

São Paulo, 10 de setembro de 2018.

NOTA TÉCNICA SOBRE COTAS ÉTNICO-RACIAIS NO CONCURSO DE
INGRESSO NA CARREIRA DE DEFENSOR (A) PÚBLICO (A) DO ESTADO DE
SÃO PAULO

O NÚCLEO ESPECIALIZADO DE DEFESA DA DIVERSIDADE E DA IGUALDADE RACIAL, órgão de execução da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício de suas atribuições institucionais, emite a presente nota técnica em face da provocação institucional, sobre o aprimoramento da política de cotas étnico-raciais no concurso de ingresso na carreira de Defensor (a) Público (a) do Estado de São Paulo – instituída pela Deliberação CSDP nº 307, de 19 de novembro de 2014.

Inicialmente, importante relembrar o pioneirismo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo quanto à adoção das cotas raciais, o que demonstra compromisso com a diversidade étnico-racial na composição dos quadros funcionais, iniciativa que fortalece a tradição de uma instituição comprometida com os valores democráticos e com a tutela dos direitos humanos dos grupos mais vulneráveis.

A presente nota técnica se propõe a fazer apontamentos tendo como ponto de partida o dado constante do Relatório da Comissão Especial de que **NENHUMA** das vagas *a priori* reservadas para pretos, pardos e indígenas foi efetivamente preenchida após finalização do VII Concurso de ingresso na carreira de Defensor (a) Público (a) do Estado de São Paulo, certame encerrado no ano de 2015.

O debate sobre as ações afirmativas no Brasil não é recente. Se, em um primeiro momento, as reflexões em torno das ações afirmativas estavam voltadas para a proibição de discriminação e para a adoção de medidas especiais de incentivo e fomento à participação do negro na educação e no mercado de trabalho, visando o seu acesso a recursos escassos disponibilizados pelo Estado que desempenham papel estratégico no processo de mobilidade social de grupos desfavorecidos, a exemplo de vagas em universidades públicas e em órgãos e instituições públicas, no momento atual entende-se que é preciso promover ações concretas voltadas a efetivação das políticas públicas vigentes.

Esse processo tem descortinando, em alguma medida, as barreiras estruturais e institucionais que impedem que estas políticas de ação afirmativa produzam os resultados visados, restringindo-as ao cumprimento de um papel, por vezes, meramente simbólico, tamanha a mitigação da sua aptidão para a promoção de mudanças reais na composição racial das instâncias de poder e no quadro de desigualdades raciais como um todo.

Relembre-se que raça, no Brasil, está ligada a um projeto de perpetuação da ideia de pretensa superioridade do grupo social branco do ponto de vista físico, moral, intelectual e estético em relação ao grupo social negro, sendo tais grupos racializados e classificados socialmente a partir de aspectos fenotípicos.

Sociedades subjetivadas pelo racismo tendem a estabelecer estereótipos que desvalorizam a população negra, atitude sistemática de desconfiança e desprezo diante de atributos e qualidades atribuídas/impostas a este grupo considerado subalterno.

Assim, raça como categoria social é um importante componente nas estruturas sociais, pois embora a ideia de raça biológica não faça mais eco entre os discursos científicos, a raça é uma categoria que diferencia, hierarquiza e subjuga diferentes grupos que são marcados, no Brasil, fenotipicamente.

Nesse contexto, as cotas raciais devem ter aplicabilidade restrita às vítimas diretas do racismo e da discriminação racial, como medida de justiça distributiva voltada para a neutralização de iniquidades raciais persistentes na sociedade brasileira.

No Brasil, predomina o preconceito racial de marca, segundo o qual os indivíduos são preteridos ou excluídos não em virtude de sua origem ou ascendência, mas por portarem os traços ou marcas fenotípicas do grupo étnico-racial a que pertencem.

Por isso, a discriminação racial no Brasil é praticada por meio de construções sociais que promovem a exclusão de determinadas pessoas em razão de portarem características fenotípicas associáveis ao grupo racial negro, como cor da pele, traços faciais e textura dos cabelos.

Nesta senda, com o objetivo de fornecer subsídios que contribuam para o aprimoramento da política de cotas étnico-raciais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, são apresentadas as considerações que seguem.

DA POLÍTICA DE COTAS ÉTNICO-RACIAIS

Cumprе ressaltar, inicialmente, que se mostra medida imperiosa e urgente que a instituição fomente a realização de estudos estatísticos comparativos de desempenho dos candidatos inscritos para concorrer às vagas reservadas a negros e indígenas e dos candidatos integrantes da lista de ampla concorrência a partir dos dados atinentes ao VII Concurso, os quais podem ser cruzados e disponibilizados pela entidade promotora do Concurso.

Também é fundamental que a instituição fomente a realização de estudos comparativos dos percentuais de ingresso de candidatos (as) negros (as) e indígenas na carreira de Defensor (a) Público (a) antes e após a edição da Deliberação nº 307/2014.

Outrossim, é essencial que sejam realizados censos periódicos com vistas ao mapeamento da composição étnico-racial da instituição e à identificação das trajetórias funcionais dos indivíduos pretos, pardos e indígenas.

A ausência de sistematização de tais informações impede a exata mensuração dos êxitos e fragilidades da política de cotas étnico-raciais, a qual deve produzir efeitos concretos não apenas no que diz respeito à facilitação do acesso à instituição, como também na garantia de permanência dos seus beneficiários nos quadros da instituição a partir de bases não-discriminatórias. A ausência de dados suficientes a respeito da execução da política pública de cotas étnico-raciais não apenas dificulta o seu aprimoramento constante, limitando o alcance de seus resultados, como também o necessário controle externo a ser realizado pelas entidades e movimentos que representam os interesses dos potenciais beneficiários de tal política.

