES JURÍDICAS Curitiba, v. 5, n. 2 jul/dez 2009. Pág. 350.

a guerra civil nos Estados Unidos. Em contraponto a postura conservadora da Suprema Corte, a elaboração do *Freedman's Act*, no ano de 1865, fez surgir programas e políticas públicas que destinavam assistência social para afro-americanos.¹⁴

De acordo com Renata Vilas-Boas, as ações afirmativas começaram nos Estados Unidos em 1935 para impedir que os empregadores usassem qualquer tipo de repressão contra os trabalhadores e sindicalistas nas relações de trabalho.¹⁵ Naquele mesmo ano, houve o Ato Nacional de Relações de Trabalho, o qual proibia empregadores de usar qualquer tipo de repressão contra um membro do sindicato ou um de seus dirigentes e líderes.

Nesse sentido, foram criados mecanismos pela força dos pedidos e da luta daqueles que estavam em posição desfavorecida na condição de trabalho nos Estados Unidos daquela época. O objetivo era acabar com a discriminação, colocando as vítimas dos assédios e repressões no campo do trabalho de volta a posição que teriam alcançado se não houvesse discriminação.

A ideia da autora é bem diferente das lições normalmente contadas a respeito da origem dessa política pública, pois que muitos associam as ações afirmativas promovidas nos Estados com a situação de desigualdade vivida pelos negros naquela época. De fato, essas ações têm uma forte conotação social e ideológica nos Estados Unidos, devido às profundas divisões socioeconômicas entre brancos e negros na sociedade norte americana.

A escravidão fez parte da história americana durante a era colonial e depois que a Grã-Bretanha conquistou a independência em 1776. A instituição da escravidão foi abolida com a eclosão da Guerra da Secessão no século XIX, e a constituição da época incluía medidas para reforça-lo. Só com o passar do tempo é que foram surgindo Emendas à Constituição com vistas

14 SUSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 138.

15 VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33.

a acabar ou reduzir a discriminação, como por exemplo as Emendas XIII, XIV e XV, todas destinadas a proteger os negros.¹⁶

Devido a essa grave discriminação, a primeira ação afirmativa pela igualdade racial foi colocada em prática em 1960 por meio da *Executive Order* 10.965, assinada pelo presidente da época, John F. Kennedy. A partir daí é que foi iniciado o uso do termo *affirmative action* (ação afirmativa) no direito norte-americano, a qual veio a se consolidar com o Presidente Lyndon Johnson através da famosa *Executive Order* 11.246 de 1965.¹⁷

Essas duas ordens americanas tinham como objetivo a proteção dos negros no ambiente de trabalho público, exigia que os contratos do governo levassem em consideração que os candidatos fossem colocados de maneira igualitária e que os funcionários fossem tratados em igualdade, sem distinção de raça, crença, cor ou nacionalidade.

Não se pode deixar de comentar também a respeito da *Civil Rights Act* ou Lei dos Direitos Civis de 1964. Tal legislação estabeleceu um precedente e um marco em relação ao limite da ação discriminatória, proibindo as ações discriminatórias com base em raça, cor, religião, sexo, nacionalidade e, posteriormente, orientação sexual e identidade de gênero nos Estados Unidos.

As Emendas XIV e XV da constituição americana foram fortemente influenciadas pela Lei de Direitos Civis de 1964. Elas conferiram a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos igual proteção legal e garantiram o devido processo legal às pessoas que antes eram totalmente renegadas pelo Estado.

Outro exemplo de ação afirmativa que surgiu nos Estados Unidos foi a chamada “reserva de cotas” para o ingresso de pessoas negras em universidades, como forma de combate

¹⁶ **EMENDA XIII (1865), Seção 1** - Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado;

EMENDA XIV (1868), Seção 1 - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

EMENDA XV - Seção 1 direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão.

¹⁷ TORINHO, Rita. **Ações Afirmativas nas Licitações Públicas**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014. Pág. 200.

à discriminação, uma vez que nesse país, devido à forte tradição de universidades exclusivamente ocupadas por pessoas brancas, não se admitia a presença de negros.

2.2.2 Teoria da origem europeia

Em que pese as teorias apontem para o surgimento das Ações Afirmativas no seio da sociedade americana, outros autores dissertam também a respeito do aparecimento dessas políticas públicas em outros lugares do mundo.

Na Europa, por exemplo, as origens do Instituto das Ações Afirmativas estão intrinsicamente ligadas ao Movimento Europeu Cooperativista, que defendia uma mudança nos modos de produção social e material no contexto da sociedade capitalista emergente.¹⁸

Os trabalhadores defendiam uma espécie de “solidariedade econômica”, a qual só poderia ser alcançada se fosse organizada igualmente por aqueles que se uniam para produzir por meio de seu trabalho. Naquela época, as precárias condições de trabalho obrigavam os trabalhadores a recorrer às cooperativas como forma de reivindicar melhores salários e condições de trabalho, além de buscar, em certos casos, a independência em relação aos empregadores.

No Século XIX, a depressão econômica na Grã-Bretanha aprofundou-se em um nível em que foi necessário haver respostas abruptas até em tão não vistas, para que fosse possível acalmar os ânimos dos trabalhadores, fortemente afetados pela baixa econômica ali experimentada.

Robert Owen, um dos cooperativistas mais influenciadores da época, propôs uma série de mudanças estruturais nos modos de produção: redução da hora de trabalho, a qual chegava a 14h ou 15h de trabalho por dia, preocupou-se, no geral, com a qualidade de vida dos seus empregados e dos demais trabalhadores, chegando a construir casas para as famílias dos operários. Essas medidas tinham como objetivo tirar pelo menos parte dos trabalhadores da

¹⁸ SOUZA, Arivaldo Santos de. **Ações Afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades**. VIII Semoc, Universidade Católica do Salvador, 2005.

lama que os assolava, para que “os membros afetados negativamente pelo capitalismo da sociedade britânica da época passassem a ter possibilidades de consumo”.¹⁹

Para Arivaldo, as turbulências ocorridas nesta época marcaram uma série de acontecimentos e medidas tomadas pelos líderes do governo e principalmente das cooperativas no intuito de favorecer o grupo dos trabalhadores em relação ao demais. Essas ações foram denominadas como discriminação positiva ou ação positiva, *“uma vez que se tentava evitar a discriminação dos trabalhadores sindicalizados, ao mesmo tempo que se tentava viabilizar a produção da situação gerada a partir da não-existência da situação de discriminação”*.²⁰

2.2.1 Origem das ações afirmativas em outros países

Não é possível conceber que essas políticas públicas existissem somente na América e na Europa. Outros países também enfrentaram disputas por direitos em relação aos grupos de sua sociedade. Um caso particular é o da Índia. Na década de 40, antes mesmo do Presidente americano John Kennedy utilizar a expressão Ação afirmativa pela primeira vez, em 1961, certas medidas foram feitas para que as castas denominadas inferiores tivessem espaço no Parlamento.²¹

Já na Malásia, existia uma rivalidade em relação aos *bumiputra*, etnia politicamente dominante, e os chineses e indianos que também participaram ativamente do mercado e comércio da região. Foram criadas formas de os *bumiputra* participarem mais ativamente deste setor econômico do país, através do sistema de metas e cronogramas, sendo está uma das formas de manifestação da Ação afirmativa.²²

Destarte, na esteira de grande parte dos estudiosos do tema, pode-se afirmar que as políticas de ação afirmativa foram implementadas, inicialmente, nos Estados Unidos, em grande parte como resultado da luta da população pelos direitos civis.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar a estruturara diferenciada em que nasceu as políticas afirmativas na Europa e em outros países. No velho continente, as Ações Afirmativas aparecem como um escape e uma solução para aquietar as frustrações dos

¹⁹ SOUZA, Arivaldo Santos de. Op Cit. Pág 02.

²⁰ Idem, Ibidem.

²¹ REIS, Cristiane de Souza. Op Cit. Pág 01.

²² Idem, ibdem.

trabalhadores após a crise inglesa, propondo formas mais justas e igualitárias de condições de trabalho entre empregados e empregadores.

Na Índia e em outros países da Ásia, as políticas visavam o encurtamento das distâncias implementadas a séculos pelas castas e estratos da sociedade fortemente desiguais, propondo, em até certo termo, a apreciação de direitos que poderiam ser usufruídos por todos.

Independentemente do lugar que se queira afirmar ter sido o surgimento das Ações Afirmativas, pode-se aduzir com concretude que aquelas garantias não foram conquistadas de forma passiva, mas com a coragem daqueles que se insurgiram contra as injustiças, as ameaças e as formas mais cruéis de privação de liberdade e dignidade.

2.2.2 Origem das ações afirmativas no Brasil

Assim como nos Estados Unidos e nos outros países em que surgiram as políticas voltadas a grupos marginalizados socialmente, no Brasil as ações afirmativas também não emanam a partir de um “direito ganhado”, sem esforço, mas de uma conquista social histórica de embates e reviravoltas.

A história e os problemas do nosso país sempre refletem a origem da colonização sofrida: na qual o objetivo era o de simples exploração das terras e dos indivíduos. Assim, é sabido que o Brasil sempre foi marcado por desigualdades sociais, os quais foram muitas vezes tratadas como mera inconveniência. Com a Redemocratização e a instituição de uma Constituição cidadã, que apregoa uma busca pela igualdade de oportunidades, os movimentos sociais começaram a exigir uma postura mais ativa do Poder Público diante dos obstáculos vivenciados por certos grupos da sociedade, como os negros, as mulheres, os deficientes, os índios e os hipossuficientes em geral.

Diante deste cenário, foram implementadas políticas públicas sociais e de combate à pobreza, discriminação racial, igualdade de gênero, e todas essas com o fito de propor uma nova concepção de sociedade, mais justa e preocupada em oferecer uma zona de oportunidades em que seja possível transpassar as barreiras secularmente tecidas pelo pensamento retrógrado, independente do momento e do espectro político que esteja no poder.

O primeiro registro de um debate a respeito das ações afirmativas no Brasil se deu em 1968, curiosamente com proposições envolvendo o mercado de trabalho, assim como a origem

européia. Foram realizadas reuniões e discussões, por técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho com o objetivo de criar uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma porcentagem mínima de empregados negros.²³

Entretanto, segundo Sabrina, só em 1980 foi que surgiu um Projeto de Lei dessa natureza, o qual foi aprovado com uma proposta de reservar 20% (vinte por cento) de vagas para mulheres negras e 20% (vinte por cento) para homens. Em 1988 adveio o maior conjunto de diretrizes sociais a dirigir um caminho a ser traçado pelo país em relação as políticas de combate das desigualdades: a Constituição Federal do Brasil de 1988. A Carta Magna trouxe diversos institutos de proteção às classes marginalizadas e que sempre sofreram com a discriminação e a falta de oportunidade. Um exemplo são os trechos que tratam sobre a proteção ao mercado de trabalho da mulher, como parte dos direitos sociais, e a reserva percentual de cargos e empregos públicos para deficientes.²⁴

No Título que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, a CF estabelece como direito dos trabalhadores, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Já no trecho que fala sobre a Administração Pública, mais especificadamente no seu artigo 37, estabelece que *“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”*²⁵

Bom se dizer que a Constituição não só trouxe as proteções aos desfavorecidos, mas adotou uma postura positiva, com o intuito de direcionar as ações da coletividade para uma sociedade mais justa e menos desigual. Ou seja, adotou uma postura propositiva, afirmativa no sentido de materializar as ideias da sociedade brasileira.

Na década de 90, sob a pressão dos movimentos negros, o Governo brasileiro no poder admitiu oficialmente, pela primeira vez na história, que os negros eram discriminados. A partir daí, ocorreu um processo de discussão das relações raciais brasileiras. Foram criados grupos de trabalho sobre o tema, como o Grupo de Trabalho para Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação, vinculado ao Ministério do Trabalho. Outro grupo importante foi o

²³ MACIEL, Ferceia. **Op Cit.** Pág 327.

²⁴ MOEHLECKE, Sabrina. **Op Cit.** Pág. 204.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

Grupo de Trabalho Interministerial. GTI para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra.²⁶

Nos anos 2000, o então presidente da república, Fernando Henrique Cardoso, por meio de Decreto, de 08 de setembro de 2000, criou o Comitê Nacional para a Preparação da Participação Brasileira na III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Tal Comitê, por ter sido criado e formulado a partir do próprio Estado, instou a comunidade acadêmica, a mídia e até a população e ter um pouco de conhecimento do assunto e a se posicionarem sobre as medidas que viriam a ser adotadas.

Até o final dos anos 1990, não havia sido aprovado nenhum Projeto de Lei de ação afirmativa. No entanto, em 2001 foram aprovadas, pelo poder público, as primeiras políticas sociais. Naquele ano foi aprovada a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 3.708, a qual foi um marco para discussão *“acerca da reserva de cotas em Universidade Públicas para negros e pardos, pelo fato de destinar a estes 40% (quarenta por cento) das vagas nos cursos do ensino superior estadual na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual do Norte Fluminense”* (UENF).²⁷

A partir daí foram surgindo diversos tipos de ações afirmativas, nas diversas áreas possíveis, tendo o Estado do Rio de Janeiro o protagonismo e as maiores iniciativas apontadas. Outras políticas sociais nesse sentido são a reserva de vagas em 30% para mulheres nas candidaturas dos partidos políticos. Houve também incentivos para empresas, quando no momento de licitar, para aqueles que contratassem pessoas com deficiência, entre outros.

Assim como o aparecimento das ações afirmativas nos Estados Unidos e nos outros países, no Brasil a implementação desses projetos só foi possível por conta da grande pressão dos grupos e movimentos sociais, do debate dos estudiosos e da mídia e de uma maior conscientização da sociedade para com a realidade desigual vivenciada no dia-dia e a necessidade de transformá-la por meio de medidas ativas no combate à discriminação.

²⁶ COUTO, Caroline Peres. **Políticas de ações afirmativas de corte racial no brasil: um panorama histórico**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/historia/politicas-aco-es-afirmativas-corte-racial-no-brasil-um-panorama-historico.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

²⁷ MACIEL, Ferceia. **Op Cit**. Pág 328.

2.2.3 Ações afirmativas e a sua relação com a evolução dos direitos fundamentais

Conforme outrora explicitado, os direitos, por meio de políticas públicas, como exemplo as ações afirmativas, alargados para as parcelas marginalizadas da sociedade, não surgiram de uma hora para outra, senão por meio de muita luta, de lágrimas e sangue, a exigir mudanças no *status quo* e melhora na vida daqueles que estavam na base da pirâmide social.

A evolução em relação aos direitos concedidos tardiamente, diga-se de passagem, àquela camada da sociedade, está intimamente ligada ao processo de modernização do Estado e a consolidação dos direitos fundamentais. José Afonso da Silva descreve o surgimento, significado e evolução do Estado de Direito em Estado de Direito (Liberal), do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito. A seu turno, Paulo Bonavides foi um dos constitucionalistas fundadores da classificação dos direitos fundamentais levando em conta o contexto histórico, agrupando-os em gerações (ou dimensões) de direitos.^{28 29 30}

Durante a Idade Média, diante da forma que o homem era tratado, começam a surgir movimentos que buscavam alterar a posição dominante, em especial a proteção a direitos básicos do homem. Desses movimentos, pode-se elencar as cartas e estatutos de direitos fundamentais inglesas, tais como a Magna Carta de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e a *Bill of Rights* de 1687, que exerceram forte influência na sociedade ocidental e serviram de base para a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789.³¹

A Declaração da Independência do Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do homem falam da liberdade e da igualdade de todos os seres humanos. No entanto, a intenção dessas declarações era remover o poder do clero e da nobreza em favor da burguesia e não como

²⁸ Parte doutrina tem evitado o termo “geração”, trocando-o por “dimensão”. Isso porque a ideia de “geração” está diretamente ligada à de sucessão, substituição, enquanto que os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros. Uma geração não sucede a outra. Pelo contrário, há um acréscimo no rol de direitos fundamentais.

