

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 174 • Fevereiro 2015



DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
PRESIDENTE DO TJ/RJ

JUDICIÁRIO FORTE, ESTEIO DA DEMOCRACIA

Editorial: Basta de impunidade!

A reserva de vagas para negros em concursos públicos e a Lei nº 12.990/2014

Helena Medeiros Martins Santos | Advogada

I – Das ações afirmativas

A reserva de vagas para negros¹ em concursos públicos é tema afeto às chamadas ações afirmativas ou discriminações positivas.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, inciso VI, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), as ações afirmativas são “programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”.

Em sede doutrinária, conforme leciona Flávia Piovesan², “as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos”.

Em sentido semelhante, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa³, as ações afirmativas podem ser definidas como:

conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (...) Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas



por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988, consagra o princípio da igualdade, estabelecendo serem “todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Duas noções do princípio da igualdade, no entanto, são recorrentes: a de igualdade formal e a de igualdade material.

A primeira é a necessidade de proibir ao Estado o tratamento discriminatório, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios arbitrários.

Na segunda acepção, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Nesse contexto, insere-se a adoção por parte do Estado de ações afirmativas em relação aos negros.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública ou privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esse grupo têm sofrido.

Os programas de ação afirmativa apresentam-se, portanto, como uma forma de compensar tal discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente.

O Supremo Tribunal Federal já analisou em diversas oportunidades a adoção de políticas afirmativas pelo Poder Público, dentre as quais se destaca o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF (data de julgamento: 26/4/2012), na qual o Plenário do Tribunal considerou, por unanimidade, constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB).

Em suma, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no referido julgamento, que as cotas raciais constituem forma de aplicação do princípio da igualdade material.

De acordo com o voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, o modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

A Constituição Brasileira de 1988, com efeito, é repleta de dispositivos que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas por parte do Estado, mas que de fato criam verdadeiros mandamentos de sua implementação.

Dentre outros dispositivos, destaca-se o próprio preâmbulo do texto constitucional, o qual erige a igualdade e a justiça “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Em sentido semelhante, dispõe, também, o art. 3º, da Constituição de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I) construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II) garantir o desenvolvimento nacional;
- III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A propósito do citado dispositivo constitucional, a doutrina da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia⁴:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover [contidas no art. 3º da Constituição da República] – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. Ação afirmativa: o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Cumprir registrar que a partir do ano de 2003, o Governo Federal brasileiro inaugurou uma nova etapa na história das relações raciais no Brasil, mediante a instituição da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPPIR/PR, órgão de assessoramento da Presidência da República, com *status* de Ministério, responsável pela formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial e proteção dos direitos dos grupos raciais e étnicos discriminados, com ênfase na população negra.

Além disso, nos últimos anos, inúmeras ações afirmativas relativas à população negra foram instituídas pelo Governo Federal, como por exemplo: i) Decreto nº 4.886/03 – instituiu a Política Nacional de Promoção da

Igualdade Racial – PNPIR; ii) Decreto 4.887/03 – definiu procedimentos para a regularização fundiária das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos; iii) Lei nº 11.096/05 – instituiu o Programa Universidade Para Todos (PROUNI), com previsão de percentual de bolsas para os autodeclarados negros; iv) Lei nº 11.645/08 – incluiu no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”; v) Lei nº 12.288/10 – Estatuto da Igualdade Racial; vi) Lei nº 12.711/12 e Decreto nº 7.824/12 – instituiu e regulamentou, respectivamente, cotas raciais e por renda em universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio; etc.

II – Da Lei nº 12.990/14

Em prosseguimento a tais políticas afirmativas, foi publicada no Diário Oficial da União, de 10 de junho de 2014, a Lei nº 12.990, que institui a reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos federais.

Estabelece o artigo 1º, da referida lei, que “ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo acima, a reserva de vagas para negros prevista na Lei nº 12.990/14 não se aplica indistintamente a todos os entes da Administração Pública.

Não se aplica a referida lei, por exemplo, aos concursos públicos estaduais e municipais.