Acrescente-se que os apontamentos trazidos a partir de tais estudos e da análise crítica dos editais também são de extrema relevância para impedir que o eventual baixo número de candidatos pretos, pardos e indígenas aprovados seja erroneamente justificado a partir da suposta ausência de candidatos cotistas que possuam a qualificação exigida para o exercício da função pública (com reforço de argumentos de cunho estritamente meritocrático) quando, na verdade, ao longo do processo de seleção podem operar filtros objetivos e subjetivos que acabam por interferir, muitas vezes silenciosamente, no resultado da política adotada.

De qualquer sorte, com fulcro nos dados e conclusões constantes do Relatório confeccionado pela Comissão Especial de acompanhamento da política de cotas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo; nos principais instrumentos normativos sobre o tema, notadamente a Lei nº 12. 990 de 19 de novembro de 2014, que reserva aos negros 20 % (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos eletivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União), a Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, internalizada por meio do Decreto nº 65.810/69; a Lei Complementar nº 1.259/2015, que autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada em favor de candidatos pretos, pardos e indígenas em concursos públicos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito do serviço público paulista; nos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro em razão da Conferência de Durban, no bojo da qual os Estados nacionais foram instados a adotar programas de ações afirmativas ou medidas de ações positivas por ordem a viabilizar o acesso aos serviços públicos e aos serviços sociais básicos em favor de indivíduos que são vítimas de exclusão ou de discriminação; assim como nos fundamentos constantes dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal proferidos nos

autos da ADI nº 186 e da ADC nº 41, serão tecidas algumas considerações acerca da política de cotas étnico-raciais atualmente vigente e apresentadas algumas propostas de aprimoramento.

Do diagnóstico: ineficácia da política de cotas étnico-raciais instituída por meio da Deliberação nº 307/2014

Vale conferir os dados estatísticos disponibilizados pela Fundação Carlos Chagas e constantes do parecer da Comissão Especial de acompanhamento das cotas, no tocante ao VII Concurso de Ingresso na Carreira de Defensor Público:

Número de vagas do concurso: 60

Número de vagas reservadas para negros e índios (20% do total): **12**

Candidatos inscritos para a reserva de vagas para negros e índios: 522

Candidatos inscritos para a reserva de vagas para negros e índios cuja documentação para inscrição em tal condição foi deferida (autodeclaração corretamente preenchida): **436**

Candidatos negros e índios aprovados na prova objetiva e convocados para a entrevista: **24**

Candidatos ausentes na entrevista: 07

Candidatos negros e índios com a condição ratificada pela Comissão Especial: 09 (reconhecimento da condição de 53% dos entrevistados)

Candidatos negros e índios aprovados na homologação do concurso: **02**, ambas negras, sendo que uma voltou à lista de candidatos negros e índios por decisão liminar proferida no processo n.º 1004370-73.2016.8.26.0477);

Candidatos aprovados na lista geral: 74

Candidatos aprovados pela lista específica de vagas reservadas para negros (pretos e pardos) e índios e já nomeados: 0 (a primeira colocada na lista específica para negros e indígenas foi nomeada pela lista geral, por ter obtido nota suficiente para tal classificação que a coloca em posição anterior às 12 últimas vagas do concurso).

Candidatos aprovados pela lista geral e já nomeados: 43 (04 pediram reclassificação; 01 foi exonerada; e 01 está sub judice)

Observa-se, com facilidade, que a política de reserva de vagas adotada pela instituição não ensejou a aprovação de um (a) único (a) candidato (a) negro (a) ou indígena, evidenciando o seu fracasso em promover a igualdade material e a igualdade na perspectiva do reconhecimento, com impactos prejudiciais para a própria eficiência do serviço público prestado pela instituição.

Não se pode olvidar o passado colonial marcado pelo extermínio dos povos indígenas e pela captura de pessoas africanas em suas terras de origem, seu tráfico forçado para o Brasil com vistas à sua escravização em larga escala - processo no qual estava implicada a destruição dos laços familiares, geográficos e comunitários desses indivíduos, a imposição de uma língua, de uma religião e de uma cultura alienígenas, e, sobretudo, a destituição da sua condição de humanidade, legitimando o emprego de

um cruel repertório de violência e tortura. Tampouco é possível ignorar o fato de que inexistiram políticas de Estado, já no período pós-abolição, voltadas à integração da população negra e indígena à sociedade de classes que se estruturava ou à reparação pelos crimes cometidos em face desses grupos. Como consequência dessa omissão estatal a população negra não apenas é herdeira do estigma da escravidão como continua a sofrer, hodiernamente, com o impacto combinado de processos excludentes amparados no racismo estrutural e institucional que conformam um quadro de desigualdade material profunda. Esse cenário que compõem o que o Min. Joaquim Barbosa denominou, em sede do voto proferido na ADPF 186, um “ciclo repetido de desvantagens competitivas” somente poderá ser superado a partir da adoção de políticas de caráter redistributivo, que cuidem de oferecer vantagens competitivas aos negros e indígenas.

Nesse sentido, a fim de promover igualdade material, a política de cotas deve cuidar de conceder vantagens competitivas aos negros e indígenas capazes de viabilizar a distribuição de recursos escassos (vagas em concursos públicos) de forma racialmente equitativa, adotando-se como premissa, conforme assinalado pelo Ministro Barroso quando do julgamento da ADC 41 que *“no Brasil, sempre houve cotas. Até muito recentemente eram de 100% em favor dos brancos”*.

Como efeito dessa política corretiva, os candidatos negros investidos em cargos públicos através das cotas passam a transitar em círculos até então reservados às elites brancas o que lhes permite acumular capital cultural, social e econômico a ser transmitido aos seus descendentes, os quais, por sua vez, terão maiores possibilidades de concorrer em igualdade de condições e de oportunidades com brancos quando da disputa pela ocupação de espaços socialmente prestigiados.

