

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Departamento de Direito Público e Filosofia

Diana Gonçalves Viana Machado

A juridicidade das comissões de heteroidentificação racial
E o problema do pardo

Porto Alegre
2021

Diana Gonçalves Viana Machado

A juridicidade das comissões de heteroidentificação racial
E o problema do pardo

Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito em junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Lúcio Antônio Machado Almeida

Coorientadora: Luciana Garcia de Mello

Porto Alegre

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

A ficha catalográfica, gerada pelo [Sistema para Geração Automática de Ficha Catalográfica para Teses, Dissertações e TCCs da UFRGS](#), deve ser copiada como imagem e colada aqui.

Diana Gonçalves Viana Machado

A juridicidade das comissões de heteroidentificação racial
E o problema do pardo

Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito em junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Lúcio Antônio Machado Almeida
Coorientadora: Luciana Garcia de Mello

BANCA EXAMINADORA:

Doutor Lúcio Antônio Machado Almeida
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Pós-Doutora Luciana Garcia de Mello
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestrando Gleidson Renato Martins Dias
UNISINOS

Doutor Rafael Da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aos meus avós, quatro distintas raízes do
meu eu.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, preciso dizer que não tenho com as palavras a habilidade necessária para expressar meus sentimentos de gratidão aos nomes que citarei nesses agradecimentos. Toda palavra parece pequena e espero muito poder ter as oportunidades e o tempo necessário para poder expressar (em ações e palavras) esses sentimentos enquanto eu estiver viva. Também vão faltar pessoas, sei disso e já me desculpo de antemão. Tenho uma vida rodeada de gente muito maravilhosa e inspiradora.

Cabe dizer que esse trabalho começa com uma tentativa de autocompreensão sobre minhas vivências pessoais e relações familiares. Assim, agradeço à minha família, raízes das minhas mais profundas inquietações, meu suporte e minha responsabilidade. Nascer em uma família que me ama tanto foi o primeiro dos meus muitos privilégios. À minha mãe, Lilian, ao meu pai, Frederico, às minhas irmãs, Isis e Gabi, aos meus avós, Rosângela, João, Graça e Mario e aos meus bisavós, Anita, Adair, Jovita e Zuza (que tive a oportunidade de conhecer ainda em vida), o meu muito obrigada!

Ainda que impossível de nomear toda família, dedico um especial agradecimento também à Aline, Maria, Arlete, Silvana, Tainá, Max, João, Joãozinho (dos passarinhos), André e Daniel (família de mãe). Também à Amanda, Verônica, Jana, Raul, Tiago, Lucas, Ian, Jonas (meu primo e afilhado lindo!) e Caio (família de pai). Ainda, aos meus padrinhos, Ednéia e Edésio, à Paula Sandrinha e ao Paulo. Vocês preenchem meu ser num tanto que nem imaginam!

Só que minha família é estendida. Em BH tenho mais três irmãs/irmão: Pedro, filho da maravilhosa Rúbia, Larissa, companheira pra todas as horas, e Mari, filha da maravilhosa Jô. Em Porto Alegre também tenho irmãs/irmãos: Jeh, Manô, Ritchie e Bruno. Vocês dão sentido pra minha vida e são mundos interessantes e diversos demais.

Agradeço aos meus muitos amigos e amigas, em especial aos ciclistinhas, João e Ale, à Carol e à Luma, ao Drean, ao Caru, aos amigos e amigas Dandaras, na figura de Tai, Luana, Bruna, Clarícia (ou carícia), Xandi, Aretha, Amanda e Tami, à Ananda (minha gêmea de aniversário de Maceió), à Thaís, à Dome, à Ivi, à Duda, ao Luiz, ao Nani, ao Pedro, ao Vinícius, ao Ronaldo e ao Filipe. Às minhas amigas mexicanas, na figura de Mafer (mi amor), argentinas, na figura de Tati y Candela, e italianas, Rob, Roberta e Valentina. Vocês todas e todos compartilharam afetos,

carinhos, cuidados, livros, artes, ideias, críticas e força. São pessoas magníficas, geniais, muito gatas e que não quero perder nunca.

Na minha trajetória na faculdade tive tantas oportunidades, aprendi sobre o mundo e descobri sobre mim mesma. Especial agradecimento ao G8-Generalizando do SAJU, meu primeiro amor dessa faculdade, onde encontrei só gente maravilhosa. Desse grupo, agradeço especialmente ao André, à Raissa, à Simone, ao Gui, à Luisa, à Dani, ao Gus e ao Júlio. Também no SAJU, agradeço à GRITAM, na pessoa da Marlete, onde aprendi tantas coisas mais. Agradeço ao pessoal da Rede de AJUPs desse Brasilzão, muuuita gente marcante por demais (beijos especiais para Viçosa que veio de pé na porta, primeiro no meu coração e depois na minha casa)!

Agradeço também ao Dandara, grupo que apesar de ter sido passageiro, deixou marcas permanentes na faculdade e na vida de todos os integrantes. Foi fundamental na minha vida e para as reflexões deste TCC.

Também vários professores foram extremamente importantes na minha trajetória. Agradeço, dentre outros, especialmente aos da UFRGS: ao Fábio Morosini, primeiro professor a me acolher, à Roberta Baggio, minha primeira orientadora, à Ana Paula, que me deu várias oportunidades nessa graduação, à Raquel Silveira, e aos meus orientadores, Luciana de Mello e Lucio Almeida, que tanto me inspiraram, motivaram e contribuíram para este trabalho.

Nesse TCC, que representa a finalização de um ciclo, tive ajuda de várias pessoas (muitas delas já citadas aqui), **por isso escrevi ele na primeira pessoa do plural**. Além dos meus orientadores, que de fato despertaram a minha confiança para escrever e me conduziram com muita paciência, preciso agradecer ao meu pai e à minha irmã Jeh, que também me orientaram nesse processo, assim como o Filipe, que me emprestou vários livros, e os professores Rafael e Gleidson (avaliadores do trabalho), que me enviaram materiais e me propuseram reflexões em diversos momentos da graduação. Também agradeço a paciência da Adri, quem mais teve que me aguentar nesse período.

