

NOTA TÉCNICA Nº 18 - DPGU/SGAI DPGU/GTPE DPGU

Em 11 de julho de 2024.

PROPOSIÇÕES NORMATIVAS PARA REGULAMENTAÇÃO DAS COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO ÉTNICO-RACIAL

Ementa: Comissões de heteroidentificação étnico-racial. Proposições normativas para sua regulamentação. Tratamento institucional das comissões de heteroidentificação. Critério de heteroidentificação étnico-racial. Procedimento de heteroidentificação. Comissões de heteroidentificação e combate a fraudes.

Sumário:

1. Objeto da análise técnica

2. Justificativa da Nota Técnica

3. Proposições normativas:

3.1 Eixo temático 1: Tratamento institucional das comissões de heteroidentificação

3.1.1 Política institucional para comissões de heteroidentificação

3.1.2 Composição das comissões

3.1.3 Formação e qualificação dos integrantes da comissão

3.1.4 Publicidade dos nomes dos integrantes da comissão

3.1.5 Aproveitamento da heteroidentificação realizada por comissão diversa

3.2 Eixo temático 2: Critério de heteroidentificação étnico-racial

3.2.1 Fenótipo como critério exclusivo de heteroidentificação

3.2.2 Vedação de outros critérios de heteroidentificação

3.2.3 Conceito de “pardo” para a política de cotas

3.2.4 Não aplicação da tese da “zona cinzenta” ou “dúvida razoável”

3.2.5 Respeito à regionalidade no procedimento de heteroidentificação

3.2.6 Quórum de análise: maioria simples

3.3 Eixo temático 3: Procedimento de heteroidentificação

3.3.1 Momento de realização da heteroidentificação e cláusula de barreira

3.3.2 Heteroidentificação presencial

3.3.3 Dever de motivação dos atos da comissão

3.3.4 Previsão de recursos e seu processamento

3.4 Eixo temático 4: Comissões de heteroidentificação e combate a fraudes

3.4.1 Atribuições da comissão na apuração de fraudes

3.4.2 Consequências da fraude para o candidato

4. Compilação das proposições normativas

5. Recomendações finais

1. Objeto da análise técnica

A presente Nota Técnica tem como proposta contribuir para a regulamentação dos trabalhos das comissões de heteroidentificação étnico-racial^[1] no Brasil. Objetiva dar maior sistematicidade a um tema cujos parâmetros normativos ainda não estão satisfatoriamente consolidados, reforçando orientações que vêm ganhando densidade nos últimos anos e, ao mesmo tempo, sugerindo a estruturação de temas tidos como centrais para a eficácia da política de cotas étnico-raciais. Nesse sentido, auxilia na construção de um sistema de regras sobre o tema, algo tão necessário no Brasil.

A análise técnica da Nota se refere exclusivamente a procedimentos de heteroidentificação étnico-racial de pessoas autodeclaradas negras (pretas ou pardas), realizados por comissão designada para esse fim. Dessa maneira, não se destina a outras modalidades de aferição atreladas a políticas de acesso mediante cotas, a exemplo de pessoas com deficiência, quilombolas, indígenas ou população LGBTQIA+, cujos critérios de análise destoam dos elementos tratados no presente documento.

Importante ressaltar que a Nota potencializa a regulamentação da política de cotas, especificamente quanto ao trabalho das comissões, tanto para o acesso a instituições de ensino, quanto para o ingresso no serviço público, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Dada a competência legislativa de algumas das instituições destinatárias, serve ainda para a normalização no âmbito da iniciativa privada por meio de leis federais, estaduais e municipais.

A Nota é direcionada a instituições de Estado com competência normativa para regulamentar o tema no âmbito de sua atuação administrativa, bem como para o Poder Legislativo nas esferas federal, estadual e municipal, que, como se sabe, atribuição para produção de leis.^[2] Priorizou-se, ainda, provocar pastas que possuem missão institucional voltada a políticas étnico-raciais, ainda que sem competência normativa.^[3]

Intencionalmente, as proposições normativas desta Nota não sistematizam a matéria como um todo, ou seja, não será apresentada uma proposta integral e acabada de regulamentação da atuação das comissões de heteroidentificação. Isso poderia, diante da diversidade de destinatários, tornar a proposta inaplicável. O que se pretende, em verdade, é a apresentação de parâmetros de regulamentação de temas específicos, todos centrais à política de cotas étnico-raciais, que podem com maior facilidade ser incorporados e ajustados pelas instituições destinatárias, inclusive a partir de sua competência normativa.

Nesse sentido, embora conste da Nota uma compilação de proposições normativas (Item 4), não possui ela uma necessária sistematicidade, deixando ainda, como já dito, de contemplar a integralidade do tema. Além disso, como as proposições foram aqui organizadas a partir de assuntos estratégicos, o texto das sugestões normativas pode perfeitamente ser aglutinado, separado ou ter sua sequência redefinida.

Da forma como redigidas na Nota, as proposições normativas são destinadas a textos que normalizam e regulamentam o tema, como leis, portarias, resoluções, instruções normativas ou algo do gênero. Elas não possuem a forma textual pensada para editais de concursos e seleções, muito embora tal uso seja possível, desde que com um maior cuidado na adaptação.

Na escolha dos temas cuja normalização é proposta no documento, priorizamos os que trazem maior impacto aos trabalhos das comissões de heteroidentificação, contribuindo para a sistematização da matéria. Demos também preferência aos que ajudam de forma destacada na eficácia da política de cotas étnico-raciais. Enfatizamos, igualmente, temas com controvérsia no tratamento dado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, visando o avanço na consolidação de posições.

Valorizamos o potencial de adaptação das proposições à realidade de cada instituição destinatária. Por essa razão, a Nota Técnica não pormenoriza atos procedimentais que devem ser seguidos pelas comissões de heteroidentificação, muito embora toque em temas que norteiem tais procedimentos, a exemplo da vedação de conduta vexatória ou invasiva pela comissão. Os procedimentos em si devem ser objeto de organização de cada instituição responsável pela política afirmativa aqui tratada.

A Nota Técnica será apresentada da seguinte forma: após uma justificativa quanto à demanda pela regulamentação dos trabalhos das comissões de heteroidentificação étnico-racial, as proposições normativas serão discriminadas a partir de quatro principais eixos temáticos: *Tratamento institucional das comissões de heteroidentificação*, *Critério de heteroidentificação étnico-racial*, *Procedimento de heteroidentificação* e *Comissões de heteroidentificação e combate a fraudes*.

Cada proposição é antecedida por uma justificativa técnica, seguida do texto normativo sugerido para regulamentação da matéria. Após análise de todas as proposições, elas são apresentadas em conjunto, na forma de um texto compilado. A Nota é concluída com recomendações sobre os usos do documento, dirigidas às instituições destinatárias.

2. Justificativa da Nota Técnica:

A Nota Técnica parte da premissa de que existe uma real e urgente demanda pela regulamentação das comissões de heteroidentificação étnico-racial. Apesar disso, devemos reconhecer os avanços já alcançados sobre o tema e, na mesma intensidade, sua necessidade de aprimoramento.

Aprendemos muito nas últimas duas décadas, que coincidem com a previsão das cotas raciais em leis, com o reconhecimento de sua validade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e com a efetiva implantação da política em vestibulares e concursos públicos de todo o país.

Nesse intervalo de tempo, ficou consolidada a ideia de que a autodeclaração racial não basta para o acesso a vagas destinadas aos cotistas negros. A criação de mecanismos para o controle da política não são apenas uma faculdade, mas uma obrigação das instituições responsáveis por garantir as cotas. No mesmo contexto, as comissões de heteroidentificação foram construídas e aprimoradas como principal mecanismo de combate a fraudes ao sistema de cotas, avançando-se na regulamentação de sua composição, qualificação de seus membros, princípios norteadores de seu trabalho e procedimento a ser seguido na heteroidentificação.

Definiu-se de forma bem mais segura o critério a ser seguido na heteroidentificação, afastando-o de uma possível classificação identitária. Hoje se sabe que a avaliação das comissões deve ser estritamente fenotípica, ou seja, ela analisa a aparência do candidato, em especial sua cor de pele, textura de cabelo e traços faciais, verificando se ele é ou não pessoa lida socialmente como negra.

Com a definição do critério fenotípico, hoje está amadurecida a noção de que as comissões de heteroidentificação não substituem o direito que todos têm de se identificar racialmente da forma como entenderem adequado. As comissões não negam – e nem poderiam – o direito que o candidato possui de se autodeclarar negro. Apenas, para fins de acesso à política de cotas, avaliam se a aparência do candidato é ou não a de uma pessoa negra. Elas garantem a eficácia da política combatendo fraudes.

Com os avanços até aqui conquistados, em boa medida superamos o quadro de insegurança sobre as cotas e sobre as comissões que a fiscalizam. No entanto, é preciso reconhecer as fraturas ainda existentes nessa política e, mais precisamente, na heteroidentificação realizada pelas comissões.

Esse importante mecanismo [comissões de heteroidentificação] tem gerado dúvidas concretas acerca do seu procedimento, objetivos e destinatários, sendo relevantes a troca de experiências, a produção de material didático e a normatização como meios de padronização e de elucidação de determinados questionamentos (VAZ, 2018, p. 35).

É preciso avançar substancialmente na publicidade e transparência dos critérios e procedimentos utilizados na heteroidentificação. Falta um letramento das instituições e do próprio Judiciário sobre o tema. Bem demonstram essa necessidade a discrepância de decisões judiciais, que vacilam quanto à substituição ou não do julgamento das comissões e quanto aos parâmetros utilizados na heteroidentificação.

Sem dúvida, o tema das comissões deixou de ser um apêndice da produção acadêmica sobre ações afirmativas, tornando-se debate central para efetivação da política de cotas no Brasil. No entanto, são ainda escassos estudos que sistematizam de forma técnica o trabalho das comissões de heteroidentificação, como também existe uma carência de normas que avancem na regulamentação formal das comissões, a exemplo do próprio uso do critério fenotípico. A maior parte dos trabalhos estão pautados em estudos de caso, sem conferir maior coerência à matéria (COSTA; MOREIRA LIMA; MIRANDA, 2022, p. 74).

O que se almeja com o aprimoramento da regulamentação proposta nesta Nota é a criação de um regime jurídico da heteroidentificação étnico-racial no Brasil. Tal regime parte da centralidade da autodeclaração, porém sempre passível de verificação complementar heterônoma (heteroidentificação), realizada por comissão plural e diversa. O que se quer, por um lado, é consolidar diretrizes para o desenho administrativo da heteroidentificação e, por outro, conferir praticabilidade e efetividade à política afirmativa de cotas étnico-raciais.

Nesse sentido, não se defende uma oposição entre autodeclaração e heteroidentificação étnico-racial. Em sentido oposto, o que se almeja é a compatibilidade entre essas duas esferas jurídicas, conciliando o direito subjetivo da livre identificação étnico-racial com a garantia de que as cotas étnico-raciais sejam destinadas exclusivamente para pessoas negras.

Por isso mesmo, a atuação das comissões de heteroidentificação não são aqui encaradas como uma atividade “essencialista” (DUARTE, 2011, p. 18), no sentido de conferir a tais estruturas a prerrogativa de “definir a raça” das pessoas a elas submetidas.

O regime jurídico da heteroidentificação étnico-racial não pode ser algo inflexível. Deve conciliar o desenho de princípios e parâmetros comuns com a capacidade de se adaptar a modalidades específicas de heteroidentificação, a exemplo da voltada ao ingresso em instituições de ensino e da direcionada a concursos públicos, bem como de se adequar a algumas realidades institucionais locais. Não pode, por isso mesmo, apagar por completo a autonomia administrativa, por exemplo, das Universidades que realizam o procedimento de heteroidentificação (SANTOS; TEODORO; FERREIRA, 2020, p. 79), desde que essa autonomia, por óbvio, não atinja os parâmetros centrais da política de cotas ou inviabilizem sua efetividade.

A última regulamentação no âmbito do Poder Executivo federal sobre o trabalho das comissões é a Instrução Normativa n. 23,^[4] publicada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos em julho de 2023. A norma avançou bem, mas ainda possui natureza infralegal e possui matérias pendentes de melhor organização. Ela não veda, por exemplo, a possibilidade de realização de heteroidentificação remota (por fotografia ou vídeo), o que é combatido na presente Nota.

De uma forma ou de outra, as cotas étnico-raciais precisam avançar. Mais do que uma discussão ocasional, em regra relacionada a denúncias de fraude, a política de cotas deve ser uma pauta permanente, sobretudo nas instituições responsáveis por ela. É mais do que necessário (e urgente) a construção e a manutenção de políticas institucionais que implementem, divulguem, controlem e avaliem as cotas e, mais particularmente, a atividade das comissões de heteroidentificação.

3. Proposições normativas:

3.1 Eixo temático 1: Tratamento institucional das comissões de heteroidentificação

3.1.1 Política institucionais para comissões de heteroidentificação

A regulamentação e a consolidação de uma política institucional voltada às comissões de heteroidentificação é essencial à garantia da efetividade das cotas étnico-raciais. Fomentam a promoção da

equidade racial e contribuem para a concretização de compromissos constitucionais e internacionais sobre a matéria (SILVA; SILVA, 2014, p. 9-10).

Além disso, refletem o entendimento quanto à necessidade de diversidade na atividade administrativa do Estado, com vistas ao progressivo desenvolvimento de políticas de proteção a pessoas e grupos vulnerabilizados. Por isso mesmo, incorporam o princípio da governança corporativa na gestão pública, sobretudo quando voltados à afirmação da cidadania e à dignidade humana (MOREIRA, 2020, p. 669-670).

No entanto, apesar das vantagens advinda para o Poder Público com a estruturação institucional das comissões, promover ou não tal política deixou de ser mera discricionariedade do administrador.

A adoção de ações afirmativas não está sujeita à mera conveniência dos poderes públicos, sendo que a inércia estatal gera violação, por omissão, do direito à promoção da igualdade racial. Ou, de outra forma, real discriminação por omissão. Isso porque o direito de não ser racialmente discriminado também é violado quando o Estado não estabelece tratamento diferenciado a pessoas e grupos cuja situação é significativamente desigual com base na raça (VAZ, 2022, p. 56).

Citemos um exemplo prático dessa obrigação legal, atrelado à necessidade de heteroidentificação étnico-racial em concursos e seleções. Na hipótese de a Administração acolher a autodeclaração étnico-racial do candidato, que possui relativa presunção de veracidade, sem que para isso tenha estruturado qualquer mecanismo de fiscalização, existirá responsabilidade do gestor e da instituição pelo conteúdo da autodeclaração e pelos efeitos que ela possa produzir, inclusive possíveis fraudes.

Ora, assim como as demais condições exigidas pelas normas de um edital, também a condição de negro do candidato deve ser verificada pela Administração Pública. “Caso contrário, põe-se em risco o interesse público e a própria finalidade da política afirmativa racial, ao validar ato que pode estar eivado de falsidade” (VAZ, 2018, p. 46).

A regulamentação das comissões de heteroidentificação se inserem assim em um dever/poder do Estado, inserido no âmbito da fiscalização do sistema de cotas em seus concursos públicos e seleções. Esse é o entendimento do STF consolidado desde o julgamento da ADC 41/2017. Por essa razão, não pode o administrador transferir tal responsabilidade à sociedade civil, como faz, por exemplo, quando fiscaliza apenas casos denunciados como fraude às cotas.

Existe, pois, evidente responsabilidade administrativa na regulamentação e no bom funcionamento das comissões de heteroidentificação:

A omissão na fiscalização do sistema de cotas por parte dos agentes públicos, além de configurar ato de improbidade administrativa por violação de princípio, caracteriza explícito desvio de finalidade, que ocorre nas hipóteses em que o ato administrativo – no caso, aprovação de candidato e nomeação de servidor público – é praticado em descompasso com os objetivos estabelecidos pelo legislador, constituindo, assim, violação ideológica da lei (VAZ, 2018, p. 49).