Ainda, por meio de uma efetiva política de cotas, é possível concretizar a igualdade na perspectiva do reconhecimento, a qual se perfaz a partir do respeito às pessoas nas suas diferenças, porém buscando aproximá-las, igualando oportunidades. Em outras palavras, por meio de uma ação afirmativa que efetivamente proporcione o ingresso de candidatos negros e indígenas, se estabelece o convívio democrático e paritário entre diferentes grupos racializados em instâncias decisórias. Ainda, se torna possível a construção de referências positivas a respeito de pessoas negras – que passam a ser exemplos de sucesso profissional e ascensão social –, subsidiando o fortalecimento da autoestima das comunidades negras e incentivando jovens a galgarem esses espaços que tenderiam a enxergar como interditados ou inadequados para si. A política tem por efeito, portanto, fomentar o pluralismo e a diversidade, o que acarreta incremento de eficiência do serviço prestado. Quanto a este último aspecto, o Min. Roberto Barroso, aproveita citação do Professor Adilson José Moreira, que sustenta: *“O nosso país é composto por uma diversidade imensa de comunidades que formulam demandas distintas, e as pessoas que são selecionadas para cargos públicos devem estar preparadas para servi-las. Assim, a possibilidade de oferecimento de serviço público mais eficaz não se resume ao conhecimento técnico: ela também pode decorrer da experiência pessoal dos candidatos para um determinado cargo, experiência que tem origem na vivência desses indivíduos como membros de grupos minoritários”*.

Também enaltece o argumento do pluralismo o parecer do Grupo de Trabalho sobre o Enfrentamento do Racismo e Promoção da Diversidade étnica e Cultural do CNMP e da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF subscrito pelo Professor Daniel Sarmiento que sustentou a validade da instituição da política de ação afirmativa de corte étnico-racial nos concursos para ingresso de membros e servidores: *“No Brasil, nós vivemos numa sociedade multiétnica e pluricultural, e esta é uma das maiores riquezas do nosso país. Porém, para que todos se beneficiem desta riqueza, é preciso que exista contato real e paritário entre as pessoas integrantes das diferentes etnias. É necessário romper com um modelo informal de segregação, que põe negros e indígenas sistematicamente em posições subalternas, privando inclusive o branco de nível social mais elevado da possibilidade de conviver com eles em relações igualitárias, e de aprender através da troca de experiências. Na sala de aula de uma universidade ou no ambiente de trabalho de uma repartição pública, por exemplo, as interações humanas tornam-se mais ricas e frutíferas com a diversidade racial. Portanto, as instituições que põem em prática políticas de ação afirmativa se beneficiam com a pluralidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. Mais que isso, a sociedade também se beneficia das referidas iniciativas, na medida em que a atuação de tais instituições se aperfeiçoa e se torna mais legítima, por mostrar-se mais sensível aos interesses e direitos de todas as camadas da população, inclusive daquelas historicamente discriminadas.*

Dessa forma, a ineficácia da política de cotas adotada pela instituição, indicada pela ausência de candidatos/as aprovadas e nomeados pela lista específica de vagas reservadas para negros (pretos e pardos) e indígenas em face de um universo de 436 candidatos/as inscritos para a reserva de vagas cuja inscrição em tal condição foi deferida (autodeclaração corretamente preenchida) não apenas contribui para perpetuar o *status quo* como também compromete a qualidade e a eficiência do serviço público que é prestado, contribuindo para a perpetuação de práticas que corroboram o racismo institucional.

Vale salientar, na linha do entendimento firmado no bojo da ADC nº 41, que a qualidade do serviço não é decorrência automática da nota que o candidato obteve em uma prova, sendo composta por outros fatores que não são mensurados nos processos seletivos tradicionalmente empregados. Por isso, a pretensa objetividade desse processo precisa ser questionada. O modelo que se tem é, na prática, direcionado para a seleção de um público específico – que cursou universidades de qualidade, que tem recursos familiares para se dedicar exclusivamente ao concurso, para pagar por cursinhos preparatórios caros, para adquirir o material didático necessário, para se deslocar até os locais de realização das provas –por vezes em comarcas distintas das de domicílio - e para a exclusão de outro público específico.

Tanto na ADPF 186, quanto na ADC 41 se consolidou o entendimento de que a sociedade brasileira é profundamente desigual e que, por isso, não se poderia aferir o mérito dos candidatos a partir de critério puramente linear, que considere apenas o ponto de chegada (a nota ou pontuação final), e não o ponto de partida (as condições assimétricas de preparação e oportunidades).

Se praticamente a totalidade dos aprovados em determinado certame voltado ao provimento de cargos públicos é composta de pessoas brancas em um país de maioria negra, podemos afirmar, na linha do raciocínio constante da ADC 41, que o referido concurso, em verdade, não serviu como instrumento de análise de mérito, mas como instrumento de defesa do *status quo* e de reprodução e perpetuação de uma elite dirigente. Nesse passo, é possível concluir que eventual candidato (a) negro (a) aprovado (a) o fez a despeito de vitimado (a) por processos de exclusão, discriminação e violência acumulados ao longo de diversas gerações.

A explicitação dessa situação é apenas o primeiro passo, o qual pressupõe a superação de barreira ideológica representada pelo propalado mito da democracia racial, frequentemente invocado para invisibilizar ou atenuar o abismo de desigualdades produzidas pelo racismo estrutural e institucional em nosso país e reivindicar a suficiência de políticas de cunho universalista não sensíveis ao elemento racial. Nessa linha, confira-se trecho do voto do Min. Barroso quando do julgamento da ADC nº 41 em que cita Adriana Cruz: *“ignorar a existências de desigualdades e discriminações em razão do fator racial implica em uma forma também racializada de relacionamento social (...) pois assegura a manutenção de uma estrutura em desequilíbrio”*.