²⁹ A proposta de triangulação dos direitos fundamentais em gerações é atribuída a Kassel Vasak, que a apresentou em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) em 1979, inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

³⁰ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros editores, São Paulo, 2005. Pág. 213.

³¹ DEGANI, Luís Augusto, ANTUNES, Priscylla Martins Craveiro Quirino, SILVA, Dawson Georgi Trizi, GAGO, Luiz Quirino Antunes. **As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução**. Revista Pitágoras – ISSN 2178-8243, Nova Andradina, v. 4, n. 4, dez/mar.2013. Pág. 03.

pensava uma boa parte da população, a qual acreditava ser uma defesa dos pobres e menos favorecidos em relação aos mais ricos e abastados.

No Estado de Direto Liberal, o direto era usado para conservar o sistema de propriedade existente e para protegê-lo contra intervenção sempre que essa fosse julgada como incompatível com os interesses dos grupos dominantes; no caso, o Clero e a Igreja. Era utilizado o método de Rousseau de generalidade das leis, ou seja, que as leis deveriam ser aplicadas a todos e de forma igual para todos, a igualdade só podia ser obtida por meio de normas gerais e da generalidade das leis.³²

O Estado de direto Liberal está totalmente ligado a evolução dos direitos fundamentais. No caso, trata-se, em um primeiro momento, dos direitos denominados de primeira dimensão ou geração. Os direitos de primeira geração têm como marco as revoluções liberais do século XVIII. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Estado Absolutista, dominando o século XIX, e *“corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado”*.³³

Os direitos de primeira dimensão foram os primeiros a incorporarem os textos constitucionais das Cartas dos Estados do ocidente. Neles estão incluídos os direitos de liberdade em um sentido mais geral, isto é, os direitos civis, políticos, direitos às liberdades, à vida, à igualdade perante a lei, à propriedade, à intimidade. São direitos que apregoam um dever de abstenção estatal, possuem um caráter negativo, são direitos de defesa contra o poder político e que pretende resguardar a esfera de autonomia do indivíduo.³⁴

A falta de ações propositivas por parte dos Estados, no entanto, teria um preço bastante alto tempos mais tarde. O individualismo e a falta de ação do Estado liberal provocaram imensas injustiças. Os movimentos sociais da época iniciaram uma força no sentido de exigir mudanças na sociedade, criando uma consciência da necessidade de justiça social. Fato histórico de

³² SILVA, José Afonso da. **Op Cit.** Pág 214.

³³ ZOUENIN, Luis Henrique Linhares. **Em que consistem e o que são as gerações dos direitos fundamentais?**

Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/#_ftnref5. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

³⁴ DIOGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/GERA%C3%87%C3%95ES%20OU%20DIMENS%C3%95ES%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

bastante relevância para a ocorrência dessa virada de pensamento foi a Revolução Industrial. De fato, foi um acontecimento extremamente importante para a humanidade, pois mudou o processo produtivo: os produtos deixaram de ser manufaturados e passaram a ser feitos por máquinas, o que permitiu uma produção em massa.³⁵ Esta produção, todavia, utilizava-se da força de trabalho de adultos e crianças em condições insalubres, paupérrimas e com incansáveis horas de trabalho diárias.

Diante desta situação, começaram a despontar vários movimentos de trabalhadores, os quais se organizaram para lutar por melhores condições de trabalho, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc. Os direitos de segunda geração, por sua vez, nasceram a partir do início do século XX, introduzidos pelo constitucionalismo do Estado social, em específico aqui a Constituição Mexicana de 1917, de Weimar de 1919 e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).³⁶

Diferentemente dos direitos de primeira geração, estes últimos impuseram ao Estado uma obrigação de fazer, impondo ao poder público um dever de prestação positiva, consistente em um fazer e não uma abdicação. O Estado necessitou integrar a sociedade ao direito, ou seja, evoluir as normas levando em consideração as diversas realidades existentes. Este foi, de fato, uma correção do individualismo clássico liberal.³⁷ Os direitos de segunda dimensão correspondem ao direito de igualdade em sentido amplo, são direitos econômicos, sociais e culturais: reconhecidos como direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

Desta feita, podemos concluir que o objetivo do Estado de Direito Social era essencialmente compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo, sua forma de vida e modelo de produção e, de outro lado, a perseguição por um Estado de bem estar social. Como consequência dessas transformações, os Estados, ao criarem as suas constituições e leis, passaram a adotar medidas sociais, firmando capítulos próprios para os direitos econômicos e sociais em suas Cartas Políticas.

³⁵ SILVA, Luis Siqueira da Silva; CAVALCANTE, Zedequias Vieira. **A importância da revolução industrial no mundo da tecnologia**. Disponível em: https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2011/wp-content/uploads/sites/86/2016/07/zedequias_vieira_cavalcante2.pdf. Acesso em: 8 de dezembro de 2022.

³⁶ ZOUENIN, Luis Henrique Linhares. **Op Cit.**

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Op Cit.** Pág. 215.

Na esteira do pensamento de Afonso da Silva, precisava-se de algo mais, uma vez que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos e contrários ao direito em que há o respeito mútuo. Tanto a democracia, o fascismo ou nacional-socialismo podem se revestir de “social” para alcançar os seus objetivos.³⁸ Nesse sentido é que surge o Estado Democrático de Direito, o qual se funda na soberania popular; opõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública e impõe a formação de instituições representativas; coloca o povo nas principais decisões do Estado, seja presencialmente ou por meio de representantes eleitos democraticamente.

Por sua vez, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, temos os direitos de terceira geração, os quais são classificados como os direitos da coletividade, ou seja, *“têm como destinatário todo o gênero humano, como os difusos e coletivos, que se assentam na fraternidade ou solidariedade. Dentre eles, destaque-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como os direitos ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e à paz”*.³⁹

Para além das 3 (três) gerações ou dimensões, outros autores hoje desenvolveram os conceitos de quarta, quinta e até sexta geração dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides, por exemplo, entende que há uma quarta e uma quinta geração, relacionado à democracia e à paz. É importante esclarecer, no entanto, que após a terceira, não há mais unanimidade na doutrina.

O estudo da evolução histórica e consolidação dos direitos fundamentais é relevante para entender como a questão das Ações Afirmativas vem sendo amplamente discutida e até aplicada em diversas políticas públicas hoje em dia. O Estado de Direito Social, construído por meio de muita luta dos grupos sociais, impôs que os Estados abarcassem a realidade ao direito e adicionassem em suas constituições dispositivos e capítulos referentes ao direito social dos cidadãos. Em seguida, no Estado Democrático de Direito, entende-se que os direitos fundamentais, antes somente escritos nas Cartas Magnas, sejam agora concretizados, de modo a incluir aquelas pessoas e grupos historicamente relegados da participação na sociedade em igualdade com os demais.

Não se pode deixar de comentar a respeito da força que os instrumentos internacionais, as normas em relação aos direitos humanos tiveram para o crescimento e o assentamento de

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Op Cit.** Pág. 215.

³⁹ ZOUEN, Luis Henrique Linhares. **Op Cit.**

uma iniciativa global e regional na criação de políticas públicas voltadas para os grupos excluídos.

Após o ocorrido na Segunda Guerra Mundial, foi criado um comitê internacional da Organização das Nações Unidas, liderado por Eleanor Roosevelt, o qual estabeleceu um conjunto de diretrizes que pudesse ser aplicado a todas as pessoas, numa tentativa de garantir que ninguém mais sofresse de forma tão terrível. Tais diretrizes corroboraram na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Atualmente, a ONU possui 193 países-membros e todos são signatários deste compromisso internacional de garantia de direitos humanos.

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 revolucionou a linguagem dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, a qual se destaca pelos princípios da universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade significa que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.⁴⁰

Nesse raciocínio, percebeu-se que não se poderia tratar o indivíduo de forma genérica e abstrata. O sujeito de direito deve ser especificado, ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Assim, *determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.*⁴¹

Aí se incluem exatamente os grupos mais vulneráveis da sociedade e que necessitam de um tratamento diferenciado diante de sua realidade árdua: as crianças, as mulheres, a população afrodescendente e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social.

Destarte, pode-se concluir que o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, levando em consideração as diferenças vividas por cada indivíduo, visto em sua particularidade. Hoje,

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Temas em Destaque - Políticas Inclusivas e Compensatórias, Cad. Pesqui. 35 (124), Abril 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt#:~:text=As%20a%C3%A7%C3%B5es%20afirmativas%20constituem%20medidas,e%20raciais%2C%20entre%20outros%20grupos.> Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Op Cit.**

o elevado número de Estados-partes desses tratados internacionais criou um sistema global e também regional de irradiação das normas de direitos humanos. Retrata, pois, o grau de consenso internacional a respeito de temas voltados a concretização dos direitos fundamentais.

42

2.4 AÇÕES AFIRMATIVAS: ESPÉCIES, REQUISITOS, OBJETIVOS

A propagação das ideias relativas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões culminou na cultura regional e criação de normas voltadas para defesa dos grupos mais vulneráveis em cada sociedade, em cada Estado. Junto a isto, os grupos reconhecidamente suscetíveis ao prejuízo causado pelas desigualdades existentes passaram a conclamar por mudanças reais no seio social e a exigir políticas públicas, por parte do Governo, capazes de realizar a concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Ou seja, agora apenas a disposição dos direitos sociais na Constituição não seria o bastante, mas sim a efetivação desses direitos.

Diante dessa nova realidade, os negros, as mulheres, os índios, as pessoas com deficiência e outros grupos passaram a reivindicar um lugar na sociedade, políticas públicas com o objetivo de corrigir, na medida do possível, as discriminações ocorridas no passado que até hoje os afetam e impõe barreiras a mais em nosso convívio social.

O trecho seguinte exemplifica bem a evolução dessa consciência de isonomia de tratamento:

Paralelamente à ameaça aos direitos sociais, o último quarto do século XX viu nascer a luta antidiscriminatória das minorias secularmente marginalizadas. As mulheres, os índios, os negros, as pessoas com deficiência, entre outros grupos, conquistaram direitos a eles sempre negados em razão de tabus, preconceitos culturalmente atávicos. As políticas de ação afirmativa reforçam a construção da igualdade real que se iniciara nos primórdios do século. Decorrem da percepção de que o Estado interveniente não suprime as liberdades, antes, reafirma-as, na medida em que assegura dignidade substancial a todos.

A generalidade das políticas públicas de proteção, contudo, mostrou-se insuficiente para atender às peculiaridades de grupos específicos, como é o das pessoas com deficiência, o das mulheres, dos índios, e o dos negros, ou como serão a de outros grupos que se apresentem como sujeitos específicos de atenção, conforme vem se dando com os idosos, diante do envelhecimento das populações pela melhoria do sistema de saúde, que garante melhor longevidade, ou dos homossexuais, que

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Op Cit.*

reivindicam o direito de oficialização das relações de mesma natureza, com as repercussões previdenciárias e civis decorrentes.⁴³

O texto acima narra, em síntese, como aquela citada generalidade Rousseauiana das normas, quando transplantadas para as políticas públicas, não surtiram o resultado esperado e almejado, sobretudo pela população mais carente, que não logra em disputar as oportunidades em igualdade, diante das péssimas condições a que é sujeita há séculos.

Cumprе esclarecer que apesar de enfatizar, neste trabalho, os negros, a Ação afirmativa pode e deve ser utilizada para qualquer tipo de minoria, tanto que o grupo que mais tem se beneficiado, nos Estados Unidos, com as medidas de Ação afirmativa é na verdade o das mulheres. Conforme já citado, a Ação Afirmativa na Europa iniciou com demandas na área trabalhista, com reivindicações por parte dos sindicatos a imporem ao Estado a criação de melhores condições para os trabalhadores.

No Brasil, essas iniciativas ocorreram precipuamente por meio de programas estatais, a saber, divididos em três aspectos: no mercado de trabalho, as medidas visam colocar as minorias dentro do mercado de trabalho, aumentando suas possibilidades de contratação e de promoção. Já na área empresarial, esses instrumentos tem por objetivo dar oportunidade de empresas pertencentes a estas minorias de concorrer em igualdade de condições com as demais empresas para contratação com os governos federal, estaduais e municipais, no procedimento de licitação. Por fim, na área educacional, procura-se dar efetiva oportunidade para estas minorias estudarem, tendo em vista também a chegada ao ensino superior, o qual sempre foi ocupado durante décadas pelas famílias mais abastadas do país.⁴⁴

Vale lembrar que as políticas de ações afirmativas, embora tenham em sua maioria origem estatal, não são realizadas exclusivamente por parte do Estado. A iniciativa privada e as organizações sociais sem fins lucrativos também são atores importantes neste processo, podendo atuar em conjunto, dando suporte, ou de forma complementar ao governo. Nesta área, *“a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de*

⁴³ FONSENCA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** Tese apresentada no Curso de pós graduação em Direito das Relações Sociais, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. 2005. Pág. 203.

⁴⁴ REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlos Arruda. **Op Cit.**

decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação”.⁴⁵ Assim, pode-se concluir que as ações afirmativas também envolveram práticas que assumiram desenhos diferentes e distintos modelos.

Outro ponto importante é a respeito do objetivo das Ações Afirmativas: por qual motivo ou razão se elabora uma política pública afirmativa? De início, tendo a em vista a sub-representação das minorias em diversos ambientes da sociedade, pode-se dizer que há uma autêntica “*necessidade de promover a representação de grupos inferiorizados e conferir-lhes uma preferência a fim de assegurar seu acesso a determinados bens, econômicos ou não*”.⁴⁶ Há também a ideia de reparar danos causados por injúrias que ocorreram a grupos no passado e que seus efeitos reverberam no presente; a concretizar a igualdade de oportunidades e a eliminar o racismo estrutural.

Em seu artigo, Arivaldo elenca os objetivos que devem perseguir uma Ação Afirmativa, a saber:

- 2.4.1 induzir transformações de ordem jurídica epistemológica e cultural através da promoção da diversidade como valor e prática nos espaços coletivos;
- 2.4.2 reparar danos causados por injúrias a grupos no passado e no presente;
- 2.4.3 concretizar a igualdade de oportunidades;
- 2.4.4 criar personalidades emblemáticas;
- 2.4.5 contribuir para a eliminação do Racismo Institucional, inclusive das glass ceilings;
- 2.4.6 aumentar a representatividade de grupos em desvantagem;
- 2.4.7 zelar pela pujança econômica do país;
- 2.4.8 criar novos horizontes para grupos em desvantagem;
- 2.4.9 reformar os mecanismos de composição do mérito;
- 2.4.10 diminuir a importância da raça na vida social⁴⁷

Mas então indagamos por que deveríamos agir dessa forma, o que justifica essa política? Não poderíamos simplesmente agir de outra maneira? Podemos afirmar que grande parte dos autores aduzem que as Ações Afirmativas são necessárias para igualar, até certo ponto, as

⁴⁵ MOEHLECKE, Sabrina. **Op Cit.**

⁴⁶ SOUZA, Arivaldo Santos de. **Op Cit.**

⁴⁷ Idem, ibidem.

oportunidades das minorias que foram prejudicadas no nosso passado, é a ideia de restituição de uma igualdade que foi rompida ou que nunca existiu.⁴⁸

De fato, esse é justamente o critério posto pelos autores do tema em relação ao requisito para a criação de uma Ação Afirmativa, ou seja, para entender a necessidade de uma ação afirmativa, é preciso, segundo o autor, compreender o contexto social vivido por um país, pois dali é que se irá verificar o preconceito por parte de setores da sociedade, devendo-se analisá-la através do histórico que precedeu a política pública.