Nesse momento de pandemia e de governo Bolsonaro as coisas têm estado mais difíceis e mais tristes. A saudade só cresce e as vezes o medo também. Mas apesar da constância desses sentimentos, me acompanha também o amor, as lembranças e a vontade de ver e estar com cada um de vocês!

Obrigada Universidade Pública! Obrigada por tudo!

RESUMO

No presente trabalho buscamos investigar a juridicidade das comissões de heteroidentificação racial instauradas nos concursos públicos federais. O tema está fundamentado na Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos à população negra. As comissões, que já foram consideradas mais controversas, hoje possuem maior definição nos seus contornos. A polêmica, atualmente, reside na reconhecida ambiguidade da categoria pardo e nas possibilidades de controle pelo judiciário da política pública. Por essa razão, nos debruçamos sobre os modos de reconhecimento pelo judiciário da utilização da autodeclaração como ferramenta para fraudar o programa e sobre as possibilidades de controle jurisdicional da política pública. A partir do contexto histórico e social brasileiro e dos paradigmas jurídicos do direito administrativo, analisamos sete decisões proferidas pelo TRF4. O método aplicado foi o estudo de caso, a partir da análise de acórdãos. Nos resultados da análise da amostra restaram evidenciadas, principalmente: I. a ausência de verificação da existência de fraude; II. a subjetividade da identificação racial que está atrelada à ambiguidade da categoria parda; III. a atribuição de tecnicidade à leitura racial realizada pelas comissões de heteroidentificação, que transforma os avaliadores em especialistas na classificação racial, inclusive para fins judiciais; e IV. o comprometimento da sindicabilidade do ato da administração em razão do desconhecimento dos sentidos das normas que regulam as comissões pelo judiciário e, possivelmente, de certa confusão entre a noção de conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário, no caso das comissões de heteroidentificação racial.

Palavras-chave: Cotas Raciais. Concurso Público. Judiciário.

ABSTRACT

In the present work we seek to investigate the legality of racial hetero-identification commissions established in federal public tenders. The theme is based on Law No. 12,990 / 2014, which reserves 20% (twenty percent) of vacancies in public tenders for the black population. Commissions, which were once considered more controversial, today have greater definition in their outlines. The controversy, currently, lies in the recognized ambiguity of the “parda” category and in the possibilities of control by the judiciary of public policy. For this reason, we focus on the ways in which the judiciary recognizes the use of self-declaration as a tool to defraud the program and on the possibilities of judicial control over public policy. Based on the Brazilian historical and social context and the legal paradigms of administrative law, we analyzed seven decisions handed down by TRF4. The method applied was the case study, based on the analysis of judgments. In the results of the analysis of the sample, the following remained mainly evidenced: I. the absence of verification of the existence of fraud; II. the subjectivity of racial identification that is linked to the ambiguity of the “parda” category; III. the attribution of technicality to the racial reading carried out by the hetero-identification commissions, which turns the evaluators into specialists in the racial classification, including for judicial purposes; and IV. the compromise of the syndicality of the administration act due to the lack of understanding of the rules that regulate commissions and, possibly, of a certain confusion between the notion of undetermined legal concepts and discretionary power, in the case of racial hetero-identification commissions.

Keywords: Racial quotas. Public tender. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
RAÇA, CATEGORIAS RACIAIS E MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO	12
Raça, ciência e política	12
O elemento brasileiro da mestiçagem	16
Identificação racial: categorias e métodos	26
Categorias de cor e raça brasileiras	26
Autodeclaração e heteroidentificação	28
COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO RACIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS E SUA JURIDICIDADE	33
Da legalidade das comissões	34
Os princípios jurídicos no contexto das comissões	38
Do procedimento de heteroidentificação complementar	40
Da sindicabilidade dos atos administrativos	43
Poder discricionário	46
Conceitos jurídicos indeterminados e as zonas cinzentas	47
O CONTROLE DE JURIDICIDADE EXERCIDO PELO TRF4	51
A fraude na autodeclaração	53
Como são julgados aqueles que julgam as raças?	60
Do acórdão paradigmático	61
Do julgamento	65
CONCLUSÃO	72

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho buscamos investigar a juridicidade das comissões de heteroidentificação racial, instauradas nos concursos públicos federais. O tema está fundamentado na Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos à população negra.

Na execução da política, principalmente quando realizadas as avaliações, foi identificado que a grande ausência de pessoas negras em determinados espaços persistia, mesmo se levada em consideração a mínima porcentagem de vagas que foi prevista nas leis específicas. Os avaliadores, ao analisarem as imagens dos candidatos que acessaram o ensino superior ou os concursos públicos por meio das cotas, constataram a ocorrência sistemática de fraudes na política, que tinha na autodeclaração sua única forma de ingresso.

A resposta para essas ocorrências foi a instauração de comissões que possuem a prerrogativa de verificar a autodeclaração prestada pelos candidatos, de modo a impedir que o programa fosse fraudado. Essas comissões foram chamadas de comissões de heteroidentificação, verificação ou aferição racial e provocaram bastante controvérsia no país, tendo sido inclusive declaradas inconstitucionais pelo judiciário através do controle difuso de constitucionalidade.

Essa situação, de expressiva ocorrência de fraudes nas cotas somada a aversão à fiscalização de uma política pública pelo poder público, indica a necessidade de compreender o contexto de emergência das comissões de heteroidentificação racial. Também o contexto vai determinar as condições da identificação racial, suas categorias e métodos mais adequados.