Nesse passo, é preciso que a Defensoria Pública ratifique o compromisso assumido - quando da instituição da política de cotas raciais através da Deliberação nº 307/2014 - com a redução das desigualdades sociais e com a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, dedicando-se, neste momento, com prioridade e urgência, à tarefa de tornar real e efetiva referida ação afirmativa sem perder de vista que assegurar que a presença negra e indígena na instituição ocorra na mesma proporção em que se dá na sociedade como um todo, não é apenas uma exigência democrática, mas também um instrumento de incremento à qualidade do serviço.

Das proposições

Ainda que insuficientes sejam os estudos estatísticos disponibilizados até o momento no que concerne ao VII Concurso de Ingresso na Carreira de Defensor (a), há elementos que permitem concluir que ao se exigir que os candidatos que concorrem às vagas destinadas a pretos, pardos e indígenas cumpram as mesmas notas mínimas, em todas as fases do certame, que os candidatos que integram a lista de ampla concorrência, a reserva de vagas prevista pela normativa do E. CSDP se torna praticamente inócua.

Se, por um lado, o sistema adotado nos concursos públicos para ingresso nas universidades públicas é um modelo que fornece segurança de que haverá o preenchimento da totalidade das vagas reservadas para candidatos negros, eis que estas são ocupadas segundo a ordem de classificação, em conformidade com as notas obtidas pelos estudantes no certame, a mesma segurança não há no âmbito dos concursos públicos para ingresso no serviço público, nos quais se observa, com frequência, o não preenchimento das vagas reservadas aos candidatos cotistas com o seu consequentemente redirecionamento para candidatos integrantes da lista de ampla

concorrência. Há elementos que permitem crer que essa discrepância é fruto do fato de que nos concursos para ingresso no serviço público há exigência de preenchimento de notas mínimas em todas as etapas dos certames por todos os candidatos (cotistas ou não) em patamares idênticos, sendo essa peculiaridade aparentemente responsável por tornar a reserva de vagas praticamente ineficaz.

Nesse sentido, cumpre indagar: se, ao longo de todo o certame, os candidatos negros ou indígenas precisam preencher os mesmos requisitos que os candidatos que integram a lista de ampla concorrência, qual é exatamente a vantagem competitiva que a política de cotas adotada pela instituição concede aos candidatos negros e indígenas?

A Deliberação 307/2014 basicamente foi responsável pela criação de duas listas para fins de preenchimento de vagas, sem que se tenha sido dispensado o critério mínimo de suficiência para os candidatos concorrentes em ambos os modelos.

Todavia, nos parece plausível afirmar que a mera existência de duas listas de candidatos não implica, necessariamente, em vantagem competitiva para candidatos negros e/ou indígenas. Ao que tudo indica essa eventual vantagem decorreria de fatores contingentes como o nível de dificuldade das provas – se forem muito difíceis tendem a nivelar o rendimento de todos os candidatos no piso mínimo necessário à aprovação, reduzindo eventual vantagem que os candidatos cotistas – que tendem a apresentar menor pontuação - teriam).

Por conseguinte, dado que eventual vantagem competitiva de candidatos negros e indígenas não teria relação direta com a política instituída, mas constituiria em mero reflexo de fatores alheios à política, não há demonstração concreta de que a Deliberação nº 307 de 2014 efetivamente tenha instituído uma política de discriminação positiva em favor de pretos, pardos e indígenas de caráter eficaz.

Em síntese, se há exigência de nota mínima para candidatos cotistas e não cotistas, a pretensa reserva de vagas é medida incerta, uma vez que condicionada à obtenção de uma pontuação exigida indistintamente para a totalidade dos inscritos.

Impende destacar que o percentual de 20% é um percentual conservador, notadamente se considerarmos que o concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público de São Paulo mobiliza candidatos de todo o país e que o percentual de negros e indígenas somados, na sociedade brasileira, é superior a 50%. Dessa forma há que se zelar para que ao menos esse percentual tímido seja efetivamente preenchido por pessoas negras e indígenas.

A instituição não pode permanecer inerte diante do não preenchimento do percentual de 20% das vagas reservadas a negros e indígenas, sob pena de militar para frustrar a política por ela própria estabelecida. Posto isso, com o intuito de contribuir com a reflexão dos membros da carreira, são apresentadas a seguir algumas propostas de aprimoramento da política de cotas étnico-raciais atualmente vigente.

Da inaplicabilidade do redutor aos candidatos que concorram às vagas destinadas à negros e indígenas

Propõe-se a exclusão do redutor (que restringe o número de convocados para a segunda fase a quatro vezes o número de vagas disponíveis no concurso), em relação aos candidatos inscritos para as vagas destinadas a pretos, pardos e indígenas. Como resultado da adoção dessa medida, **todos** os candidatos inscritos para concorrer às vagas reservadas aos negros e indígenas que superem as notas mínimas exigidas na primeira fase serão convocados para a segunda fase.

A partir dessa providência almeja-se a ampliação do número de candidatos negros e indígenas que irão prestar a segunda etapa do certame, ampliando-se, com isso, **a probabilidade de aprovação de candidatos negros e indígenas ao final do certame.** A medida se mostra salutar tendo em vista que a maior filtragem de candidatos é realizada na primeira fase.

Conforme explicitado no relatório da Comissão Especial, durante o processo de discussão que redundou na aprovação da Deliberação CSDP nº 307, de 19 de novembro de 2014 houve votos que dispensavam a exigência do redutor, os quais, entretanto, não foram majoritários.