Tampouco se aplica a Lei nº 12.990/14 aos concursos públicos realizados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, vez que quando da tramitação do projeto de lei do qual resultou a Lei nº 12.990/14 houve recusa expressa da emenda parlamentar que pretendia estender o alcance da referida lei aos concursos públicos realizados por tais Poderes.

Registre-se, a propósito, que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal negou seguimento a mandado de segurança em que se pleiteava que o Poder Judiciário completasse – em razão de omissão legislativa – os termos da Lei nº 12.990/2014, para determinar a reserva para candidatos negros de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para ingresso nos Poderes Legislativo e Judiciário⁵.

De acordo com o parágrafo 1º, art. 1º, da referida lei, “a reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três)”.

Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, estabelece o art. 1º, parágrafo 2º, que esse deverá ser aumentado para o

primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

A reserva de vagas a candidatos negros deverá constar, nos termos do disposto no art. 1º, parágrafo 3º, expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Para aqueles cargos/polos em que não haja a previsão inicial de no mínimo três vagas, cumpre atentar, contudo, que a reserva de vagas deverá ser assegurada à medida que novas vagas surjam ao longo do certame, conforme inteligência do art. 4º, da Lei nº 12.990/2014⁶.

De acordo com o art. 2º, *caput*, da referida lei, “poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

No que se refere especificamente ao “quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”, destaque-se que não se trata da mesma declaração quanto à cor apontada pelo candidato no último censo do IBGE, vez que nos levantamentos domiciliares, não necessariamente todas as pessoas do domicílio são entrevistadas – algumas por estarem ausentes no momento da visita, outras por incapacidade, etc..

Além disso, observe-se que segundo os princípios normativos estabelecidos pela Lei nº 5.534/68 (art. 1º⁷), as informações prestadas ao IBGE para execução do censo são confidenciais, destinando-se exclusivamente a fins estatísticos, não podendo ser objeto de certidão e nem ter eficácia jurídica como meio de prova.

Da leitura do disposto no art. 2º, da Lei nº 12.990/14, não se afigura tampouco que a lei tenha conferido ao IBGE a competência para estabelecer critérios para definição das cores e raças existentes, mas sim que a lei tenha se valido apenas da nomenclatura “preto e pardo” adotada pelo IBGE em seu censo.

Esclareça-se que desde o censo demográfico de 1991, o IBGE vem investigando a cor ou raça da população brasileira através de um sistema de classificação que utiliza cinco categorias básicas: branca, preta, parda, amarela e indígena. Em censos anteriores tal investigação também era feita, mas com algumas diferenças de categorias ou nomenclaturas.

A investigação de cor ou raça feita pelo IBGE em suas pesquisas domiciliares é feita com base nas respostas dos entrevistados à pergunta formulada pelos rescenseadores, isto é, por meio de autodeclaração. Há instrução expressa no sentido de que os rescenseadores devem se limitar a ler as opções de cor ou raça (branca, preta, parda, amarela e

indígena), não devendo, em momento algum, influenciar a resposta dos entrevistados⁸.

Ainda quanto ao disposto no art. 2º, da Lei nº 12.990/14, embora este preveja a autodeclaração como critério para que o candidato concorra às vagas reservadas para negros, o próprio dispositivo abre a possibilidade de se fiscalizar tal declaração, ao estabelecer, em seu parágrafo único, que:

At. 2º - (...)

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

Com efeito, observe-se que ausência de adoção de mecanismos de fiscalização poderia implicar no desvirtuamento da lei, e, por consequência, implicar em burla ao próprio sistema de cotas raciais.

A propósito do tema, vale destacar que recentemente houve a instauração de inquérito civil público pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ) em face da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) a fim de se apurar suposta fraude no sistema de cotas do vestibular daquela universidade.

Um dos principais questionamentos do Ministério Público, de acordo com notícia publicada sobre o tema na revista *Veja*⁹, é justamente a ausência de fiscalização por parte da Uerj quanto ao sistema de cotas.

Apesar de não ter sido localizado precedente específico relativo à Lei nº 12.990/14, cumpre salientar que no voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski no julgamento da já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, restou expressamente reconhecida a validade da adoção tanto de sistemas de autoidentificação como de heteroidentificação (identificação por terceiros) na identificação do componente étnico-racial pelas Universidades Públicas:

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros).