Renomados acadêmicos brasileiros dos estudos das relações raciais pensaram e produziram especificamente sobre as comissões, no caso as instauradas na Universidade de Brasília (antes da Lei 12.990/2014), muitas vezes no sentido de criticar ou defender sua existência. Cito como exemplo, do campo das ciências sociais, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (2005), José Carlos dos Anjos (2005) e Marcos Maio e Ventura Santos (2005).

No campo do direito também encontramos diversas produções acadêmicas, algumas delas reunidas no livro 'Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos', organizado por Gleidson Renato Martins Dias e

Paulo Roberto Faber Tavares Junior. A obra foi bastante utilizada na produção do presente trabalho, assim como palestras e eventos sobre a temática.

Essas produções indicaram a ausência e a necessidade de trabalhos sobre as comissões na área do direito administrativo. Isso porque foi declarada sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sem que fossem resolvidas todas as questões apresentadas pelos candidatos, que seguem recorrendo às vias judiciais. A polêmica do ponto atualmente reside na reconhecida ambiguidade da categoria pardo, conforme demonstraremos no decorrer do trabalho, bem como as possibilidades de controle pelo judiciário da política pública.

Por essa razão, pretendemos responder como o judiciário tem (i) identificado (ou não) a utilização da autodeclaração como ferramenta para fraudar a política racial e, por outro lado, (ii) julgado as demandas legítimas, que consideramos ser as disputas travadas nos termos dos critérios legais, ajuizadas em face das comissões de heteroidentificação racial.

O contexto de observação escolhido foi o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A opção por analisar acórdãos na segunda instância, em um tribunal regional, se deu em razão de ser a última instância a examinar matéria de fato, as quais possuem relevância na verificação das questões ora aventadas.

A escolha pelo judiciário federal foi em razão da abrangência da Lei 12.990/2014, que se dá no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. No caso, a maioria das hipóteses elencadas são abrangidas no artigo 109, inciso I, da CRFB, que dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho

Por fim, a escolha pelo Tribunal Regional da Região Sul, se deu por priorizarmos o contexto da região brasileira na qual estamos inseridos. Ademais, a Região Sul do Brasil é a que possui, proporcionalmente, a menor quantidade de autodeclarados negros. Ainda, dados divulgados pelo IBGE em 2019, que indicou a maior queda da população autodeclarada branca em anos, constatou que na região

sul, assim como em outras regiões, essa queda está associada ao crescimento da população autodeclarada parda¹.

Em uma pesquisa rápida de jurisprudência, com as palavras “heteroidentificação racial”, foram encontrados 691 documentos, destes, 457 são acórdãos. Este número, denota uma presença significativa das discussões sobre as comissões no âmbito do TRF4. Para restringir o objeto de análise ao âmbito das decisões colegiadas atinentes a Lei 12.990/2014, realizei os seguintes passos:

1. Na ferramenta disponibilizada para busca de jurisprudência do TRF4, utilizei as palavras “comissões heteroidentificação racial” e “concurso público”, e como termo de exclusão a palavra “vestibular”;
2. Limitei a pesquisa para Acórdãos, excluídas as decisões monocráticas;
3. Dos 36 resultados em 06 de março de 2021, 15 eram Apelações. Desses documentos, constatei que 5 diziam respeito a concurso vestibular, regidos pela Lei nº 12.711/2012, e 3 julgamentos de embargos de declaração, de processos anteriormente julgados. Esses oito resultados foram excluídos da amostra manualmente.

Ao todo, portanto, foram selecionados como objeto de análise deste trabalho 7 (sete) acórdãos da Terceira e da Quarta turma do TRF4 (responsáveis pelas questões atinentes ao Direito Administrativo). Dentre eles, 4 (quatro) são do Estado do Rio Grande do Sul, 2 (dois) são do Estado de Santa Catarina e 1 (um) é do Estado do Paraná (Ver tabela 1).

Como resultados, esperamos (i) compreender o contexto de emergência das comissões de heteroidentificação racial, suas categorias, métodos e desafios; (ii) colocar a prática das comissões nos concursos públicos nos termos do Direito Administrativo; (iii) identificar o que os acórdãos têm reconhecido como argumentos fraudulentos na defesa do pertencimento à raça negra; e (iv) definir a percepção dos magistrados em relação à atividade exercida pelas comissões de aferição. Esses resultados poderão indicar caminhos para o aprimoramento da prática das comissões nos certames públicos.

¹Silveira, 2020. Com alta crescente de autodeclarados pretos e pardos, população branca tem queda de 3% em 8 anos, diz IBGE. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/06/com-alta-crescente-de-autodeclarados-pretos-e-pardos-populacao-branca-tem-queda-de-3percent-em-8-anos-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 21 Apr. 2021.

Para atingir os objetivos pretendidos, dividimos o texto em três grandes seções: I. Raça, categorias raciais e métodos de identificação; II. Comissões de heteroidentificação racial nos concursos públicos e sua juridicidade; e III. O controle de juridicidade exercido pelo TRF4.

Na primeira seção definimos o conceito de raça para a ciência, para o STF e como será utilizado no presente trabalho. Também abordamos a incorporação desse conceito, desenvolvido inicialmente na França, no Brasil, dando ênfase para os efeitos políticos da mestiçagem. Por fim, abordamos as categorias e os métodos de identificação racial, apresentando a categoria negros como a junção dos pretos e pardos, ressaltando a ambiguidade e “o problema” desses últimos.

Na segunda seção tratamos das condições existenciais das comissões de heteroidentificação, conforme determina a Lei e o Direito. Essa análise envolve a consideração dos princípios e das normas que regulamentam o procedimento administrativo em análise. Ainda, considerando que estamos trabalhando com a etapa de concursos públicos federais, descrevemos a prática das comissões nos termos do direito administrativo, com vistas a definir a sindicabilidade do instituto pelo judiciário.