Posteriormente, editais de diversos concursos públicos dispensaram tal exigência, a exemplo: da Resolução nº 1, de 11 de janeiro de 2016, que aprovou o regulamento do XVII Concurso Público para provimento do cargo de Juiz Federal substituto – Tribunal Regional Federal da 4ª Região (art. 42, § 2º); do Edital nº 63/2017 que abriu Concurso para Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (item 4.12); do Edital nº 1/2018 que abriu concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais (item 13.33.2) etc.

Cumprе ponderar, entretanto, que não há segurança de que a adoção isolada dessa medida significará avanços em termos de maior índice de preenchimento das vagas destinadas a negros e indígenas. Isso porque, no VII Concurso de Ingresso na Carreira de Defensor, apenas 24 candidatos negros e índios foram aprovados na prova objetiva e convocados para a entrevista, número bastante inferior ao total de candidatos que poderiam ter sido convocados para a segunda etapa mesmo com aplicação do redutor (equivalente a $4 \times 12 = 48$).

Dessa forma, amparados na experiência do VII Concurso, sustenta-se a necessidade de agregar outras modificações ao processo seletivo visando a ampliação do índice de aprovação de negros e indígenas.

Do sistema de pontuação diferenciada

Qualquer política que, operando com o critério de discriminação positiva, vise realmente compensar as desigualdades experimentadas por grupos socialmente discriminados por motivo de raça, deve estar atenta à possibilidade de adoção de parâmetros diferenciados de pontuação no concurso público.

Se considerarmos a submissão da população negra, ao longo de quase 4 séculos de escravidão, a um tratamento de cunho desumanizante, marcado pelo extermínio e pela prática de tortura e violências sistemáticas, à qual se seguiu a edificação do Estado e de instituições formalmente pautados por valores liberais, porém congenitamente antidemocráticos, vez que jamais foram adotadas políticas reparadoras, inclusivas ou compensatórias em prol dessa população, processo responsável por situa-la na base de uma estrutura social extremamente verticalizada, imperioso concluir que as medidas de discriminação positiva adotadas pelo Estado não podem ser discretas ou de efeitos incertos.

Partindo da compreensão do peso profundo do racismo e da sua intervenção na conformação de pontos de partida radicalmente distintos que determinam o acesso desigual a ativos e a produção de tratamento social diferenciado entre brancos, negros e indígenas, podemos afirmar que o acerto de uma questão de uma prova por um candidato cotista é muito mais qualificado, ou seja, contém um mérito muito maior embutido que aquele alcançado por um candidato não cotista.

Com efeito, o esforço pessoal contido naquele primeiro acerto é muito maior que aquele dispendido por um candidato branco que, em regra, pode contar com acesso a universidades públicas de qualidade e a cursos preparatórios específicos para concursos públicos, com apoio financeiro familiar que possibilita a aquisição de material didático, a dedicação exclusiva aos estudos, a realização de viagens para realizar as provas de concursos sediados em cidades diversas da de residência etc. Não bastasse, os candidatos negros precisam lidar com a persistência de preconceitos velados ou inconscientes que podem vir a prejudica-los nos concursos (em especial nas fases de provas orais), nas quais há margem para que o examinador estabeleça contato visual com o candidato.

Por esses motivos não é possível trabalhar com o conceito puro e simples de mérito linear, fazendo-se necessário agregar outros fatores na avaliação do mérito dos candidatos. Sobre o tema, o Min. Luis Roberto Barroso teve oportunidade de se manifestar quando da Relatoria do ADC 41:

“Na ADPF 186, também se reconheceu que a sociedade brasileira é profundamente desigual e que, por isso, não se poderia aferir o mérito dos candidatos a partir de critério puramente linear, que considere apenas o ponto de chegada (a nota ou pontuação final), e não o ponto de partida (as condições assimétricas de preparação e de oportunidades)”.

“No caso dos candidatos negros, parece evidente que inúmeros fatores, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, razão pela qual se exige do Estado uma atuação positiva no sentido de calibrar os critérios para aferir o mérito dos candidatos”

“A meritocracia não pode ser pensada como condição única para a realização de interesses públicos, porque seu alcance depende de outros fatores que estão além da consideração desse preceito. Aquelas pessoas que vão servir aos interesses da comunidade precisam ter qualidades que, muitas vezes, estão além do conhecimento acadêmico(...) A possibilidade de oferecimento de serviço público mais eficaz não se resume ao conhecimento técnico: ela também pode decorrer da experiência pessoal dos candidatos para um determinado cargo, experiência que tem origem na vivência desses indivíduos como membros de grupos minoritários.

“a ideia de que os aprovados em primeiro lugar por um critério “a” serão necessariamente melhores do que outros é uma visão linear da meritocracia, que foi rechaçada, com grande felicidade, no voto do Ministro Ricardo Lewandowskim, novamente na ADPF nº 186”

Dito isto, relembre-se que conceito de ações afirmativas teve inserção legislativa por meio do Estatuto da Igualdade Racial que as definiu como: *“os programas e medidas específicas adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para correção das desigualdades raciais e para promoção da igualdade de oportunidades”*.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial estabelece que:

“Não serão consideradas discriminação racial **as medidas especiais tomadas** com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

As cotas são as ações afirmativas mais conhecidas no Brasil, porém há outras modalidades de discriminação positiva com vistas à promoção da igualdade racial que podem ser utilizadas como, por exemplo, sistemas diferenciados de acesso, bonificações, oferecimento de bolsas de estudos, sistemas de pontuação diferenciada, programas de permanência etc.

Nesse sentido, o espectro das ações afirmativas deve ser ampliado buscando garantir o acesso a posições importantes de poder político, econômico e social pelos negros e indígenas que, de outro modo, ficariam excluídos da participação de instituições e de processos de tomada de decisões que lhes impactam.