A edição de regras institucionais próprias, a exemplo de atos normativos infralegais e editais, é fundamental para o cumprimento do poder/dever de implementação das comissões. Por isso mesmo, orientamos que essas regras complementem as leis já existentes sobre o tema, nunca se sobrepondo a elas.

A regulamentação aqui proposta deve ser construída ou melhorada a partir de diretrizes pertinentes à política de cotas e ao bom trabalho das comissões. Tais parâmetros são aqui resumidos a partir da doutrina e da jurisprudência atualizadas sobre o tema:

1. Composição de Grupo de Trabalho institucional, de natureza permanente e baseado na diversidade étnico-racial, de gênero/identidade sexual, de idade e dos diferentes segmentos funcionais que compõem a instituição. O GT tem como objetivo “organizar o procedimento de heteroidentificação de forma integrada a outros setores da instituição responsáveis pelo processo seletivo e (...) investir em capacitações para seus integrantes que permitam antecipar soluções e trocar experiências com outras instituições” (TAVARES JUNIOR, 2018, p. 258).

2. Vedação de que o procedimento de heteroidentificação voltado a concursos e seleções para ingresso na instituição seja parcial ou integralmente terceirizado. Ainda que exista hoje empresas

especializadas nessa tarefa, a assunção da responsabilidade pela instituição que promove o concurso ou seleção é vital para o letramento sobre a política e para sua concreta incorporação, fazendo com que, inclusive, sejam qualificados setores e quadros com esse objetivo. Afinal, as cotas e o procedimento de heteroidentificação devem ser “incorporados à vida institucional” (NUNES, 2018, p. 20).

3. Desenvolvimento de política de educação em direitos voltados à heteroidentificação étnico-racial. O que engloba a produção e divulgação de materiais com instruções sobre como funciona o procedimento, quem são os sujeitos de direito das cotas e quais as dúvidas frequentes. A conduta pode, inclusive, reduzir o número de indeferimentos pela comissão. A educação em direitos voltada às cotas tem ainda a capacidade de diminuir o sentimento de irritação, frustração e descontentamento dos candidatos com o resultado da heteroidentificação, regra geral denunciadas como erro, injustiça ou mesmo reforço do racismo (SILVA; LEITE; RIOS; VINUTO, 2022, p. 14).

4. Monitoramento dos resultados do trabalho das comissões. Às instituições responsáveis pela implementação da política de cotas não cabe apenas sua regulamentação e instalação. Precisam acompanhar, avaliar e fiscalizar a política. A responsabilidade e o compromisso do gestor devem superar uma postura técnico-burocrática, votando-se à dimensão política e estratégica da presença de pessoas negras em seus quadros. Nesse cenário, é fundamental a avaliação periódica dos resultados da atividade das comissões, por meio, inclusive, da produção de dados seriados e de seu adequado tratamento, publicação e debate.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Artigo X. É dever institucional regulamentar, implementar, fiscalizar e avaliar a comissão de heteroidentificação étnico-racial em seus concursos e seleções.

§ 1º. A heteroidentificação é procedimento obrigatório para o ingresso de pessoas negras por meio do sistema de cotas étnico-raciais.

§ 2º. A regulamentação prevista neste artigo será orientada pela legislação existente sobre o tema, devendo a instituição primar pela compatibilidade com as leis.

§ 3º. A política institucional para as comissões de heteroidentificação tem caráter permanente, mantendo-se enquanto existirem as cotas étnico-raciais.

§ 4º. Fica vedada a terceirização parcial ou integral do procedimento de heteroidentificação.

Artigo X. A política para as comissões de heteroidentificação étnico-racial será desenvolvida por meio de Grupo de Trabalho, de natureza permanente, baseado na diversidade étnico-racial, de gênero/identidade sexual, de idade e primando pela representação dos diferentes segmentos funcionais que compõem a instituição.

Parágrafo único: São objetivos do Grupo de Trabalho:

i) organizar o procedimento de heteroidentificação de forma integrada a outros setores da instituição e investir em capacitações para seus membros e colaboradores;

ii) desenvolver política de educação em direitos voltada à heteroidentificação étnico-racial, o que engloba, inclusive, a produção e divulgação de materiais explicativos que forneçam instruções sobre como funciona o procedimento, quem são os sujeitos de direito das cotas e quais as dúvidas frequentes; e

iii) monitorar os resultados do trabalho de heteroidentificação, inclusive por meio da avaliação periódica dos resultados da atividade das comissões, da produção de dados seriados e de seu adequado tratamento e publicação.

3.1.2 Composição das comissões

Sugerimos que a comissão de heteroidentificação étnico-racial tenha 5 (cinco) integrantes, com seus respectivos suplentes, e que atenda ao critério da diversidade de gênero/identidade sexual, de idade e étnico-racial, bem como residência na abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

Do total de membros, 3 (três) devem ser representantes da própria instituição, distribuídos nas diferentes estratificações do quadro de membros e servidores que a compõe.

Os outros 2 (dois) são membros externos, ou seja, não pertencentes aos quadros da instituição que promove o concurso ou seleção, sendo um do campo acadêmico e outro dos movimentos sociais com representatividade no combate ao racismo no local de abrangência do concurso ou seleção. Ambos devem ter notório saber em questões étnico-raciais e comprovado engajamento na temática.

Além disso, todos os integrantes da comissão devem ter reputação ilibada e formação em heteroidentificação, sendo esse último requisito obrigatório para representantes institucionais e facultativo para integrante externo, servindo, porém, como critério de prioridade para membros não pertencentes à instituição.

O número de 5 (cinco) componentes é ideal porque, como será ainda detalhado nesta Nota, a definição da validação ou não da autodeclaração étnico-racial se dá pelo voto da maioria simples dos membros da comissão. Uma comissão com apenas 3 (três) integrantes, por evidente, gera uma maioria mínima de votos, o que não é desejável. Por óbvio, a comissão também não poderia ter um número par de componentes, já que isso abriria margem para o empate na votação.

A diversidade dos componentes da comissão é algo essencial. Tendo como principal função fazer a heteroidentificação a partir da leitura social do fenótipo do candidato, a comissão deve representar a sociedade em sua pluralidade quanto ao gênero/identidade sexual, idade e cor/etnia.

Nesse contexto, a multiplicidade étnico-racial da comissão é destacadamente importante.

A composição racialmente diversa da comissão favorece a eficácia da verificação. O veredito da comissão mista, portanto, não surgirá de um consenso monológico gerado por membros racialmente iguais, mas de um consenso dialógico, resultado de uma confirmação produzida por duas ou três perspectivas diferentes, uma delas produzidas pelo espelho contrastivo dos membros negros, e outra (ou duas outras) resultante do espelho direto e identificante dos membros branco e pardo. Dito de outro modo, a autodeclaração do candidato será confrontada duplamente: pelos membros negros que pertencem ao grupo racial que ela afirma pertencer; e pelo membro branco pertencente ao grupo racial que ela afirma não pertencer (CARVALHO, 2020, p. 61).

O local de residência do integrante da comissão é outro fato de destaque. Ainda será visto nesta Nota Técnica que a comissão deve contextualizar a heteroidentificação com a abrangência territorial do concurso ou seleção, no sentido de avaliar a fenotipia do candidato de acordo com a localidade para a qual concorre à vaga por cotas. Como exemplo, uma comissão constituída para concurso público para o estado do Amapá deve verificar se o candidato é socialmente lido como negro no estado do Amapá. Em outras palavras, a heteroidentificação tem uma “condição relacional” (CESAR, 2023, p. 83), devendo ser adequada a contextos regionais, que influenciam diretamente o critério fenotípico por ela utilizado.

Seguindo esse raciocínio, os integrantes da comissão devem residir na abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina. A medida é importante para que a comissão possa realizar a heteroidentificação a partir do critério regional, caso ele se aplique.^[5] A regra evita que a comissão esteja desassociada do contexto local, o que, inclusive, tornou-se corriqueiro na hipótese de terceirização do procedimento.

A condição aqui tratada não é de naturalidade, mas de residência. Uma pessoa natural de um estado pode perfeitamente ter migrado e possuir residência em lugar diverso, inclusive podendo ter ali permanência bem maior do que a que teve no local onde nasceu. Daí porque “o que efetivamente importa é a vivência do indivíduo naquela sociedade e não exatamente o local do seu nascimento” (VAZ, 2018, p. 55).

Já a previsão de vagas na comissão para integrantes externos tem como propósito dar maior transparência e controle social à heteroidentificação. A fiscalização do procedimento pela sociedade civil, aliás, é elemento estratégico para a efetividade da política de cotas étnico-raciais.

O controle social revela-se de fundamental importância, não apenas para impulsionar a efetiva atuação fiscalizatória por parte dos entes públicos, mas para fins de monitoramento das decisões das comissões de verificação. Não é incomum que as próprias comissões de verificação não exerçam a

conteúdo seu papel. Daí a importância do controle social no que diz respeito ao procedimento de heteroidentificação, o que também pode ser garantido por meio da participação efetiva de cidadãos na composição das comissões (VAZ, 2018, p. 51).

A distribuição das vagas para os integrantes externos entre o campo acadêmico e dos movimentos sociais procura valorizar a pluralidade de experiências e saberes sobre o tema. Tanto em um como em outro caso, a pessoa precisa possuir notório saber em questões étnico-raciais, o que não significa conhecimento estritamente acadêmico, mas decorrente da vivência na matéria. Além disso, precisa ter engajamento na temática. Não basta, por exemplo, ser um estudioso do tema, mas alguém engajado social e/ou politicamente em questões étnico-raciais.

Por fim, é importante lembrar que não há nenhum requisito obrigatório quanto à área de formação do componente da comissão. Há muito foi superada a concepção da heteroidentificação como procedimento que se aproximava de uma “peritagem racial” (COSTA; MOREIRA LIMA; MIRANDA, 2022, p. 78), para a qual especialistas no tema eram convidados a atuar como “peritos”, ou seja, como supostos autenticadores técnicos da raça-etnia de pessoas submetidas à comissão.

Sob essa ultrapassada concepção, construiu-se a ideia de que a comissão deveria ter integrantes obrigatoriamente vindos das Ciências Sociais, sobretudo da Antropologia e Sociologia. No entanto, o critério foi acertadamente substituído pelo fenotípico, superando a noção de peritagem.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A comissão de heteroidentificação étnico-racial terá 5 (cinco) componentes, com seus respectivos suplentes, sendo 3 (três) representantes institucionais e 2 (dois) membros externos, devendo todos eles possuir:

- i) reputação ilibada
- ii) comprovada experiência ou formação em questões étnico-raciais e em heteroidentificação, na forma regulamentada nesta norma; e
- iii) residência na abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

§ 1º. A comissão atenderá ao critério da diversidade de gênero/identidade sexual, de idade e étnico-racial.

§ 2º. Os representantes institucionais devem estar distribuídos nas diferentes estratificações do quadro de membros e servidores da instituição.

§ 3º. Os membros externos, que devem ter notório saber em questões étnico-raciais e comprovado engajamento na temática, serão 1 (um) do campo acadêmico e 1 (um) de movimento social com representatividade no combate ao racismo no local de abrangência do concurso ou seleção.

3.1.3 Formação e qualificação dos integrantes da comissão

A instituição responsável pela implementação da política de cotas étnico-raciais deve promover regularmente cursos de formação e atualização para integrantes das comissões. Precisa ainda exigir, como requisito para participação nessa estrutura, a frequência e aprovação em cursos dessa natureza, ainda que realizado em outro órgão.

O requisito deve ser obrigatório para componentes da comissão que representem a instituição promotora do concurso ou seleção, e critério de prioridade para integrantes externos. Isso porque, conforme já apresentado nesta Nota Técnica, os integrantes externos devem ter notório saber em questões étnico-raciais e engajamento na temática, o que não necessariamente leva à obrigação de ter realizado o curso de formação ou atualização aqui referido. Por isso se diz que para tais membros externos a formação é critério de prioridade, mas não requisito necessário.

Orientamos que a regulamentação dos trabalhos da comissão preveja que a formação compreenda

uma carga-horária mínima de 40 (quarenta) horas, ainda que fracionada em mais de um curso.

É igualmente relevante prever que a formação seja oferecida por instituição idônea, a exemplo de escolas de formação de entes públicos ou instituições públicas ou privadas de ensino, desde que credenciadas pelo Ministério da Educação.

Os cursos de formação e atualização servem para o letramento em questões étnico-raciais e para o domínio teórico e aplicado dos trabalhos da comissão, sobretudo quanto ao procedimento e aos critérios de heteroidentificação, o que inclui a regulamentação vigente sobre a matéria. Nesse sentido, é relevante que as competências e habilidades exploradas na formação não se restrinjam ao letramento antirracista. Tal conteúdo, por evidente, é relevante e deve compor os estudos, porém não necessariamente compreende a técnica que deve a comissão dominar para o procedimento de heteroidentificação.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. É requisito para participação na comissão de heteroidentificação étnico-racial a frequência e aprovação em cursos sobre heteroidentificação promovidos por escolas de formação de entes públicos ou por instituições públicas ou privadas de ensino, desde que credenciadas pelo Ministério da Educação.

§ 1º. O requisito é obrigatório para representante institucional na comissão e serve como critério de prioridade para integrante externo.

§ 2º. O preenchimento do requisito exige a frequência e aprovação em cursos com carga-horária mínima de 40 (quarenta) horas, podendo ela ser fracionada em mais de uma formação.

§ 3º. O programa dos cursos deve compreender, além do letramento em questões étnico-raciais, o domínio teórico e aplicado dos trabalhos da comissão, com destaque para o procedimento e os critérios de heteroidentificação, assim como a regulamentação vigente sobre a matéria.

§ 4º. É obrigação institucional oferecer regularmente cursos formativos que preencham os requisitos tratados neste artigo.

3.1.4 Publicidade dos nomes dos integrantes da comissão

Não é incomum que normas sobre o procedimento de heteroidentificação determinem o sigilo dos nomes dos membros da comissão, prevendo a disponibilização da informação apenas aos órgãos de controle interno e externo, caso requerida. ^[6]

A regra do sigilo foi aos poucos difundida por se entender que, em tese, o resguardo da identidade dos membros da comissão asseguraria a imparcialidade de seu trabalho, sobretudo ao afastar possível assédio anterior ao procedimento de aferição.

Ocorre que, como em qualquer concurso ou seleção, existe o possível assédio aos componentes de bancas e comissões. Essa é uma realidade com relação a qual se deve prevenir e, caso ocorra, precisa ser combatida por meio da apuração da responsabilidade de quem a comete. No entanto, não há razão para se dar tratamento diverso às comissões de heteroidentificação. Tal distinção, aliás, serve para lançar dúvidas e críticas ao procedimento, pois potencializa sua associação a obscuridades e arbitrariedades.

Nesse sentido, compreendemos que o sigilo dos nomes da comissão fere os princípios da transparência e do controle social, fundamentais ao adequado funcionamento das comissões de heteroidentificação e à efetividade da política de cotas étnico-raciais. Dificulta, inclusive, o controle preventivo quanto a eventuais impedimentos ou suspeições dos membros da comissão (VAZ, 2018, p. 70).

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. O procedimento de heteroidentificação deve obedecer aos princípios da transparência e controle social, assegurando-se, inclusive, a publicidade dos nomes dos componentes da comissão.

Parágrafo único. O dever de transparência obedecerá às previsões normativas que resguardam os direitos do acesso à informação, à vida privada, à honra e à imagem.

3.1.5 Aproveitamento da heteroidentificação realizada por comissão diversa

Já há algum tempo, o Poder Judiciário tem se deparado com candidatos que, submetidos ao procedimento de heteroidentificação, questionam sua exclusão das vagas para cotistas negros, quando, em seleção ou concurso anterior, haviam sido aprovados nessa condição. Argumentam que a manifestação de comissão precedente, que confirma a autodeclaração étnico-racial do candidato, não pode ser diversa do resultado de uma nova comissão.