A partir do contexto histórico e social descrito na primeira seção e dos paradigmas jurídicos trabalhados na segunda, a terceira seção realiza a união dessas duas visões, na tarefa de analisar os acórdãos que já foram definidos como objeto do presente trabalho. Conforme já destacado, o contexto de análise consiste no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

2 RAÇA, CATEGORIAS RACIAIS E MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO

Na proposta do presente trabalho, é essencial situar a “raça”, cientificamente e no contexto brasileiro, de modo que possamos melhor visualizar os pressupostos que definiram os atuais desafios das políticas raciais no país. Importante também observar as categorias raciais existentes no nosso contexto. A abordagem de raça será tratada como parte da tradição ocidental, pois foi de onde decorreu a prática do colonialismo que consolidou as relações raciais vivenciadas ainda hoje no Brasil. No caso, a breve retomada histórica que se segue tem grandes chances de soar familiar, por trazer elementos fortemente arraigados no imaginário brasileiro.

2.1 RAÇA, CIÊNCIA E POLÍTICA

“Homem de ciência é só de ciência,
nada o consterna fora da ciência”
(Machado de Assis, O Alienista, 1882)

Em palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação, o Professor Dr. Kabengele Munanga (2004) traçou um histórico do conceito de raça e seu surgimento no meio científico. A utilização moderna do termo raça, como uma forma de “classificação da diversidade humana em grupos fisicamente contrastados” (p.1), ocorreu pela primeira vez em 1684, pelo francês François Bernier. Não tardou para que o conceito de raças “puras”, originalmente advindo da Botânica e da Zoologia na classificação de espécies animais e vegetais, fosse utilizado para legitimar as relações de dominação e sujeição entre classes (MUNANGA, 2004).

Com o advento do iluminismo no século XVIII, os filósofos utilizaram o termo como forma de classificar grupos humanos historicamente conhecidos. No início, a cor da pele foi considerada fundamental nessa classificação, o que explica a força ainda presente da grande divisão entre as raças branca, negra e amarela. Em determinadas linhas filosóficas do mesmo período, essas “raças” eram transformadas em “povos”, no sentido da humanidade una, o que, entretanto, não foi capaz de evitar uma concepção etnocêntrica de exotização do “outro”, conforme trabalhado por Lilia Schwarcz (1993, pp. 57-71). Com o tempo, outros fatores, como

por exemplo “a forma do nariz, dos lábios, do queixo, do formato do crânio e o ângulo facial” (MUNANGA, 2004, p. 4) foram sendo utilizados para complementar a classificação.

Entretanto, a ciência não apenas constatou diferentes características agrupando-as. Ao relacionar essas categorias de raças com qualidades morais, psíquicas, intelectuais e culturais, o que a ciência da época produziu foram hierarquias, de modo a justificar as relações de dominação e sujeição. Nesse sentido, a história assumiu um caráter linear, em que o primitivo e o civilizado, o inferior e o superior, conviviam ao mesmo tempo – por vezes no mesmo espaço - e, em razão da relação de dominação, ou esse grupo destruiria aquele, ou teriam um destino comum rumo à evolução da civilização pela assimilação (LÉVI-STRAUSS, 1976).

A bárbara noção de destruição do primitivo, de qualidades morais, psíquicas, intelectuais e culturais inferiores e questionáveis, pode ser substituída pelas civilizadas noções de criminalização e encarceramento. Vale lembrar das teorias defendidas por Cesare Lombroso (1876), que sustentava a identificação dos sujeitos criminosos a partir de características físicas hereditárias, antes mesmo de qualquer crime ser cometido. Esse procedimento deu início a noção de verificação da periculosidade, ainda presente no judiciário.

No Brasil, a justificação da inferioridade a partir da raça foi tomando contornos mais nacionais em meados dos anos 1870, quando o discurso evolucionista e determinista empregado pela colonização europeia penetra institucionalmente no país, moldando a posição de teóricos e cientistas. No caso, as explicações científicas do período atribuíam aos negros, escravizados ou “libertos”, a responsabilidade do atraso nacional em relação ao resto do ocidente e a inferioridade da região, em uma espécie de “imperialismo interno”. “Era a partir da ciência que se reconheciam diferenças e se determinavam inferioridades” (SCHWARCZ, 1993, p. 38).

Desse modo, ainda que posteriormente o conceito de raça tenha sido considerado inexistente do ponto de vista biológico, “cientificamente inoperante na explicação da diversidade humana” (MUNANGA, 2004, p. 5), o racismo produzido por essa ciência – indiscutivelmente atrelado ao conceito de raça - não se desfez na sociedade, assim como a diversidade humana ainda é perceptível aos olhos nas distintas características do fenótipo humano.

Em seu texto *Raça e História*, o antropólogo Claude Lévi-Strauss (1976), após discorrer sobre a transformação discursiva do diferente em barbárie e selvageria, chama a atenção sobre os sistemas filosóficos e religiosos da humanidade, como por exemplo a doutrina kantiana, que se insurgiram “contra essa aberração” (nas palavras do autor) das raças como fator de valoração dos indivíduos. Ele alerta para o fator negacionista dessas concepções:

[...] a simples proclamação da igualdade natural entre todos os homens e da fraternidade que os deve unir, sem distinção de raças ou de culturas, tem qualquer coisa de enganador para o espírito, porque negligencia uma diversidade de fato, que se impõe à observação e em relação da qual não basta dizer que não vai ao fundo do problema para que sejamos teórica e praticamente autorizados a atuar como se este não existisse. Assim o preâmbulo à segunda declaração da UNESCO sobre o problema das raças observa judiciosamente que o que convence o homem da rua da existência das raças é "a evidência imediata dos seus sentidos, quando vê junto um africano, um europeu, um asiático e um índio americano" (LÉVI-STRAUSS, 1976, p. 5).

A evidência da diversidade nitidamente perceptível é, portanto, o que sustenta de forma tão naturalizada a ideia da raça, independentemente da crença na igualdade natural entre todos os seres humanos. Ademais de histórica, raça é um elemento relacional, como trabalhado por Silvio Almeida (2019, p. 18), sendo que as percepções podem variar de contexto para contexto, de pessoa para pessoa.