Atento a esta realidade o Estado de São Paulo, através de iniciativa legislativa do próprio Poder Executivo editou a Lei Complementar nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, a qual autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas em concursos públicos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito do serviço público paulista.

A referida Lei estabelece as balizas jurídicas para que a Defensoria Pública adote, através da sua autonomia funcional e administrativa, um sistema de pontuação diferenciada em favor de candidatos negros e indígenas inscritos nos concursos de ingresso nos seus quadros funcionais.

Ressalte-se que o artigo segundo da referida Lei revela a opção por um sistema de pontuação diferenciada caracterizado pela adoção de acréscimos percentuais às notas finais dos candidatos pretos, pardos e indígenas. Senão vejamos:

Artigo 2º - O sistema de pontuação diferenciada a que se refere o artigo 1º desta lei complementar consiste na aplicação de fatores de equiparação, mediante acréscimos percentuais na pontuação final dos candidatos beneficiários, em cada fase do concurso público, inclusive na de avaliação de títulos, quando for o caso.

De acordo com a referida lei, a composição dos fatores de equiparação consistentes nos referidos acréscimos percentuais será proposta pela Secretaria de Justiça que deverá desenvolver estudos comparativos de desempenho em concursos públicos entre os segmentos a serem beneficiados e a média da população.

Imperioso destacar que muito embora o Poder Executivo não tenha editado, conforme preceitua o art. 6º do referido diploma legal, decreto estabelecendo a composição dos fatores de equiparação de que trata o artigo 2º desta lei complementar, o sistema de bonificação previsto na Lei 1.259/2015 já vinha sendo adotado no Estado de São Paulo pela USP desde o ano de 2006 por meio do conhecido sistema INCLUSP (Programa de Inclusão Social da USP), evidenciando que se trata de gênero de ação afirmativa já experimentada há mais de uma década neste ente federativo que mais

recentemente fora estendida, por lei, aos processos seletivos de ingresso em concursos públicos.

Há experiência, portanto, de longa data no Estado de São Paulo que pode subsidiar eventual adoção de um sistema de bonificação pela Defensoria Pública.

Ocorre, entretanto, que o sistema de pontuação diferenciada não necessariamente precisa ser instituído por meio de um sistema de bonificação. É possível, por exemplo, demandar a satisfação, pelos candidatos cotistas e não cotistas de pontuação mínima distinta para fins de habilitação em concurso público.

Em se tratando especificamente do concurso da Defensoria Pública seria possível a eliminação, em relação aos candidatos cotistas, da exigência de nota mínima por matéria ou ao menos a sua redução e/ou a redução da nota mínima geral, EM TODAS AS FASES DO CONCURSO.

A eliminação da exigência de nota mínima por matéria ganha maior relevo no contexto da fase oral, pois nessa etapa há maior grau de subjetividade na avaliação conforme pontuado expressamente pelo STF. De fato, nesta fase, diferentemente do que ocorre nas anteriores, o examinador tem contato pessoal com o candidato, havendo, de certa forma, mitigação do postulado da impessoalidade. Assim, a supressão da exigência de nota mínima por matéria na terceira etapa do concurso mostra-se mecanismo capaz de evitar que candidatos negros sejam eliminados do certame em razão de preconceitos raciais, mobilizados consciente ou inconscientemente, por um único avaliador.

Dito isto, propõe-se a adoção de sistema de pontuação diferenciada em todas as fases de concurso para ingresso no corpo funcional da instituição.

Nem se objete que a Lei 1.259/2015 consiste em instrumento normativo somente aplicável aos órgãos do Poder Executivo. Quando do julgamento da ADC nº 41 o STF assentou que muito embora o art. 1º da Lei 12.990 empregue a expressão “administração pública federal” essa lei teria incidência sobre todos os demais poderes e órgãos a ele equiparados. Assentou-se, naquela oportunidade, que uma interpretação restritiva da referida expressão seria eivada de inconstitucionalidade, eis que o sistema de cotas visa dar cumprimento pleno ao princípio da igualdade material, direito que sequer depende de lei para ser cumprido. Assim, foi dada interpretação conforme ao art. 1º da referida Lei a fim de esclarecer que ela se aplica a todos os órgãos e instituições públicas federais, incluindo aqueles dotadas de autonomia em face do Poder Executivo Federal a exemplo do Ministério Público Federal e da Defensoria Pública da União.

Dessa forma, tanto o sistema de cotas – previsto por lei federal – quanto o sistema de pontuação diferenciada – previsto por lei estadual – consistem em ações afirmativas que visam dar efetividade ao princípio da igualdade e que, por isso, se aplicam a todos os órgãos, mesmo aqueles não vinculados ao Poder Executivo.

Ademais, a ausência de regulamentação da Lei Estadual nº 1.259/2015 não consistiria em óbice para que a Defensoria Pública, no exercício da sua autonomia funcional e administrativa, adotasse sistema de bonificação. Todavia, neste caso, seria necessário que o fator de equiparação de que trata o art. 5º da referida Lei fosse determinado a partir de estudos comparativos de desempenho nos concursos públicos da DPE, sob pena de serem estabelecidos fatores de equivalência que, na prática, não reduzam as desigualdades de condições de participação que geram desvantagens competitivas para candidatos negros e indígenas em concursos públicos.

Assim, em síntese, além da reserva de 20% das vagas oferecidas e da eliminação do redutor para candidatos cotistas na primeira fase, propõe-se:

- **A eliminação da nota mínima por disciplina em todas as fases do concurso;**
- **Subsidiariamente, a eliminação de nota mínima por matéria ao menos na fase oral;**
- **A adoção de sistema de bonificação, de forma cumulativa e em todas as fases do concurso, de modo que os candidatos contemplados pela ação afirmativa recebam acréscimos percentuais em suas notas finais que possibilitem a aprovação no concurso ou, ao menos, uma melhor classificação.**

Por derradeiro, imperioso ressaltar o papel central do trabalho desempenhado pela Escola da Defensoria Pública no sentido de fornecer aos (as) candidatos (as) aprovados (as) no Concurso de Ingresso na Carreira de Defensor Público todo o suporte técnico necessário para o desempenho das suas funções.