(...)

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

(grifos nossos)

Frise-se que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/14, *supra* mencionado, é peremptório ao afirmar que, na hipótese de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso.

Em relação ao candidato cuja declaração falsa só seja constatada após sua nomeação ou admissão, vale atentar que a lei expressamente tipifica tal situação como hipótese de nulidade do contrato de trabalho.

Nesse caso, contudo, a Lei nº 12.990/14 impõe a adoção de procedimento administrativo específico em que seja assegurado ao servidor público ou empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em ambas as hipóteses, cumpre atentar que o candidato poderá responder pelo crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299, do Código Penal¹⁰.

Avançando sobre a análise da Lei nº 12.990/14, estabelece o art. 3º¹¹ que os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência.

De acordo com o texto legal, os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

No caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

Já na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Não disciplina tal lei, no entanto, a situação em que o candidato seja concomitantemente negro e pessoa com deficiência.

Em não havendo qualquer restrição legal quanto à participação de candidatos negros com deficiência às vagas destinadas a pessoas com deficiência, afigura-se que não cabe às entidades da Administração Pública Federal elencadas no art. 1º, da Lei nº 12.990/14 fazê-lo, principalmente diante da sensibilidade dos direitos em foco.

Ora, sendo o candidato concomitantemente negro e pessoa com deficiência, não há como compeli-lo a optar

por apenas uma destas condições, elegendo aquela que lhe é mais cara, mesmo porque a reserva legal de vagas para negros e a reserva legal de vagas para pessoas com deficiência possuem naturezas jurídicas distintas, não se confundindo.

Por fim, prevê o art. 6º, da Lei nº 12.990/2014, que “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos”.

Esclareça-se que, de acordo com o art. 5º, da referida lei, o “órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010”¹².

Vale esclarecer, com efeito, que a temporariedade constitui uma das principais características das ações afirmativas, tendendo estas a desaparecerem à medida que as discrepâncias sociais diminuem.

Notas

¹ Nos termos do disposto pelo art. 1º, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), esclareça-se que a população negra corresponde ao “conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodeclaração análoga”.

² Piovesan, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124; Políticas Inclusivas e Compensatórias. Fundação Carlos Chagas, em co-edição com a Editora Autores Associados, jan./abr. 2005.)

³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67-69.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996).

⁵ MS 33072, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 07/08/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13/08/2014 PUBLIC 14/08/2014.

⁶ “Art. 4º. A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.”

⁷ “Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica de direito público ou de direito privado que esteja sob a jurisdição da lei brasileira é obrigada a prestar as informações solicitadas pela Fundação IBGE para a execução do Plano Nacional de Estatística. Parágrafo único. As informações prestadas terão caráter sigiloso, serão usadas exclusivamente para fins estatísticos, e não poderão ser objeto de certidão, nem, em hipótese alguma, servirão de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, excetuado, apenas, no que resultar de infração a dispositivos desta lei.”

⁸ http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf

⁹ <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/uerj-nada-faz-para-deter-as-fraudes-a-lei-das-cotas>

¹⁰ “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.”

¹¹ “Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.”

¹² “Art. 49. O Poder Executivo federal elaborará plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR).

§ 1º A elaboração, implementação, coordenação, avaliação e acompanhamento da PNPIR, bem como a organização, articulação e coordenação do Sinapir, serão efetivados pelo órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica em âmbito nacional.

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.”

III – Conclusão

Em suma, a reserva de vagas para negros em concursos públicos é tema afeto às chamadas ações afirmativas ou discriminações positivas, corolários do princípio da igualdade material.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública ou privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esse grupo têm sofrido, apresentando-se as cotas raciais em alguns concursos públicos federais, instituídas pela Lei nº 12.990/14, como forma de compensar tal discriminação.

Quanto ao conteúdo da Lei nº 12.990/14, remete-se o leitor às considerações tecidas no bojo do presente artigo, principalmente no que se refere à autodeclaração prestada pelos candidatos e a possibilidade de fiscalização de tal declaração por parte das entidades da Administração Pública Federal elencadas no art. 1º da referida lei. 