No âmbito do judiciário, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de raças, desde uma perspectiva político-social, que gera discriminação e situações de racismo. O julgado analisou a possibilidade de enquadrar o antissemitismo como crime de racismo, imprescritível, portanto, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. Na perspectiva do plenário, ainda que biologicamente não se possa falar em raça, a partir da perspectiva social, histórica e política não há como negar a existência da raça e dos efeitos do racismo.

Naquela oportunidade, foi levantado pelo voto do Min. Relator Moreira Alves a justificação da Emenda Aditiva 2p006544-0, do Constituinte Carlos Alberto Caó que deu origem ao artigo supracitado, a qual dispôs:

“Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no país ostensiva, que afeta mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Com a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime” (Brasil, 2003, STF, Inteiro Teor do Acórdão, fl. 13).

A partir desse momento, temos o reconhecimento pela Suprema Corte da existência político-social de raças, bem como o reconhecimento da privação da cidadania plena à mais da metade da população brasileira, em razão do racismo existente no país. Nesse sentido, a utilização de “raça” enquanto conceito no presente trabalho, será sempre do ponto de vista sociológico ou antropológico, sendo entendido como um termo renegociado e experimentado em um contexto histórico específico (Schwarcz, 1993). Antônio Guimarães conceitua raça para a sociologia nos seguintes termos:

O que são raças para a sociologia, portanto? São discursos sobre as origens de um grupo, que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais, intelectuais, psicológicas, etc., pelo sangue (conceito fundamental para entender raças e certas essências) (GUIMARÃES, 2003, p. 96).

Considerando a dimensão discursiva do conceito raça, o papel de comissões criadas para classificar indivíduos racialmente é, justamente, definir quais os elementos relevantes nessa classificação contextualmente interessada. Nessa definição, há que se considerar as formas de expressão do racismo, uma vez que este está atrelado a própria criação da ideia de raça no sentido moderno, bem como os objetivos das políticas nas quais as comissões estão inseridas.

Nas disputas em torno da definição dos beneficiários legítimos da política de cotas, chegou a ser cogitada a presença de cientistas de áreas das ciências biológicas. O pensamento, entretanto, não reverberou, uma vez que a utilização do conceito de raça dos estudiosos das relações raciais e dos militantes pelas ações afirmativas se dá nos termos colocados pela sociologia ou pela antropologia. Entretanto, são muitos os motivos para um candidato indeferido pela comissão buscar respaldo no meio científico como um todo, incluindo as ciências biológicas, na tentativa de validar o próprio discurso:

Tendo em vista que a raça é uma construção social, a utilização de prova pericial ou relatórios médicos para a comprovação da condição de negro também são impertinentes. Acaso o critério fosse a ascendência ou a composição genética do candidato, a prova pericial poderia ser defensável. Esse ponto pode parecer óbvio, depois das reflexões até aqui apresentadas. No entanto, diversos candidatos têm se utilizado desse tipo de argumento, em ações judiciais, para pleitear o direito a ocupar vagas reservadas para negros, a exemplo de relatórios assinados por dermatologistas, atestando a cor da pele do indivíduo, na maioria dos casos, parda (VAZ, 2018, p. 60).

Sobre esse movimento de candidatos indeferidos pelas comissões de aferição, de buscarem se utilizar de construções biológicas de raça, notamos que ele

não tem sido respaldado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4a Região. Embora a ancestralidade seja um fator que possui certa relevância na construção da identidade racial, a utilização de termos utilizados unicamente pelo campo das ciências naturais no tratamento da raça não foi uma ocorrência frequente no grupo de acórdãos tratado.

Identificamos que, de maneira expressa, o genótipo como meio científico de se aferir pertença racial teve apenas uma ocorrência (e uma posterior reprodução do trecho abaixo citado), de maneira mesclada com o fator de ancestralidade africana:

A maneira científica de sindicatizar a ancestralidade africana seria o mapeamento completo do genoma do candidato, o que, por óbvio, seria inviável. Assim, considerando que o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial (Acórdão 1, Inteiro Teor, pp. 5-6).

Como se observa da conclusão do julgador, ainda que tenha sido feita a referência ao “mapeamento completo do genoma do candidato”, como sendo “a maneira científica de sindicatizar ancestralidade”, não houve desacordo com a definição de raça nos termos definidos pelo STF.

2.2 O ELEMENTO BRASILEIRO DA MESTIÇAGEM

“Somos o que somos
Cores e valores”
(Racionais MC's, 2014)

Historicamente, na construção do que viria a se tornar posteriormente “o povo brasileiro”, encontramos a existência de três grupos raciais (ou povos) inicialmente bem delimitados, que foram representados na clássica obra *Casa-Grande & Senzala* (1963), por Gilberto Freyre, como sendo o indígena, o português e o negro. O português, como síntese da figura do colonizador branco, dotado de passado, humanidade e poder, criou “mitos” em torno dos “outros”, que justificavam a hierarquia e a dominação exercidas através da escravidão. Como representado pelo próprio título, as origens remontam a uma casa grande – um abismo – e a uma senzala.

Entretanto, mesmo no regime escravocrata, instituição adotada pelo Estado brasileiro por três séculos (oficialmente de 1550-1888), era possível encontrar diversidade de tonalidades e características dentro dos grandes grupos raciais. Isso porque, diferentemente do sistema adotado nos Estados Unidos (*plantations*), existia a necessidade de povoar rapidamente o território. Nesse período, as categorias parda, mulata clara, pardo quase branco, dentre outras, já eram utilizadas nos anúncios de venda de pessoas negras e de busca por escravizados que fugiam da escravidão:

O emprego dos termos de cor torna-se particularmente interessante nas notícias de fugas de escravos publicadas em classificados (Schwarcz, 1987). Nessas, a necessidade de caracterizar bem o fugitivo para que pudesse ser identificado a partir do texto leva à elaboração de cores compostas, com outros termos de cor definindo nuanças, ou com outras categorias de termos étnico-raciais: pardo quase branco, preto retinto, cobre azeviche, preta de angola, crioulo bem preto, etc. (OSORIO, 2003, p. 18, grifo nosso).

