

PARECER JURÍDICO
DIREITO E GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Avaliação da validade e eficácia da Lei 12.990/14 nas universidades federais
brasileiras

Prof. Marcelo Arno Nerling²

Introdução

Este Parecer envolve problemas relativos ao direito e à gestão de políticas públicas. O ciclo da gestão operacional, orçamentária e financeira da administração pública direta e indireta de todos os poderes, dos entes e entidades do Estado brasileiro, incluídas as universidades que tem autonomia administrativa vinculada à norma e a própria Constituição que legitima essa autonomia.

Trataremos com lentes político-jurídicas as cotas raciais no serviço público. Nossa posição, pretensamente científica, busca organizar dados e informações úteis ao conhecimento sobre a validade e a eficácia da política pública dita afirmativa, nas universidades federais brasileiras.

O parecer compõe de forma interdisciplinar o “Relatório descritivo e analítico da implementação da Lei 12.990/2014”. Avaliar a vigência, a validade e a eficácia da norma significa trazer para o campo jurídico a última etapa do ciclo da gestão de políticas públicas, o momento da avaliação da política pública, para fazer *accountability* na sociedade civil e política, sobre o estado da arte, sobre a efetividade da política de ação afirmativa legislada e declarada constitucionalmente válida, e que reservou aos negros “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, *in verbis*, conforme.

Os fatos, dados, informações e evidências estão a mostrar que a finalidade da norma não foi cumprida, e que o ordenamento jurídico não funciona para essa fração da sociedade, como há séculos, sem chance sequer de reparação. A Lei foi declarada constitucionalmente válida, com destaque para o fato, ou melhor, para a antecipação da fraude como mecanismo condutor da ineficácia da norma, ou seja, uma manobra sem fundamentação e sem responsabilização cujo resultando é um brutal desvio de finalidade como política de ação afirmativa de garantia de renda econômica. Um prejuízo bilionário. Uma ‘reserva’ não usufruída, legitimada nos procedimentos fraudulentos. Nossa hipótese é de fraude e racismo institucional flagrantes, ausência de planejamento e liberdade igual nas universidades federais brasileiras.³

¹ Relatório “A implementação da Lei nº 12.990/2014: um cenário devastador de fraudes”

² Professor da Universidade de São Paulo, vinculado ao curso de gestão de políticas públicas na graduação (GPP-EACH) e ao programa de pós-graduação em humanidades, direitos e outras legitimidades (PPGHDL-FFLCH), da Universidade de São Paulo. mnerling@usp.br (11) 98521-9383

³ SANTOS, Milton. O intelectual e a universidade estagnada. Acessível em: <https://adusp.org.br/files/revistas/11/r11a03.pdf>

O ordenamento jurídico não funcionou, não teve ‘vigência’ pelo preenchimento de, pelo menos, 20% das vagas de provimento efetivo federais, por pessoas declaradas negras ao longo de última década. A lei precisa ser reeditada e renovada em sua redação, para evitar fraudes. Nas universidades federais está ausente a fundamentação para a tomada de decisão e o tipo de interpretação e argumentação empregados para aplicar a Lei 12.990/14 está longe de uma interpretação teleológica, sistêmica, histórica, e perto do fetiche da ‘autonomia universitária’. Esse parecer de provimento *zetético* persegue a dogmática. Se pergunta: que interpretação e que argumentação tem o poder de tornar a lei letra morta e manter o racismo institucional, ausente a condição republicana, nos concursos para os cargos de provimento efetivo do magistério superior federal brasileiro?

Sobre os métodos de interpretação constitucional

A contribuição do direito é propedêutica, exige uma metódica jurídica que pergunta: “o que ocorre efetivamente, quando se pode afirmar de um determinado ordenamento jurídico que ele funciona, que ele tem ‘vigência’?”⁴ (MÜLLER, 1975)

Para maior conforto metódico, vamos ajustar os termos funcionamento e vigência aos conceitos de validade/eficácia (CADEMARTORI, 2006, 49) e buscar na argumentação, usando as técnicas de interpretação constitucional – teleológica, conforme, gramatical, histórica, sistêmica e concretizadora (MÜLLER, 2000, 71) para aplicar o direito constitucional administrativo e o direito constitucional financeiro. (TORRES, 2014, 71)

A argumentação jurídica fundamenta as decisões resultantes da interpretação teleológica, histórica, sistêmica, comparativa, gramatical e servem ao direito constitucional financeiro materializado nas políticas públicas de duração continuada, a exemplo do ensino superior público federal. (MÜLLER, 1995, 15) Teoria da interpretação e teorias da linguagem e da argumentação jurídica (FERRAZ JR., 2001, 285; WARAT, 1995, 19). Isso se recepciona no modelo dogmático, positivista por nós defendido, nos termos do artigo 20 da lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Os métodos de interpretação constitucional são uma ferramenta útil e ajudam a afastar os valores jurídicos abstratos.