A discrepância significaria uma incoerência entre procedimentos de heteroidentificação, sendo contrária à segurança jurídica e aos princípios da razoabilidade, da isonomia e da dignidade. Há jurisprudência que confirma esse entendimento. ^[7]

Como forma de prevenir esse conflito, normas recentemente lançadas têm previsto expressamente que heteroidentificação anteriormente realizada não será aproveitada no concurso ou seleção que regulamentam. ^[8]

Diante desse cenário, cabe então indagar se, por um lado, a aprovação prévia em procedimento de heteroidentificação gera direito ao candidato de ser habilitado por nova comissão. Por outro lado, devemos questionar se há margem para que instituições responsáveis pela efetivação das cotas étnico-raciais regulamentem o tema, criando regras próprias para o aproveitamento ou não de heteroidentificações previamente realizadas.

O STF já reconheceu não haver direito decorrente de validação anterior realizada por comissão. Nas Reclamações n. 43.245 e n. 53.151, o Supremo afastou essa garantia, por entender que cada comissão tem uma composição específica, por isso não havendo violação à segurança jurídica na hipótese de manifestações discrepantes entre comissões. ^[9]

De fato, como já mencionado nesta Nota, o trabalho das comissões possui uma “condição relacional”, ou seja, deve ser adequado ao regionalismo, que influencia o critério fenotípico de avaliação da autodeclaração étnico-racial.

Ainda que o direito ao aproveitamento de heteroidentificação anterior não seja algo certo, isso não afasta a possibilidade de a instituição promotora do concurso ou seleção regulamentar critérios para a utilização de procedimentos de heteroidentificação aos quais foi o candidato previamente submetido. Pode assim prever que sua comissão acate aferições anteriores, desde que cumpridas algumas exigências. A previsão, inclusive, serve para o fortalecimento da política institucional das comissões de heteroidentificação, dando coerência e razoabilidade a ela.

Apontamos condições para que procedimentos de heteroidentificação anteriores possam ser utilizados por nova comissão. Trata-se de requisitos que devem ser demonstrados pelo candidato que deseja o aproveitamento.

Nesse sentido, o candidato que solicita o aproveitamento precisa comprovar que a heteroidentificação à qual anteriormente foi submetido:

- i) confirmou sua autodeclaração étnico-racial como pessoa negra;
- ii) foi realizada pela mesma instituição, ainda que para acesso a cargo, função ou curso diverso;
- iii) adotou o critério exclusivamente fenotípico;
- iv) foi realizada de forma presencial; e
- v) ocorreu na mesma abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

Observamos, por fim, que a regulamentação dos trabalhos da comissão de heteroidentificação deve prever, igualmente, que o resultado de heteroidentificação por ela realizada possa ser aproveitado em concursos ou seleções futuros, realizados pela mesma instituição.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A comissão de heteroidentificação étnico-racial adotará como sua o resultado de procedimento de heteroidentificação ao qual o candidato foi anteriormente submetido, desde que, no requerimento formal do aproveitamento, o candidato comprove que o procedimento precedente:

- i) confirmou sua autodeclaração étnico-racial como pessoa negra;
- ii) foi realizada pela mesma instituição, ainda que para acesso a cargo, função ou curso diverso;
- iii) adotou o critério exclusivamente fenotípico;
- iv) foi realizada de forma presencial; e
- v) ocorreu na mesma abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

Parágrafo único. O resultado da heteroidentificação realizada nos termos da presente norma, caso confirme a autodeclaração étnico-racial do candidato como pessoa negra, será aproveitado em procedimentos futuros realizados por esta instituição, desde requerido pelo candidato.

3.2 Eixo temático 2: Critério de heteroidentificação étnico-racial

3.2.1 Fenótipo como critério exclusivo de heteroidentificação

A heteroidentificação é procedimento complementar na identificação étnico-racial necessária ao acesso às cotas. O que predomina na identificação é a autodeclaração do candidato, sem a qual não deve sequer haver heteroidentificação. Dito de outra forma, não pode a Administração Pública proceder à heteroidentificação de quem não se declare pessoa negra.

Eis a síntese dessa regra, que bem localiza o papel, os limites e os efeitos da heteroidentificação:

A autodeclaração é ponto de partida legítimo para a definição identitária quanto ao pertencimento aos grupos destinatários das ações afirmativas. A tarefa heteroidentificatória da comissão não implica derrogação da autodeclaração, mas atividade complementar e necessária, dissipando dúvidas e via de regra confirmatória da autodeclaração, visando à consecução dos objetivos das ações afirmativas (...). No exercício de sua tarefa heteroidentificatória, a comissão deve corrigir eventual auto atribuição identitária equivocada, à luz dos fins da política pública, iniciativa que não se confunde com lugar para a confirmação de percepções subjetivas ou satisfação de sentimentos pessoais, cuja legitimidade não se discute nem menospreza, mas que não vinculam, nem podem dirigir, a política pública (MENEZES, 2021, p. 35).

O atual paradigma superou a noção inicial de que, em respeito ao direito à autoidentificação étnico-racial, bastava a declaração do candidato como pessoa negra. A realidade das fraudes e a cobrança dos movimentos sociais engajados no combate ao racismo levou à necessidade de construção de sistemas de controle, cuja forma mais avançada, hoje praticamente consensuada, são as comissões de heteroidentificação.

A constitucionalidade das comissões foi reconhecida pelo STF desde 2017, quando julgou a ADC n. 41. Ali se alicerçou o entendimento de que esses mecanismos não são apenas uma prerrogativa do Poder Público, mas um poder-dever do Estado.

Apresentado como estratégia de combate a fraudes e de garantia da eficácia da política de cotas, a heteroidentificação desenhou diferentes critérios para sua efetivação, alguns institucionalizados durante certo tempo, a exemplo da ancestralidade (ascendência), a experiência do racismo como vítima ou o engajamento na pauta antirracista.

Porém, há pelo menos uma década, o critério fenotípico foi consolidado no procedimento de heteroidentificação. É hoje tido como referência não apenas principal, mas exclusiva. Fenótipo, para fins de heteroidentificação étnico-racial, significa a aparência do candidato, em especial sua cor de pele, textura de cabelo e traços faciais, que, somados, possibilitam verificar se ele é ou não pessoa lida socialmente como negra (preta ou parda).

A adoção da fenotipia como critério dialoga diretamente com os fatores que definem e particularizam a dinâmica do racismo no Brasil. É formulada a partir da realidade social brasileira, na qual predomina a ideia do “preconceito de marca” (NOGUEIRA, 2006, p. 92-94), que identifica as pessoas fenotipicamente negras como potenciais vítimas diretas do racismo e da discriminação racial.

Nas realidades em que impera o preconceito racial de marca, o racismo opera a partir da imagem da própria pessoa, não sendo a aparência de suas/seus ascendentes determinante para que sofra ou deixe de sofrer discriminação racial. Quando nós, pessoas negras, somos abordadas pela polícia por sermos “suspeitas/os”; quando somos, cotidianamente, perseguidas/os em lojas de departamento e supermercados; quando somos confundidas/os em reconhecimentos fotográficos que, muitas vezes, resultam em condenações criminais; quando somos preteridas/os em vagas de emprego; pouco importa se temos ascendentes brancas/os (VAZ, 2022, p. 93-94).

No reconhecimento do fenótipo como critério exclusivo de heteroidentificação, a Instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, reproduz a regra expressa desde 2016 em atos normativos da Administração federal sobre o tema, prevendo em seu artigo 21 que “a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pela pessoa no certame” (BRASIL, 2023).

Hoje o critério da heteroidentificação fenotípica é solidamente aceito na jurisprudência do STF e do STJ, ^[10] deixando de ser algo controverso naqueles tribunais. Apesar disso, devemos reconhecer que há decisões isoladas que insistem na eleição de outros parâmetros para a heteroidentificação, sobretudo do genótipo, ou seja, da ancestralidade do candidato.

O critério fenotípico deve vir indicado expressamente nas normas institucionais que regulamentam a atividade da comissão de heteroidentificação, assim como reforçado nos editais de concursos e seleções. Tais regras precisam trazer, além da eleição da fenotipia como critério exclusivo, sua definição.

Importante também que a adoção exclusiva do fenótipo como parâmetro para a heteroidentificação, assim como sua conceituação, estejam expressamente indicados nos relatórios ou formulários preenchidos pela comissão quando da avaliação do candidato. A expressa referência é estratégia eficaz de transparência do procedimento e traduz a devida motivação dos atos da comissão.

Se o fenótipo é hoje consensuado como critério exclusivo para a heteroidentificação, o mesmo não se pode falar sobre suas formas de prova. A posição defendida nesta Nota Técnica, como ainda será aprofundado, é o da heteroidentificação presencial, ou seja, o candidato deve se colocar diante da comissão, que avalia sua aparência. Há, porém, previsões normativas e decisões judiciais que adotam outras maneiras de comprovação da fenotipia, sobretudo por meio da apresentação de fotos ou vídeos pelo candidato.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A heteroidentificação é etapa complementar à autodeclaração étnico-racial feita pelo candidato e será realizada com base exclusivamente no critério fenotípico.

Parágrafo único. Por fenótipo se entende a avaliação da aparência do candidato, em especial o conjunto de sua cor de pele, textura de cabelo e traços faciais, verificando se é ou não pessoa lida socialmente como negra (preta ou parda).

3.2.2 Vedação de outros critérios de heteroidentificação

Embora não seja usual ou mesmo recomendável exigir que uma norma preveja aquilo que ela não

determina, entendemos ser isso necessário quando falamos do critério de heteroidentificação étnico-racial.

Diante da variedade de outros parâmetros já utilizados para a heteroidentificação, alguns flagrantemente vexatórios e atentatórios à dignidade da pessoa humana, é preciso identificar expressamente quais referências a comissão não pode utilizar em sua atividade.

Além disso, muito embora o critério exclusivamente fenotípico esteja cada vez mais consensuado, ainda não superamos o aceite de outros parâmetros de heteroidentificação pela Administração Pública e em julgamentos do Judiciário. Lembremos também que alguns desses critérios adquiriram até bem recentemente considerável nível de institucionalização, fazendo parte de normas sobre o tema.

Relevante então justificar a exclusão de todo e qualquer critério que não seja o fenótipo. A partir do histórico das regras já utilizadas para a heteroidentificação e em algumas hipóteses ainda adotadas, podemos listar os seguintes critérios que a norma deve vedar:

i) antropometria:

Está pautada em um obsoleto racismo científico que, em linhas gerais, tem como base o estudo da proporção das partes do corpo como marcador de distinções étnico-raciais. Possui subdivisões, sobretudo a partir da parte do corpo que estuda, a exemplo da frenologia, que se preocupa com o tamanho, a forma e a proporção do crânio humano. ^[11]

A antropometria não se confunde com o fenótipo, que, como já visto, consiste na avaliação da aparência em geral de uma pessoa, no caso aqui estudado, com a finalidade de verificar se é ou não lida socialmente como negra (preta ou parda).

Os integrantes das bancas não devem proceder a uma análise antropométrica, de cunho lombrosiano, das características físicas dos candidatos, o que estaria até mesmo em desacordo com os fatores determinantes da discriminação racial no contexto brasileiro. Com efeito, não são os dados antropométricos de um indivíduo que o tornam potencial alvo de racismo institucional e de práticas racialmente discriminatórias, mas sim o conjunto de sua fenotípia – em especial a cor da pele –, associado ao grupo étnico-racial negro (VAZ, 2018, p. 57-58).

Sem sombra de dúvidas, a antropometria é critério que não pode ser empregado na heteroidentificação étnico-racial, sendo, inclusive, procedimento vexatório e atentatório à dignidade do candidato.

ii) Peritagem antropológica:

Não existe uma ciência que defina categoricamente a condição étnico-racial das pessoas. Qualquer pretensão científica nesse sentido, parte de bases eminentemente racistas, já que raça e étnica são definições culturais e, por essa razão, historicamente construídas e disputadas.

Por esse motivo, a identidade étnico-racial de alguém não é objeto de perícia, seja qual for a área do conhecimento humano que a pretenda realizar.

A busca da raça, de seus atributos pretensamente científicos, é uma inversão obtusa dos objetivos de uma política que deveria combater o racismo, beneficiando aqueles que são suas vítimas mais diretas. Essa é a razão pela qual as perícias biológicas, médico-legais, não podem solucionar o problema da definição de quem é o beneficiário dos programas de ação afirmativa. Essas perícias representam uma violação grave dos padrões de distribuição da Justiça num Estado que não tolera práticas discriminatórias, ainda que as vítimas a elas se submetam (DUARTE, 2011, p. 871).

As comissões de heteroidentificação não realizam uma peritagem. Como aqui já delineado, confirmam ou não a autodeclaração do candidato como pessoa negra por meio do critério fenotípico avaliado ao tempo da aferição. Não possuem a competência de definir a raça-etnia da pessoa, mas apenas se preenchem o requisito para concorrer às vagas de cotistas negros a partir da leitura social de sua aparência.

Nos primeiros anos de implantação da política de cotas e de adoção do procedimento de heteroidentificação, a percepção do trabalho da comissão com sendo de peritagem levou à previsão em editais de que ela fosse composta por especialistas em questões étnico-raciais, sobretudo por antropólogos ou

sociológicos. Ainda hoje há candidatos que, em recursos contra sua não aprovação na heteroidentificação, argumentam nulidade no procedimento por faltar à comissão profissionais das áreas aqui indicadas.

Ocorre que, exatamente por não realizar uma perícia antropológica – ou de qualquer outra natureza – os componentes da comissão não precisam ser peritos em questões étnico-raciais. Basta a eles terem uma formação voltada ao domínio das normas institucionais, princípios, critério e procedimentos da heteroidentificação, como defendido na presente Nota Técnica.

iii) exame dermatológico:

Pelas mesmas razões, o exame dermatológico não deve ser aceito como critério de heteroidentificação. Trata-se de método pericial que tem como base a definição da cor da pele a partir de escalas de referência, sendo a mais conhecida a desenvolvida na década de 1970 pelo médico norte-americano Thomas Fitzpatrick.

As perícias médicas estão irremediavelmente vinculadas a uma concepção de racialização calcada na apreensão da raça como atributo do indivíduo, quando se sabe, atualmente, que a racialização envolve a referência a valores sociais. A prova pericial médica não pode provar aquilo que precisa ser provado: a existência de uma situação fática de desvantagem social (DUARTE, 2011, p. 871-872).

A cor da pele, embora possua relação direta com a fenotípi, não dá conta da complexidade que envolve a leitura social de alguém como pessoa negra. Refere-se apenas a um traço da aparência, que, no procedimento de heteroidentificação, deve sempre ser integrado a outros elementos, sobretudo à textura de cabelo e aos traços faciais. Dito de outra forma, o fenótipo não se reduz à cor da pele e, ainda que assim o fosse, não se sujeita a escalas de aferição pericial que possam ter validade científica para o propósito da heteroidentificação.

iv) registros documentais:

A comissão não adota como critério para a heteroidentificação o registro em documentos do candidato. Deve afastar, por exemplo, a consideração da “cor/raça” indicada em registros de identificação civil (RG), cadastro de alistamento militar, certidão de nascimento ou casamento, carteira de trabalho etc.

Isso por duas principais razões. Primeiro porque os documentos civis não possuem qualquer critério preestabelecido ou confiável para registro da “cor/raça” dos cidadãos, estando baseados na autodeclaração da pessoa ou mesmo na atribuição dada pelo servidor que o atende quando da realização do cadastro. Segundo porque, ainda que existisse algum critério normalizado, o registro do candidato como “negro” ou “pardo” em sua documentação não dialoga com a concepção técnica com a qual a comissão de heteroidentificação trabalha.