É impreciso sustentar que a apresentação de desempenho suficiente para aprovação no processo seletivo habilita automaticamente o (a) Defensor (a) para o exercício de suas funções. Há certa mistificação da prova, uma presunção incorreta de que ela seleciona profissionais acabados, ou seja, prontos para o exercício imediato da função pública. É importante fortalecer os mecanismos institucionais de capacitação de seus quadros funcionais.

Da redação do § 4º do art. 5º da Deliberação CSDP nº 307 de 2014

Sugere-se, corroborando sugestão constante do relatório da Comissão Especial, a alteração da redação do § 4º do art. 5º da Deliberação CSDP nº 307/2014 a fim de que fique claro que os critérios fenotípia do candidato e fenotípia do ascendente de primeiro grau – que deve ser preto ou indígena- não são alternativos. Vale dizer, o critério prevalente no processo de heteroidentificação deve ser a análise da fenotípia do candidato. Apenas em situações fronteiriças, nas quais o candidato apresente fenotípia limítrofe entre pardo e branco é que deverá ser avaliada, como critério subsidiário e cumulativo, a fenotípia do ascendente de primeiro grau. Eliminar a ideia de alternatividade dos critérios suscitada pela redação atual do dispositivo consiste em uma forma de evitar a judicialização, conferindo-se maior segurança jurídica ao certame.

Da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade quando da nomeação dos candidatos e seus reflexos na composição da lista de antiguidade.

A Lei nº 12.990 de 2014 estabelece:

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

No bojo da ADC 41, no capítulo de seu voto em que trata das fraudes praticadas pela Administração, o Ministro. Barroso procurou esclarecer o alcance do referido dispositivo legal, ressaltando que: *“Embora seja possível entender que o dispositivo somente seria aplicável ao momento da nomeação dos candidatos aprovados, a interpretação adequada ao preceito é aquela que garante a aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade também na composição da lista de antiguidade das carreiras. Com isso garante-se que a política produza efeitos durante toda a carreira funcional do seu beneficiário, influenciando promoções e remoções. Ainda, impede-se que os negros sejam colocados sempre ao final da “fila”, privilegiando-se tão somente o critério, superado pela Lei, das notas obtidas pelos candidatos”.*

À luz do referido entendimento, fica claro que a Deliberação CSDP nº 307/2014, ao estabelecer que a nomeação de candidatos(as) aprovados(as) para preenchimento da reserva de vagas se dá apenas após a nomeação dos candidatos aprovados que compõem a lista de ampla concorrência reforçou um entendimento já superado pelo STF desde a ADPF 186 segundo o qual a nota obtida por candidatos no certame não é critério suficiente para aferição do mérito dos concorrentes e estabelecimento, por conseguinte, de uma ordem de nomeação e classificação no concurso público.

A partir da relativização da pretensa neutralidade da meritocracia, a jurisprudência da Suprema Corte tem salientando, frise-se, que o mérito dos candidatos negros e indígenas não é apenas composto pela nota obtida no certame, mas também por outros fatores de ordem social, econômica, política, cultural associados ao racismo e ao colonialismo que geram barreiras e desvantagens cumulativas para a população negra e povos indígenas.

Partindo-se desse raciocínio que não analisa o mérito de forma linear e superficial, mas que busca compô-lo a partir de um conjunto complexo de fatores produtores de desvantagens e subalternização para uns grupos e de privilégios para outros, se justifica a nomeação alternada e proporcional de candidatos cotistas e não cotistas. Mas não é só. Justamente em função dessa necessária equivalência de méritos, é justo que a ordem de nomeação fixe, por consequência lógica, a ordem de antiguidade para efeito de classificação na carreira. Propõe-se que este aspecto seja contemplado com maior clareza pela proposta de alteração da Deliberação apresentada pela Administração Superior.

Vale destacar que o Ministro Barroso, em seu voto, ressaltou o efeito transcendente do reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 12.990 de 2014 consignando que os Estados e Municípios podem, quando não, devem adotar a mesma linha do entendimento firmado a respeito da mencionada lei em sede da ADC nº 41. Bem por isso, optou por não fazer menção à Administração pública *federal* quando da consolidação da tese de julgamento respectivo, limitando-se a fazer menção genérica à Administração pública direta e indireta.

Salienta-se que tal previsão já é aplicada em numerosos concursos públicos, a exemplo do último concurso para ingresso na carreira de Defensor (a) Público (a) da Bahia.

Dessa forma, a fim de explicitar que a alternância e a proporcionalidade não têm efeito apenas para fins de convocação ou escolha da vaga que seja inserido um parágrafo que conste expressamente que a vaga ocupada pelo cotista será considerada como a sua classificação final obtida no concurso.

Para além desse aspecto, sugere-se que a instituição, sobretudo o Conselho, debata outras estratégias para garantir que o (a) candidato (a) negro (a) e indígena aprovado (a) pelo sistema de cotas possa “carregar” a ação afirmativa ao longo de toda a sua vida funcional, já que o racismo não deixa de produzir impactos negativos na vida com o seu ingresso na carreira de Defensor (a) Público (a).