Uma primeira interpretação possível, a interpretação teleológica, parte zeteticamente da seguinte pergunta: qual a finalidade da Lei 12.990/14? A resposta deve estar contida na finalidade aprovada pelo devido processo legislativo e a declaração de constitucionalidade, pelo Judiciário, da mesma: ‘reservar vagas no provimento de cargos efetivos e empregos públicos’ no âmbito da administração pública federal. Ou seja, a lei 12.990/14 ‘reservou’ aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos pelo prazo de 10 (dez) anos e está vigente até 9 de junho de 2024.

⁴ [Welche Art von Wissenschaft unter den Wissenschaften ist die Jurisprudenz? Sie lautet vielmehr: Was geschieht tatsächlich, wenn von einer bestimmten Rechtsordnung gesagt werden kann, sie funktioniere, sie sei ,in Geltung‘?“

Uma ‘interpretação sistêmica’ iniciada na pergunta sobre a vigência e a eficácia da norma para mudança da realidade. Depois de uma década, o que aconteceu? Atingimos os 20 % de cargos e empregos públicos ocupados por negros, pelo menos nas Universidades Federais? O Relatório prova que não e com isso, aponta para a omissão do Estado na implementação da política de duração continuada.

Uma nova lei, dada a flagrante injustiça na implementação decenal como aponta o Relatório, deve melhorar a técnica legislativa, particularmente para melhor posicionar a regra do artigo 1º § 3º da Lei 12.990/14, quando refere à reserva de vagas a candidatos negros constar expressamente dos editais dos concursos públicos “vinculados ao total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido”. O total de vagas é definido, ou deve ser, no ano anterior, por força das regras de planejamento e eficiência do controle operacional, orçamentário e financeiro de contas.

Esse dispositivo precisa ser interpretado sistemicamente, e envolver o próprio texto da norma com a vinculação do artigo primeiro ao artigo 4º, que determina que o ato de nomeação dos candidatos aprovados deve respeitar 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. Ou seja, o ato de nomeação está vinculado à reserva de vagas que deve estar planejada anualmente dado que a lei tem validade decenal no caso em comento.

O que se lê nos editais dos concursos das universidades federais estudadas, com baixa transparência ativa e desdém para a Lei de Acesso à Informação 11.527/11 e LC 131/09, é uma interpretação restritiva que impede, mediante fraude, a concretização da finalidade normativa. O devido processo administrativo de concurso público, é regulado. A gestão do conhecimento sobre esse processo de serviço é possível e deve ocorrer, e ser controlado pelos órgãos de controle interno e externo. Autonomia universitária não pode ser contrária à lei, não há imunidade contra a jurisdição, não há autonomia vinda da Constituição para atacar a própria Constituição. Portanto, também a universidade pública está vinculada ao planejamento, que deve ser determinante no setor público, garantindo previsibilidade à programação orçamentária nos termos da constitucionalização do direito financeiro. (TORRES, 2014) Não há autonomia contra a Constituição e as leis.

As normas internas das universidades devem observar a simetria com as demais normativas do ordenamento jurídico que se emprega para a operação jurídico política de tomada de decisão.

Mas o que mostraremos está mais próximo de um *iustitium* – designação técnica para o estado de exceção-, para que adquira um significado de luto público pela morte de um soberano ou parente próximo seu. O luto público que caminha ao lado do estado de exceção, passando este ao conjunto de termos do direito público para designar a suspensão do direito numa situação da maior necessidade política, vindo do mais anódino significado de cerimônia fúnebre. A evolução do estado de exceção para o de luto político aproxima as manifestações de luto e as de anomia e nas semelhanças entre elas se busca a razão última da ideia de um “terror anômico” que caracterizaria os conjuntos sociais humanos. A relação entre anomia e angústia é dada como um fato; a anomia tem estreita e complexa relação com o direito e com a ordem social, mas é “neutralizada por antecipação”. (AGAMBEN, 2004, 104) Assim se mantém, legitimada por meros

procedimentos, “a norma pode ser aplicada ao caso normal e pode ser suspensa sem anular inteiramente a ordem jurídica porque, sob a forma de *auctoritas* ou da decisão soberana, ela se refere imediatamente à vida e dela deriva.” As técnicas e governos nazistas e fascistas permitem descrever um “aparente caráter original do poder” que “deriva da suspensão ou da neutralização da ordem jurídica – isto é, em última instância, do estado de exceção”. (AGAMBEN, 2004, 129)