Desta feita, após a leitura de um diagnóstico sociocultural histórico, há comprovação estatística das desigualdades existentes e da necessidade de reparos. Após o diagnóstico e o planejamento de uma política de ação afirmativa, os gestores governamentais encaminham a legislação, monitoram sua aprovação e implementação.⁴⁹

As primeiras políticas nesse sentido nos Estados Unidos surgiram a partir dessa fundamentação: o vice-presidente Nixon comandou um Relatório qual concluiu que a mera proibição gerada pelas primeiras leis de Direitos civis, embora tenham logrado bons resultados, eram insuficientes para promover direitos a minorias até então alvo de discriminação. Com isso em vista, foi criada uma comissão para estudar e propor alternativas ao problema, com a ajuda de professores universitários, tendo como resultado a produção de Políticas Públicas de Ações Afirmativas na América.⁵⁰

Vimos os critérios aduzidos pelos teóricos sobre os requisitos para a formulação dessas políticas de minorias, mas em relação aos requisitos para receber ou ser beneficiário de uma Ação Afirmativa, existem? Quais seriam? Bem, não há uma regra determinada previamente ou um caráter geral, uma vez que os modelos devem ser aperfeiçoados de acordo com o tipo da Ação a ser implementada. No entanto, há um consenso no sentido de que as Políticas Públicas voltadas para as minorias seriam capazes de obter maior êxito e mais legitimidade da população se exigisse o preenchimento de alguns critérios específicos. Por exemplo, para concorrer nas

⁴⁸ SOUZA, Arivaldo Santos de. **Op Cit.**

⁴⁹ UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS, PROEXT. **Sobre ações afirmativas e comunidades tradicionais**. Disponível em: <https://proext.ufam.edu.br/dpa/sobre-acoes-afirmativas.html>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁵⁰ SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2006. Pág. 101.

cotas de concursos públicos e vestibulares, “*não basta ser membro de um grupo discriminado; é necessário que, além disso, o indivíduo possua determinadas qualificações*”.⁵¹

Chegando ao final deste capítulo, cumpre anotar também sobre o tempo de permanência das políticas de Ações Afirmativas. Há um consenso entre os estudiosos do assunto de que tais medidas devem ser implementadas com um tempo certo para o seu encerramento ou, ao menos, caso não exista um período definido, seja necessário finalizar o programa algum tempo depois, visto que a finalidade não é deixar por tempo indeterminado.

Neste sentido, há uma expectativa de que as ações públicas no sentido da igualdade tenham um aspecto provisório, pois se presume que a convivência entre as pessoas, estimulada pela diversidade, ensine, por sua vez, a aumentar tolerância e supra as distâncias sociais até então intransponíveis, em razão da pesada carga de preconceito herdada de condutas seculares.

52

Entendemos, entretanto, que embora a vontade inicial seja de não existência de ações desse tipo, ou que seja implementada a Ação Afirmativa por determinado período, o que vem acontecendo é que tais medidas continuam a se estender, mesmo aquelas previstas inicialmente para ser finalizada em um período específico. Outro fato também é o alargamento das demandas sociais, pois outros grupos passaram a exigir o reconhecimento de categoria minoritária, como por exemplo, os obesos. Acreditamos que o leque de grupo em vulnerabilidade só tende a aumentar, a partir do momento em que a sociedade vai se modificando e passando a exigir a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Além disso, em que pese os autores focarem na perspectiva de olhar para o passado com a finalidade de justificar as Ações Afirmativas, para este autor, no entanto, com o todo o respeito aos demais argumentos acerca da indagação do que se baseia as tais políticas, esta tem sua base não nos fatos históricos que ocorreram no passado, mas num critério fundamentalmente fático, na realidade atual em que vivemos e em que vivem as minorias hoje, os dados estatísticos. Não se olvida, por evidente, a necessária reflexão das graves discriminações sofridas pelos grupos vulneráveis em épocas passadas, mas reforça-se que a efetividade e a legitimidade das políticas públicas nesse sentido estarão presentes se o seu fundamento estiver relacionado aos critérios fáticos hodiernos.

⁵¹ MOEHLECKE, Sabrina. **Op Cit.**

⁵² MACIEL, Ferceia. **Op Cit.**

De remate, podemos concluir que as Ações Afirmativas passaram a fazer parte do rol dos direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição, sendo um dever do chefe de Estado, imposto pela Carta Magna como dever de inclusão e justiça social. Não afrontam o Princípio da Igualdade, mas objetiva a efetividade de tal princípio. Pretende assim assegurar a igualdade, mediante legislação repressiva, afirmativa e que possuam efeitos concretos na vida dos indivíduos. Ademais, pretende promover e estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos diversos espaços sociais. *“Ação afirmativa significa, em síntese, o reconhecimento de que o princípio da igualdade para todos, apenas perante a lei, é insuficiente para garantir a plena, a efetiva cidadania, é necessário, se ter ações que garantam a igualdade”*.⁵³

⁵³ MACIEL, Ferceia. **Op Cit.**

3 DA COTA RACIAL

3.1 CONCEITO E ORIGEM

De início, é relevante apontar que a questão das Comissões de Verificação Racial está intrinsicamente ligada ao tema das Ações Afirmativas. Isto porque as Comissões tiveram sua origem como um instrumento de eficácia da política de Cotas Raciais, a qual, por sua vez, é uma das espécies de Ações Afirmativas. Diante disso, achamos de suma importância dedicar um espaço deste trabalho para o assunto em comento.

Deve-se salientar que a definição de ações afirmativas não se confunde com a de cotas. Aquelas seriam o gênero e estas a espécie. Toda contratação ou promoção preferencial de membros de grupos discriminados, seja por meio de cotas, bolsas de estudo, vantagens, medidas de proteção ou reparações financeira, são abarcadas pelo conceito de ação afirmativa.⁵⁴

Como vimos no começo deste trabalho, para que se chegasse até aqui, momento em que se há várias espécies de Ações Afirmativas ao redor do mundo e sobretudo no Brasil, muitas lágrimas caíram e muito suor foi derramado, pois tais direitos só puderam ser conquistados por meio de muita luta. Iniciando na Europa com os sindicatos organizados pela melhoria de condições do trabalho dos empregados e na América através de políticas que beneficiaram uma população em específica, a negra.

Após as transformações ocorridas principalmente pela Revolução Francesa, com o seu legado de liberdade, igualdade e fraternidade, passou-se a irradiar o sentimento de direito universal de ter direito. Durando até as Guerras Mundiais, momento no qual foi necessário criar um comitê internacional das Nações Unidas, liderado por Eleanor Roosevelt, com o intuito de criar diretrizes que pudesse ser aplicado a todas as pessoas, numa tentativa de garantir que ninguém mais sofresse daquele terrível maneira. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 revolucionou o entendimento sobre os direitos humanos, pressionando os estados, ainda que indiretamente, a adotarem tais medidas regionalmente.

O Brasil, fazendo parte da ONU, passou a participar das reuniões sobre discriminação racial e a assinar acordos para combater tal malefício. No âmbito internacional, por exemplo, destaca-se a participação do Estado brasileiro na Conferência Intergovernamental Regional das

⁵⁴ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. *Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica*. Psicologia Escolar e Educacional, SP. Volume 21, Número 2, Maio/Agosto de 2017: 183-193.

Américas, no Chile, em 2001, e na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban na África do Sul. Essas participações marcaram a relação do Estado com o Movimento Social Negro, o qual passou a denunciar as desigualdades existentes e reivindicar, perante o mundo, compromissos mais efetivos com a equidade étnico-racial.⁵⁵

Com esse novo cenário mundial, o Brasil não poderia simplesmente virar as costas ou se fazer de desentendido para os problemas relacionados à população negra do país. Nesse aspecto foi que o novo governante eleito da época, Fernando Henrique Cardoso, iniciou os trabalhos, começando por ratificar o acordo e reconhecer a existência de discriminação racial contra os negros no Brasil durante o seminário internacional Multiculturalismo e racismo. A partir dali diversas ações afirmativas foram implementadas no Brasil, sendo o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal exemplos, já que destinaram uma porcentagem de suas vagas em Universidades Estaduais para negros e índios.

Em 2003, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), passa a ser a primeira do país a implementar o sistema de cotas.⁵⁶ No vestibular daquele ano, a reserva de vagas ficou conhecida como “cota” e restou decidido que 45% do total de vagas da UERJ fossem destinadas os candidatos que quisessem prestar o vestibular pelo novo sistema da seguinte forma: 20 % para candidatos da rede pública; 20% para negros, ou indígenas; e 5 % para candidatos com deficiência, ou filhos de policiais, bombeiros e inspetores de segurança em penitenciárias mortas, ou incapacitados, em função do exercício de suas atividades.⁵⁷ No ano seguinte, a Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira instituição de ensino a adotar o sistema de cotas raciais no Brasil, prevendo a reserva de 20% das vagas para candidatos negros e um pequeno número para indígenas.⁵⁸

A quantidade de universidades que aderiram ao programa de cotas foi ascendendo rapidamente em um curto período. De 2003 a 2005, 14 universidades aderiram às Cotas, sendo

⁵⁵ MOEHLECKE, Sabrina. **Op Cit.**

⁵⁶ GLOBO UNIVERSIDADE. **Em 2003, UERJ se torna a primeira universidade do país a adotar cotas.** Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globouniversidade/noticia/2013/08/em-2003-uerj-se-torna-primeira-universidade-do-pais-adotar-cotas.html>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁵⁷ Idem, Ibidem.

⁵⁸ BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. **ADPF 186: Cotas raciais na Universidade de Brasília.** Disponível em: <https://barbaragbublitz.jusbrasil.com.br/artigos/441759103/adpf-186-cotas-raciais-na-universidade-de-brasilia>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

que em 2006 esse número chegou a 43, e em 2010 já somavam 83 instituições de ensino superior com cotas. Podemos dizer que foi surpreendente o crescimento de programas desse estilo nas universidades brasileiras, uma vez que as cotas raciais já começavam a suscitar polêmicas no cenário nacional e sobretudo porque não havia qualquer legislação federal a respeito do tema.⁵⁹

Em 2008, ocorreu a formação da primeira turma de cotistas dessas universidades. Tal fato aumentou a legitimidade da política, pois havia muita desconfiança quanto a possibilidade desses alunos lograrem sua formação acadêmica, diante da má formação educacional nas escolas públicas do país.

Dois anos depois, foi aprovada o Estatuto da Igualdade Racial, por meio da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, *destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica*⁶⁰. Em seu texto, a norma assegura de forma mordaz a:

- I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;
 - II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;
 - III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;
 - IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;
 - V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;
 - VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;
 - VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.
- Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.⁶¹

O artigo citado acima é o primeiro do Estatuto. Podemos compreender logo de início que esta lei foi criada de forma a tentar efetivar a igualdade de condições e acesso a uma parcela

⁵⁹ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Op Cit.**

⁶⁰ BRASIL. Lei 12.288 de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial**; Diário Oficial da União, Brasília.

⁶¹ Idem, Ibidem.

específica da população, os negros – pretos e pardos, os quais historicamente passaram por discriminação racial e desigualdades de acesso aos direitos considerados básicos, como educação, saneamento básico, saúde, entre outros.

Foi pela ideia central de defender os direitos básicos dessa parte da população que o Estatuto surgiu, com muito valor e importância para aqueles que entendem que as desigualdades de gênero e raça precisavam ser discutidas e estruturadas no âmbito político e jurídico.⁶²

Assim sendo, o Estatuto tem como objetivo firmar que é dever do Estado a garantia e o estabelecimento de políticas públicas para a aplicabilidade desses direitos a essa parcela excluída da sociedade, assim como definir, por meio do seu texto, quais são esses direitos fundamentais. O cerne da lei *é planejar, garantir e colocar em prática, ações que permitem o desenvolvimento dessa igualdade, propondo um texto-base, como já mencionado, que pode ser aplicado em prol de políticas públicas e ações afirmativas*.⁶³

Dois anos depois, foi aprovada a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que *dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio*. A denominada Lei de Cotas determinou que as instituições federais brasileiras reservassem 50% das vagas para estudantes oriundos de escolas públicas, negros e indígenas, iniciando no ano anterior com 15% das reservas de vagas e aumentando a cada ano até chegar aos 50%. Não se pode negar que tal instituto é verdadeiro marco na legitimação e disseminação dos programas de ações afirmativas nacionais, pois assegura legalmente que será promovida a integração da população negra no espaço educacional superior e técnico do país.

Apesar dos programas de Ações Afirmativas voltadas à integração da população negra aos centros educacionais superior e técnico do país terem avançado rapidamente, ainda havia um estado que relutava em aderir às ações afirmativas e, sobretudo, a política de cotas raciais, a saber, São Paulo. No entanto, em 2014, a Universidade Estadual Paulista (UNESP) se tornou a primeira universidade estadual do Estado de São Paulo a implementar uma política pública neste sentido. Intitulado Sistema de Reserva de Vagas para Educação Básica Pública (SRVEBP), o mesmo definia a reserva de 15% do total de vagas a estudantes egressos do ensino médio público, dentre as quais 35% destinaram-se para estudantes autodenominados *pretos*,

⁶² CAPITULINO, Gisely. *Estatuto da Igualdade Racial: o que diz e qual sua importância?* Disponível em: <https://www.politize.com.br/estatuto-da-igualdade-racial/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁶³ Idem, Ibidem.

pardos ou indígenas.⁶⁴

Tal fato se destaca, pois, as universidades do estado de São Paulo sempre estiveram nas primeiras colocações nacionais e nas melhores posições internacionais em relação à qualidade da educação.⁶⁵ Havia, assim, um certo receito em implementar essas políticas ao argumento de que poderia diminuir a qualidade dos discentes e, assim, reverberar na qualidade da Universidade. Este fato tem sido contestado por estudiosos do tema, os quais constataram que os alunos que adentram com o programa social têm, em média, parecido rendimento ao restante do alunado.⁶⁶

Com o mito desmitificado, a universidade número um nos rankings brasileiros, a Universidade de São Paulo (USP), ainda que com relutância de grande parte do corpo universitário, passou a adotar algumas espécies de ações afirmativas no ingresso de estudantes. Primeiro com uma espécie de um bônus racial, estabelecendo acréscimo de 20% na nota do vestibular a alunos da rede pública e de até 25% aos autodeclarados negros. Além disso, investiu em cursinhos pré-vestibulares e cursos de reforço, com duração de quase um ano.⁶⁷

O Conselho Universitário da Universidade de São Paulo aprovou, em junho de 2015, a adesão da Universidade ao sistema do SISU, passando a valer a partir daquele mesmo ano, na seleção de ingressantes para 2016. A USP decidiu adotar a reserva de vagas como política afirmativa, ao invés do bônus na nota, limitando, no entanto, em 30% o máximo de vagas em cada curso e turno para participar e adesão voluntária para as outras unidades.⁶⁸

Este ano, porém, a USP adotou um novo sistema de ingresso de estudantes aos cursos de graduação via Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). O ingresso dos candidatos em 2023 será feito diretamente pelas notas que obtiverem nas provas do Enem. A nova forma de

⁶⁴ CAGLIARI, Gladis Massini; Lemke Ney; Iraide BARREIRO, Marques de Freitas; DOMINGUES, Maria Aparecida Custódio; PUTTI, Fernando Ferrari; VIDOTTI, Silvana Aparecida Borsetti Gregorio. **Impacto da Política de Reserva de Vagas nas taxas de Evasão na Unesp**. Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 26, n. 01, p. 197-216, mar.2021.