Por tudo isso, o registro da “cor/raça” de candidato em documentos civis não possui qualquer utilidade para as comissões aqui tratadas. É inservível como critério de heteroidentificação étnico-racial e, para quem entende que possa valer como meio de prova do fenótipo, também para isso não se presta. Os registros documentais não obedecem qualquer organização ou parametrização preestabelecida. Também não toma como base a definição de fenotípi adotada na heteroidentificação para fins de cotas.

v) ascendência:

Pessoas fenotípicamente brancas que descendam de pessoas negras não são beneficiárias da política de cotas étnico-raciais destinada a pretos e pardos. Não são sujeitos de direito da política, pois, como aqui já lembrado, o princípio hoje consensuado é de que as cotas visam a proteção a partir do “preconceito de marca”, baseado no fenótipo, e não no “preconceito de origem”, que leva em consideração o genótipo (SOUZA, 2020, p. 91-92).

Há, assim, uma base histórica e sociológica para afastar a ascendência do candidato como critério adotado pelas comissões de heteroidentificação.

Assim como o argumento da existência de ascendente branco não livra pessoas negras de serem vítimas de racismo, a simples alegação de ascendência negra não torna indivíduos brancos mais vulneráveis ao racismo, não devendo, portanto, servir de fundamento para concessão do direito às cotas raciais. Trocando em miúdos, se no Brasil o racismo, por suas peculiaridades, não dá chance ao negro de recorrer à sua ascendência branca, eventual ascendência negra também não (VAZ, 2018, p. 38).

Além disso, o critério da ascendência resultaria na implosão por completo da política de cotas étnico-raciais. Sua aplicação indistinta faria com que, ao fim ou ao cabo, quase todas as pessoas fossem cotistas, pois certamente todos possuímos algum grau de ascendência afrodescendente.

Como implicação prática no trabalho das comissões, a não adoção da ascendência ou genótipo como critério impede que a instituição promotora do concurso ou seleção preveja ou aceite, por exemplo, exame genético que mapeie a ancestralidade do candidato.

Não pode também admitir o exame de fotografia de pais, avós ou irmãos do candidato. Até mesmo porque a fenotíпия analisada na heteroidentificação é a do candidato, e não de seus familiares, que nada tem a ver com sua leitura social como pessoa negra.

vi) vivência do racismo:

A comissão de heteroidentificação não usa como critério para seu trabalho a experiência do candidato como vítima do racismo. Tal vivência, embora possa indicar as repercussões sociais de sua condição étnico-racial, não é elemento que compõe sua fenotíпия, por afastar-se do chamado “preconceito de marca”.

Adotar a vivência do racismo traria diferentes prejuízos às atividades da comissão. Tomaria como base fator eminentemente subjetivo, pois cada pessoa tem um entendimento próprio do que seja o racismo. Também é específico o grau de letramento e de experiência que o candidato tem para identificar discriminações, sobretudo quando em suas formas sutis e indiretas de manifestação.

Além disso, a vivência é fator contingente. Uma pessoa fenotípicamente preta ou parda pode não ter necessariamente sofrido uma experiência que associe ao racismo, mesmo que fenotípicamente seja potencial vítima de discriminações, preconceitos e violências. Além disso, a ausência dessa experiência não garante que não será vítima de racismo no futuro (VAZ, 2018, p. 58).

Importante ainda destacar que, ao assumir a experiência do racismo como critério de heteroidentificação, a comissão coloca o ônus do procedimento sobre o candidato. É ele quem terá que convencer a comissão de que foi vítima do racismo “suficientemente” para merecer concorrer como cotista. Isso subverte por completo o procedimento de heteroidentificação étnico-racial.

vii) engajamento:

Por fim, cabe afastar como critério de heteroidentificação o histórico e grau de engajamento do candidato com questões étnico-raciais. Definitivamente, não é função da comissão avaliar se o candidato atua política, social ou academicamente no combate ao racismo. Isso nada tem a ver com o elemento de discriminação positiva das cotas, que protege pessoas negras.

A adoção do critério, além de potencialmente subverter a política – que poderia perfeitamente incluir pessoas fenotípicamente brancas, porém engajadas na luta contra o racismo –, mais uma vez inverte o ônus na heteroidentificação. Seria o candidato que teria que convencer a comissão possuir ele nível e histórico de atuação suficientes para seu enquadramento como cotista.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. Na adoção do fenótipo como parâmetro para a heteroidentificação, a comissão não levará

em consideração qualquer outro critério, a exemplo da antropometria, peritagem antropológica, exame dermatológico, registros documentais, ascendência, vivência do racismo ou histórico de engajamento.

3.2.3 Conceito de “pardo” para a política de cotas

Segundo o IBGE, é considerado pardo no Brasil basicamente quem assim se declara. Isso se dá em respeito ao critério da autoatribuição e por entender o Instituto, acertadamente, que a identidade étnico-racial de alguém é elemento de sua personalidade, não podendo, regra geral, ser influenciada pelo julgamento de outra pessoa ou instituição.

Independentemente dos critérios utilizados oficialmente pelo IBGE, é incontestável que a identificação de uma pessoa como parda se relaciona com elementos do senso comum, atrelando-se ao imaginário construído ao longo de nossa história a respeito do significado dessa categoria para a definição de raça ou etnia.

Nesse sentido, é lugar comum entender o pardo como miscigenado, como resultado da mestiçagem das outras quatro raças ou etnias, tidas como mais “puras” (preta, branca, amarela e indígena) (SADDY; SANTANA, 2017, p. 633-665). O pardo possuiria um caráter residual, servindo para designar quem não se enquadra nas demais classificações. É justamente essa concepção de “limbo”, como lugar (ou não-lugar) dos pardos que precisa ser combatida (GOMES, 2019, p. 72).

Enquanto categoria que identifica e qualifica pessoas e grupos humanos, a denominação “pardo” possuiu desde sempre uma forte conotação política. Historicamente, foi objeto constante de disputas e, predominantemente, utilizada para discriminações negativas. Por outro lado, ainda que fabricada e constantemente reinventada historicamente pelas elites brancas como critério de discriminação, a categoria “pardo” passou a ser apropriada pelos movimentos sociais que combatem o racismo. Negou-se a condição parda como hiato entre as raças e passou-se a atrelá-la à população negra, valorizando-a como afrodescendência e como resistência ao racismo estrutural em nosso país (SILVA; LEITE, 2012, p. 121).

A implantação da política de cotas para negros em vestibulares e concursos públicos consolidou a noção de que os pardos não poderiam ser automaticamente excluídos dessa política. Os movimentos sociais, principais defensores das cotas, perceberam os riscos de se tomar o pardo como uma espécie de resultado “desracializado” da miscigenação, sem os privilégios dos brancos e sem acesso a políticas de reparação voltadas à população negra.

Sobre o tema, alguns consensos emergiram após duas décadas de intenso debate e de políticas públicas bem e mal executadas. Há hoje uma noção mais tecnicamente construída sobre essa categoria, que reforça que as cotas raciais são destinadas aos pardos negros e não aos pardos socialmente brancos.

Para as leis que preveem reserva de vagas pelo critério étnico-racial em vestibulares (n. 12.711/2012, modificada recentemente pela Lei n. 14.723/2023) e concursos (n. 12.990/2014), a integralidade das vagas é destinada a pessoas fenotipicamente negras. Porém, os negros beneficiários das cotas podem ser pretos ou pardos. Pretos são os de pele retinta. Pardos são os de pele mais clara, mas que preservam visíveis traços fenotípicos de pessoas negras (MENEZES, 2021, p. 54-55). Por isso mesmo, uma pessoa que se entenda como parda e ao mesmo tempo não negra, não deve ser beneficiária das cotas. Esse é o posicionamento, inclusive, já consolidado pelo STF quando do julgamento da ADC 41.

De toda forma, para as cotas, o pardo é sempre um negro, ainda que não possua uma pele retinta. É inclusive comum nesse campo de debate preferir o uso da expressão “pardo-negro” na identificação dos beneficiários da política afirmativa aqui tratada.

O combate a fraudes nas políticas de cotas é fundamental e passa em boa medida pela implantação de um sistema de heteroidentificação que possa excluir, sobretudo, pessoas brancas, mas também pardos não negros.

A especificidade técnico-jurídica do conceito de “pardo” no procedimento de heteroidentificação faz com que a instituição responsável pela política de cotas regule em suas normas e editais a categoria negro como gênero, da qual fazem parte, como espécies, pretos e pardos. Deve ainda definir expressamente o conceito de pardo para a política de cotas, prevendo sua inclusão como beneficiário da política, ao lado das

peças fenotipicamente pretas.

É importante que esses parâmetros conceituais façam parte também dos procedimentos da comissão de heteroidentificação, inclusive constando de suas manifestações, a exemplo do parecer da comissão.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. São beneficiários das cotas étnico-raciais as pessoas negras, sejam elas pretas ou pardas.

Parágrafo único. Para fins da heteroidentificação, a definição de pardo corresponde à pessoa fenotipicamente negra e de pele não retinta.

3.2.4 Não aplicação da tese da “zona cinzenta” ou “dúvida razoável”

No procedimento de heteroidentificação, o reconhecimento ou a recusa da autodeclaração como pessoa negra não comporta margem de dúvidas quando se trata, respectivamente, de candidato fenotipicamente preto ou branco. No entanto, possíveis dificuldades de avaliação surgem quando o candidato submetido à comissão é pessoa parda.

Isso decorre, por um lado, da grande miscigenação da sociedade brasileira, que construiu uma realidade demográfica na qual as pessoas estão longe de se localizar apenas nos extremos da fenotipia branca ou preta. Por outro lado, decorre do fato da heteroidentificação não levar em consideração escalas cromáticas de tons da pele ou qualquer outro critério que pretenda definir medições precisas. Como já frisado nesta Nota, o parâmetro é a aparência geral do candidato, ou seja, o fenótipo.

Os possíveis impasses quanto ao resultado da heteroidentificação de pessoas com aparência parda fizeram surgir a chamada tese da “zona cinzenta”, também conhecida como “dúvida razoável”.

O argumento foi expressamente referido pelo ministro do STF, Luís Roberto Barroso, quando do julgamento da ADC 41/2017. A tese da “zona cinzenta” serviu para definir que, quando presente dúvida razoável sobre a fenotipia do candidato, deve haver confirmação da autodeclaração do candidato como pessoa negra.

Deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. 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 (CESAR, 2023, p. 23).

Como é sabido, o julgamento de mérito de uma ADC é vinculante, ou seja, deve ser seguido, obrigatoriamente, pelos demais órgãos do Judiciário e pelo Poder Executivo. No entanto, o efeito vinculante é produzido somente pelo acórdão da ação. No caso da ADC 41/2017, a tese da “zona cinzenta” ficou registrada apenas no voto do relator. Ainda que adotado pela unanimidade dos outros ministros, seu posicionamento não produziu um resultado vinculante quanto a essa tese.

No entanto, isso não impediu que o argumento da “zona cinzenta”, após a citação pelo STF, tenha se tornado referência relevante sobre o tema, sobretudo por se encontrar no voto condutor de decisão paradigmática sobre a política de cotas étnico-raciais.

A instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, que disciplina a aplicação da reserva de vagas para pessoas negras nos concursos públicos e processos seletivos no âmbito da administração pública federal, segue essa tese.

Art 4º. (...)

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

O propósito da adoção da “zona cinzenta” é o reforço da presunção de veracidade da autodeclaração étnico-racial feita pelo candidato. Faz essa suposição predominar caso a comissão possua

dúvida razoável quanto ao fenótipo da pessoa avaliada. De fato, essa presunção é bem-vinda, pelo menos em linhas gerais, pois a heteroidentificação é procedimento complementar à autoidentificação do candidato como pessoa negra, conforme já afirmado na presente Nota Técnica.

Ocorre que, enquanto efeito prático, o argumento da “zona cinzenta” serve como elemento que fragiliza o procedimento de heteroidentificação. Introduce de modo expresso, desde a regulamentação até a manifestação da comissão, a afirmação categórica de que existe dúvida no trabalho realizado, de que ele opera no plano da incerteza.

Ora, margem de dúvida ou ausência de unanimidade pode ocorrer em qualquer processo avaliativo realizado por banca ou comissão, a exemplo de uma prova oral de concurso público. Nem por isso essas estruturas inserem a incerteza em suas manifestações. No lugar disso, votam e decidem o resultado da avaliação pela maioria dos votos de seus membros. O mesmo parâmetro deve ser adotado pelas comissões de heteroidentificação.

Dessa maneira, a adoção expressa da “zona cinzenta” abre séria margem para a impugnação da heteroidentificação. Facilita, inclusive, que o Poder Judiciário desfaça o mérito da comissão exatamente por ter ela registrado avaliações pautadas na tese da “dúvida razoável”.

A tese [da “zona cinzenta”] fragiliza a atuação das bancas, dirimindo a sua autoridade na deliberação sobre a condição de cotistas dos candidatos. (...) Dá margem para que se alegue a impossibilidade de qualquer conclusão razoável e não-arbitrária por parte das comissões diante de fatores como “a ambiguidade insuperável decorrente da mestiçagem” (CESAR, 2023, p. 24).

Pelo que aqui foi apresentado, defendemos a ideia de que a regulamentação de instituições responsáveis pelas comissões de heteroidentificação não devem fazer referência, direta ou indiretamente, à tese da dúvida razoável. Mais do que isso, deve expressamente impedir seu uso. ^[12]

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A comissão de heteroidentificação não registrará em suas manifestações a existência de margem de dúvida com relação a sua avaliação, adotando, na definição do resultado, o quórum de votação previsto nesta norma.

3.2.5 Respeito à regionalidade no procedimento de heteroidentificação

A adoção do critério exclusivamente fenotípico na heteroidentificação faz com que a comissão deva considerar o regionalismo em seu trabalho. Isso porque a leitura social de uma pessoa como negra é algo que deve ser compreendida contextualmente.

Se predomina no Brasil o chamado “preconceito de marca”, certamente ele possui em sua construção e dinâmica fortes marcadores sociológicos, políticos, culturais e históricos (RIOS, 2018, p. 233-234). Dessa forma, o contexto regional se revela decisivo ao trabalho da comissão.

De fato, a formação étnico-racial da população brasileira se deu de acordo com a história de cada região. Impactou de modo contundente na distribuição da diversidade fenotípica das pessoas no Brasil. Por isso mesmo, por exemplo, uma pessoa considerada negra no Rio Grande do Sul pode não o ser no Maranhão ou Pará. Daí podermos dizer que “o fenótipo não é essencializado universalmente, mas é tratado estrategicamente como estável no interior de cada território ou região” (CARVALHO, 2020, p. 52).

É fundamental ao procedimento de heteroidentificação a avaliação fenotípica do candidato no contexto da região para o qual se destinam as vagas do concurso ou seleção. Se existe uma concorrência, por exemplo, para a magistratura do Ceará, a leitura social do candidato será feita a partir da realidade social daquele estado. Caso o certame possua abrangência nacional, a regra do regionalismo não se aplica.

Por tudo isso, os trabalhos da comissão de heteroidentificação não apenas devem ter o elemento regional como parâmetro, necessitam o adotar como critério de avaliação integrado à análise fenotípica do

candidato. Dito de outra forma, o regionalismo não pode apenas ser algo acionável pela comissão de maneira opcional. É elemento obrigatório na heteroidentificação e por isso deve estar previsto na regulamentação do tema.^[13]

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A heteroidentificação étnico-racial levará em consideração a região para a qual o concurso ou seleção se destina, devendo a avaliação fenotípica ser aplicada a partir da leitura social da pessoa negra naquele território.

3.2.6 Quórum de análise: maioria simples

A confirmação ou não da autodeclaração étnico-racial deve ser realizada pela maioria simples da comissão. Dessa forma, havendo pelo menos 3 (três) votos favoráveis ou contrários ao reconhecimento fenotípico do candidato como pessoa negra, está definido o resultado da heteroidentificação.

Até recentemente, havia normas e editais que traziam previsão expressa da exigência de que a não aprovação de candidato autodeclarado negro por comissão exigia votação unânime.^[14] Em outras palavras, bastava que um dos integrantes da comissão entendesse ser o candidato fenotipicamente negro para que houvesse o deferimento de sua inscrição na condição de cotista.