A interpretação histórica, compulsando o devido processo legislativo, também aponta para a reparação de um problema estrutural, histórico, que a lei visa reparar com janelas de oportunidade diferenciadas, no caso, uma década para reparar quase 400 anos de escravidão e de governamentalidade e políticas públicas de morte.⁵

A reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

E o problema da não concretização da norma, da falta de eficácia nesse período decenal de vigência, vem de uma “interpretação” restritiva, escondida no véu da autonomia universitária, que não se verga à razão constitucional de direito que determina o planejamento e a sua transposição em programas e projetos incluídos na lei orçamentária. Ou seja, o quadro de vagas deve ser o quadro total de vagas destinadas ao provimento efetivo, decenal, plurianual, ou no mínimo, anual. Não há autonomia ou discricionariedade para “fraudar” a concretização, a eficácia, a efetividade da norma, fazendo interpretação restritiva e “de conta” que a lei não se aplica sistemicamente, ou seja, que o planejamento deve ser precedido de orçamentação anual e daí a legitimidade para o exercício financeiro nos termos do Art. 70 da CF.

O quadro de vagas deve ser aprovado no ano anterior com a ‘reserva’ posteriormente espelhada em cada edital e certame. A nomeação dos candidatos aprovados deve respeitar os critérios de “alternância e proporcionalidade”, que consideram a relação entre o número de vagas total para cada “cargo de provimento”, intercalando o número de vagas reservadas a ampla concorrência, com as vagas “reservadas na proporção de 20% do total”, para candidatos com deficiência e a candidatos negros.

O total das vagas de provimento efetivo que serão concursadas, por força da Lei 4.320/64 e LC 101/00, devem ser definidas no planejamento orçamentário anual que antecede a abertura de editais específicos por área.

Não é razoável desconfigurar a interpretação, porque afronta a teoria da constituição financeira, que veda o início de projetos e programas sem vinculação orçamentária como define o art. 167, I da CF. No quantitativo total de vagas levadas à concurso para provimento efetivo se aplica a regra da oferta mínima de três vagas e a alternância e proporcionalidade entre livre concorrência, deficiência e cor.

⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255> **Ementa** Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O Grupo de Pesquisa mirou nas instituições federais que compõe a carreira de magistério superior brasileiro.⁶

Accountability e garantismo

Na perspectiva do controle operacional, orçamentário e financeiro da Administração Pública, estamos descrevendo e analisando, e com isso evidenciando, que em nome da autonomia nossas Instituição deixam de planejar, ou fazem de conta ao não aplicarem a constituição e as leis e com isso, atingirem a condição patrimonialista ante do Estado Democrático de Direito.

A Teoria da constituição financeira (TORRES, 2014, 71) orienta o modelo de dirigismo do Estado e escolhas públicas, ou se legitima assim procedendo. Mas o que estamos a perceber é o resultado de operações simplificadoras que “legitimam ideologicamente o Direito inválido vigente”, por ser ignorado como não vigente, e por ser tido com inválido. O que se faz como antídoto é a crítica do Direito positivo vigente, uma crítica interna orientada à análise de aspectos de ineficácia e invalidade. (CADEMARTORI, 2007, 104)

Na perspectiva da constitucionalização do direito financeiro, podemos recordar que o direito positivo, a Constituição, no caso, foi expressa ao definir o planejamento como determinante no setor público e indicativo para a iniciativa privada, nos termos do art. 174 da CF. Instituições republicanas com liberdade igual (SCAFF, 2018, 45)

Aplicada a Lei 12.990/14 de forma sistêmica, para eficácia e validade da lei, a política de cargos deve estar vinculada ao orçamento e ao correspondente exercício financeiro. Planejamento plurianual e anual, garantido o princípio da anterioridade, ou seja, planeja e orça no ano anterior à execução da política.