⁶⁵ A THE (Times Higher Education) colocou 62 instituições brasileiras na lista das melhores universidades do mundo. A USP (Universidade de São Paulo) se manteve como a melhor posicionada no ranking entre as brasileiras. <https://www.scimagoir.com/rankings.php?sector=Higher+educ.&country=BRA/> <https://www.poder360.com.br/educacao/brasil-tem-62-universidades-no-ranking-de-melhores-do-mundo/>

⁶⁶ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Op Cit.** Pág 189.

⁶⁷ Idem, Ibidem.

⁶⁸ JORNAL DA USP. **USP realiza mudança histórica na seleção de alunos**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/especial/usp-realiza-mudanca-historica-na-selecao-de-alunos/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

ingresso se chamará Enem-USP.⁶⁹

Ainda a respeito da Lei de Cotas é importante anotar que a partir de 2016 a Lei recebeu Emendas em seus artigos 3º, 5º e 7º, e passou a incluir as pessoas com deficiências como beneficiária da política de cotas para ingresso nas universidades. Em 2018, o número de estudantes pretos e pardos superou o número de estudantes brancos, com porcentagem de 50,3% das vagas. Antes da implementação da Lei, 55% dos ingressantes em universidades federais de educação superior eram oriundos do ensino médio público, índice que subiu para 64% em 2016.⁷⁰

Ademais, quanto à renda dos estudantes, em 2018, 50,3% dos estudantes de instituições federais de ensino superior tinham renda familiar per capita de até um salário mínimo e 70,2% tinham renda per capita familiar de até 1,5 salário mínimo, proporção que era de 44,3% em 1996 e de 66,2% em 2014.⁷¹ Tais dados serão melhor atualizados, podendo-se observar melhor a situação atual, após a divulgação do censo demográfico de 2022 pelo IBGE.

As ações afirmativas costumam passar por revisões periódicas. No caso da Lei de Cotas, estipulou-se que seu programa de acesso às universidades federais fosse revisado no prazo de 10 (dez) anos da data de publicação da lei – ou seja, em agosto de 2022. O termo "revisão" refere-se à necessidade de analisar como a política pública funcionou para, a partir daí, discutir se deve ser ampliada, mantida como está ou “reduzida”.⁷²

A revisão da Lei é de , o qual deve ser amparado por pareceres técnicos do governo federal para isso. A Lei indicou o Ministério da Educação (MEC) e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – antiga Secretaria Nacional de Políticas de

⁶⁹ ROCHA, Lucas, CNN. **USP adota novo sistema de ingresso via Enem para os cursos de graduação**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/usp-adota-novo-sistema-de-ingresso-via-enem-para-os-cursos-de-graduacao/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁷⁰ OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO. **No ano em que completa dez anos, Lei de Cotas enfrenta nova prova**. Disponível em: https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/educacao-no-congresso/detalhe/no-ano-em-que-completa-dez-anos-lei-de-cotas-enfrenta-nova-prova?gclid=CjwKCAiA7IGeBhA8EiwAFfUDsbQDeYkChrx7clStIRwyR3LxAh3coXuXEEi4UDahiji7n5_EUflrxoCjrYQAvD_BwE. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁷¹ XAVIER, Vitor Hugo. **Mais de 70% dos estudantes das universidades federais têm renda familiar de até um salário mínimo**. Disponível em: <https://www.assufrgs.org.br/2022/05/26/mais-de-70-dos-estudantes-das-universidades-federais-tem-renda-familiar-de-ate-um-salario-minimo/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁷² CRUZ, Emily; TENENTE, Luiza. **O que é a revisão da lei de cotas em universidades federais**. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/08/12/o-que-e-a-revisao-da-lei-de-cotas-em-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

Promoção da Igualdade Racial, ligada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – como responsáveis pelo acompanhamento e avaliação da norma, devendo ser ouvida também a Fundação Nacional do Índio (Funai). Todavia, ainda não se dispõe de pareceres oficiais públicos ou de ferramentas consolidadas para o acompanhamento, uma vez que o Poder Executivo não cumpriu com a tarefa de acompanhar a Lei de Cotas, conforme determinava a própria legislação.⁷³ Desta forma, os acessos aos dados que avaliam a política de cotas passaram a ser feito pela revisão de trabalhos e iniciativas individuais de pesquisadores e universidades.

Quanto as modificações previstas, há por volta de 30 (trinta) propostas legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados em torno da Lei de Cotas, sendo 19 propostas da atual legislatura (sete de partidos de esquerda, das quais seis são favoráveis e uma é neutra, e seis propostas de partidos de direita, todas contrárias às cotas).⁷⁴ As principais propostas a favor se direcionam no sentido de consolidar e expandir a política. De outro lado, as principais propostas contrárias são marcadas pela retirada do critério racial da Lei.

Uma das propostas que chama a atenção é a do Projeto de Lei 1788/21, o qual transfere para o ano de 2042 a revisão do programa especial. Assim, o projeto muda o prazo de revisão de 10 anos para 30 anos.⁷⁵ O projeto tramita em caráter conclusivo e será analisado pelas Comissões de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência; de Direitos Humanos e Minorias; de Educação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O fato de a Lei de Cotas ter um marco de revisão para o ano de 2022 assustou aqueles apoiadores da medida de cotas no Brasil, isto porque é de conhecimento público que o ex-presidente Jair Messias Bolsonaro (PL) é contrário a mesma e não advoga sua extensão. Além disso, a coincidência de o processo estar programado para acontecer em ano eleitoral gerava desconforto e preocupação, pois a política pública poderia ser alvo de instrumentalização política e polarização.⁷⁶

Para a felicidade dos progressistas, o tema não foi colocado em pauta ano passado, e, portanto, a lei continua valendo com o texto atual. É que o artigo 7º, que determina que ela seja

⁷³ OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO. *Op Cit.*

⁷⁴ *Idem*, *ibidem*

⁷⁵ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta transfere de 2022 para 2042 a revisão da Lei de Cotas no ensino superior**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/781991-proposta-transfere-de-2022-para-2042-a-revisao-da-lei-de-cotas-no-ensino-superior/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁷⁶ OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO. *Op Cit.*

revisada 10 (dez) anos depois da promulgação, não fala em extinção da norma. Assim, entende-se que a lei não expira e não tem prazo de validade.⁷⁷

Abaixo, segue quadro contendo um resumo acerca do crescimento da política afirmativa racial no Brasil:

Quadro 1 - Síntese do crescimento da Política Afirmativa Racial no Brasil

▲ 1995-2007: A INSPIRAÇÃO E A LIDERANÇA DOS ESTADOS	▲ 2008-2012: UM MARCO NACIONAL EM AÇÕES AFIRMATIVAS	▲ 2012-2022: IMPLEMENTAÇÃO, REVISÃO E REVALIDAÇÃO
1995 Bandeira das ações afirmativas para o acesso à universidade pela população negra foi levantada pela Marcha Zumbi dos Palmares, na Esplanada dos Ministérios, em Brasília (DF), ainda no governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB – SP). 2003 Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) torna-se a primeira instituição pública de ensino a adotar uma linha de ações afirmativas. 2004 Universidade de Brasília (UnB) é a primeira instituição pública federal a adotar o sistema de cotas. 2007 Levantamento da Uerj revela que 51 instituições de ensino já haviam adotado políticas de ação afirmativa, entre universidades estaduais e federais, faculdades, centros universitários e institutos federais superiores (IFS).	2008 Projeto da Lei de Cotas é proposto pelo Senado, alterado pela Câmara e retorna para o Senado. 2009 Partido Democratas (DEM) entra com ação no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a UnB por sua política de cotas, alegando inconstitucionalidade. Por 10 votos a 0, a ação é negada. A decisão foi fundamental para a continuidade da tramitação da Lei de Cotas. 2012 Lei de Cotas é aprovada pelo Congresso Nacional, com última votação no Senado e apenas um voto contra. É expedido o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro, que regulamenta a Lei de Cotas.	2012 Implementação da lei começa gradativamente, com aumento de no mínimo 25% da reserva de vagas prevista a cada ano. 2016 Lei de Cotas recebe emendas nos artigos 3º, 5º e 7º, que passam a incluir pessoas com deficiência como beneficiárias da política. 2018 Número de matrículas de estudantes pretos e pardos supera pela primeira vez o de brancos nas universidades públicas, somando 50,3% das vagas. 2022 Lei de Cotas chega aos dez anos em meio à tramitação de projetos de revisão do instrumento no Congresso Nacional. Propostas vão da permanência da lei à retirada da cota para pretos e pardos. Especialistas apontam que o governo federal descumpriu a regra de monitoramento, comprometendo a avaliação que subsidiará a análise dos

Fonte: Observatório da Educação ⁷⁸

3.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS

Conforme se notou no ponto anterior, as Ações Afirmativas no Brasil cresceram exponencialmente no país por volta dos anos 2000 em diante. Em relação as cotas para ingresso de estudantes em universidades, constatou-se diferentes modos de implementá-las, assumindo diferentes modelos e distinto de público beneficiário, podendo ser: egressos de escola pública; negros; indígenas; portadores de deficiência; cotas regionalizadas; nativos do estado; alunos de baixa renda; filho de policial e bombeiro; quilombolas; mulheres), além dos auxílios utilizados inicialmente sobretudo nas universidades de São Paulo, a exemplo de acréscimo de vagas; bônus; cotas e bônus; acréscimo de vagas; bônus e acréscimo de vagas).

Ainda que a citada política vise atingir diversos âmbitos na sociedade, surgiram polêmicas no meio social em relação sobretudo uma dessas ações afirmativas: a cota racial. O burburinho ganhou fôlego com a introdução desse tipo de cota para o acesso às universidades

⁷⁷ CRUZ, Emily; TENENTE, Luiza. **Op Cit.**

⁷⁸ OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO. **Op Cit.**

públicas. A medida atçou uma reação discursiva imediata, por parte de juristas, jornalistas, cientistas sociais e formadores de opinião – à esquerda e à direita do espectro político –, sobre a constitucionalidade da medida.

Quanto à questão da constitucionalidade das cotas raciais este autor acredita que este programa especial está embasado em dois fundamentos: o social e o jurídico. Os fundamentos sociais para a existência de tal medida estão relacionados com a situação da população negra no Brasil, no passado e também atualmente. Por sua vez, os fundamentos jurídicos têm alicerce no direito fundamental da igualdade e sua mudança de interpretação no tempo.

3.3 DOS FUNDAMENTOS SOCIAIS

Na questão social não há como esconder que em nosso país há uma profunda desigualdade racial entre negros e brancos em praticamente todos os espaços, a qual é fruto de mais de 500 (quinhentos) anos de opressão e discriminação racial contra os negros.⁷⁹ No Brasil, o sistema escravocrata - modelo encampado de legal, mas extremamente repugnante - era um sistema considerado normal para a época, enraizou-se no seio social e em todos os aspectos da vida cotidiana, do século XVI ao XIX. Em síntese, tal sistema proclamava a propriedade de determinadas pessoas, os negros, os quais os direitos eram escassos enquanto para os outros abundava concentração de poder.

Segundo Lilia Moritz, o sistema escravista findou tarde e de maneira conservadora. Somente após uma série de lei graduais veio finalmente a Lei que encerraria esse modelo de exploração repulsivo, a Lei Aurea. No entanto, cumpre anotar que a citada Lei não previu nenhuma forma de integração dos negros recém libertos. De acordo com a escritora, inaugurou-se um período de pós emancipação, isto é, a população havia se libertado legalmente, mas na vida social, no dia-dia, as coisas continuavam como antes da entrada em vigor da Lei de libertação. Este período de pós emancipação teve data para começar, mas não para terminar.⁸⁰

Ao contrário do que se pensava, no Século XX a exclusão social voltou a crescer em nosso país, e a população afrodescendente é a principal alçoz do sistema de exclusão provocado pela desigualdade no acesso aos direitos, ela tem sido sistematicamente denegada das políticas

⁷⁹ Schwarcz, Lillian Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. 1ªEd, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Pág. 35.

⁸⁰ Schwarcz, Lillian Moritz. **Op Cit.**

públicas lançadas pelo Estado. Não é surpresa que a desigualdade tenha aumentado, pois um sistema como esse, que não enxerga determinada população precisa ser tratado de maneira diferenciada por conta do histórico escravista, só poderia originar uma sociedade violenta e consolidar uma desigualdade estrutural no país.⁸¹

Entendemos, entretanto, que para haver legitimidade social das políticas públicas voltadas às Ações Afirmativas, sejam elas quais forem, o motivo de seu criamento não deve estar pautado em fatos passados, ainda que estes fundamentem a criação da política especial. É mister demonstrar que a desigualdade existe nos dias atuais. E com relação aos negros no Brasil os números mostram as condições muito desiguais de acesso aos direitos dessa população em relação as pessoas brancas.

De acordo com o IBGE, os negros já são a maioria da população do Brasil desde o Censo de 2010, sendo 56% dos cerca de 210 milhões de habitantes, ou seja, quase 118 milhões de brasileiros se declaram negros ou pardos.⁸² Embora, pela primeira vez, os negros sejam maioria no ensino superior brasileiro, eles ainda são minoria dos representantes na maioria dos espaços na sociedade. Por exemplo, são minorias nas posições de liderança no mercado de trabalho, entre os representantes políticos no Legislativo, na representação da magistratura do país, dos que não têm emprego ou estão subocupados, dos que têm a menor renda salarial, dos que vivem na pior situação de saneamento básico, dos excluídos da área educacional e a principal vítima de homicídio e recorde na população carcerária do Brasil. Este é o retrato da condição de vida dos negros atualmente em nosso território.