Da exclusão dos candidatos cuja autodeclaração não venha a ser ratificada pela Comissão de Verificação

A lei 12.990 de 2014 estabelece:

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

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

Sugere-se, ressaltando-se, mais uma vez, o efeito transcendente da declaração de constitucionalidade do referido diploma legal, a incorporação de artigo idêntico pela nova redação da Deliberação CSDP nº 307/2014. A previsão de exclusão do certame ou a anulação da admissão do candidato ao serviço ou emprego público apresenta-se como uma medida importante para inibir fraudes (vale lembrar que no VII Concurso apenas 53% das autodeclarações foram ratificadas pela Comissão Especial), o que permitirá a obtenção de dados mais fidedignos a respeito do universo de candidatos negros e indígenas participantes do concurso. Acredita-se, dessa forma, que a partir de números mais próximos da realidade, é possível traçar com mais clareza um diagnóstico acerca

da efetividade da política de cotas, assim como identificar com maior acuidade os principais filtros impostos pelo certame para os (as) candidatos (as) cotistas. No mais, tal penalidade é compatível com a gravidade da conduta do candidato que emite uma declaração inverídica acerca de seu pertencimento étnico-racial visando beneficiar-se de uma política que sabidamente não o tem como destinatário.

Do respeito ao nome social de candidatos (as) transgêneros

Sugere-se a modificação da Deliberação nº 307/2014 para constar que será assegurado aos (às) candidatos (as) transgêneros que assim desejarem o tratamento pelo nome social durante a realização das provas objetivas e escritas e demais fases do concurso.

Destaque-se que tal medida já é aplicada pelo EDITAL Nº 1, DE 26 DE JUNHO DE 2018 do CONCURSO DE ADMISSÃO À CARREIRA DE DIPLOMATA.

Nesse contexto, a alteração da Deliberação possibilitará a total segurança de que haverá respeito a identidade de gênero no concurso de ingresso na Defensoria Pública de São Paulo.

Da comissão Especial

Conforme se extrai do texto da Deliberação, o papel da Comissão Especial é muito mais amplo que a mera verificação da autodeclaração firmada pelos candidatos que concorrem às vagas reservadas a negros e indígenas. Com efeito, incumbe à Comissão a tarefa de monitorar a execução da política pública de cotas étnico-raciais, elaborando relatórios anuais. Considerando a complexidade dos fatores envolvidos na construção do êxito de uma política pública dessa envergadura, sugere-se a ampliação e detalhamento do rol de atribuições da Comissão, assim como a sua previsão no texto da Deliberação 307/2014, ainda que de forma não exaustiva. Tais atribuições seriam:

1. Encomendar estudos estatísticos referentes aos concursos de Defensor, agente e oficial da Defensoria, após a finalização de tais certames, visando a elaboração de relatórios comparativos do desempenho de candidatos negros e indígenas em relação ao dos (as) candidatos (as) que integram a lista de ampla concorrência, a partir dos quais poderá apresentar ao Conselho Superior propostas de aprimoramento da política de cotas após debate-las com a sociedade civil;
2. Elaborar uma proposta de política pública, em parceria com a Escola da Defensoria Pública, voltada à preparação de candidatos negros e indígenas para os concursos da Defensoria Pública, através do oferecimento de cursos gratuitos e/ou do pagamento de bolsas de estudo, à semelhança do que ocorre no âmbito do Itamaraty, que, desde 2002, mantém o chamado "Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco - Bolsa Prêmio de Vocação para a Diplomacia".

3. Elaborar, em parceria com a Escola da Defensoria e com o Núcleo Especializado de Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial, uma proposta visando a inserção de temáticas como: relações raciais, direito antidiscriminatório, justiça racial e ações afirmativas nos Cursos Preparatórios para ingressantes na Carreira de Defensor (a), e nos editais relativos aos Concursos de Ingresso em todas as carreiras da Defensoria.

4. Desenvolver ações de comunicação perante as comunidades negra e indígena visando dar visibilidade à política de cotas étnico-raciais e publicidade aos editais de abertura de concurso público para ingresso nas carreiras de Defensor, com o intuito de estimular potenciais beneficiários da política de cotas a se inscreverem nos certames, bem como realizar manuais e/ou eventos que apresentem de forma didática o funcionamento de tais processos seletivos.

5. Instar a instituição a produzir periodicamente censos que permitam conhecer a composição étnico-racial de todas as carreiras integrantes dos quadros funcionais da Defensoria.

6. Estudar a viabilidade e pertinência de adoção de cotas étnico-raciais nos concursos de ingresso de estagiários e na composição das instâncias da Administração Superior da Defensoria Pública.

Ademais, de acordo com recomendações constantes da ADPF 186 e da ADC Nº 41 sugere-se que a comissão seja composta tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e que tenha mandatos curtos. Ainda, propõe-se a criação de cargos de suplência, bem como que seja estabelecido o limite mínimo de 3 pessoas para realização das entrevistas destinadas à verificação da autodeclaração dos (as) candidatos (as).

Propõe-se, ainda, que a atividade dos componentes externos da Comissão seja remunerada – ao menos a participação nas entrevistas de verificação da coerência da autodeclaração – e que seja assegurado o afastamento dos (as) Defensores (as) integrantes da Comissão quando houver convocação específica para o desempenho de atribuição a ela atinente.

Ressalta-se, por fim, na linha da advertência feita pelo Professor Daniel Sarmiento, que as cotas podem acabar desempenhando um papel meramente simbólico, distanciando, portanto, dos objetivos constitucionais que justificaram a instituição das políticas de ação afirmativa, se desacompanhadas de um conjunto de medidas adicionais, daí porque se mostra fundamental a valorização e fortalecimento do trabalho da Comissão Especial.

ISADORA BRANDÃO ARAUJO DA SILVA

Defensora Pública Coordenadora do NUDDIR

VINÍCIUS CONCEIÇÃO SILVA SILVA

Defensor Público Coordenador Auxiliar do NUDDIR