A Lei 12.990/14 observada quanto ao funcionamento, vigência, validade e eficácia, empregados alguns métodos de interpretação constitucional não foge da razoabilidade sobre o entendimento de que a Lei reservou aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos por um período de dez anos, e deveria ter sido aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público, ao longo do ano posterior ao planejamento, fosse igual ou superior a 3 (três). Nunca sobre editais específicos de departamentos ou do tipo de organização autônoma que o valha chamar. A interpretação sistêmica destaca vincula o próprio ato de nomeação dos candidatos aprovados, vinculado ao respeito dos critérios de “alternância e proporcionalidade”, que considerar a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros. Fugir dessa interpretação é dar asas à fraude e daí nasce a perspectiva eventual do dolo e da responsabilidade civil objetiva do Estado com ação regressiva relativa aos gestores reitores racistas.

Portanto, uma boa interpretação, para atingir a finalidade da norma, deve ser constitucional, logo, atender à constitucionalização do direito financeiro e fazer do planejamento a matriz do processo de serviço, no caso, das políticas públicas de educação

⁶ O Decreto-Lei 4.657/42, alterado pela Lei 12.376/10 e Lei 13.655/18.

superior. O número de vagas oferecido por concurso público deve ser definido no ano anterior à realização do certame. O Planejamento de cada universidade deve dizer qual é o quantitativo de vagas e quantos cargos serão preenchidos por concurso público para provimento efetivo. O total das vagas de provimento efetivo que serão concursadas, por força da Lei 4.320/64 e LC 101/00, devem ser definidas no planejamento orçamentário anual que antecede a abertura de editais específicos por área.

Não planejar no ano anterior afronta a teoria da constituição financeira, que veda o início de projetos e programas sem vinculação orçamentária, como define o Art. 167, I da CF.⁷ No quantitativo total de vagas levadas à concurso para provimento efetivo se aplica a regra da oferta mínima de três vagas e a alternância e proporcionalidade entre livre concorrência, deficiência e cor.

Gestão administrativa de pessoal das Universidades e o ‘Banco de Professores-Equivalente’

O dever de Planejar constitucional está expresso nas normativas ou atos administrativos internos do governo federal, que vinculam os gestores da Universidades porque autarquias ou fundações públicas.

A Portaria Normativa Interministerial MEC/MP de número 22, de 30 de abril de 2007, firmada pelos ministros da “Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão”, válida e verificável quanto à eficácia, constituiu em cada universidade federal o instrumento de gestão administrativa de pessoal tendo como referência o “banco de professores-equivalentes”.

O Decreto Federal 9.739/19 também estabeleceu medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional vincula a administração pública, especialmente a federal, às normas sobre concursos públicos, dispondo sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal – SIORG.

O banco de professores equivalentes materializa a fase do planejamento e permite ao governo e a própria administração planejar as contratações de obras, serviços e, por óbvio, de recursos humanos. A alteração permite “definir anualmente”, para cada universidade federal, um “número de vagas docentes, com base em unidades de professor-equivalente”. O banco é capaz de refletir, a cada ano, o potencial de aproveitamento de vagas de cada instituição, levando em conta os professores efetivos e substitutos em exercício, além das perspectivas de expansão das universidades. A autonomia aos reitores para planejar o preenchimento das vagas docentes é livre, condicionada aos órgãos

⁷ Ao órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica⁷ será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto na Lei 12.990/14. Aliás, uma medida à mais para nos moldes previstos nos artigos 54, 55 e 59 da Lei 12.288/10 que já havia expressado que o Estado deveria adotar medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, observado a Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei 7.347/85.

colegiados, mas o fundamento da pretensão deve estar contido no Banco de Professores, ou seja, no quadro geral e, óbvio, respeitar a “reserva de vagas”. Este é o momento de reservar as vagas. “Observados os limites do banco de professores-equivalentes”, a própria universidade poderá promover concurso público para provimento de cargo docente, além de contratar professor substituto, a partir da existência de cargos vagos no quadro da universidade.⁸

Nos termos da Portaria Normativa Interministerial nº 22, de 30 de abril de 2007, no seu Art. 5º, a Secretaria de Educação Superior envia ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, até “maio de cada ano”, a “estimativa de acréscimo ao orçamento de pessoal docente das universidades federais para o exercício seguinte, com a discriminação mensal da previsão de preenchimento de vagas docentes”.