Tabela 2 - Dados do IBGE

DADOS IBGE 2021	BRANCOS	PARDOS	PRETOS
Taxa de homicídio	11,5%	21,9%	34,1 %
Pessoas abaixo da linha de pobreza	5,0 %	9,0 %	11,4 %
Pessoas em ocupações informais	32,7%	43,4%	47%
Rendimento médio mensal	R\$3.099,00	R\$1.814,00	R\$1.764,00

⁸¹ Schwarcz, Lilian Moritz. **Op Cit.**

⁸² IBGE. **Desigualdades Sociais por cor e raça no Brasil.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

Distribuição de matrículas na área do Direito	45,7%	29,1%	12,9%
Não comparecimento à escola por falta de segurança	15,5%	16,3%	19,8%

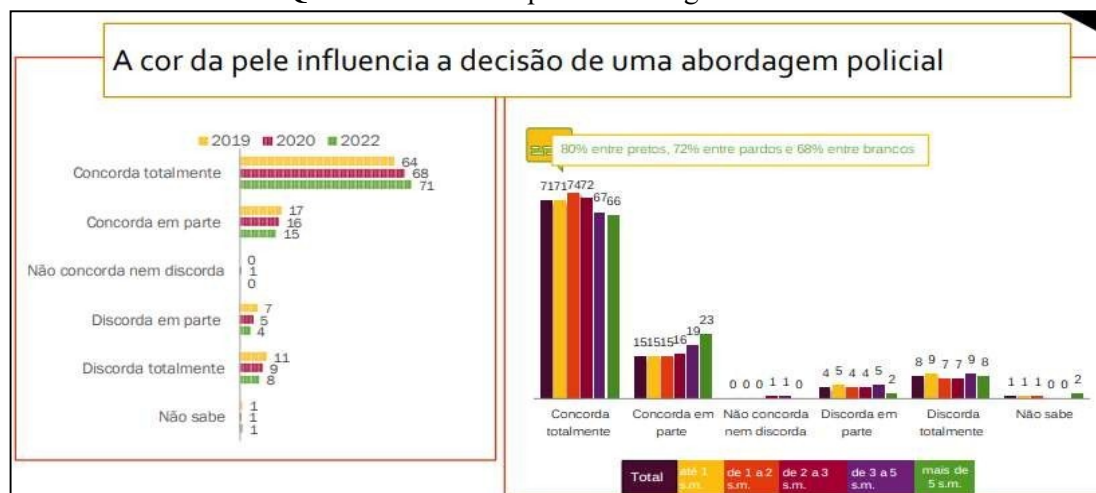
Fonte: tabela criada pelo autor com base nos dados do IBGE⁸³

Pelo exposto, em que pese tenha havido melhorias nos indicadores socioeconômicos da população negra, sobretudo com o impacto positivo das recentes ações afirmativas voltadas para esse grupo, ainda não é possível vislumbrar a superação do abismo racial, ainda mesmo quando vemos os estarrecedores dados recentes e as desigualdades ainda existentes em nosso país.

Um dos desafios que dificultam a aproximação da realidade dos brancos e dos negros no Brasil é o não convencimento de que aqui há bastante racismo, é a própria negação do problema.

No gráfico abaixo, podemos ver a opinião dos brasileiros quanto a algumas perguntas que apontam a existência do racismo:

Quadro 2 - Cor da pele e abordagem



De acordo com o presente gráfico, 71% da população brasileira tem opinião no sentido de que a cor da pele realmente influencia a decisão de uma abordagem policial, isto é, que é

⁸³ IBGE. Desigualdades Sociais por cor e raça no Brasil. Op Cit.

mais comum a ocorrência de abordagens da força de segurança para contra os negros. No Brasil, apenas o fato de ser negro aumenta a chance de ser abordado por policiais.⁸⁴

A convicção da população, contudo, não se faz realmente favorável às desigualdades. Pesquisa do PoderData mostra que 81% dos brasileiros dizem haver preconceito contra negros no Brasil por causa da cor da pele, mas somente 34% diz que tem algum preconceito contra pessoas negras.⁸⁵ Ainda, para 13% da população, o racismo não existe no país.

Diante destas informações, podemos dizer que há dois tipos de discriminações a ser levadas em questão: o preconceito aberto, na qual as desigualdades e a separação ocorrem claramente, como ocorrido nos Estados Unidos e em alguns países da África. E a outra é a velada, ou seja, “por debaixo dos panos”, em que a população se nega em reconhecer que a discriminação, seja por raça, sexo, deficiência física, existe, como é o caso do Brasil. Essa discriminação velada, sem dúvida nenhuma, é a mais difícil de se combater. Em nosso país, começamos a perceber que racismo existe, o problema é que ninguém o comete.

Nas palavras de Lilian:

“as várias tentativas de menosprezar o problema, de desfazer dos relatos e pesquisas – chamando-os de “mimimi”, numa alusão pejorativa à comunicação informal de uma pessoa que só reclama – não dão conta de explicar a inexistência do racismo no Brasil, apenas confirmam a sua efetiva prática cotidiana, que se esconde no movimento de denegação”.⁸⁶

Neste sentido, podemos concluir que o brasileiro, na verdade, foge do problema, tenta desviar do ponto em que está a ferida, a qual produzida com séculos de escravidão e tem reflexos até nos dias de hoje. Tal pensamento ficou conhecido na literatura brasileira como mito da democracia racial brasileira⁸⁷, alertando para o fato de que apesar de alguns acharem o povo brasileiro cordial, leal para com os problemas sociais dos afrodescendentes, o que ocorre é exatamente o inverso: sempre que uma política voltada para esse grupo é colocada em pauta surge uma onda de contestações com vistas à manutenção do *status quo*. Em síntese, os

⁸⁴ IBGE. **Desigualdades Sociais por cor e raça no Brasil**. Op Cit.

⁸⁵ FREIRE, Sabrina. **81% veem racismo no Brasil, mas só 34% admitem preconceito contra negros**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/81-veem-racismo-no-brasil-mas-so-34-admitem-preconceito-contra-negros/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

⁸⁶ Schwarcz, Lilian Moritz. **Op Cit**.

⁸⁷ Foi o intelectual e ativista negro Joel Rufino dos Santos quem primeiro articulou como o conceito de democracia racial, que era um obstáculo à mobilização da população negra, poderia ser funcional na persuasão da opinião pública branca. Joel Rufino observou que, ainda que as asserções da democracia racial encontrassem pouco suporte na realidade empírica, elas tinham, no entanto, ensinado os brasileiros a valorizar muito os ideais de igualdade racial e harmonia. -> "Democracia racial, o mito e o desejo", Folhetim. Folha de São Paulo (8 de junho de 1980): 7-11.

brasileiros praticam a discriminação racial, mas só reconhecem essa prática nos outros.

3.4 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Passando pela questão dos fundamentos sociais para a existência das cotas raciais, nós voltamos a investigar quais seriam as bases jurídicas para a implementação dessa política afirmativa.

Com a redemocratização em 1985, o Brasil pôde finalmente deixar em aberto os horizontes para a irradiação dos direitos fundamentais e humanos já tanto apregoados pelos estados internacionais. A Constituição Federal da República do Brasil, promulgada em 1988, foi o grande marco da redemocratização no Brasil.

O objetivo principal do texto constitucional era garantir, em síntese, os direitos fundamentais, direitos sociais, econômicos, políticos e culturais, o trabalho, a segurança, igualdade e também a justiça passaram a ser garantidos a todos, sem discriminação de origem, raça, sexo, cor e idade. Ademais, a Carta Magna foi o primeiro documento na história brasileira a determinar que o racismo seria um crime, inafiançável e imprescritível, por sinal.

O preâmbulo da Constituição de 1988 afirma entre seus princípios fundamentais dois objetivos de suma relevância, ad e que é dever do Estado brasileiro “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação*”.⁸⁸ Já em seu artigo 4º, VII, aduz que nas relações internacionais, o Brasil será guiado pelo “repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

E em seu artigo 5º, *caput*, trouxe toda a base de direitos fundamentais, apontando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).⁸⁹ Para nós, o reconhecimento das Cotas Raciais como uma medida de política tem sua base jurídica no direito de igualdade previsto na CFRB/88.

Como podemos perceber no trecho acima, a Constituição em seu artigo 5º esclarece que, de forma literal, que todos são iguais perante a lei. Mas em que consiste essa igualdade. É importante esclarecer tal ponto uma vez que as políticas públicas recém implantadas pelo

⁸⁸ BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil. Op Cit.

⁸⁹ BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil. Op Cit.

Estado brasileiro estão exatamente em consonância com este princípio.

Em relação ao conceito de igualdade, não se pode anotar uma definição fechada para tal palavra e seu significado, sobretudo quando o que se entende por igualdade vem mudando conforme a época, os sujeitos e as instituições envolvidas. Neste sentido, o conceito de igualdade foi passando por vários processos de mutação com o passar do tempo, adquirindo novos significados de acordo com os vários paradigmas históricos de Estado.

Um primeiro significado do termo remonta à época da Revolução Francesa, momento em que foi primeiramente empregada com a forma que entendemos nos dias de hoje. O conceito era interpretado como igualdade formal, característico do Estado liberal.

Cumpra logo anotar, entretanto, que a igualdade no tempo da revolução francesa não era ampla, mas se restringia às classes dominantes – era a igualdade na perspectiva liberal. A definição deste princípio se baseava na ideia de que os sujeitos devem ser tratados igualmente pelo Estado e pelas instituições públicas, mas “os sujeitos” aqui precisam ser interpretados como “seres de uma mesma categoria que devem ser tratados da mesma forma”. Esse tipo de igualdade ampliou as desigualdades econômicas, raciais e de gênero, produzidos pelo tratamento em igualdade sem atentar-se para os grupos em desigualdades reais.⁹⁰

Assim, podemos admitir que, em suas origens, o princípio da igualdade se apresentava demasiadamente inflexível, pois desconsiderava situações fáticas e reais. Felizmente, as mutações hermenêuticas e o poder difuso garantem que os princípios se adaptem às necessidades de cada época.⁹¹

Com o advento do Estado Social, o princípio da igualdade passou a ser interpretado de forma a expressar uma igualdade material, que visa garantir que os iguais sejam tratados como iguais e os desiguais como desiguais. Conforme José Afonso da Silva:

Avançava-se para a superação (sem o abandono da igualdade formal), para a obtenção da igualdade material. O Estado, antes ausente, mínimo, toma partido, manifestando-se por meio de leis de solidarismo social, como as de previdência social, educação universal e gratuita, acesso à moradia, à saúde pública e as normas trabalhistas. O Estado deveria abandonar a posição “olímpica”, imparcial, pretensamente garantidora da igualdade de todos perante a lei. Desceu do pedestal e passou a ministrar regras que tomaram partido em nome de grupos sociais inferiorizados, compensando-os com

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Op Cit.** Pág. 213.

⁹¹ DUARTE, Allan Coelho. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

o sistema legal capaz de outorgar-lhes força jurídica emancipadora em face do poder econômico.⁹²

Nesse sentido, atualmente adota-se uma visão mais ampla de igualdade, a material, que busca respeitar as diversidades, almejando, em seu fim, a dignidade da pessoa humana. Assim, pode-se afirmar que uma interpretação material de igualdade busca promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por essa desigualação positiva, promove-se a igualação jurídica efetiva. Cria-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica, segundo o Direito, tal como na Constituição Federal, quando apregoa a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, de gênero e a vedação à discriminação racial.⁹³

Explicando a diferença entre a interpretação formal e material do conceito de igualdade, o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, aduz:

“em lugar da concepção “estática” de igualdade, extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se, nos dias atuais, de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas”.⁹⁴

Ainda, lembramos que o princípio da igualdade não significa que todos sejam iguais, que todos necessariamente precisam ter as mesmas coisas e viver exatamente da mesma maneira, mas sim que tenhamos igualdade de oportunidades, independentemente das nossas diferenças.

Aproveitando a citação feita em nome do Ministro do STF, não se podia olvidar este trabalho de tocar na questão do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186. Em 2009, o Partido Democratas (DEM) ajuizou perante o STF a

⁹² SILVA, José Afonso da. **Op Cit.** Pág. 117.

⁹³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

⁹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro.** Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001. Pág. 131.

referida ADPF, alegando, em síntese, que as políticas de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB), em 2003, estava na contra mão de vários preceitos fundamentais estabelecidos pela CFRB de 1988, tais como o da dignidade da pessoa humana, o do repúdio ao racismo e o da isonomia. Argumentavam, em suma, que a discriminação existente no Brasil seria uma questão social, mas não racial.⁹⁵

O caso ganhou bastante espaço na mídia porque dividia muitas opiniões em relação especificamente as cotas raciais, uma vez que grande parte da população brasileira concordava quando era citado as vagas para pessoas pobres. Ademais, o STF ampliou a discussão quando promoveu a participação da sociedade ao convocar diferentes setores para uma audiência pública (*Amicus Curie*).

Durante o julgamento, foram ouvidos acadêmicos, parlamentares, representantes de movimentos sociais e de órgãos governamentais. A audiência foi organizada em três etapas: (a) exposição de instituições governamentais responsáveis pelas políticas de educação, pesquisa e igualdade racial; (b) espaço para apresentação de pareceres favoráveis e desfavoráveis às cotas raciais enquanto “ação afirmativa”; e (c) apresentação de experiências das universidades públicas com as cotas.⁹⁶

Ao final, refutando os argumentos apresentados pelo Partido Democrata, o Supremo decidiu pela improcedência da ADPF nº 186, ou seja, pela constitucionalidade do sistema de cotas da Universidade de Brasília. Em apertada síntese, argumentaram os ministros a providência tomada era adequada e proporcional ao atingimento dos objetivos de uma política pública. Que não se mostra desproporcional ou irrazoável, estando nos conformes dos valores e princípios da Constituição.⁹⁷

No mesmo caminho foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.330, que questionava a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (ProUni),

⁹⁵ COGO, Jonas Visentine. **Princípio da igualdade, ações afirmativas e ADPF 186**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito, Centro Universitário de Bauru, para a obtenção do grau de bacharel em Direito. 2015. Pág. 15.

⁹⁶ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Op Cit.**

⁹⁷ Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186, Distrito Federal, 2012. **Inteiro teor** disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

o qual também previa vagas reservadas para grupos específicos.⁹⁸ Em 2012, o STF julgou o ProUni e a reserva de bolsas constitucionais e, conseqüentemente, a ADI improcedente.

Em que pese o DEM tenha arguido no ano de 2009, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 ocorreu muito tempo depois, em abril de 2012. Desde 2008, havia no Congresso Nacional projeto de Lei de Cotas em âmbito nacional, mas os parlamentares pareciam aguardar a decisão do STF na ADPF nº 186. Sem dúvidas, a confirmação da constitucionalidade pelo STF fortaleceu a aprovação da Lei pelo legislativo em agosto do mesmo ano, colaborando, ainda, para legitimar a Ação Afirmativa perante a sociedade.

3.5 ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRÁRIOS AS COTAS RACIAIS

Vale salientar que embora a aprovação pelos legisladores e a consequente decisão favorável do STF em relação à esta política afirmativa pudessem trazer uma apaziguação sobre o assunto, o tema ainda é debatido, sobretudo no ano que está prevista a sua revisão, com projetos de lei no congresso tendentes a retirada do aspecto racial da Lei de Cotas.

Aqueles que são contra as cotas raciais argumentam principalmente que tais instrumentos violam a meritocracia, visto que prejudicam os estudantes mais bem preparados para assumir a vaga na universidade. De outro lado, os defensores da medida a justifica aduzindo que a meritocracia, em realidade, não existe, uma vez que ela esbarra na desigualdade em nosso país em relação aos brancos e negros.