Nesse sentido, o estupro de mulheres negras e indígenas por homens brancos, além de uma forma de controle dos corpos e de exercício de poder, foi uma política de reprodução para povoamento na “construção da nação”. Esse processo foi denominado de miscigenação e foi descrito (do ponto de vista do colonizador) por Freyre nos seguintes termos:

Pelo intercurso com mulher índia ou negra multiplicou-se o colonizador em vigorosa e dúctil população mestiça, ainda mais adaptável do que ele puro ao clima tropical. A falta de gente, que o afligia, mais do que a qualquer outro colonizador, forçando-o à imediata miscigenação – contra o que não o indispunham, aliás, escrúpulos de raça, apenas preconceitos religiosos – foi para o português vantagem na sua obra de conquista e colonização dos trópicos. Vantagem para sua melhor adaptação, senão biológica, social (FREYRE, 1963, pp. 77 e 78).

Freyre (1963) ressalta com bastante entusiasmo e positividade o fenômeno da miscigenação. Para ele, esse processo de mistura de raças, ilustrada como virtude, já constituía o próprio português, mistura principalmente de celtas, mouros e latinos. Iniciada com a exposição detalhada das principais características do processo de colonização, Casa-Grande & Senzala descreve e analisa diversas dificuldades e caminhos percorridos pelo colonizador, em direção ao possível resultado de Brasil que o autor pôde observar. Nessa retomada, a mestiçagem foi por vezes colocada como uma resposta óbvia e possível às dificuldades do contexto apresentado e, como não poderia deixar de ser, tal posicionamento do autor veio em

resposta às leituras de Brasil realizadas por teóricos anteriores a ele, que compunham a forte tradição eugenista do século XIX.

No contexto dos estudos raciais na ciência ocidental do final do século XIX, “o Brasil era apontado como um caso único e singular da extremada miscigenação racial” (SCHWARCZ, 1993, p. 15). Importante destacar a força dos modelos deterministas sociais no Brasil, o que nos permite situar os cientistas do país em um debate basicamente europeu. Esse período foi fortemente marcado pelo grande empenho dos cientistas em “naturalizar” as diferenças. O objetivo consistia em “retirar a diversidade humana do reino incerto da cultura para localizá-la na moradia segura da ciência determinista do século XIX”, sobrando assim pouco espaço para o arbítrio do indivíduo (SCHWARCZ, 1993, p.85).

Em julho de 1911, ocorreu em Londres o I Congresso Internacional das Raças, quando João Batista Lacerda (1911) representou o Brasil com a tese “O Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução”. A ideia anteriormente tratada, de associação da raça a características morais, intelectuais, de superioridade e inferioridade, foi, portanto, aceita e adaptada ao contexto pelos cientistas e políticos brasileiros.

No século XIX prevalecia a contrariedade científica, praticamente de maneira absoluta, à ideia da miscigenação. Muitos teóricos da raça abominavam tanto a miscigenação que viam o fenômeno como degeneração, eram sub-raças logicamente inferiores, que abarcavam o pior que havia das raças, mesmo dentro do ideal racista para o qual apenas o branco era civilizado. “Assim, se a “civilização” era um estágio acessível a poucas raças, o que dizer dos mestiços, esses sim uma “sub-raça decadente e degenerada”?” (SCHWARCZ, 1993, p. 85).

Ainda, à essa ideia, foi somado o planejamento, a nível de política de Estado, de branqueamento da população, com o objetivo de tornar o Brasil um país branco (com o desaparecimento de negros e indígenas, sendo que o caminho para isso era justamente a mestiçagem, até que ela mesma não mais existisse (SCHWARCZ, 2011).

A ideia moderna de raça, anteriormente trabalhada por Munanga, pode, portanto, ser situada no contexto da mestiçagem brasileira:

“Trata-se de uma população totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia” (Raeders, 1988:96), queixava-se o conde Arthur de Gobineau, que permaneceu no Rio de Janeiro durante quinze meses como enviado francês.

Nesse como em outros casos, a mestiçagem existente no Brasil não só era descrita como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade de nação. Não se trata aqui de acumular casos e citações, mas, antes de sublinhar uma nova representação da mesma nação. Ao lado de um discurso de cunho liberal, tomava força, em finais do século XIX, um modelo racial de análise, respaldado por uma percepção bastante consensual. De fato, a hibridação das raças significava nesse contexto “um tumulto”, como concluía o jornal A província de São Paulo em 1887 (SCHWARCZ, 1993, pp. 17 e 18).

João Batista Lacerda (1911), diferentemente dos observadores europeus pois imerso nesse contexto, aceita a mestiçagem e enxerga nela o caminho para o futuro branco do Brasil. O mestiço para ele não é uma raça verdadeira, “tendendo ora ao tipo branco, ora ao tipo negro” é uma transição para uma das raças iniciais, sendo que, a partir do incentivo à migração branca pelo Estado brasileiro, prevaleceria, então, a raça branca. Desse modo, a posição nacional de defesa da mestiçagem, ainda que como processo de transição, se deu justamente em um contexto mundial que buscava afirmar a inviabilidade de nações mestiças.