A discriminação mensal pode sim estar contida em editais, mas estes, não podem interpretar de forma restritiva esquecendo a Secretaria de Educação Superior que tem competência, prevaricando se não o faz, de produzir a estimativa mencionada no caput com a participação das universidades federais.

As universidades devem enviar, semestralmente, à Secretaria de Educação Superior relatório informando a abertura de concurso, o preenchimento de cargos docentes e a contratação de professores substitutos no período.⁹

A regulação dos concursos nas federais: estudo de Caso

As Universidades em sua autonomia financeira estão vinculadas e devem organizar o seu processo de planejamento.¹⁰ A autonomia administrativa confere a possibilidade de regular, sem ferir lei maior, as ‘normas para a realização de concurso para o ingresso nas carreiras e cargos do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, instituído pela Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, e de processo seletivo simplificado para contratação de professor(a) substituto(a) e professor(a) visitante.

Consideram-se “Carreiras e Cargos” do Magistério Federal: I - Carreiras de Magistério Superior e de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT); e II - Cargo Isolado de Professor Titular-Livre do Magistério Superior e do Magistério do EBTT.

Como vimos, até “maio de cada ano”, cada universidade deve apresentar a estimativa de acréscimo ao orçamento de pessoal docente das universidades federais para o exercício seguinte, com a discriminação mensal da previsão de preenchimento de vagas docentes. Este é o momento da definição, pelo Reitor com aval do Colegiado Superior, a reserva de vagas, observados os limites do banco de professores-equivalentes, no caso, quantitativos nos cargos das carreiras de magistério superior e de magistério do ensino básico, técnico e tecnológico, ou de cargo isolado de professor titular-livre do magistério superior e do magistério do EBTT.

⁸ portal.mec.gov.br/arquivos/Bk_pde/professoreq.html

⁹ [PORTARIA NORMATIVA INTERMINISTERIAL No- 20, DE 24 DE ABRIL DE 2007 \(mec.gov.br\); PDE \(mec.gov.br\); portal.mec.gov.br/arquivos/Bk_pde/professoreq.html](http://portal.mec.gov.br/arquivos/Bk_pde/professoreq.html)

¹⁰ www.reitoria.ufu.br/Resolucoes/resolucaoCONDIR-2021-2.pdf

Na UFU são dois órgãos envolvidos depois que a ‘Unidade’ solicita a abertura de concurso e pede as vagas necessárias. A Reitoria autoriza e a Pró-Reitoria de Pessoas (Resolução da UFU), a elabora a ‘minuta do edital’ e seguir com a operacionalização do certame. O Reitor(a) está condicionada ao quadro consolidado até “maio de cada ano” e aprovado no Conselho Superior a “estimativa de acréscimo ao orçamento de pessoal docente das universidades federais para o exercício seguinte, com a discriminação mensal da previsão de preenchimento de vagas docentes”. Isso não se identifica nesse estudo de caso que, segundo o Relatório, demonstra avanços significativos em termos regulatórios.

O Art. 56, § 1º da Resolução UFU faz o diagnóstico de uma interpretação restritiva da norma no momento da confecção do Edital específico do cargo legado à concurso, sem considerar o ato de nomeação que está condicionado à reserva de vagas na ordem de 20% do total de cargos de provimento efetivo levados à concurso e dá asas ao racismo estrutural. O § 2º desse mesmo artigo da resolução diz que “para aplicação da reserva de vagas prevista neste artigo, a PROGEP deverá reunir as vagas disponíveis em cada momento, conforme calendário específico, e realizar publicação de edital único, contendo todas as vagas”.