Abaixo confeccionamos uma tabela que resume os argumentos contrários e a favor das Cotas Raciais:

Tabela 3 - Argumentos contra e a favor das cotas raciais

ARGUMENTOS CONTRA	X	ARGUMENTOS A FAVOR
CRITÉRIO GENÓTIPO: o critério racial adotado não existe biologicamente, visto que todos os seres humanos têm genótipos iguais, independentes da cor da pele		CRITÉRIO FENÓTIPO: o critério adotado pelas cotas é por meio do fenótipo dos indivíduos, uma vez que a segregação e o preconceito se dão pela diferenciação da cor da pele

⁹⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, Distrito Federal. **Inteiro teor** disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

MERITOCRACIA: cota viola a meritocracia	DESIGUALDADE: não há meritocracia diante das desigualdades
EDUCAÇÃO DE BASE: o investimento deve ser na educação de base e não na criação de cotas	MEDIDA TEMPORÁRIA: a cota é uma medida temporária para abrandar as desigualdades existentes
AUMENTO DA SEGREGAÇÃO: podem instigar sentimentos segregacionistas, terminam por aumentar a segregação e o preconceito, em vez de corrigir desequilíbrios ⁹⁹	COMBATE À DISCRIMINAÇÃO: as cotas promovem a inserção de grupos antes excluídos, combatendo, assim, a discriminação
SUBJETIVIDADE: não há como expressar uma objetividade concreta para diferenciar as pessoas pela cor de pele, e a subjetividade dos critérios adotados pode causar injustiças ¹⁰⁰	IMPERFEIÇÕES E CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS: ocasionalmente a política pública pode apresentar erros, o qual pode ser corrigido por meio da criação de instrumentos como a Comissão de Heteroidentificação.
PIORA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR: o ingresso de pessoas com ensino básico “mais deficiente” iria aumentar ainda mais as diferenças dentro da sala de aula e a dificuldade de professores nivelarem a turma ¹⁰¹	DIFERENÇA NÃO É RELATIVAMENTE SUPERIOR: estudos apontam que o desempenho médio do aluno cotista não é significativamente inferior ao do aluno não-cotista. ¹⁰²
CRITÉRIO SOCIAL: a exclusão social no Brasil não é determinada pela cor da pele, mas pela pobreza.	CRITÉRIO RACIAL: Uma política que se baseia em critérios unicamente sociais para responder a disparidades de ordem racial

⁹⁹ DUARTE, Allan Coelho. **Op Cit.**

¹⁰⁰ PORFÍRIO, Francisco. **Cotas Raciais**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/educacao/sistema-cotas-racial.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

¹⁰¹ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Op Cit.**

¹⁰² CARDOSO, C. B. **Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão**. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF. *Studies*, 44(02), 235-260.

	é incapaz de solucionar de modo eficiente a discriminação racial ¹⁰³
--	---

Fonte: tabela criada pelo autor

Por fim, aduz-se que, independentemente de haver consenso sobre a aceitação das cotas, elas são hoje uma realidade garantida por lei. O interesse pelo confronto dicotômico (pró *versus* contra) vem diminuindo na literatura. Estudos mais recentes tendem a superar esse tipo de confronto identificando, a partir de pesquisas e investigações acerca dos envolvidos no processo, quais avanços vão de encontro à sustentabilidade dos programas e quais são as novas demandas e obstáculos a serem sobrepostos.¹⁰⁴

¹⁰³ MOEHLECKE, Sabrina. **Op Cit.**

¹⁰⁴ SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Op Cit.**

4 DA COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

4.1 INTRODUÇÃO

Em 2007, os irmãos gêmeos univitelinos (idênticos) Alex e Alan Teixeira da Cunha, de 18 anos, não tiveram a mesma sorte ao se inscrever no sistema de cotas para o vestibular do meio do ano da Universidade de Brasília (UnB). Nesta época, a universidade já se utilizava do sistema de cotas raciais para acesso a vagas restritas, o qual usa o critério da cor para selecionar os candidatos cotistas.¹⁰⁵

Filhos de pai negro e de mãe branca, ao concorrerem pelo sistema de cotas raciais, em diferentes cursos, Alan foi aceito pelos critérios da universidade e Alex não. Na UNB havia uma Comissão que julgava se os candidatos eram negros ou não, por meio de visualização da cor da pele. Depois de se declararem pardos ou negros, os candidatos tiravam uma foto na universidade. A fotografia era, então, avaliada por uma comissão, que julgou que Alan era negro, mas Alex, não. O irmão "branco" recorreu da decisão e logrou êxito em participar do certame como cotista na condição negro.¹⁰⁶

Doze anos depois, uma notícia a respeito do mesmo tema chocou grande parte dos brasileiros. Um candidato ao concurso público do Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) pintou a pele e utilizou lentes escuras nos olhos para fazer parte dos 20% do total de vagas destinadas a pessoas negras.¹⁰⁷ Para tentar ingressar no certame por meio do sistema de cotas, ele enviou uma foto na qual se pintou e usou lentes pretas para mascarar o tom claro dos seus olhos. A investigação a respeito do assunto teve início em 11 de outubro de 2018, mas só foi concluída em 21 de maio de 2019, com a dispensa dele publicada no Diário Oficial da União.

Tanto o caso dos vestibulandos quanto do candidato ao concurso público foi divulgado em rede nacional comovendo as pessoas e divergindo opiniões quanto ao critério racial de seleção utilizado. Nesta toada, quando o número de denúncias de supostas fraudes nas autodeclarações preenchidas para as vagas destinadas as pessoas negras foram registradas em cursos concorridos como o curso de Medicina e Direito e em concursos públicos federais,

¹⁰⁵<https://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604,00-COTAS+NA+UNB+GEMEO+IDENTICO+E+BARRADO.html>

¹⁰⁶<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0806200718.htm>

¹⁰⁷<https://www.metropoles.com/brasil/servidor-brasil/candidato-pinta-o-rostho-para-entrar-em-concurso-do-inss-por-cotas>

muitas universidades e banca examinadoras de concursos iniciaram a implantação de Comissões de Heteroidentificação em seus processos seletivos.

A saber, uma parte dessas denúncias foi apurada, ocasionando o desligamento daqueles estudantes e concurseiros fraudulentos, após ser verificada a inconsistência da informação declarada e a cor do candidato. De outro lado, parcelas desses estudantes, não concordando com as decisões das Comissões, ingressaram na Justiça com mandados de segurança e em alguns casos, o vínculo com o curso ou cargo público foi restabelecido.

É que nos primeiros anos de funcionamento do sistema de cotas raciais nas universidades públicas brasileiras e nos concursos públicos, muitos acreditavam que a autodeclaração étnico-racial seria suficiente para assegurar o lugar de pretos, pardos e indígenas na porcentagem de vagas destinadas especificamente para esta população. No entanto, observou-se a necessidade de implantação de um sistema capaz de inibir as diversas fraudes que vinham ocorrendo nos certames.¹⁰⁸

4.2 CONCEITO E LEGISLAÇÃO

Daí surge a implementação das Comissões de Heteroidentificação Racial nos concursos e vestibulares do Brasil. Pode-se dizer que tais Comissões têm se tornado uma realidade, coibindo possíveis fraudes e assegurando o direito de acesso de estudantes que fazem jus ao sistema de ações afirmativas. Embora não seja a única forma de fiscalização desse tipo de política pública, a Comissão é um dos mecanismos que visa impedir o desvio de finalidade deste tipo de política pública.

Assim, é seguro afirmar que a Comissão de Heteroidentificação Racial é um mecanismo utilizado em vestibulares e certames de concurso público para ajustar a política de cotas raciais, inibindo fraudes, posto que tem se observado em todo o país a existência de indivíduos que tentam tirar vantagem do sistema de cotas.

Conforme visto anteriormente, foi a Lei nº 12.711/2012 que nacionalizou o sistema de vagas reservadas destinadas a estudantes negros. Por sua vez, a Lei nº 12.990, de 9 de Junho de 2014 passou a reservar 20% das vagas dos concursos da União para as pessoas negras.

¹⁰⁸ ROSA, Aline Anjos da; MARQUES, Eugênia Portela de Siqueira; CORRÊA, Átila Maria do Nascimento. **Os desafios para a comissão de heteroidentificação racial durante a pandemia da covid-19: um estudo exploratório das experiências das universidades federais brasileiras**. REVELLI, Vol. 13. 2021. Dossiê políticas de educação superior: tendências e perspectivas ISSN 1984-6576.E-202167.

De fato, as duas leis não mencionam como seria verificada a condição dos que se autodeclararam negros, exigindo somente o preenchimento da autodeclaração com a informação da cor/raça declarada, diferentemente do critério origem escolar, renda e PCD, que previu a comprovação da condição declarada por meio documental.¹⁰⁹

Como não havia orientações do Ministério da Educação quanto à heteroidentificação dos candidatos às subcotas étnico-racial, as universidades tomaram como parâmetro, com as devidas ressalvas, a Portaria Normativa nº 4, de 6 abril de 2018¹¹⁰, da Secretaria de Gestão de Pessoas, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para disciplinar tais processos de heteroidentificação. Ou seja, em face da “lacuna” jurídica na Lei nº 12.711/2012, no que diz respeito a mecanismos de fiscalização para correta implementação da política pública, as universidades se guiaram pela portaria acima para criarem as suas Comissões de Heteroidentificação.

Em que pese tenha sido controverso e questionado, com bastante pessoas e mesmo instituições o contestando, este sistema vem sendo utilizado para fins de acesso as cotas em instituições de ensino superior e concursos públicos. Mesmo com toda a resistência institucional existente, o número de Comissões de Heteroidentificação da Autodeclaração Étnico-Racial em universidades públicas federais está aumentando significativamente.

Para se ter uma ideia deste crescimento, até o ano de 2012 apenas 20% das instituições que adotavam vagas para autodeclarados negros criaram mecanismo de controle das autodeclarações¹¹¹. Cinco anos depois, a porcentagem de instituições que aderiram era menor do que 50%, chegando a ser inferior a 30% nas regiões norte e nordeste.¹¹²

Já em estudo realizado por Santos, em 2020, buscando saber quantas universidades federais brasileiras realizavam o procedimento de verificação, ele constatou que das 69 universidades, houve a criação de 94 Comissões de Heteroidentificação da Autodeclaração Étnico-Racial. Desse total, 44 eram, teoricamente, provisórias, pois eram Comissões de Verificação da Heteroidentificação, e 50 são, teoricamente, permanentes, pois são Comissões

109 ROSA, Aline Anjos da; MARQUES, Eugênia Portela de Siqueira; CORRÊA, Átila Maria do Nascimento. Op Cit.

110 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.

111 FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. **Ação afirmativa: conceito, história e debates** [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, 190 p. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65-990364-7-7. <https://doi.org/10.7476/9786599036477>.

112 Idem, Ibidem.

de Validação da heteroidentificação.¹¹³ Assim, pode-se dizer que houve um aumento de 354,54% dessas Comissões nos certames para entrada em universidade e cursos técnicos no Brasil.¹¹⁴

O crescimento impressionante dessas Comissões não ocorreu de forma pacífica, amena, por meio dos próprios responsáveis por fiscalizar a política pública de cotas. Deve-se, na verdade, às pressões dos movimentos sociais da comunidade negra e de alguns professores e alunos das universidades. Ademais, o papel do Ministério Público Federal (MPF) foi imprescindível para tal crescimento, uma vez que muitas das Comissões só foram criadas por conta de determinação do MPF em razão de denúncias e fraudes.

4.3 DA COMPOSIÇÃO E FORMA DE AVALIAÇÃO

Outro ponto interessante a ser comentado sobre o tema é acerca da composição das Comissões e sua forma de avaliação. A formação da Comissão que avalia deve ser feita com representantes da comunidade acadêmica e do movimento social negro. Deve ainda obedecer à heterogeneidade de cor/raça, de orientação sexual e de gênero. As pessoas que as compõem devem ter conhecimentos prévios sobre a temática, e ocupar diferentes profissões.

De acordo com a Portaria Normativa MPOG nº 4, de 6 de abril de 2018, a autodeclaração deve ser confirmada em procedimento de heteroidentificação, previsto no edital de abertura do concurso, e realizado por comissão criada especificamente para esse fim, composta por cinco cidadãos (e seus suplentes) de reputação ilibada, “que tenham participado de oficina temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo” (art. 6º §1º, III) e “preferencialmente experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo” (art. 6, §1, III). Além disso, deve ser respeitado o critério de diversidade de gênero, cor e, preferencialmente, de naturalidade (art. 6º, §4º).

As Universidades e as organizadoras de concursos públicos têm inclusive disponibilizado cursos de formação para os servidores da universidade e dos órgãos respectivos interessados em compor tais Comissões. Esses cursos são ministrados por docentes de outras instituições que já haviam implantado suas Comissões e demonstram conhecimento relativo à

¹¹³ Eles dividem na pesquisa as Comissões em Comissões de Verificação e Validação.

¹¹⁴ FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. **Op. Cit.**

questão. Em alguns casos, a realização do curso está sendo critério indispensável para que as pessoas possam fazer parte das bancas.

Quanto à forma de avaliação, as bancas buscam adotar uma abordagem que seja acolhedora, mas, ao mesmo tempo, com capacidade de averiguar a condição étnico racial afirmada no ato de inscrição do candidato. A citada Portaria aduz inclusive que a avaliação deve se dá com respeito à dignidade da pessoa humana, observando o contraditório e ampla defesa e garantindo a padronização e igualdade de tratamento entre os candidatos submetidos ao procedimento de heteroidentificação.

Segundo Batista e Hodo, em análise da Comissão instituída pela Universidade do Rio Grande do Sul, após a sessão de verificação, os candidatos e as candidatas recebem via portal um parecer da comissão com as seguintes situações:¹¹⁵

- Homologado (aferido como preto ou pardo);
- Não homologado (não aferido como preto ou pardo);
- Não homologado (não compareceu para assinar a autodeclaração perante a comissão);
- Não homologado (deixou o recinto antes de finalizar sua participação nessa etapa administrativa);
- Não homologado (não entregou autodeclaração étnico-racial de indígena).

Em relação à análise, o critério decisivo foi o fenótipo. As bancas buscaram perceber/identificar aspectos aparentes de “negritude”, como por exemplo: cor da pele, cabelos encarapinhados ou crespos, formato do nariz e lábios, ou seja, *os aspectos que, historicamente, na interação social, têm sido propiciadores de estigmas, estereótipos, preconceitos e discriminações, alusivos às origens pretensamente “raciais” das pessoas.*¹¹⁶

Argumentos em relação às famílias para justificar a autodeclaração não foram incomuns. No entanto, a comissão considerou o critério insuficiente para legitimar o acesso à política de cotas para negros. Por outro lado, considerou memórias de discriminação, preconceito e racismo vividos desde a infância até a vida adulta para ratificar a autodeclaração e considerar o candidato negro, na esteira da Lei nº 12.711/2012.

Todavia, deve restar claro que não há um modo de funcionamento padrão para que essas Comissões possam atuar, até mesmo porque a Portaria não vincula as Universidades e Bancas

¹¹⁵ BATISTA, Neusa Chaves; FIGUEIREDO, Hodo Apolinário Coutinho de. **Comissões de heteroidentificação racial para acesso em universidades federais**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/6v3wNrmrTBrTcLn6PNCQsg/?lang=pt>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

¹¹⁶ Idem, Ibidem.

examinadoras, é apenas uma orientação. Por exemplo, algumas Comissões adotavam a entrevista com os candidatos, outras não. Ainda que não seja recomendado, outras utilizam somente as fotos do candidato. Umas adotam o critério de validação por maioria simples, ou seja, se 3 de 5 membros da banca acatassem a autoidentificação do candidato, esta seria validada e o estudante estaria apto a oficializar a sua matrícula. De outro lado, há algumas que adotam o critério em que todos da Comissão devem ser contrários a aptidão do candidato para que não possa ser validada a autodeclaração. Assim, se 4 forem contrários e um a favor da declaração, mesmo assim o candidato seria considerado negro e concorreria às vagas específicas para fins daquele certame.

Com base no art. 1, I (observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal), da Portaria n.º 4/2018, para as situações de “não homologado”, o edital também deve prever uma comissão recursal, isto é, a possibilidade de interposição de recurso pelo candidato. Este recurso deve ser analisado por uma comissão recursal, autônoma e independente da Comissão que inicialmente avaliou o postulante. Nesta fase, deverá ser levado em conta a filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação, o parecer emitido pela comissão e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato.