A justificativa apresentada para se exigir unanimidade de votos era o fortalecimento da presunção de veracidade da autodeclaração étnico-racial. Por essa razão, somente a negativa de todos os membros da comissão seria capaz de resultar na invalidação da autodeclaração. O requisito da unanimidade atuaria como critério inclusivo e como estratégia de superação de um suposto subjetivismo como marca dos trabalhos de heteroidentificação.

As críticas a essa exigência foram fortalecidas nos últimos anos. Defendeu-se não haver uma relação coerente entre a valorização da autodeclaração e a exigência da unanimidade de votos no procedimento de heteroidentificação. Além disso, a imposição da unanimidade beneficiaria candidatos para os quais a política de cotas para pessoas negras não foi criada. Ajudaria, inclusive, candidatos eventualmente com intenção de fraudar a seleção ou concurso. De fato, bastava que um dos membros votasse a favor da aprovação do candidato para que sua autodeclaração fosse confirmada (VAZ, 2018, p. 62).

Por tudo isso, decisões da comissão de heteroidentificação tomadas pela maioria simples dos votos são mais justas e coerentes do que a exigência de unanimidade.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A Comissão de Heteroidentificação tomará suas decisões por maioria simples de votos.

3.3 Eixo temático 3: Procedimento de heteroidentificação

3.3.1 Momento de realização da heteroidentificação e cláusula de barreira

O procedimento a ser seguido pela comissão de heteroidentificação é algo que precisa ser definido pela instituição promotora do concurso ou seleção. Ele pode variar segundo as peculiaridades, missão e tamanho da instituição, além de ter relação com cargo, função ou curso para os quais se destina a reserva de vagas.

Por isso mesmo, não há como indicar nesta Nota Técnica procedimentos pormenorizados da comissão. E não é essa a pretensão do documento. O que se almeja é a sugestão de proposições normativas

que regulamentem aspectos da heteroidentificação considerados basilares para a efetividade da política de cotas étnico-raciais e para a segurança jurídica das atividades da comissão.

Seguindo essa orientação, deixamos de indicar uma fase obrigatória do certame na qual deve ocorrer a heteroidentificação, já que ela poderá variar. Isso não impede, porém, que apresentemos um desenho sobre o tema capaz de fortalecer a política de cotas.

O primeiro ponto digno de registro é de que os trabalhos da comissão devem ser integralmente concluídos, inclusive quanto à apreciação de eventuais recursos administrativos, antes da homologação do resultado final do concurso ou seleção. Consolidar um certame sem a segurança de quais candidatos, de fato, estão habilitados a concorrer como cotistas abre séria margem à impugnação do resultado ou à ineficácia das cotas.

Pelo menos como regra geral, defendemos que o momento adequado de realização da heteroidentificação seja logo após a inscrição preliminar ou definitiva no concurso ou seleção. Isso garante que todo ou qualquer candidato inscrito no certame como cotista negro passe pela heteroidentificação.

Tal regra, porém, pode não se adequar à realidade de boa parte das instituições no Brasil. Realizar a heteroidentificação de toda pessoa inscrita como cotista é capaz de inviabilizar financeira ou operacionalmente a realização do procedimento. Imaginemos a necessidade de realizar milhares de heteroidentificações, sendo que a grande maioria das pessoas a ela submetidos não permanecerão no certame, por conta de seu rendimento nas provas.

Por isso é necessário prever, além dessa regra geral, a possibilidade de realizar a heteroidentificação após as primeiras etapas do concurso, desde que para isso se tenha cuidados especiais.

É que existe uma preocupação legitimamente presente quando se fala do momento de realização da heteroidentificação em concursos ou seleções. Como regra, as concorrências trazem, etapa por etapa, a chamada cláusula de barreira, ou seja, um limite da quantidade de candidatos que podem participar das fases subsequentes do certame a partir da pontuação mínima ou da colocação obtida na etapa anterior.

Não é raro encontrar concursos ou seleções que, após heteroidentificação realizada ao final do certame, deixem de preencher as vagas reservadas para a população negra, ou mesmo sejam encerrados sem cadastro de reserva para cotistas. A consequência é o preenchimento das vagas originalmente destinadas a pessoas negras por candidatos fenotipicamente brancos, implodindo o sentido da política afirmativa.

Dessa forma, existindo cláusula de barreira, postergar o procedimento de heteroidentificação, sobretudo para as etapas finais do concurso ou seleção, é algo contrário à efetividade da política de cotas, já que há risco de que

candidatos brancos que se autodeclararam falsamente e avançam para as etapas seguintes dos concursos excluem injustamente candidatos negros que teriam avançado caso não estivessem concorrendo com fraudadores. Quando a verificação ocorre, habitualmente ao final do certame, a eliminação dos candidatos que se autodeclararam falsamente não resulta na readmissão dos candidatos negros preliminarmente excluídos na etapa anterior (VAZ, 2018, p. 66).

Por isso mesmo, há hoje forte tendência de mitigação da cláusula de barreira para candidatos que concorram como cotistas negros. O CNJ, por exemplo, diminuiu a restrição em setembro de 2023. A partir de então, em concursos para o Poder Judiciário (magistrados e servidores) e para serventias extrajudiciais, não existe mais percentual máximo de cotistas aprovados na primeira fase, mas tão somente a previsão de um rendimento mínimo no certame.

Nesse cenário, a garantia da efetividade da heteroidentificação deverá vir pautada na junção de duas regras, uma ligada ao momento de realização do procedimento e outra ao abrandamento da cláusula de barreira. Somente assim será possível evitar que pessoas negras sejam excluídas injusta e previamente das fases subsequentes do certame ou do cadastro de reserva.

Como já indicado, defendemos ser adequada a realização da heteroidentificação logo após a inscrição preliminar ou definitiva no certame. Não sendo isso possível, deve-se restringir a cláusula de barreira para quem concorre como cotista.

De fato, não basta estabelecer que serão convocadas para o procedimento de heteroidentificação

todas as pessoas optantes pela reserva de vagas e classificadas na fase imediatamente anterior à realização do procedimento. Essa é, aliás, a previsão que consta do art. 15 da Instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, aqui já diferentes vezes referida.

Mais adequado nos parece determinar como habilitados para realizar o procedimento de heteroidentificação todos os candidatos autodeclarados negros que alcancem a pontuação mínima nas fases eliminatórias do concurso. Nessa hipótese, a aplicação da cláusula de barreira somente ocorreria após a heteroidentificação (VAZ, 2018, p. 65-67). Isso, obviamente, com o intuito de fixar os candidatos aprovados e classificados, viabilizando o preenchimento das vagas e a constituição do cadastro de reserva de cotistas.

Na hipótese de a heteroidentificação ficar para a fase final do certame, o que, como visto, não é a indicação desta Nota Técnica, uma ressalva é importante. Mesmo os candidatos que tenham obtido nota suficiente para figurar na ampla concorrência devem ser submetidos à heteroidentificação, caso, obviamente, estejam inscritos como cotistas negros.

Justifica essa orientação o fato de que as listas de ampla concorrência e de cotistas sempre estarão separadas, ainda que haja a duplicidade do nome do candidato aprovado em ambas. Ou seja, deverá figurar nas duas listas um candidato cotista aprovado nesta condição e também na ampla concorrência. E isso é fundamental, já que a ordem de chamada e de nomeações se dá por critérios distintos, dependendo, inclusive, do que esteja previsto no edital do concurso ou seleção.

Dessa forma, é fundamental que todo e qualquer candidato inscrito como cotista e que supere as notas mínimas até a fase em que há previsão da heteroidentificação seja submetido a esse procedimento. [\[15\]](#)

Andou bem a Instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, ao assim prever.

Art. 16. As pessoas que optarem por concorrer às vagas reservadas às pessoas negras, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência, e satisfizerem as condições de habilitação estabelecidas em edital deverão se submeter ao procedimento de heteroidentificação.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. O edital definirá o momento de realização do procedimento de heteroidentificação, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

§1º. A heteroidentificação ocorrerá, prioritariamente, após a inscrição provisória ou definitiva do candidato no certame e antes de realização de etapa eliminatória.

§ 2º. Sendo a heteroidentificação realizada após etapa eliminatória, serão a ela submetidos todos os candidatos autodeclarados negros que alcancem a pontuação mínima na etapa imediatamente anterior ao procedimento, não se aplicando antes da heteroidentificação cláusula que restrinja percentual máximo de candidatos cotistas aptos a avançar no certame.

§3º. Independentemente do momento de realização da heteroidentificação, os candidatos que optarem por concorrer às vagas reservadas às pessoas negras, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência, deverão se submeter ao procedimento de heteroidentificação.

3.3.2 Heteroidentificação presencial

Conforme já ressaltado nesta Nota Técnica, embora o critério de heteroidentificação adotado pela Comissão deva ser exclusivamente o fenótipo do candidato, esse parâmetro comporta diferentes meios de prova. É que a avaliação da aparência ou leitura social de uma pessoa pode ser feita de diferentes maneiras, como, por exemplo, por meio de entrevista presencial, do uso de fotografia ou de vídeo.

A entrevista presencial é certamente o meio de prova mais adequado para a avaliação fenotípica do candidato, ao menos para o fim específico da heteroidentificação realizada no contexto das cotas étnico-raciais. O candidato deve então se apresentar diante da comissão, para que nesse contexto seja avaliado seu

fenótipo.

A análise presencial do fenótipo contribui para a efetividade da política de cotas, na medida em que oferece à comissão de heteroidentificação recursos bem mais seguros para seu trabalho. A aferição indireta do fenótipo do candidato, por meio de fotografia ou vídeo, dificulta a leitura de elementos como a cor de pele e a textura do cabelo, pois, além de não serem avaliados a olho nu, estão sujeitos a variáveis, como ângulo, distância e luminosidade da gravação, qualidade do aparelho que captou a imagem/vídeo ou ainda configuração na qual o material foi salvo.

Além disso, a análise fenotípica indireta facilita o uso de subterfúgios pelo candidato que intencionalmente pretenda burlar a política de cotas, pois potencializa a utilização, por exemplo, de filtros de edição, perucas ou maquiagens sem que a comissão possa atentar para esses elementos.

No entanto, além de garantia da efetividade da política, entendemos que a entrevista presencial é direito do candidato. Traduz o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, diante de uma possível limitação de direitos, assegura que a comissão usou meio adequado e condizente com a heteroidentificação como base para seu julgamento. Dito de outra forma, afronta a dignidade do candidato ter sua aparência avaliada de forma indireta, ainda mais quando isso condiciona seu direito de ser beneficiado por política pública, no caso, as cotas étnico-raciais.

Algumas instituições, sobretudo as que organizam concursos ou seleções em nível nacional, têm adotado um critério misto para a heteroidentificação. Preveem em suas regulamentações e editais uma primeira fase do procedimento, realizado por meio de análise da fotografia ou vídeo do candidato. Restringem a manifestação da comissão, ao menos nessa fase, à confirmação do candidato como pessoa preta ou parda. O candidato cuja aparência não seja aferida como de pessoa negra por meio da fotografia ou vídeo será submetido a entrevista pessoal perante comissão, apenas nessa fase podendo ser negada sua participação no certame como beneficiário das cotas étnico-raciais.^[16] Nesse caso, a heteroidentificação indireta é meio somente para a aprovação do candidato como cotista, não podendo servir para sua eliminação das cotas.

Em que pese o esforço institucional para ponderar a regra da heteroidentificação presencial com a necessidade de administrar um grande número de procedimentos realizados, entendemos que essa proposta não deve prosperar. Ainda que seu uso esteja restrito à inclusão do candidato como cotista, o que respeita o princípio da dignidade humana, já que não lhe restringe direito, deixa de garantir a efetividade da política de cotas. Em qualquer hipótese, a avaliação de fotografia ou vídeo abre margem para fraudes ou dúvidas.

Dessa forma, não pode a heteroidentificação indireta (fotografia ou vídeo) ser adotado pela comissão como procedimento principal. Nem mesmo deve se constituir enquanto método alternativo ou como fase do procedimento, ainda que complementado posteriormente por entrevista presencial. No máximo, pode ser empregada em casos excepcionais, quando alegada e comprovada a exceção pelo candidato.

São exemplos dessa excepcionalidade: candidato em internação hospitalar no período de realização da heteroidentificação ou candidata que esteja grávida e com orientação médica de não viajar até o local do procedimento. Em todo caso, como citado, o ônus de fazer prova da situação excepcional é do candidato que demanda tratamento diferenciado.

Nessas hipóteses, a instituição promotora do certame deve adotar os devidos cuidados, a exemplo de realizar a gravação em uma de suas unidades, ou, havendo tal impossibilidade, orientar o candidato na forma adequada de gravar e transmitir a mídia com sua imagem. No segundo caso, seria ideal a presença de um representante da institucional quando da gravação (VAZ, 2018, p. 73). De toda forma, deve a instituição ainda garantir a atualidade do registro e a devida identificação do candidato.

O procedimento de heteroidentificação presencial não precisa ser realizado pela junta ou comissão recursal, ou seja, aquela que aprecia administrativamente impugnações ao trabalho da comissão de heteroidentificação. Isso pela natureza da atividade dessa estrutura recursal, como ainda será explorado nesta Nota Técnica.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. O procedimento de heteroidentificação consistirá em entrevista presencial do candidato perante a comissão.

Parágrafo único: excepcionalmente, a comissão realizará a heteroidentificação por meio de fotografia ou vídeo do candidato, desde que tempestivamente por ele requerida, mediante comprovação da excepcionalidade. Nessa hipótese, a instituição adotará os devidos cuidados para a garantia da identificação do candidato e para a atualidade e qualidade do registro e da transmissão do vídeo ou fotografia.

3.3.3 Dever de motivação dos atos da comissão

Uma das críticas dirigidas às atividades da comissão de heteroidentificação é a de que ela utiliza critérios subjetivos e arbitrários. Nesse sentido, a suposta má qualidade ou mesmo a ausência de motivação da análise feita pela comissão é corriqueiramente levantada. Segundo as críticas, essa fragilidade seria da própria natureza do trabalho da comissão.

Tal exame é por demais infundado. Não existe subjetivismo ou arbítrio no procedimento de heteroidentificação para fins de cotas étnico-raciais, ao menos caso o procedimento seja devidamente regulamentado pela instituição promotora do certame, bem como seguido e registrado pela comissão em seu parecer.

O nível de subjetividade que integra a atividade de heteroidentificação é o mesmo presente em qualquer concurso ou seleção, a exemplo daquele existente em uma comissão que avalia provas discursivas ou em uma banca de prova oral. Em todos esses casos, tal como na heteroidentificação, há uma subjetividade controlada, já que fundamentada em critérios objetivamente aferíveis, inclusive por serem previamente estabelecidos em normas e editais. Lembremos que subjetividade não é o mesmo que subjetivismo ou arbítrio.

Dessa forma, não deve a instituição promotora do certame ou a comissão de heteroidentificação ter como preocupação excluir toda a subjetividade do procedimento.^[17] O que deve existir, como presente em qualquer concurso ou seleção, é a definição de uma subjetividade controlada, por meio do estabelecimento de critérios objetivos capazes de justificar a decisão da comissão, sobretudo na hipótese de não validar a autodeclaração do candidato como pessoa negra. Dito de outra forma, é necessário dar contornos objetivos, ou seja, preestabelecidos e aferíveis, a um procedimento que sempre terá alguma margem de subjetividade.

Nesse contexto, a regulamentação do procedimento de heteroidentificação precisa ter como propósito garantir a apropriada motivação dos atos da comissão. Deve obediência à Lei 9.784/1999, que regula os atos administrativos no âmbito federal.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...)

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; (...)

§1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Além da obediência direta ao que prevê a lei, a adequada fundamentação das decisões da comissão evita uma possível modificação do mérito administrativo que decidiu a heteroidentificação

Esse, inequivocamente, é o entendimento que tem hoje predominado com relação aos trabalhos da comissão, no sentido de que os fundamentos da heteroidentificação devem ter como preocupação o adequado registro da avaliação fenotípica do candidato.