A Resolução da UFU11 se declara vinculada à princípios: I - fortalecimento da capacidade institucional; II - melhoria das condições de funcionamento da Universidade; III - melhoria organizacional e das competências institucionais; IV - execução do planejamento e das políticas estratégicas do Estado; V - *promoção de políticas inclusivas e afirmativas de promoção da igualdade de acesso aos cargos públicos por critérios de: a) pessoa com deficiência; b) natureza etnicorracial; c) populações historicamente vulneráveis e; d) populações historicamente submetidas ao preconceito, à discriminação ou à perseguição; e VI - promoção das políticas de relações internacionais da República Federativa do Brasil, na concessão de asilo, refúgio ou cooperação entre os povos.* Parágrafo único. Os certames deverão ainda observar os princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no art. 37 da Constituição Federal e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Se tomarmos como referência uma universidade federal podemos exemplificar o problema operacional. Ele se dá na fase da implementação da política, após a fase do planejamento que culmina na elaboração orçamentária, no cronograma de gastos, portanto, na fase da ordenação de despesa. A Universidade Federal de Uberlândia tem uma resolução do Conselho Universitário que determina a reserva de 50% das vagas nos editais com o objetivo de recompor vagas que deixaram de ser implementadas. A recomposição é válida para todos os cargos da carreira do magistério federal, contratados por concurso ou por processo seletivo simplificado.¹² A Resolução CONDIR Nº 2/21, normatiza a realização de concurso público e processo seletivo para admissão de professores na UFU. ¹³

¹¹ [Legislações | UFU](#)

¹² www.reitoria.ufu.br/Resolucoes/resolucaoCONDIR-2021-2.pdf

¹³ Acesso em: <http://www.reitoria.ufu.br/Resolucoes/resolucaoCONDIR-2021-2.pdf>

O Estatuto da Igualdade Racial, no Art. 59 determinou ao Poder Executivo federal a criação de instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas na Lei 12.990/14.

Como aponta o Relatório, a UFU se faz algo diferente de outras instituições: a) abrem um edital geral com todas as vagas; e, b) editais complementares específicos para cada uma das vagas já elencadas no edital geral. Os editais específicos orientam o perfil da vaga, bibliografias, é como um anexo ao edital geral. A reserva de vagas é prevista no edital geral, contabilizando o total das vagas.¹⁴ A maioria das instituições informam todas as regras em um único documento, contendo anexos. Um único documento facilita a vida dos candidatos e o controle social da política de ação afirmativa.

A fraude

A eventual leitura deste Parecer pode ter inquietado nossos leitores atentos para o fato de que empregamos por várias vezes, o conceito de “fraude”. A ideia de que as instituições tentariam ‘fraudar’ a finalidade da Lei em comento vem do Relator da ADC 41, Ministro Luís Roberto Barroso.¹⁵ A publicação do acordão da ADC 41 é um dos marcos temporais na análise de dados que compõe o relatório.

O emprego do termo ‘fraude’ não é casual. Está nos Anais do Supremo Tribunal Federal. E a “legitimação pelo procedimento” levou e segue levando os órgãos de controle interno e externo às mesmas conclusões, e com isso, à ineficácia da norma. O Ministro, de forma oficial, antecipa a “fraude” e dá asas à responsabilização da instituição e de seus servidores e agentes.

O que o Relatório “Cotas Raciais no Serviço Público: análise na implementação da Lei 12.990/2014” está a apontar, e considerando o planejamento como determinante no serviço público nos termos do Art. 174 da CF é a necessidade de planejamento e de aprovação orçamentária para ordenamento de despesas com recursos públicos, nos termos do Art. 167 da CF. (BARROSO, 2017)

O número de vagas reservadas de cada cargo constante no edital está vinculado ao Planejamento institucional,¹⁶ e cada universidade federal, como instrumento de gestão administrativa de pessoal, possui um banco de professores-equivalente, nos termos do Anexo desta Portaria Interministerial. Como ‘passe de mágica’ ou melhor, nos termos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, como fraude, as 20% das vagas de provimento efetivo são, se existe esse planejamento, fracionadas e passam a ser aplicadas “sobre o total de vagas de cada cargo constante no edital”!

O Decreto Federal 9.739/19 estabeleceu medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e

¹⁴https://www.portalselecao.ufu.br/servicos/arquivo_administrativo/download/89f8f214774c7ec55bdbf7912c9ee04a

¹⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=JCTxR4jDoxQ> Pleno - Iniciado julgamento sobre Lei de Cotas no serviço público (1/2)

¹⁶ Portaria Interministerial nº 22, de 30 de abril de 2007 dos MINISTROS DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

normas sobre concursos públicos e a Portaria Normativa Interministerial nº 22, de 30 de abril de 2007, já determinava que a Secretaria de Educação Superior enviasse ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a “estimativa de acréscimo ao orçamento de pessoal docente das universidades federais para o exercício seguinte”, com a “discriminação mensal da previsão de preenchimento de vagas docentes”. As universidades devem enviar semestralmente à Secretaria de Educação Superior, um relatório informando a abertura de concurso, o preenchimento de cargos docentes e a contratação de professores substitutos no período. O banco de professores equivalente, constituído em cada universidade federal é o instrumento de gestão administrativa de pessoal.