De acordo com Neusa Chaves Batista e Hodo Apolinário Coutinho, o quantitativo de candidatos chamados para aferição étnico-racial pela Comissão da Universidade do Rio Grande do Sul, na seleção de 2018, foi de 1.330. Desse total, não compareceram 285 (25,2%) 45 candidatos com autodeclaração de pessoa preta ou parda, restando para a aferição um total de 1.045 (74,8%) candidatos. Segundo os autores, tal acontecimento mostre que somente pela presença da Comissão Avaliadora já há uma redução de fraudes. Além disso, a Comissão pode aparecer como um instrumento pedagógico, pois possibilita uma reavaliação do próprio candidato sobre a condição autodeclarada. Dessa forma, ao não se perceberem enquanto pessoa negra, algumas pessoas podem optar por desistir da vaga antes mesmo de se apresentarem à comissão.¹¹⁷

4.4 CONCLUSÃO

De toda forma, apesar dos avanços da citada política pública, não se pode dizer que a mesma é perfeita e está imune aos desafios inerentes de uma política desse teor. Alguns desafios

¹¹⁷ BATISTA, Neusa Chaves; FIGUEIREDO, Hodo Apolinário Coutinho de. **Op. Cit.**

que devem ser enfrentados nos próximos anos, segundo alguns autores, são: a ausência de formação plausível para os avaliadores; necessidade de uma mínima uniformização dos procedimentos de heteroidentificação, isto é, consenso em torno de diretrizes a serem observadas pelas bancas responsáveis pelo procedimento; não dispensar de continuar com o processo de revisão de casos com indícios de fraudes; mapear o grau de efetividade da política e do procedimento de heteroidentificação por curso, visto que há uma maior tentativa de fraude nos curso universitários mais concorridos. Afora que muitas universidades ainda não adotaram tal método para controle da política, aduzindo sobretudo os possíveis custos financeiros para implementar as Comissões e ausência de pessoas qualificadas para atuar nelas.

Destarte, ainda que o assunto das Comissões seja bastante polêmico hoje, como inclusive mostramos as diversas leis no legislativo com objetivo de retirada da subcota racial da Lei nº 12.711/2012, elas têm sido eficazes contra as fraudes e tentativas de fraudes nos certames. Primeiro, inibindo o próprio comparecimento daqueles que tentariam fraudar a política, como comprovam as altas porcentagens de não comparecimento às referidas Comissões. Assim, ao que tudo indica, essas Comissões têm possibilitado que os reais sujeitos da política pública destinada a eles a usufruam. Ademais, induzem que as pessoas se questionem e reflitam sobre a questão das relações raciais em um país miscigenado.

5 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO

Por último, este trabalho tem por objetivo adentrar no tema do controle da administração e controle jurisdicional das políticas públicas no que concerne a análise *a posteriori* das decisões tomadas pelas Comissões de Heteroidentificação Racial.

Sabe-se que a administração Pública está submetida ao controle dos seus atos, seja por meio da própria administração, pelo Poder Executivo ou Judicial. Tal controle tem por objetivo assegurar que a Administração exerça suas funções constitucionais e legais em conformidade com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Conforme já comentando anteriormente, tal Estado sujeita a atividade administrativa do Poder Público a um amplo controle, uma vez que deve obedecer às normas estipuladas pelas Leis. Desse modo, somente a lei deve pautar a atividade administrativa, a qual deve ter por fim sempre a satisfação das necessidades públicas.

Segundo o prof. Matheus Carvalho, controle da administração pública é:

“o conjunto de instrumentos definidos pelo ordenamento jurídico a fim de permitir a fiscalização da atuação estatal por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como pelo povo diretamente, compreendendo ainda a possibilidade de orientação e revisão da atuação administrativa de todas as entidades e agentes públicos, em todas as esferas de poder”.¹¹⁸

Essa fiscalização é realizada por uma avaliação em relação à atuação administrativa, pelos três Poderes, com o intuito de garantir uma eficiente prestação dos serviços e as condutas orientadas para a busca do interesse público. ‘

Como dito, o controle dos atos pode se dar pela própria administração, pelo Poder Legislativo e pelo Judiciário. Em relação a este assunto, deve-se falar sobre a distinção colocada pelos doutrinadores entre o controle interno e externo da administração. O controle interno é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, seja o exercido por meio de órgãos especializados, até entre órgãos de uma mesma entidade, quando se manifesta relação de hierarquia, seja entre entidades diferentes, como ocorre com o controle que a administração direta exerce sobre a

¹¹⁸ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ªEd, Salvador, Juspodiv, 2017. Pág. 386.

administração indireta de um mesmo poder. É o controle exercido pela própria Administração Pública em relação a suas condutas, em decorrência do poder da autotutela, princípio inerente à atuação administrativa. De outro lado, o controle externo é exercido por um poder em relação aos atos administrativos praticados por outro poder do estado.¹¹⁹

O Controle externo dos atos emendados pela administração pública pode ocorrer por diferentes atores, por exemplo, quando o MPF emite nota técnica sobre a necessidade de criação das Comissões nas Universidades e exames de concursos, isto é uma forma de controle. Outra forma bastante conhecida é quando envolve o Poder Judiciário: quando este Poder é chamado para resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Isso acontece, por exemplo, quando o administrado não concorda com a decisão emitida pela Comissão Racial Avaliadora e interpõe perante o Poder Judiciário para mudar a decisão.

Qual importância, então, do controle judicial dos atos nos casos envolvendo as Comissões de Heteroidentificação? Como estamos num Estado Democrático de Direito, o dever constitucional de controle judicial sobre atos administrativos detém importância ímpar na defesa da cidadania e dos direitos e garantias fundamentais. Assim, espera-se que a Administração haja nos moldes da Lei. Caso contrário, o administrado poderá interpor perante o Judiciário o reconhecimento de direitos negados, inclusive das decisões das Comissões.

Isto pode acontecer por conduta maliciosa do agente administrativo ou sem essa conduta maliciosa, mas reconhecida como desvio de poder. Além disso, pode não obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na avaliação do caso concreto, ou na aplicação de medida que não esteja em direção ao sentido da norma a se aplicar.

Noutro ponto, relevante também aduzir que a atuação do Poder Judiciário, no controle da administração pública, depende de provocação do particular interessado no sentido de requerer a sua manifestação, com o intuito de anular ato administrativo viciado, ou impedir a prática de determinado ato a ser realizado, ou ainda, designar a atuação do ente público em determinadas situações nas quais a omissão configura ilicitude.¹²⁰

Ainda, há certo entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência que o controle judicial das atividades administrativas somente pode ser realizado no que tange aos aspectos de

¹¹⁹ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Op Cit. Pág. 387.

¹²⁰ Idem, Ibidem. Pag. 388.

legalidade, não sendo admitido que o Poder Judiciário intervenha nos aspectos de oportunidade e conveniência que justificaram o ato administrativo. Hoje, existem vários instrumentos para efetivação do controle jurisdicional, tendo destaque na questão das decisões das Comissões de Cotas Raciais o controle por meio do Mandado de Segurança.

5.1 DA COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE

Ora, se o controle judicial das atividades administrativas só pode ser feito no que concerne aos aspectos de legalidade, não podendo ele intervir nos aspectos de oportunidade e conveniência como é possível o controle das decisões das Comissões de Heteroidentificação pelo Judiciário? É que segundo Diana, as formas de avaliação pela banca racial são discricionárias e a escolha é tida como vinculada. Isto é, a escolha dos critérios para a análise do fenótipo é discricionária, assim, a realização da verificação da autodeclaração prestada pelos candidatos pode se dá de diversas formas, entre as possibilidades preexistentes.¹²¹

Por outro lado, quando a administração pública verifica, pelo critério do fenótipo, se os candidatos cumprem com o requisito para preenchimento das vagas reservadas, ou seja, se são realmente negros, não há margem de escolha para a atuação da administração pública, pois esse ato administrativo é de competência vinculada.¹²²

Um argumento bastante utilizado por aqueles que apregoam a não interferência do judiciário em tal situação, está embasado no Recurso Extraordinário do STF nº 632.853, rel. min. Gilmar Mendes, o qual dita que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade.¹²³

No entanto, sabe-se que no Brasil vigora o sistema denominado de jurisdição única, ou de unidade de jurisdição, o qual se encontra embasado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988. Tal artigo define que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Desta forma, o monopólio da função jurisdicional é

¹²¹ MACHADO, Diana Gonçalves Viana. **A juridicidade das comissões de heteroidentificação racial e o problema do pardo**. Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito em junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2021.

¹²² Idem, Ibidem.

¹²³ <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3631>

exercido pelo Poder Judiciário e a definitividade das decisões somente pode ocorrer neste âmbito.

Ademais, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal ressalva a possibilidade do controle jurisdicional da atividade administrativa ao declarar que: *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*.

Por fim, em 2017, o STF, para fins de declarar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou 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 defesa¹²⁴

Portanto, resta a conclusão de que o Poder Judiciário tem competência para julgar as causas de controle da atividade administrativa que envolvam as Comissões de Heteroidentificação Racial em universidade e concursos públicos.

5.2 DO CONTROLE DAS COMISSÕES PELO PODER JUDICIÁRIO

A legitimação do Judiciário e o reconhecimento do STF para utilização e controle das Comissões não tem, entretanto, diminuído o debate em relação a esta política pública. Por exemplo, hoje grande parte da polêmica reside na reconhecida ambiguidade da categoria “pardo”. Tanto a Lei de Cotas, para entrar na universidade pública, quanto a Lei de Cotas Raciais nos concursos, utilizam a classificação de negro concebida pelo IBGE, isto é, negros são os pretos e pardos. Neste sentido, tem sido difícil diferenciar os pardos dos brancos nos certames, com diversos casos com entrada no judiciário para solucionar a questão.

Nesse raciocínio, a necessidade de trazer maior objetividade terminológica às raças, para que fossem promovidas políticas públicas de enfrentamento e combate ao racismo, não deve negar a diversidade dos elementos que marcam a população negra brasileira, a miscigenação.

¹²⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do sistema de cotas raciais em concursos públicos**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3202111cf90e7c816a472aaceb72b0df>>. Acesso em: 20/12/2022.

A categoria parda acaba sendo uma categoria também residual, dos que não se consideram nem brancos nem pretos. Assim, o pardo ainda é um fator que, por dividir opiniões, se coloca como um desafio para as Comissões de Heteroidentificação Racial, que ao se depararem com as indagações de candidatos que tem como legítimas a própria autodeclaração, poderão ser instigadas a levarem as categorias raciais ao extremo.¹²⁵

Isto se dá pela real dificuldade de definir a identificação racial dos sujeitos. De acordo com Petruccelli e Saboia, a identificação do sujeito pode ser estabelecida pela autoatribuição de pertença, no qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro. Ou pela heteroatribuição de pertença, no qual outra pessoa define o grupo do sujeito. [...] *Não há como garantir congruência entre as classificações dos sujeitos obtidas mediante a aplicação desses métodos. [...] Nada impede que mais de um método de identificação seja empregado para a atribuição de pertença.*¹²⁶

As formas de identificação adotadas pela legislação brasileira são a autodeclaração e a heteroidentificação. A autodeclaração é o ato jurídico emanado pelo sujeito pelo qual o mesmo se reconhece, para fins de políticas afirmativas, como preto pardo ou indígena, a partir de uma manifestação espontânea. Já a heteroidentificação acontece quando terceiro define o grupo racial do sujeito. Para a análise da política de cotas raciais, o critério que tem se estabelecido é o de heteroidentificação do fenótipo do indivíduo, com vistas a evitar fraudes nos certames.

Em que pese a autodeclaração tenha apenas efeitos de presunção relativa, o Supremo Tribunal Federal, quando da Ação de Declaração de Constitucionalidade da Comissão de Heteroidentificação, apontou que se deve ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em “zonas cinzentas”, isto é, quando não for possível perquirir, de imediato, se o indivíduo tem fenótipo de pessoa branca ou negra. Assim, nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial.¹²⁷

125 ROSA, Aline Anjos da; MARQUES, Eugênia Portela de Siqueira; CORRÊA, Átila Maria do Nascimento. Op Cit.

126 PETRUCCELLI, José Luis; SABIOA, Ana Lúcia. **Características Étnico-raciais da População – Classificação e identidades**, IBGE, 2013. Pág. 92.

127 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL, RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO, 2017, ADC 41/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 64).

Dessa maneira, pode-se afirmar que a Comissão Racial tem poder discricionário na definição dos critérios que guiarão a heteroidentificação, definindo, até mesmo, a ideia do que será a zona cinzenta de negro e, se por ventura for este o caso, a zona cinzenta gera competência vinculada da administração, que consiste na admissão do candidato nas vagas reservadas.

5.3 PONTOS PARA APRIMORAMENTO DAS COMISSÕES AVALIADORAS

Após esclarecer acerca da dificuldade das Comissões em avaliar os sujeitos que se colocam na posição de candidatos às vagas reservadas para pessoas negras nos concursos e vestibulares, vale, ao final, apontar algumas medidas benéficas e com o objetivo de aperfeiçoar o processo das Comissões.

Primeiro, a Comissão julgadora, no seu exercício de autotutela, e também o Poder Judiciário, no controle externo, devem seguir os reais limites legais, a fim de perseguir o objetivo da lei, os princípios e regras constitucionais, sobretudo a razoabilidade e proporcionalidade no seu julgamento. No mesmo raciocínio, as bancas avaliadoras devem evitar as fundamentações genéricas, do estilo “confirmado” “não confirmado”. A sociedade necessita de uma resposta da administração que efetivamente leve em consideração as alegações feitas pelos candidatos.

Terceiro, nos casos de semelhanças ou coincidências, o comportamento administrativo deve ser na mesma direção, uma vez que evita futuros constrangimentos e ações judiciais. *Não é aceitável, assim, que situações nas quais os elementos do ato administrativo sejam os mesmos, gerem efeitos jurídicos distintos.*¹²⁸

Em regra, deve-se ter o entendimento de impossibilidade de presunção de fraude, ou seja, ainda que a Comissão de Heteroidentificação conclua que determinada pessoa não se enquadre nas vagas reservadas, tal entendimento, não deve, a priori torna-la fraudadora do certame. De fato, a subjetividade na identificação racial e a dificuldade de estabelecimento de parâmetros precisos na definição das pessoas pardas, por exemplo, prejudica a possibilidade de presunção de fraude pelo simples desacordo na identificação racial.

Na esteira desse mesmo pensamento é que se deve rejeitar a exclusão, de forma imediata, do certame prevista no edital, quando o candidato não for enquadrado na condição de

¹²⁸ MACHADO, Diana Gonçalves Viana. **Op. Cit.**

pessoa negra pela comissão de heteroidentificação. Atente-se, entretanto, que a consequência precisa ser diferente se for comprovado a clara má-fé do candidato à vaga reservada, como no caso mostrado alhures no concurso para o INSS.

Além disso, um ponto já comentado anteriormente que vale ressaltar aqui é que a diversidade precisa estar presente em todos os grupos de avaliadores. Na Comissão que primeiro avalia deve haver uma diversidade em relação a cor, ao gênero, trabalho e renda, na medida do possível. Assim também deve ser feito nas bancas mais enxutas de revisão, de modo a deixar o procedimento mais democrático.