Ao mesmo tempo em que Lacerda (1911) lamenta a mistura do negro e do branco, o que não aconteceu nos Estados Unidos (como destacado por ele), ressalta a importância do mestiço para a evolução do país, fazendo dele o símbolo da ausência do preconceito racial no Brasil. Nesse sentido:

Enquanto o português não temia se misturar com o negro e constituir uma descendência, o anglo-saxão, mais zeloso da pureza de sua linhagem, manteve o negro à distância, e serviu-se dele apenas como um instrumento de trabalho. E é um fato curioso e notável que nem a ação do tempo nem outros fatores jamais puderam fazer mudar essa atitude primeira dos americanos do norte, que mantém até a atualidade a raça negra separada da população branca. Para a desgraça do Brasil, é justamente o inverso que aqui tomou lugar: o branco se misturou ao negro com tão pouca discrição que se constituiu uma raça de mestiços, hoje dispersa por uma grande parte do país (LACERDA, 1911, grifo nosso).

O trecho acima destacado evidencia certa saudação à pureza racial e ao comportamento do anglo-saxão em detrimento do comportamento do português. Essa hierarquização entre colonizadores também é uma figura conhecida nas nossas crenças compartilhadas, que constantemente ironizam o português, sua inteligência e honestidade.

Ainda que seja celebrada sua brancura, nossos colonizadores portugueses também são considerados parte do problema brasileiro e da nossa “herança maldita”. Esse “carma” presente nas nossas instituições, principalmente nas estatais, pode ser percebido em obras de importantes estudiosos sobre Brasil, como por exemplo Sérgio Buarque de Holanda (1936), para quem o português é aventureiro,

personalista, não afeito ao trabalho, em detrimento das virtudes presentes em outros europeus.

Ainda analisando a teoria de Lacerda (1911), a indisciplina, que marca nossa composição racial, foi desde cedo interpretada como ausência de preconceito, como se a instituição da escravidão produzisse efeitos meramente formais, aplacados com a Proclamação da República:

Os preconceitos de raça e de cor, que nunca foram muito enraizados no Brasil, como sempre vimos entre as populações da América do Norte, perderam ainda mais força desde a Proclamação da República. A porta aberta por esse regime a todas as aptidões deixará penetrar muitos mulatos de talento até as mais altas corporações políticas do país. No Congresso Nacional, nos tribunais, na instrução superior, na carreira diplomática, nos corpos administrativos mais elevados, os mulatos ocupam hoje uma situação proeminente. Eles são uma grande influência sobre o governo do país. As uniões matrimoniais entre os mestiços e os brancos não são mais repelidas, como já foram no passado, a partir do momento em que a posição elevada do mulato e suas qualidades morais provadas fazem esquecer o contraste evidente de suas qualidades físicas, e que sua origem negra se esvai pela aproximação das suas qualidades morais e intelectuais dos brancos. O próprio mulato esforça-se por meio dessas uniões em fazer voltar seus descendentes ao tipo puro do branco. Já se viu, depois de três gerações, os filhos de mestiços apresentarem todas as características físicas da raça branca, por mais que em alguns persistam ainda alguns traços da raça negra devido à influência do atavismo (LACERDA, 1911, grifo nosso).

Da mesma maneira precipitada que as questões acima narradas foram tratadas, a busca pelo embranquecimento do “próprio mulato” foi tida como um movimento natural e óbvio. Nesse sentido, os mestiços, no intuito de “evolúrem”, buscavam, na construção de famílias interracialis com brancos europeus, para “fazer voltar seus descendentes ao tipo branco”. Essa ocorrência era tida como um procedimento de redução étnica, na busca pela extinção da raça negra:

A seleção sexual contínua aperfeiçoa sempre ao subjugar o atavismo e purga os descendentes de mestiços de todos os traços característicos do negro. Graças a este procedimento de redução étnica, é lógico supor que, no espaço de um novo século, os mestiços desaparecerão do Brasil, fato que coincidirá com a extinção paralela da raça negra entre nós. Depois da abolição, o negro entregue a ele próprio começou por sair dos grandes centros civilizados, sem procurar melhorar no entanto sua posição social, fugindo do movimento e do progresso ao qual não poderia se adaptar. Vivendo uma existência quase selvagem, sujeito a todas as causas de destruição, sem recursos suficientes para se manter, refratário a qualquer disciplina que seja, o negro se propaga pelas regiões pouco povoadas e tende a desaparecer de nosso território, como uma raça destinada à vida selvagem e rebelde à civilização (LACERDA, 1911, grifo nosso).

Em seu manifesto, amplamente aceito na época, o autor ainda discorre sobre os avanços dos mestiços e sobre a incapacidade dos negros se adaptarem ao

contexto civilizado, sendo tal realidade uma simples consequência da seleção natural. Tal perspectiva já foi há muito tempo superada no campo científico, entretanto, assim como a ciência influencia a política e a sociedade, também o caminho contrário é (ainda mais) verdadeiro. As bases sociais que permitiram a construção desse pensamento, são as mesmas que construíram a noção da meritocracia como regra de ouro para o caminho da ascensão social.

Apesar de toda carga moral e de cunho racista que rege seu discurso (que não ignora as atrocidades vividas pelas populações escravizadas), o autor afirma que “o preconceito de raça e de cor nunca foram muito enraizados no Brasil”. Nesse sentido, ainda que o autor não negue a existência de raças hierarquicamente situadas (o que contrasta com estratégias de outras teorias na negação do racismo), a miscigenação parece ser uma evidência da inexistência do racismo, característica muito peculiar do Estado brasileiro.

A necessidade de um discurso racial direcionado para a obtenção de espaço no contexto mundial, resistente em aceitar o sucesso de nações mestiças, parecia passar pela necessidade de alinhamento com os ideais europeus iluministas - de liberdade, igualdade e fraternidade - e de bases capitalistas - de ideias meritocráticos e individualistas. Assim, ante a radical desigualdade material e a ausência de expressivo interesse no enfrentamento dessas questões, ressaltar a inexistência de preconceito de raça e cor ao mesmo tempo em que se promovia o branqueamento da população, parecia ser a única saída para se atingir o status de civilização “evoluída” nos moldes do branco europeu.