Considerações finais

A lei reservou aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas.

A reserva de vagas deve ser expressa nos editais dos concursos públicos, especificadas sobre um total de vagas correspondentes para cada cargo ou emprego público oferecido. A reserva é anterior ao Edital, é da lei. O Edital, ato administrativo, expressa a vaga ou as vagas, mas a reserva planejada do banco deve vir expressa no Edital específico. Tanto é que os candidatos negros concorrem concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso, e os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não devem ser computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

Importa a finalidade da norma, ou seja, garantir para pessoas declaradas negras 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas em um período de dez anos.

Esse tempo passou, e o resultado é negativo. Esta janela de oportunidade foi perdida e mostra ausência de planejamento e controle nas universidades federais e põe em risco a legitimidade dos concursos gerados sobre Editais que fraudam a Lei 12.990/14 e as demais normas e princípios que compõe o ordenamento de referência.

O prejuízo é notório: econômico e social. A responsabilidade é objetiva. Falamos de fraude e de um ordenamento jurídico que não funciona, um estado de exceção.

A nomeação, que precede a posse e o efetivo exercício dos candidatos aprovados, deve respeitar 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”. O número de vagas total, para o concurso no ano seguinte, após aprovação da Lei Orçamentária, deve estar fundamentado no banco de professores-equivalente, que deve ser consolidado em cada universidade até maio de cada ano, e informado ao órgão central de planejamento do executivo federal. Na carreira Quando falamos de “cargos” da “carreira”, todos os cargos vinculados a uma carreira devem ser agrupados e compor o banco referido.

Portanto, o ato de planejar, de formular a política, condiciona a indicação de um número de vagas total para o cargo, com a indicação das vagas para os portadores de deficiência e os candidatos negros levando em conta que o ato de nomeação está vinculado reservadas no planejamento a partir do número de vagas reservadas e respeitar os critérios de ‘alternância e proporcionalidade’. O Relatório mostra o controle a posteriori, o controle social, o controle da sociedade civil representada pela Universidade necessária. Nenhum compromisso com esse modelo fraudulento de Universidade. (SANTOS, 1989)¹⁷ Que interpreta de forma gramatical, não sistêmica, para assim lavar as mãos e insistir no racismo estrutural.

As universidades estagnadas não estão a promover políticas de atração e fixação desses profissionais negros já qualificados. O que acontece é o contrário. Na maioria dos casos, não planeja e não presta contas, entre meios, não tem segurança jurídica e previsibilidade mantendo a racialização e a exclusão mediante fraude. Sujeita portanto, à responsabilização civil objetiva.

SMJ, é o Parecer.

São Paulo, 02/02/2024
Prof. Marcelo Arno Nerling

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Homo sacer, II, I. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988a.
- _____. Lei 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, DF, 2010. Disponível em: [L12288 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2010/lei/12288.htm). Acesso em: 01 fev. de 2024.
- _____. Lei 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm. Acesso em: 01 fev. de 2024.
- _____. Decreto Nº 9.739, de 28 de março de 2019. Estabelece medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal - SIORG. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9739.htm. Acesso em: 01 fev. 2024.
- _____. Portaria Interministerial nº 22, de 30 de abril de 2007 dos MINISTROS DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Fica constituído, em cada universidade federal, como instrumento de gestão administrativa de pessoal, um banco de professores-equivalente. Disponível em: portal.mec.gov.br/arquivos/Bk_pde/professoreq.html. Acessado em 01/02/2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Pleno – Iniciando julgamento sobre Lei de Cotas no serviço público. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JCTxR4jDoxQ>. Acessado em 01/02/2024.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. Direito linguagem violência – Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69216/39096>. Acesso em: 17 nov. 2023.
- _____. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000b.
- SANTOS, Milton. O intelectual e a universidade estagnada. São Paulo: Adusp, 1997. Acessível em: <https://adusp.org.br/files/revistas/11/r11a03.pdf>. Acessado em 01/02/2024.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Direito constitucional financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. Disponível em: 2014_01_00671_00703.pdf (cidp.pt). Acesso em: 20 fev. 2023.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora UNB, 2000, v. 1.