A decisão da comissão de verificação - independentemente de confirmar ou não a autodeclaração - resulta na emissão de ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos e interesses. Imprescindível, portanto, que as decisões da comissão sejam devidamente motivadas, sob pena de serem judicialmente invalidadas. Se o fenótipo é o critério a ser apreciado quando da verificação da veracidade da autodeclaração racial, o ato administrativo que ratifica ou refuta a condição declarada

pelo candidato deve apresentar motivação nesse sentido, estabelecendo se o conjunto de características fenotípicas do candidato corresponde às características fenotípicas de uma pessoa considerada socialmente negra no contexto local em questão (VAZ, 2018, p. 62-63).

Quanto aplicado à comissão de heteroidentificação, o dever de motivação implica na proibição de fundamentos genéricos na aferição do fenótipo. De fato, não pode simplesmente a comissão declarar que o candidato “não preenche os requisitos para ser beneficiário das cotas raciais”, que “não é pessoa fenotipicamente negra” ou outra expressão similar.

Ainda que não seja ponto consensuado pelos tribunais, há relevante jurisprudência que reconhece a possibilidade de o Poder Judiciário alterar o mérito da decisão da comissão na hipótese de falta de motivação adequada. O próprio STF manifestou esse entendimento por mais de uma vez. Como exemplo, temos a Reclamação n. 43.296, na qual o Supremo reconheceu “patente nulidade da fundamentação do ato administrativo” da comissão, pelo fato de “não ter registrado a devida motivação em seu parecer” (CESAR, 2023, p. 53).

A garantia do dever de motivação possui duas principais bases quando se trata do procedimento de heteroidentificação para fins do preenchimento das cotas étnico-raciais. A primeira é a previsão normativa e editalícia do critério levado em consideração no procedimento, em especial a definição do que é fenótipo e dos elementos que o compõem, ou seja, das características fenotípicas avaliadas pela comissão. A segunda é a reprodução dessas referências em pareceres individualizados dos integrantes da comissão e em sua manifestação conjunta, bem como em eventual julgamento de recursos administrativos. ^[18]

Quanto ao parecer da comissão, ponto costumeiramente sensível a impugnações judiciais, recomendamos que ele defina expressamente o fenótipo enquanto a avaliação da aparência ou leitura social do candidato como pessoa negra ou não. Sugerimos ainda que, na hipótese de não confirmação da condição do candidato como negro ou pardo, traga a possibilidade dos membros da comissão registrarem individualmente a/s característica/as fenotípica/s predominante/s em sua decisão, quais sejam cor da pele e/ou textura do cabelo e/ou traços faciais.

Nesse exato sentido:

Cada parecer deve ser personalizado, a fim de que refira à individualidade de cada candidato, evitando o uso de frases genéricas como “não preenche o requisito fenotípico, exigido pelo edital”, ou de que “não apresenta fenótipo de acordo com as exigências do edital do concurso” (CESAR, 2023, p. 83).

Ou ainda:

Nessa decisão [parecer da comissão], devem ser abordados pelo menos três elementos essenciais: a cor da pele, a textura dos cabelos e os traços faciais das/os candidatas/os que se apresentam perante a comissão. A fundamentação da decisão não deve se limitar a, de forma genérica, afirmar o não atendimento dos requisitos estabelecidos no edital, a ponto de obstaculizar eventual defesa (judicial ou administrativa) por parte da/o interessada/o. Sobretudo nas decisões de invalidação ou não confirmação, para afastar a presunção relativa de veracidade da autodeclaração racial, é importante que sejam indicadas quais as características fenotípicas da/o candidata/o que destoam daquelas percebidas socialmente numa pessoa negra (VAZ, 2022, p. 97).

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. A decisão da comissão de heteroidentificação será devidamente motivada, inclusive com expressa referência à definição conceitual da fenotipia prevista nesta norma, bem como, na hipótese de não confirmação da condição do candidato como pessoa negra, com o registro das características fenotípicas que predominaram na decisão.

3.3.4 Previsão de recursos e seu processamento

A heteroidentificação é procedimento administrativo que decide se o candidato autodeclarado negro está apto ou não à concorrência como cotista. Tem como efeito a garantia ou a restrição a direitos, já que condiciona o acesso à política de cotas étnico-raciais.

Por essas razões, há na heteroidentificação dever de obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que passa pela obrigação institucional de receber e processar recursos contra a decisão da comissão.

Esse é o posicionamento do STF, definido quando do julgamento da ADC 41/2017, que, além de fixar a legitimidade das comissões de heteroidentificação, firmou a imposição de recurso contra sua avaliação, exatamente em obediência às garantias do contraditório e da ampla defesa. O paradigmático entendimento do Supremo foi aplicado em outros julgamentos daquela Corte.^[19]

A atual regulamentação sobre o tema no âmbito da Administração federal, inscrita na já citada Instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, prevê expressamente a existência de comissão recursal, conforme arts. 27 a 29 daquela norma.

A mesma Instrução traz contornos bastante razoáveis quanto ao formato e ao método da comissão recursal.^[20] Prevê que ela será composta por 3 (três) componentes, necessariamente distintos das pessoas que estiveram na comissão de heteroidentificação. Determina ainda que a comissão de recurso trabalhará com base na gravação em vídeo do procedimento de heteroidentificação.

O uso da filmagem da heteroidentificação pela comissão recursal é algo que tem sido consensuado entre os estudiosos do tema.^[21] É flagrantemente inviável, do ponto de vista econômico e operacional, submeter todos os candidatos que interpuserem recurso a uma nova comissão presencial.

Sobre a filmagem, há, porém, alertas que devem ser apontados.

Embora o vídeo não seja a única fonte de informação da comissão recursal, pois ela também se valerá de parecer efetuado pela comissão, bem como recurso impetrado por candidato prejudicado, é sempre preocupante as gravações em vídeo, pois sabemos das precariedades materiais do poder público. Além do mais, a iluminação e a qualidade da gravação podem enegrecer pessoas brancas e embranquecer pessoas negras. Há de se ter muito cuidado na qualidade das gravações (DIAS, 2018, p. 165).

De fato, embora a comissão recursal assegure o direito do candidato ao recurso, tem grandes limitações se comparada à comissão que realizou a heteroidentificação presencial. Regra geral, como na Instrução Normativa n. 23/2023, a avaliação recursal é realizada por apenas 3 (três) pessoas, e não pelas 5 (cinco) que atuam na entrevista presencial. Além disso, a comissão recursal usa como método de trabalho somente a avaliação de filmagem ou fotografia, além de outros elementos eventualmente apresentados pelo candidato em seu apelo.

Com efeito, não há como comparar as condições nas quais a junta recursal faz sua avaliação com as que oportunizam a manifestação da comissão que guiou a heteroidentificação presencial. Nesse sentido, “é fato gravemente preocupante tirarmos a presencialidade das comissões e darmos à comissão recursal o fardo de se posicionar sobre a fenotipia de determinado/a candidato/a utilizando gravações” (DIAS, 2018, p. 167-168).

As dificuldades da comissão de recursos não são aqui levantadas para fundamentar serem desnecessárias ou inúteis. Em verdade, elas possuem, pelo menos, duas funções fundamentais.

A primeira é oportunizar a impugnação de erros de procedimento ou a alegação de suspeições e impedimentos ocorridos na heteroidentificação presencial. Serve assim como fiscal do cumprimento das regras editalícias e da lei em geral.^[22]

A segunda é que a comissão de recursos deve fundamentar o aceite ou a recusa de todo e qualquer argumento levado pelo candidato a sua apreciação. Tem como finalidade acolher ou repelir, por escrito e de maneira justificada, qualquer alegação registrada no recurso. Deve assim agir ainda que o apelo esteja em desacordo com as normas aplicáveis ao concurso ou seleção, a exemplo da alegação de que a

heteroidentificação não teve como base o critério da ancestralidade.

Essa segunda função é por demais relevante. Além de garantir uma devolutiva fundamentada ao candidato, inviável de ser realizada na heteroidentificação presencial, deixa o procedimento de heteroidentificação devidamente instruído, e por essa razão mais protegido a eventuais contestações junto ao Poder Judiciário.

De toda forma, ainda que não seja essa a prioridade da comissão de recursos, não se pode esvaziar a possibilidade de ela realizar nova apreciação do mérito da heteroidentificação presencial. No entanto, os componentes da comissão recursal precisam ter a devida orientação de que essa não é sua atividade prevalente. De fato, a função principal da comissão de recursos não é realizar uma nova heteroidentificação, agora indireta, substituindo a primeira.

Por isso defendemos que somente é possível o refazimento do mérito da heteroidentificação presencial pela comissão de recursos na hipótese de erro crasso, não comportando tal mudança no caso de mera dúvida. E ainda assim, caso modifique o mérito da heteroidentificação presencial, deverá afastar fundamentadamente os motivos registrados no parecer da comissão presencial que levaram à não aprovação do candidato.

Por tudo isso, como já alegado nesta Nota Técnica, há necessidade de que a comissão de heteroidentificação produza um parecer adequadamente fundamentado. Ao fim e ao cabo, ele será a principal base dos trabalhos da comissão de recursos.

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. 10. O procedimento de heteroidentificação será filmado, além de captada imagem fotográfica do candidato logo antes ou logo após o procedimento, primando-se pela padronização e uniformidade de tais registros.

Parágrafo único. Será eliminado do procedimento de heteroidentificação o candidato que recusar a realização da filmagem ou a captação de imagem fotográfica.

Art. X. Das decisões da comissão de heteroidentificação caberá recurso para comissão formada por 3 (três) integrantes.

§ 1º. Em suas decisões, a comissão recursal deverá considerar a filmagem do procedimento de heteroidentificação, a imagem fotográfica do candidato captada nesse contexto, o parecer emitido pela comissão de heteroidentificação e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato.

§ 2º. A comissão recursal priorizará a apreciação de erros de procedimento e a alegação de suspeições e impedimentos ocorridos na heteroidentificação presencial, apenas alterando o mérito da decisão recorrida na hipótese de erro crasso.

§ 3º. O julgamento da comissão recursal deve ser registrado por meio de parecer escrito e fundamentado.

§ 4º. Das decisões da comissão recursal não caberá recurso.

3.4 Eixo temático 4: Comissões de heteroidentificação e combate a fraudes

3.4.1 Atribuições da comissão na apuração de fraudes

Por muito tempo houve uma associação direta e mesmo uma confusão entre a eliminação de um candidato no procedimento de heteroidentificação e a ocorrência de fraude. O tratamento institucional dado à pessoa não aprovada como cotista negro era o de “fraudador”, seja na regulamentação do tema, seja no

procedimento da comissão.

O entendimento tornava evidente o caráter sancionador com que se encarava as consequências da não aprovação do pretense cotista. O candidato eliminado na heteroidentificação era excluído do concurso ou seleção, independentemente de ter obtido rendimento nas provas que o habilitasse para a ampla concorrência.

A regra decorreu inicialmente de uma demanda dos movimentos sociais antirracistas, como reação a fraudes que alcançavam grande repercussão na mídia e colocavam em xeque a política de cotas. Esse entendimento, porém, acabava estando em harmonia com uma concepção punitivista, que buscava, inclusive, criminalizar a conduta de quem fosse reprovado no procedimento de heteroidentificação. ^[23]

O quadro trouxe repercussões negativas. Candidatos que se identificam como pretos ou pardos se sentiam desestimulados ou mesmo temerosos a requerer sua inscrição como cotistas. Não raramente, o risco de eventual resultado desfavorável na heteroidentificação, e sua consequente eliminação no certame, levava-os a não se inscreverem como cotistas. Isso, inequivocadamente, afastava inúmeros candidatos negros da política de inclusão étnico-racial, o que minava a efetividade das cotas.

Tal solução [eliminação do certame], embora possa ter por escopo um eventual combate à fraude, acaba por trazer sanção a candidatos que não ostentam qualquer laivo de fraude ou desvio em sua autodeclaração, pela simples razão de não ocorrer a confirmação de sua autodeclaração (FREITAS, 2018, p. 189-190).

Nesse contexto, o ambiente construído institucionalmente para os candidatos cotistas não era nada favorável. Havia quem defendesse que todo candidato reprovado na heteroidentificação, além de eliminado do concurso ou seleção, deveria ser processado pelo crime de falsidade ideológica, tendo em vista a declaração “falsa” que prestou à comissão.

Além disso, a forma punitivista com a qual era tratada a não aprovação na heteroidentificação colocava as comissões em uma difícil situação. A ciência de que a decisão de reprovação do candidato levava a sua automática eliminação do certame levava a comissão a ser pouco rigorosa em seu trabalho. O receio de prejudicar o candidato de maneira irreversível dava margem para avaliações fenotípicas pouco exigentes, potencializando a aprovação em massa de candidatos não negros.

O amadurecimento do tema levou os movimentos sociais e as instituições a mudarem a forma de agir com relação a candidatos não aprovados na heteroidentificação (DIAS, 2018, p. 145). As razões do não reconhecimento do candidato como pessoa negra deixaram de ser associados apenas a fraudes. Outros fatores, como a falta de letramento étnico-racial do candidato ou a precária comunicação institucional sobre as regras e os critérios do procedimento, tornaram-se predominantes no debate sobre o tema.

Com isso foi rompida a premissa de que toda e qualquer autodeclaração que não esteja de acordo com os critérios da comissão traduz uma “declaração falsa” (SADDY, 2016, p. 651). Candidatos não aprovados na heteroidentificação passaram a ser tratados tão somente como inaptos a seguir como cotistas, deixando de ser presumidamente fraudadores.

O conceito de fraude ou falsidade passou a ser associado, exclusivamente, a casos de comprovada má-fé objetiva do candidato, ou seja, de burla consciente e intencional à heteroidentificação.

Não se trata, a priori, de concluir se houve ou não má fé por parte do candidato, mas de confirmar ou não a sua autodeclaração racial. Dito de outro modo, não cabe à comissão de verificação avaliar se houve conduta maliciosa por parte do candidato, mas apenas aferir se sua autodeclaração corresponde às suas características fenotípicas (VAZ, 2018, p. 71-72).

Essa foi a posição que aos poucos se consolidou no STF. No bojo da Reclamação n. 53.151, o Supremo chegou a afirmar que o debate sobre eventual má-fé na heteroidentificação pertence à esfera de natureza criminal. Por essa razão, não deve constituir elemento central de preocupação da comissão (CESAR, 2023, p. 77).

Diante do que aqui foi levantado, conclui-se que, quanto a fraudes no procedimento de heteroidentificação, não é papel da comissão a apurar, declarar sua existência e muito menos aplicar sanções ao candidato. Cabe à comissão apenas registrar eventual suspeita de burla, justificando as razões dessa suposição. Além disso, deve encaminhar o registro ao setor indicado pela instituição promotora do certame

como adequado para a adoção das providências cabíveis, o que incluirá certamente a provocação formal dos órgãos estatais de investigação criminal, como se verá de maneira mais aprofundada no próximo tópico.

Investir as comissões de qualquer competência para apuração de fraudes significa as desvirtuar por completo. Seus integrantes não são escolhidos com base no conhecimento técnico de investigação de falsidades. E nem deveria assim ser. As habilidades dos membros da comissão estão relacionadas à capacidade de análise fenotípica dos candidatos. Qualquer outra atribuição, sobretudo a de natureza investigatória, afasta a heteroidentificações de seu real propósito e inibe o foco do trabalho da comissão.

No entanto, o fato de as comissões não possuírem atribuição investigativa ou punitiva não significa que devem fazer vista grossa quanto à possíveis fraudes. Como já citado, há dever de registro de suspeitas e de encaminhamento a quem tenha, de fato, atribuição para apurar possível ilícito. Lembremos que a investigação de fraudes não possui apenas natureza sancionadora. É medida pedagógica que inibe burlas à heteroidentificação e contribui densamente para a eficácia da política de cotas (DIAS, 2018, p. 148).