Outros dois pontos que estão totalmente interligados são a rejeição por unanimidade e a ampla defesa. A maioria dos estudiosos do tema e a própria Lei de Cotas, aduzem que a conclusão da Comissão deva ser por maioria. No entanto, apontando aqui agora uma opinião divergente, acreditamos que o edital deveria determinar que a decisão da banca racial seja unânime para que fosse rejeitada a autodeclaração de algum candidato. Tal feito ampliaria o contraditório e ampla defesa no procedimento, além de dar maior consideração para a autodeclaração do candidato, sem se desfazer da análise fenotípica *in personam*.

Com tudo o que foi posto, podemos concluir que o tema ainda está na audiência e para um melhor aprimoramento da política pública é mister a necessidade de maiores conversas e debates a respeito da questão racial brasileira, de modo a criar um entendimento cada vez mais compartilhado do assunto. Sem dúvidas, essa conversa deve necessariamente envolver o Judiciário, o Poder Público e a sociedade como um todo, em busca de um mínimo consenso acerca da política de cotas raciais e da utilização das Comissões de Heteroidentificação para verificar a autodeclaração dos candidatos às vagas reservadas.

6 CONCLUSÃO

De início, observou-se que as Ações Afirmativas, sejam no mundo ou em nosso país, enfrentaram bastante desafios até ser implementadas como uma forma de minorar as desigualdades existentes. Inclusive o próprio direito, como forma de fundamentação para essas políticas, se solidificou de forma tardia. De fato, podemos concluir que o Direito inicialmente ignora as desigualdades sociais. Depois, limita-se a proibir a discriminação, isto é, somente possibilita a reparação de danos a posteriori, e, finalmente, operacionaliza medidas que supram desvantagens históricas, passando a discriminar positivamente por meio de políticas efetivas.

Quanto às cotas raciais, observamos que elas têm como principais fundamentos o legal e o social. O social está intimamente ligado às desigualdades existente em nossa sociedade. A população negra tem sido excluída de usufruir dos seus direitos, possuindo até hoje os piores índices no que tange a qualidade de vida. Em que pese seja de conhecimento de muitos esses dados, no campo prático, são várias as controvérsias acerca de quais seriam as melhores soluções, tendo sido as cotas uma das primeiras políticas em âmbito nacional a tentar mudar esta realidade. Por outro lado, a fundamento legal está baseado nas leis nº 12.711, de 2012, e a Lei nº 12.990, de 2014, além das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal que confirmaram como constitucionais as Ações Afirmativas, as Cotas e as Comissões de Verificação.

As leis acima citadas, no entanto, preveem o ingresso pela política pública por meio da autodeclaração. No entanto, esse era o único método de identificação racial utilizado. Tal situação foi se alterando, na medida em que a política pública foi sendo executada e avaliada pelos gestores e pelos movimentos sociais envolvidos. O que se percebeu, foi a utilização da autodeclaração como forma de obtenção de vantagem indevida nos concursos e vestibulares, a partir do momento em que pessoas claramente brancas passaram a se autodeclararem negras para ter direito a participar nas vagas reservadas.

Atualmente a legislação requer a heteroidentificação instituída pela Portaria Normativa nº 4/2018, de 12 de abril de 2018, a qual regulamenta o procedimento chamado de heteroidentificação. Neste procedimento há uma banca com o objetivo de confirmar se a autodeclaração do candidato negro é verdadeira, para evitar fraudes. Como dito alhures, o fenótipo é o método de controle administrativo, visando provar a veracidade da autodeclaração.

Com o amadurecimento das Comissões de Heteroidentificação nas avaliações de confirmação da autodeclaração, muitos candidatos começaram a manifestar suas insatisfações a respeito das decisões dessas Comissões, por meio de recursos administrativos à própria organizadora do certame (autotutela) e até através de ações judiciais requerendo o direito de participar nas vagas reservadas aos candidatos negros.

Houve de início uma dúvida em saber se o Judiciário poderia interferir nas decisões das Comissões. Sabe-se, entretanto, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, esgotadas as vias administrativas e permanecendo a não confirmação da autodeclaração prestada pelo candidato, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garante que a questão seja levada ao Judiciário.

Em relação aos pontos os quais o Judiciário poderia intervir nas decisões das Comissões, restou assinalado pelo STF que a Comissão tem o poder de decidir de quais formas avaliarão os candidatos, obedecendo, evidentemente, a dignidade da pessoa humana. Todavia, até pela subjetividade que envolve a atribuição de pertença racial, sobretudo na ambiguidade da categoria “parda”, deverá ser levada em consideração a autodeclaração dos candidatos quando se encontrar naquelas “zonas cinzentas”, na dúvida.

Deve-se estar atento, no entanto, que a legislação, seja constitucional ou infraconstitucional, não é capaz de sozinha mudar o cenário de desigualdade e discriminação que marcam a história brasileira. É preciso também promover ações concretas de combate ao racismo na educação brasileira e subsidiar professores e professoras com informações e conhecimentos estratégicos para o enfrentamento do tema, além de dar publicidade para colocar o tema na agenda nacional.

Quanto a algumas conclusões pessoas deste autor, apesar da maioria dos autores estudiosos do assunto dissertarem que a política de cotas tem objetivo temporário, acreditamos que esta política, em verdade, não tem prazo determinado. É que as barreiras em defesa dos privilégios aos processos de mudança na distribuição de negros e brancos no espaço institucional são barreiras fortes, profundas, que não cedem com facilidade. Além disso, outros grupos discriminados tem continuamente exigido que o Poder Público adote reservas de vagas para que sua representatividade seja assegurada.

No que tange à afirmação de que as Cotas e as Comissões já estão totalmente integradas a sociedade brasileira, este autor também discorda. Há, em verdade, muitos grupos que ainda hoje discordam dessas políticas e apregoam mudanças na legislação neste sentido. Nesse raciocínio, a linha entre o que é constitucional e o que não é pode ser muito tênue e varia com o passar do tempo e com o momento histórico, podendo o governo que estiver no poder revogar essas medidas.

Por fim, em relação ao trabalho realizado pelas Comissões de Heteroidentificação Racial, sugerimos que os recursos dos candidatos sejam respondidos de maneira fundamentada e não generalizada, como tem ocorrido; deve também ser apontado os indícios de fraude quando não estiver perante os casos de “zonas cinzentas”; e que as decisões levem em consideração, a priori, a autodeclaração do candidato, devendo ser reprovados aqueles que não forem considerados negros de forma unânimes pela banca e não pela maioria dos avaliadores. Essas medidas, em nossa opinião, estão no caminho da razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e impessoalidade, fazendo com que o procedimento da Comissão possa evitar fraudes nos certames, estando ao mesmo tempo de acordo com a Dignidade da Pessoa Humana e os princípios constitucionais e administrativos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância - O afrobrasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta transfere de 2022 para 2042 a revisão da Lei de Cotas no ensino superior**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/781991-proposta-transfere-de-2022-para-2042-a-revisao-da-lei-de-cotas-no-ensino-superior/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

BATISTA, Neusa Chaves; FIGUEIREDO, Hodo Apolinário Coutinho de. **Comissões de heteroidentificação racial para acesso em universidades federais**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/6v3wNrmrTBrSTcLn6PNCQsg/?lang=pt>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

BRASIL. Lei 12.288 de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial**; Diário Oficial da União, Brasília.

BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. **ADPF 186: Cotas raciais na Universidade de Brasília**. Disponível em: <https://barbaragbublitz.jusbrasil.com.br/artigos/441759103/adpf-186-cotas-raciais-na-universidade-de-brasilia>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

CAGLIARI, Gladis Massini; Lemke Ney; Iraíde BARREIRO, Marques de Freitas; DOMINGUES, Maria Aparecida Custódio; PUTTI, Fernando Ferrari; VIDOTTI, Silvana Aparecida Borsetti Gregorio. **Impacto da Política de Reserva de Vagas nas taxas de Evasão na Unesp**. Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 26, n. 01, p. 197-216, mar.2021.

CAPITULINO, Gisely. **Estatuto da Igualdade Racial: o que diz e qual sua importância?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/estatuto-da-igualdade-racial/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

CARDOSO, C. B. **Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão.** Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF. *Studies*, 44(02), 235-260.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 4ªEd, Salvador, Juspodiv, 2017. Pág. 386.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do sistema de cotas raciais em concursos públicos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3202111cf90e7c816a472aaceb72b0df>. Acesso em: 20/12/2022.

COGO, Jonas Visentaine. **Princípio da igualdade, ações afirmativas e ADPF 186.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito, Centro Universitário de Bauru, para a obtenção do grau de bacharel em Direito. 2015. Pág. 15.

COUTO, Caroline Peres. **Políticas de ações afirmativas de corte racial no brasil: um panorama histórico.** Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/historia/politicas-aco-es-afirmativas-corte-racial-no-brasil-um-panorama-historico.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

CRUZ, Emily; TENENTE, Luiza. **O que é a revisão da lei de cotas em universidades federais.** Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2022/08/12/o-que-e-a-revisao-da-lei-de-cotas-em-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022

DEGANI, Luís Augusto, ANTUNES, Priscyla Martins Craveiro Quirino, SILVA, Dawson Georgi Trizi, GAGO, Luiz Quirino Antunes. **As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução.** Revista Pitágoras – ISSN 2178-8243, Nova Andradina, v. 4, n. 4, dez/mar.2013. Pág. 03.

DIOGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**

Disponível

em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/GERA%C3%87%C3%95ES%20OU%20DIMENS%C3%95ES%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

DUARTE, Allan Coelho. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

EMICIDA, Inácio da Caringueira. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/emicida/inacio-da-catingueira/>. Acesso em: 17 de dezembro de 2022.

FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. **Ação afirmativa: conceito, história e debates** [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, 190 p. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65-990364-7-7. <https://doi.org/10.7476/9786599036477>.

FREIRE, Sabrina. **81% veem racismo no Brasil, mas só 34% admitem preconceito contra negros**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/81-veem-racismo-no-brasil-mas-so-34-admitem-preconceito-contra-negros/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

FONSENCA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. Tese apresentada no Curso de pós graduação em Direito das Relações Sociais, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. 2005. Pág. 203.

GLOBO UNIVERSIDADE. **Em 2003, UERJ se torna a primeira universidade do país a adotar cotas**. Disponível

em: <http://redeglobo.globo.com/globouniversidade/noticia/2013/08/em-2003-uerj-se-torna-primeira-universidade-do-pais-adotar-cotas.html>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social : a experiência dos EUA**.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001. Pág. 131.

IBGE. **Desigualdades Sociais por cor e raça no Brasil**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

JORNAL DA USP. **USP realiza mudança histórica na seleção de alunos**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/especial/usp-realiza-mudanca-historica-na-selecao-de-alunos/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

MACHADO, Diana Gonçalves Viana. **A juridicidade das comissões de heteroidentificação racial e o problema do pardo**. Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito em junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2021.

MACIEL, Ferceia. **Ações Afirmativas: um dever do Estado**. RAÍZES JURÍDICAS Curitiba, v. 5, n. 2 jul/dez 2009. Pág. 350.

MAUTA, Renata. **Ações Afirmativas: uma reflexão sobre a efetivação do princípio da igualdade**. (Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002).

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: história e debate no Brasil**. Cadernos de Pesquisa, n. 117, npo. 1ve9m7-b2r1o7/,2 n0o0v2embro/ 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

OBSERVATÓRIO DE EDUCAÇÃO. **No ano em que completa dez anos, Lei de Cotas enfrenta nova prova**. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/educacao-no-congresso/detalhe/no-ano-em-que-completa-dez-anos-lei-de-cotas-enfrenta-nova->

prova?gclid=CjwKCAiA7IGcBhA8EiwAFfUDsbQDeYkChrx7cIStIRwyR3LxAh3coXuXEEi4UDahiji7n5_EUflrxoCjrYQAvD_BwE. **Acesso em:** 08 de dezembro de 2022.

OLIVEN, Arabela Campos Oliven. **Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil.** Porto Alegre/RS, ano XXX, n. 1 (61), p. 29-51, jan./abr. 2007.

PETRUCCELLI, José Luis; SABIOA, Ana Lúcia. **Características Étnico-raciais da População – Classificação e identidades**, IBGE, 2013. Pág. 92.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.** Temas em Destaque - Políticas Inclusivas e Compensatórias, Cad. Pesqui. 35 (124), Abril 2005. **Disponível em:** <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt#:~:text=As%20a%C3%A7%C3%B5es%20afirmativas%20constituem%20medidas,e%20raciais%2C%20entre%20ou%20grupos>. **Acesso em:** 08 de dezembro de 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Cotas Raciais.** **Disponível em:** <https://brasilecola.uol.com.br/educacao/sistema-cotas-racial.htm>. **Acesso em:** 08 de dezembro de 2022.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. **Breve análise sobre a ação afirmativa.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 528, 17 dez. 2004. **Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/6050>. **Acesso em:** 8 de dezembro de 2022.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de informação legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROCHA, Lucas, CNN. **USP adota novo sistema de ingresso via Enem para os cursos de graduação.** **Disponível em:** <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/usp-adota-novo-sistema-de-ingresso-via-enem-para-os-cursos-de-graduacao/>. **Acesso em:** 08 de dezembro de 2022.

ROSA, Aline Anjos da; MARQUES, Eugênia Portela de Siqueira; CORRÊA, Átila Maria do Nascimento. **Os desafios para a comissão de heteroidentificação racial durante a pandemia da covid-19: um estudo exploratório das experiências das universidades federais brasileiras.** REVELLI, Vol. 13. 2021. Dossiê políticas de educação superior: tendências e perspectivas ISSN 1984-6576.E-202167.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro.** 1ªEd, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Malheiros editores, São Paulo, 2005.

SILVA, Lucy Leal Melo; GUARNIERI, Fernanda Vieira. **Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica.** Psicologia Escolar e Educacional, SP. Volume 21, Número 2, Maio/Agosto de 2017: 183-193.

SILVA, Luis Siqueira da Silva; CAVALCANTE, Zedequias Vieira. **A importância da revolução industrial no mundo da tecnologia.** Disponível em: https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2011/wp-content/uploads/sites/86/2016/07/zedequias_vieira_cavalcante2.pdf. Acesso em: 8 de dezembro de 2022.

SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material.** Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2006.

SOUZA, Arivaldo Santos de. **Ações Afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades.** SEMOC - 8ª Semana da Mobilização Científica / UCSAL – BA, 2005.

SUSTEIN, Cass R. Radicals in Robes: **Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America.** New York: Basic Books, 2005, p. 138.

TORINHO, Rita. **Ações Afirmativas nas Licitações Públicas**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014. Pág. 200.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS, PROEXT. **Sobre ações afirmativas e comunidades tradicionais**. Disponível em: <https://proext.ufam.edu.br/dpa/sobre-acoes-afirmativas.html>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

U.S Commission of Civil Rights. **What is Affirmative Actions?.** Disponível em: <https://www.aclu.org/other/what-affirmative-action>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

XAVIER, Vitor Hugo. **Mais de 70% dos estudantes das universidades federais têm renda familiar de até um salário mínimo**. Disponível em: <https://www.assufrgs.org.br/2022/05/26/mais-de-70-dos-estudantes-das-universidades-federais-tem-renda-familiar-de-ate-um-salario-minimo/>. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.

ZOUEIN, Luis Henrique Linhares. **Em que consistem e o que são as gerações dos direitos fundamentais?**

Disponívelem: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/#_ftnref5. Acesso em: 08 de dezembro de 2022.