Diante do exposto, apresentamos a seguinte proposição normativa relacionada ao tema:

Art. X. Havendo suspeita de que o candidato agiu de má-fé, valendo-se intencionalmente de ardil para a burla à heteroidentificação, a comissão registrará formalmente as razões da suspeita e encaminhará o registro ao setor desta Instituição com competência para adoção das providências cabíveis.

3.4.2 Consequências da fraude para os candidatos

Como afirmado no item anterior, hoje se encontra superada a ideia de que a discordância da comissão quanto à autodeclaração do candidato significa que ele tenha prestado declaração falsa, o que fazia com que fosse tratado como fraudador, inclusive sendo eliminado sumariamente do certame.

O debate e a regulamentação no âmbito da Administração Pública federal bem refletem como essa mudança de entendimento foi sendo construída.

A Portaria Normativa SGP n. 4, de 6 abr. 2018, assim previa

Art. 11. Serão eliminados do concurso público os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé.

A mudança de entendimento somente ocorreu em 2021, com a edição da Portaria n. 14.635/2021, do Ministério da Economia. A nova norma estabeleceu que os candidatos reprovados pela banca de heteroidentificação não mais seriam eliminados do concurso ou seleção, mas realocados para a ampla concorrência. A eliminação do certame somente ocorreria quando comprovada a má-fé, em procedimento administrativo instaurado para esse fim.

Art. 11. O candidato cuja autodeclaração não for confirmada em procedimento de heteroidentificação concorrerá às vagas destinadas à ampla concorrência.

§ 1º. Não concorrerá às vagas de que trata o caput e será eliminado do concurso público o candidato que apresentar autodeclaração falsa constatada em procedimento administrativo da comissão de heteroidentificação nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990, de 2014.

A posição foi mantida pela Instrução Normativa n. 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, atualmente em vigor.

Art. 25. Na hipótese de indeferimento da autodeclaração no procedimento de heteroidentificação, a pessoa poderá participar do certame pela ampla concorrência, desde que possua, em cada fase anterior do certame, nota ou pontuação suficiente para prosseguir nas demais fases.

Art. 26. Na hipótese de indícios ou denúncias de fraude ou má-fé no procedimento de heteroidentificação, o caso será encaminhado aos órgãos competentes para as providências cabíveis.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação, pelos órgãos competentes, de fraude ou má-fé no

procedimento de heteroidentificação, respeitados o contraditório e a ampla defesa:

I - caso o certame ainda esteja em andamento, a pessoa será eliminada;

II - caso a pessoa já tenha sido nomeada, ficará sujeita à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O texto atual merece elogios, sendo inclusive a base da proposição normativa a diante apresentada. Além de demonstrar a consolidação do pensamento amadurecido nos últimos anos sobre o tema, a norma é bem mais completa do que as que a antecederam. Possui harmonia, ainda, com a jurisprudência que cada vez mais vem se consolidando no STF (CESAR, 2023, p. 57-61).

Sobre o assunto, um último comentário é necessário. No debate sobre as fraudes e o papel das comissões, é importante ressaltar que eventual burla ao procedimento não fica convalidada com a aprovação do candidato na heteroidentificação. Ainda que a conduta dolosamente fraudulenta não tenha sido constatada pela comissão e direcionada aos órgãos de apuração, continuará existindo o poder de autotutela da Administração, que poderá, futuramente, instaurar procedimento específico para a apuração do ilícito atribuído ao candidato.

Lembremos que as comissões de heteroidentificação são estruturas preventivas, atuando durante o concurso ou seleção, antes da aprovação e nomeação do candidato. Há, porém, comissões repressivas, constituídas para averiguar, por exemplo, denúncia contra candidato nomeado em concurso público como cotista negro, ao se perceber que, em verdade, é fenotipicamente branco e que potencialmente se valeu de artil para a burla à heteroidentificação.

Proposições normativas

Art. X. O indeferimento da autodeclaração no procedimento de heteroidentificação não impede o candidato de participar do certame pela ampla concorrência, desde que possua, em cada fase anterior do concurso ou seleção, nota ou pontuação suficiente para prosseguir nas demais fases.

Art. X. Na hipótese de indícios ou denúncias de fraude ou má-fé no procedimento de heteroidentificação, o caso será encaminhado aos órgãos competentes para as providências cabíveis.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação, pelos órgãos competentes, de fraude ou má-fé no procedimento de heteroidentificação, respeitados o contraditório e a ampla defesa:

I - caso o certame ainda esteja em andamento, a pessoa será eliminada, sem prejuízo de outras sanções cabíveis; e

II - caso a pessoa já tenha preenchido a vaga para qual se destina o certame, seu ingresso ficará sujeito à anulação, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

4. Compilação proposições normativas (texto normativo):

Sobre o tratamento institucional das comissões de heteroidentificação

Política institucional para comissões de heteroidentificação

Artigo X. É dever institucional regulamentar, implementar, fiscalizar e avaliar a comissão de heteroidentificação étnico-racial em seus concursos e seleções.

§ 1º. A heteroidentificação é procedimento obrigatório para o ingresso de pessoas negras por meio do sistema de cotas étnico-raciais.

§ 2º. A regulamentação prevista neste artigo será orientada pela legislação existente sobre o tema, devendo a instituição primar pela compatibilidade com as leis.

§ 3º. A política institucional para as comissões de heteroidentificação tem caráter permanente, mantendo-se enquanto existirem as cotas étnico-raciais.

§ 4º. Fica vedada a terceirização parcial ou integral do procedimento de heteroidentificação.

Artigo X. A política para as comissões de heteroidentificação étnico-racial será desenvolvida por meio de Grupo de Trabalho, de natureza permanente, baseado na diversidade étnico-racial, de gênero/identidade sexual, de idade e primando pela representação dos diferentes segmentos funcionais que compõem a instituição.

Parágrafo único: São objetivos do Grupo de Trabalho:

i) organizar o procedimento de heteroidentificação de forma integrada a outros setores da instituição e investir em capacitações para seus membros e colaboradores;

ii) desenvolver política de educação em direitos voltada à heteroidentificação étnico-racial, o que engloba, inclusive, a produção e divulgação de materiais explicativos que forneçam instruções sobre como funciona o procedimento, quem são os sujeitos de direito das cotas e quais as dúvidas frequentes; e

iii) monitorar os resultados do trabalho de heteroidentificação, inclusive por meio da avaliação periódica dos resultados da atividade das comissões, da produção de dados seriados e de seu adequado tratamento e publicação.

Composição das comissões

Art. X. A comissão de heteroidentificação étnico-racial terá 5 (cinco) componentes, com seus respectivos suplentes, sendo 3 (três) representantes institucionais e 2 (dois) membros externos, devendo todos eles possuir:

i) reputação ilibada

ii) comprovada experiência ou formação em questões étnico-raciais e em heteroidentificação, na forma regulamentada nesta norma; e

iii) residência na abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

§ 1º. A comissão atenderá ao critério da diversidade de gênero/identidade sexual, de idade e étnico-racial.

§ 2º. Os representantes institucionais devem estar distribuídos nas diferentes estratificações do quadro de membros e servidores da instituição.

§ 3º. Os membros externos, que devem ter notório saber em questões étnico-raciais e comprovado engajamento na temática, serão 1 (um) do campo acadêmico e 1 (um) de movimento social com representatividade no combate ao racismo no local de abrangência do concurso ou seleção.

Formação e qualificação dos integrantes da comissão

Art. X. É requisito para participação na comissão de heteroidentificação étnico-racial a frequência e aprovação em cursos sobre heteroidentificação promovidos por escolas de formação de entes públicos ou por instituições públicas ou privadas de ensino, desde que credenciadas pelo Ministério da Educação.

§ 1º. O requisito é obrigatório para representante institucional na comissão e serve como critério de prioridade para integrante externo.

§ 2º. O preenchimento do requisito exige a frequência e aprovação em cursos com carga-horária mínima de 40 (quarenta) horas, podendo ela ser fracionada em mais de uma formação.

§ 3º. O programa dos cursos deve compreender, além do letramento em questões étnico-raciais, o domínio teórico e aplicado dos trabalhos da comissão, com destaque para o procedimento e os critérios de heteroidentificação, assim como a regulamentação vigente sobre a matéria.

§ 4º. É obrigação institucional oferecer regularmente cursos formativos que preencham os requisitos tratados neste artigo.

Publicidade dos nomes dos integrantes da comissão

Art. X. O procedimento de heteroidentificação deve obedecer aos princípios da transparência e controle social, assegurando-se, inclusive, a publicidade dos nomes dos componentes da comissão.

Parágrafo único. O dever de transparência obedecerá às previsões normativas que resguardam os direitos do acesso à informação, à vida privada, à honra e à imagem.

Aproveitamento da heteroidentificação realizada por comissão diversa

Art. X. A comissão de heteroidentificação étnico-racial adotará como sua o resultado de procedimento de heteroidentificação ao qual o candidato foi anteriormente submetido, desde que, no requerimento formal do aproveitamento, o candidato comprove que o procedimento precedente:

- i) confirmou sua autodeclaração étnico-racial como pessoa negra;
- ii) foi realizada pela mesma instituição, ainda que para acesso a cargo, função ou curso diverso;
- iii) adotou o critério exclusivamente fenotípico;
- iv) foi realizada de forma presencial; e
- v) ocorreu na mesma abrangência territorial para a qual o concurso ou seleção se destina.

Parágrafo único. O resultado da heteroidentificação realizada nos termos da presente norma, caso confirme a autodeclaração étnico-racial do candidato como pessoa negra, será aproveitado em procedimentos futuros realizados por esta instituição, desde requerido pelo candidato.

Sobre critério de heteroidentificação étnico-racial

Fenótipo como critério exclusivo de heteroidentificação

Art. X. A heteroidentificação é etapa complementar à autodeclaração étnico-racial feita pelo candidato e será realizada com base exclusivamente no critério fenotípico.

Parágrafo único. Por fenótipo se entende a avaliação da aparência do candidato, em especial o conjunto de sua cor de pele, textura de cabelo e traços faciais, verificando se é ou não pessoa lida socialmente como negra (preta ou parda).

Vedação de outros critérios de heteroidentificação

Art. X. Na adoção do fenótipo como parâmetro para a heteroidentificação, a comissão não levará em consideração qualquer outro critério, a exemplo da antropometria, peritagem antropológica, exame dermatológico, registros documentais, ascendência, vivência do racismo ou histórico de engajamento.

Conceito de “pardo” para a política de cotas

Art. X. São beneficiários das cotas étnico-raciais as pessoas negras, sejam elas pretas ou pardas.

Parágrafo único. Para fins da heteroidentificação, a definição de pardo corresponde à pessoa fenotipicamente negra e de pele não retinta.

Não aplicação da tese da “zona cinzenta” ou “dúvida razoável”

Art. X. A comissão de heteroidentificação não registrará em suas manifestações a existência de margem de dúvida com relação a sua avaliação, adotando, na definição do resultado, o quórum de votação previsto nesta norma.

Respeito à regionalidade no procedimento de heteroidentificação

Art. X. A heteroidentificação étnico-racial levará em consideração a região para a qual o concurso ou seleção se destina, devendo a avaliação fenotípica ser aplicada a partir da leitura social da pessoa negra naquele território.

Quórum de análise: maioria simples

Art. X. A Comissão de Heteroidentificação tomará suas decisões por maioria simples de votos.

Sobre o procedimento de heteroidentificação

Momento de realização da heteroidentificação e cláusula de barreira

Art. X. O edital definirá o momento de realização do procedimento de heteroidentificação, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

§1º. A heteroidentificação ocorrerá, prioritariamente, após a inscrição provisória ou definitiva do candidato no certame e antes de realização de etapa eliminatória.

§ 2º. Sendo a heteroidentificação realizada após etapa eliminatória, serão a ela submetidos todos os candidatos autodeclarados negros que alcancem a pontuação mínima na etapa imediatamente anterior ao procedimento, não se aplicando antes da heteroidentificação cláusula que restrinja percentual máximo de candidatos cotistas aptos a avançar no certame.

§3º. Independentemente do momento de realização da heteroidentificação, os candidatos que optarem por concorrer às vagas reservadas às pessoas negras, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência, deverão se submeter ao procedimento de heteroidentificação.

Heteroidentificação presencial

Art. X. O procedimento de heteroidentificação consistirá em entrevista presencial do candidato perante a comissão.

Parágrafo único: excepcionalmente, a comissão realizará a heteroidentificação por meio de fotografia ou vídeo do candidato, desde que tempestivamente por ele requerida, mediante comprovação da excepcionalidade. Nessa hipótese, a instituição adotará os devidos cuidados para a garantia da identificação do candidato e para a atualidade e qualidade do registro e da transmissão do vídeo ou fotografia.

Dever de motivação dos atos da comissão

Art. X. A decisão da comissão de heteroidentificação será devidamente motivada, inclusive com expressa referência à definição conceitual da fenotipia prevista nesta norma, bem como, na hipótese de não confirmação da condição do candidato como pessoa negra, com o registro das características fenotípicas que predominaram na decisão.

Previsão de recursos e seu processamento

Art. 10. O procedimento de heteroidentificação será filmado, além de captada imagem fotográfica do candidato logo antes ou logo após o procedimento, primando-se pela padronização e uniformidade de tais registros.

Parágrafo único. Será eliminado do procedimento de heteroidentificação o candidato que recusar a realização da filmagem ou a captação de imagem fotográfica.

Art. X. Das decisões da comissão de heteroidentificação caberá recurso para comissão formada

por 3 (três) integrantes.

§ 1º. Em suas decisões, a comissão recursal deverá considerar a filmagem do procedimento de heteroidentificação, a imagem fotográfica do candidato captada nesse contexto, o parecer emitido pela comissão de heteroidentificação e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato.

§ 2º. A comissão recursal priorizará a apreciação de erros de procedimento e a alegação de suspeições e impedimentos ocorridos na heteroidentificação presencial, apenas alterando o mérito da decisão recorrida na hipótese de erro crasso.

§ 3º. O julgamento da comissão recursal deve ser registrado por meio de parecer escrito e fundamentado.

§ 4º. Das decisões da comissão recursal não caberá recurso.

Sobre a comissões de heteroidentificação e o combate a fraudes

Atribuições da comissão na apuração de fraudes

Art. X. Havendo suspeita de que o candidato agiu de má-fé, valendo-se intencionalmente de ardil para a burla à heteroidentificação, a comissão registrará formalmente as razões da suspeita e encaminhará o registro ao setor desta Instituição com competência para adoção das providências cabíveis.

Consequências da fraude para o candidato

Art. X. O indeferimento da autodeclaração no procedimento de heteroidentificação não impede o candidato de participar do certame pela ampla concorrência, desde que possua, em cada fase anterior do concurso ou seleção, nota ou pontuação suficiente para prosseguir nas demais fases.

Art. X. Na hipótese de indícios ou denúncias de fraude ou má-fé no procedimento de heteroidentificação, o caso será encaminhado aos órgãos competentes para as providências cabíveis.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação, pelos órgãos competentes, de fraude ou má-fé no procedimento de heteroidentificação, respeitadas o contraditório e a ampla defesa:

I - caso o certame ainda esteja em andamento, a pessoa será eliminada, sem prejuízo de outras sanções cabíveis; e

II - caso a pessoa já tenha preenchido a vaga para qual se destina o certame, seu ingresso ficará sujeito à anulação, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

5. Recomendação a partir da Nota Técnica:

As justificativas e proposições normativas que compõem esta Nota Técnica têm como finalidade orientar instituições brasileiras quanto à atualização e coerência na regulamentação dos trabalhos de comissões de heteroidentificação étnico-racial. Respeitam o amadurecimento do tema, cujo amoldamento foi sendo definido a partir da percepção do caminho mais consistente para a eficácia e transparência da política de cotas.

A Nota Técnica serve de base para que instituições responsáveis pela implantação da política de cotas étnico-raciais, seja qual for o âmbito da atividade administrativa, possam conferir sistematicidade e efetividade às normas sobre o tema.

As proposições normativas são apresentadas como sugestão textual para o tratamento da matéria. No entanto, não precisam ser adotadas em sua literalidade. Sua aglutinação, separação, complemento ou reordenação é perfeitamente cabível, inclusive para melhor adaptação à realidade institucional e ao contexto dos concursos ou seleções que vise regulamentar.

Diante do que foi exposto na presente manifestação, o Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais da Defensoria Pública da União recomenda o recebimento deste documento e seu uso

institucional para impulsionar a regulamentação e/ou a atualização dos trabalhos das comissões de heteroidentificação étnico-racial no contexto de concursos e seleções públicas.

YURI COSTA

Defensor Público Federal
Coordenador do GTPE/DPU

XXXXXX

Defensor Público Federal
Membro do GTPE/DPU

XXXXXX

Defensor Público Federal
Ponto Focal do GTPE/DPU

Referências:

CARVALHO, José Jorge de. Autodeclaração confrontada e punição de fraudes: os avanços da igualdade racial na era das cotas. **Revista Ensaios e Pesquisa em Educação e Cultura**. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 9, pp. 45-67, jul./dez. 2020.

CESAR, Layla Jorge Teixeira. **Judicialização em concursos públicos a partir da Lei nº 12.990/2014**. Brasília: Universidade de Brasília; Escola Nacional de Administração Pública, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 92.2022.2.00.0000. O Requerente insurge-se contra a ausência de comitê de heteroidentificação pelo TJRJ após a autoidentificação de candidato tido como não negro pela Requerente. Brasília, 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ata da Audiência Pública sobre “Fraudes nos sistemas de cotas e mecanismos de fiscalização: papel do Ministério Público”, realizada no dia 3 de novembro de 2015, na sede do CNMP. Brasília, CNMP, 2015.

COSTA, Andréa Lopes da; MOREIRA LIMA, Ludmila Maria; MIRANDA, Luma Doné. Sobre quem somos e sobre o que dizem que somos: o que revelam os rituais das Comissões de Heteroidentificação? **Revista Brasileira de Sociologia**. Sergipe. Vol. 10, n. 26, pp. 69-103, set./dez. 2022.

DIAS, Gleidson Renato Martins. Considerações à Portaria Normativa n. 4, de 6 abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, p. 141-175.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Do medo da diferença à liberdade com igualdade: as ações afirmativas para negros no ensino superior e os procedimentos de identificação de seus beneficiários. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

FREITAS, Enrico Rodrigues de. Heteroidentificação e quotas raciais: o papel do Ministério Público. In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, p. 176-193.

GOMES, Lauro Felipe Eusébio. Ser pardo: o limbo identitário-racial brasileiro e a reivindicação da identidade. **Cadernos de Gênero e Diversidade**. v. 5, n. 1, pp. 66-78, jan./mar., 2019.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MGI Nº 23, DE 25 DE JULHO DE 2023 (Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos). Disciplina a aplicação da reserva de vagas para pessoas negras nos concursos públicos, na forma da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, e reserva vagas para pessoas negras nos processos seletivos para a contratação por tempo determinado de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2023.

MENEZES, Camila Marques. Heteroidentificação e cotas étnico-raciais na Região Goiás da UFG: aspectos políticos, administrativos e jurídicos. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. Contracorrente: São Paulo, 2020.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, v. 19, n. 1, pp. 287-308, nov./2006.

NUNES, Georgina Helena Lima. Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestor/as de ações afirmativas. In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, p. 11-30.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018., p. 215-249.

RODRIGUES, Gabriela Machado Bacelar. (Contra)mestiçagem negra: pele clara, anti-colorismo e comissões de heteroidentificação racial. 2021. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2021.

SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. v. 18, n. 116, pp. 633-665, out. 2016./Jan. 2017.

SANTOS, Adilson Pereira; TEODORO, Paula Silva; FERREIRA, Lígia dos Santos. Um panorama das comissões de heteroidentificação étnico-racial: reflexões do II Seminário Nacional. **Revista Ensaios e Pesquisa em Educação e Cultura**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, pp. 68-85, jul./dez., 2020.

SANTOS, Sales Augusto dos. Comissões de heteroidentificação étnico-racial: lócus de constrangimento ou de controle social de uma política pública? **O Social em Questão**, v. 24, n. 50, pp. 11-62, maio, 2021.

SILVA, Ana Claudia Cruz da; LEITE, Douglas Guimarães; RIOS, Flavia; VINUTO, Juliana Vinuto. Comissões de heteroidentificação e universidades públicas: processos, dinâmicas e disputas na implementação das políticas de ação afirmativa. *Mana*. v. 28, n. 3, pp. 1-31, 2022 – <http://doi.org/10.1590/1678-49442022v28n3a0405>

SILVA, Graziella Moraes; LEÃO, Luciana T. de Souza. O paradoxo da mistura: identidades, desigualdades e percepção de discriminação entre brasileiros pardos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 80, pp. 117-133, out., 2012.

SILVA, Tatiana Dias Silva; SILVA, Josenilton Marques da. Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013.1. Nota Técnica. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA, 2014.

SOUZA, Marcilene Garcia de. Bancas de aferição, fraudes e seus desafios na educação superior e nos

concursos públicos. *Educação em Debate*. Fortaleza, v. 42, n. 83, pp. 85-97, set./dez. 2020.

TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber. Orientações práticas para a implementação da comissão de heteroidentificação em Institutos Federais de Educação (IF'd). In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, p. 251-272.

VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclaração racial. In. DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018, p. 32-78.

VAZ, Livia Sant'Anna. **Cotas raciais**. São Paulo: Jandaíra, 2022 – (Coleção Feminismos Plurais).

[1] Embora não haja consenso quanto à nomenclatura dessas bancas ou comissões, existindo denominações como bancas/comissões de aferição/confirmação/verificação de autodeclaração/pertencimento étnico-racial, preferimos fazer uso da expressão comissão de heteroidentificação étnico-racial. Isso por se entender que a heteroidentificação étnico-racial é instituto distinto da autodeclaração e que merece ter seu estudo e tratamento institucional consolidados no Brasil. É de se ressaltar que, independentemente da nomenclatura adotada, as proposições deste documento são igualmente aplicáveis.

[2] A competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre a políticas de cotas étnico-raciais já foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No Recurso Extraordinário 1.158.295, por exemplo, a Corte destacou que a repartição das competências é elemento essencial do Estado federado, sendo necessário, porém, observar o princípio da subsidiariedade: quando a regulação de determinada matéria é mais vantajosa pela União ou pelos Estados ou pelos Municípios. “Qualquer lacuna dá a possibilidade de atuação aos demais entes federativos, preservando sua autonomia. Além disso, destacou o Supremo, a atuação municipal foi perfeitamente compatível com o entendimento do STF sobre as ações afirmativas, o que torna a lei [municipal] perfeitamente constitucional” (CESAR, 2023, p. 50).

[3] Instituições às quais a presente Nota foi formalmente encaminhada: Casa Civil da Presidência da República, Ministério da Igualdade Racial, Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Defensoria Pública-Geral da União, Governo dos Estados e do Distrito Federal, Secretarias de Estado e do Distrito Federal com atuação na área de políticas étnico-raciais, Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, Defensorias Públicas Estaduais, Municípios capitais das Unidades da Federação, Secretarias Municipais das capitais das Unidades da Federação com atuação na área de políticas étnico-raciais e Câmaras Municipais das capitais das Unidades da Federação.

[4] Alguns dos marcos normativos na regulamentação da matéria: Orientação Normativa n. 3/2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, revogada pela Portaria n. 4/2018, do mesmo Ministério, por sua vez revogada pela citada IN n. 23/2023.

[5] Por evidente, concursos ou seleções destinadas ao preenchimento de vagas em âmbito nacional não devem respeito ao critério regionalizado de fenotípi. No entanto, não se pode confundir a abrangência do certame com a natureza da instituição que o promove. Um vestibular voltado ao preenchimento de vagas na Universidade Federal do Mato Grosso, por exemplo, não se torna uma seleção nacional pelo fato de sua instituição ser federal. No exemplo, a comissão deve avaliar a fenotípi dos candidatos segundo a realidade mato-grossense.

[6] São igualmente comuns normas que preveem a publicação apenas do currículo dos integrantes da comissão, o que, pela experiência até aqui acumulada, leva a uma indireta, porém fácil, identificação dos componentes (DIAS, 2018, p. 165).

[7] Como exemplo: “A comissão designada para verificar a veracidade da autodeclaração prestadas pelos candidatos negros ou pardos analisou o fenótipo da candidata e concluiu pela sua eliminação do vestibular, por entender que não possuía o fenótipo de pessoa parda, contudo, verifica-se que a UFPI reconheceu administrativamente a condição da impetrante como pessoa negra/parda em outro processo seletivo por ela realizada, quando da sua aprovação no curso de Engenharia Agrônômica. Não é admissível que a administração atue de forma incoerente, sendo necessário assegurar a razoabilidade e a isonomia no tratamento aos cidadãos em questões idênticas ou muito semelhantes” (TRF 1º Região; Quinta Turma; Apelação em Mandado de Segurança – AMS; Processo n. 1036435-81.2021.4.01.4000; Relator: desembargador federal Antonio de Souza Prudente; PJe 30/06/2023).

[8] Assim prevê o art. 21, §2º, da Instrução Normativa 23/2023, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, que disciplina o procedimento em concursos e contratações públicas no âmbito da Administração federal. A previsão foi literalmente reproduzida no art. 9º, §2, da Resolução n. 541/2023, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta as

comissões de heteroidentificação nos concursos públicos realizados no âmbito do Poder Judiciário.

[9] O mesmo entendimento teve o Conselho Nacional de Justiça em decisão de caráter administrativo (PCA n. 92.2022.2.00.0000): “Conquanto o Tribunal [cuja decisão foi objeto de recurso ao CNJ] tenha se fundado no fato de o candidato ter sido reconhecido como negro em outro certame, é importante observar que ele também foi recusado em outras oportunidades como cotista, e mais: é importante lembrar da independência das comissões (...). ‘O fato de bancas examinadoras de outros certames terem categorizado a recorrida como pessoa negra não impede, nem desnatura, a negativa no âmbito do concurso em comente, porque, segundo as normas de regência de cada um dos concursos públicos realizados pela agravada, avaliação da comissão, especifica quanto ao enquadramento ou não do candidato na condição de pessoa negra, apenas tem validade para o concurso em que ela se realiza’” (CNJ, 2022, p. 6).

[10] Apenas para ilustrar esse entendimento, citamos, no STF, o RE 1306951, o ARE 1385962 e o ARE 1421432. No âmbito do STJ, podemos destacar o AgInt no RMS 66917 e o AREsp 1407431.

[11] Houve caso de grande repercussão por conta da adoção do critério antropométrico por comissão de heteroidentificação. Ocorreu em 2016, no concurso promovido pelo Instituto Federal do Pará (IFPA) para técnicos administrativos. O edital trouxe um anexo listando uma série de características antropométricas, inclusive com quadro que delineava, com precisões milimétricas, o tamanho do nariz, lábios e crânio do candidato apto a concorrer como cotista. Após a repercussão da crítica da conduta do IFPA, o edital foi retificado, retirando-se o critério antropométrico de heteroidentificação.

[12] O raciocínio aqui apresentado não impede que cada integrante da comissão se valha da tese da “zona cinzenta”, enquanto operação mental, para decidir seu voto. Trata-se de critério inclusivo, que presume a veracidade da autodeclaração, por essa razão sendo bem-vindo. O que aqui se defende é que a “dúvida razoável”, ainda que exista, não esteja registrada de modo expresso em manifestação individual ou coletiva da comissão.

[13] Como já defendido na presente Nota Técnica, o regionalismo influencia a composição das comissões, que deve manter a coerência entre o local de residência de seus integrantes e a base territorial de abrangência do concurso ou seleção.

[14] Em verdade, essa é uma tendência não totalmente debelada. O Projeto de Lei n. 1.958/2021, que objetiva a renovação da lei de cotas em concursos públicos (n. 12.990/2014), ao menos até agora, tem apresentado igual previsão. No momento da edição desta Nota Técnica, o PL se encontra aprovado pelo Plenário do Senado Federal e em tramitação em comissões da Câmara dos Deputados.

[15] Nesse ponto, com o devido respeito, discordamos de quem entenda que a aprovação na ampla concorrência torna desnecessária a realização da heteroidentificação de candidato inscrito como cotista negro, a exemplo de DIAS, 2018, p. 169; e FREITAS, 2018, p. 188-189.

[16] Em linhas gerais, esse foi o entendimento adotado no 1º Exame Nacional da Magistratura, cujo edital obedece as diretrizes da Resolução n. 541/2023 do CNJ.

[17] Por evidente, o dever de motivação dos atos administrativos se estende às instituições privadas contratadas pelo Poder Público para realizar a heteroidentificação.

[18] A partir da experiência até aqui acumulada, percebemos que há comissões que utilizam um único parecer, em que fica registrado o julgamento coletivo da comissão, sem identificação das manifestações individualizadas de seus integrantes. Há outras, porém, que realizam registros individuais e um conjunto, registrando a soma dos votos e seu resultado. Preferimos essa segunda hipótese, por viabilizar a fundamentação e motivação de cada votos.

[19] Como exemplo, a Reclamação n. 62.861, que discutiu previsão editalícia que vedava a interposição de recurso contra o resultado da heteroidentificação, no caso, em concurso para a carreira de defensor público do estado de São Paulo, cujo edital foi lançado em 2003. No julgamento, o STF entendeu que “o edital estava em desacordo com o decisum da ADC 41/2017 e deferiu o pedido. A decisão é conforme a Lei 12.990/2014, e aponta para a necessidade de que os editais respeitem o princípio constitucional do direito à ampla defesa e contraditório” (CESAR, 2023, p. 63).

[20] Não defendemos a posição adotada por alguns pesquisadores, no sentido de que o mais adequado seria a previsão de pedido de reconsideração, ou seja, direcionado à própria comissão de heteroidentificação que realizou o procedimento presencial, e não recurso a nova comissão (DIAS, 2018, 166-167). Entendemos que o pleito de reconsideração, exatamente por ser direcionado a quem já avaliou o fenótipo do candidato, deixa de garantir adequadamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, mitigando-os.

[21] Recomendamos também que se faça registro fotográfico do candidato durante a heteroidentificação presencial. Essa é uma oportunidade ímpar de a instituição promotora do certame colher imagem atualizada do candidato (RODRIGUES, 2021, p. 181). Além disso, assegura uma maior segurança quanto à padronização da fotografia, já que sua qualidade, luminosidade, ângulo e configurações de salvamento e de transmissão são de domínio da instituição. A fotografia deve ser remetida à comissão recursal

e permanecerá guardada, inclusive para uso em eventual judicialização.

[22] Em harmonia a tal função, não pode o edital do certame ou a instituição que o executa restringir o recebimento de prova documental apresentada pelo candidato em seu recurso. Da mesma forma, não deve a comissão de recursos deixar de apreciar todo e qualquer argumento ou meio documental de prova, ainda que seja para declarar não estarem fundamentados ou mesmo serem inservíveis para o procedimento em questão.

[23] Sobre o nível de criminalização alcançado, relevante citar a proposta do desembargador Paulo Rangel, lançada em evento do CNMP, ocorrido em novembro de 2015, que tratava do papel do Ministério Público na fiscalização das comissões de heteroidentificação. Para o magistrado, era necessário criar um tipo penal próprio para autodeclarações falsas. “Por mais que já seja possível enquadrar as fraudes na categoria de falsidade ideológica, um tipo penal específico teria um sentido simbólico importante (...). Defendeu que a existência de um tipo penal poderá reduzir significativamente as fraudes e coagir as pessoas a buscarem se beneficiar indevidamente do sistema e burlar a lei” (CNMP, 2015, p. 6).



Documento assinado eletronicamente por **Yuri Michael Pereira Costa**, **Coordenador**, em 13/08/2024, às 10:07, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html informando o código verificador **7263878** e o código CRC **6EB08F42**.