A importância dos trabalhos realizados por Gilberto Freyre consiste, precisamente, na profundidade e no detalhamento dos seus estudos, que buscam de fato entender a formação do Brasil e quebrar com alguns dos mitos construídos pelo apagamento da nossa história. Entretanto, a despeito do considerável avanço nos estudos das relações raciais, Freyre (1963) reproduziu muito das antigas ideias, ao atribuir à miscigenação, ademais da razão do sucesso do português nos trópicos, o fenômeno que “corrigiu a distância social que doutro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala” (FREYRE, 1963, p.7). De todo modo, cumpre dizer que Freyre não negou a existência dos antagonismos brasileiros nos seus trabalhos, tendo inclusive, os ressaltado com riqueza de detalhes.

Sua análise da miscigenação foi de fato levada aos extremos, quando o autor expôs o português como racialmente misturado, o que explica sua assumida desvantagem perante os anglo-saxões, na lógica de hierarquização racial do processo de colonização. Vale lembrar o conceito de raça trabalhado no ponto anterior, que diz respeito tanto aos traços fisionômicos quanto à moralidade, o psicológico e o intelecto. Tal complexidade, atribuída ao tema no contexto nacional por Freyre, expôs algumas das nuances que compõem a subjetividade e a identidade dos brancos (ou pretensamente brancos) brasileiros (seja lá o que isso signifique). Partindo das reflexões ora trabalhadas, parece quase evidente a necessidade de um controle institucional em políticas raciais no Brasil.

Ao diferenciar o brasileiro do europeu, o autor aponta como principais fatores o clima, a geografia e a miscigenação, concluindo suas ideias da seguinte maneira:

É verdade que agindo sempre, entre tantos antagonismos contundentes, amortecendo-lhes o choque ou harmonizando-os, condições de confraternização e de mobilidade social peculiares ao Brasil: a miscigenação, a dispersão da herança, a fácil e freqüente mudança de profissão e de residência, o fácil e freqüente acesso a cargos e a elevadas posições políticas e sociais de mestiços e de filhos naturais, o cristianismo lírico à portuguesa, a tolerância moral, a hospitalidade a estrangeiros, a intercomunicação entre as diferentes zonas do país. Esta, menos por facilidades técnicas do que pelas físicas: a ausência de um sistema de montanhas ou de rios verdadeiramente perturbador da unidade brasileira ou da reciprocidade cultural e econômica entre os extremos geográficos (FREYRE, 1936, p. 116).

Essa narrativa favoreceu a diluição das categorias raciais, criando ambiguidades nessa área e favorecendo a identidade de classe social como fator principal na explicação das desigualdades existentes (MELLO, 2018). É nesse contexto que temos a erupção de movimentos como o "Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro", auto intitulado "Nação Mestiça". Esse movimento, ainda atuante, se posicionou contrariamente às cotas raciais nas ações que tramitaram no STF e definem os mestiços brasileiros nos seguintes termos:

MESTIÇO BRASILEIRO é o indivíduo que como tal se identifica, de cor parda ou não, e que é descendente de mestiço ou de qualquer miscigenação entre índio, branco, preto, amarelo ou outra identidade não-mestiça, que se identifica como distinto destas e etnicamente de qualquer outra e que é, nestes termos, reconhecido pela comunidade da etnia mestiça brasileira (nacional, nativa, unitária, indivisível, originada e

constituída durante o processo de formação da Nação brasileira e indissociável e exclusivamente identificada com esta)².

Esse posicionamento opera na defesa do Brasil como um país de mestiços, o que levaria à impossibilidade de instituir políticas raciais. Ocorre que, como alertado por Lúcio Almeida (2019, p. 52), se 50% da população se autodeclara branca nas pesquisas do IBGE, a justificativa de que a mestiçagem impede a existência da política de cotas e (acrescentamos) a verificação da autodeclaração por comissões é apenas retórica.

De outro lado, o destaque dos antagonismos existentes, dentro do qual a raça negra era posta como hierarquicamente inferior, também produziu campanhas para a valorização da negritude:

Contra essa “vergonha da negritude”, o movimento negro começou já na década de 1980 a demandar políticas capazes de promover o “orgulho negro” e, assim, inverter o sentido negativo dessa categoria de classificação racial (Nascimento e Nascimento, 2000). A instituição da Fundação Palmares pelo governo de José Sarney pode ser vista como uma consequência dessa articulação que demandava uma política de valorização da negritude e de suas produções culturais (CAMPOS, 2013, p. 80).

Daí decorre a importância da campanha “Não deixe sua cor passar em branco” desencadeada recentemente em Salvador a propósito do censo de 2000, cujo objetivo é a sensibilização dos negros e seus descendentes para a maneira como se vem processando a manipulação da identidade étnico-racial dos negros brasileiros e sobre a importância da assunção da identidade historicamente negada (CARNEIRO, 2011, p. 68).

A celebração da miscigenação obrigou a criação de normas para incluir o negro como uma categoria legítima e igual, entretanto, foi uma inclusão subalterna, pois punia pelas beiradas. Ao mesmo tempo em que afirmava a igualdade de todos perante a lei, os elementos culturais associados à raça negra eram criminalizados, como aconteceu com o samba e a capoeira, por exemplo.

Mais que a cultura, o próprio negro era criminalizado nesse processo, como nos ilustra a história do sambista carioca João da Baiana (1887-1974), que era reiteradamente perseguido pela polícia, até que teve seu pandeiro assinado por um conhecido senador branco. O instrumento, a partir desse momento, passou a funcionar como uma espécie de salvo-conduto para o músico.

² Definição extraída do site Nacaomestica.org. Disponível em: <<https://nacaomestica.org/>>. Acesso em: 8 Abr 2021.

Esse esquema, que inclui a percepção da posição que o Brasil e os brasileiros assumiram (e assumem) dentro da lógica colonialista de hierarquia das raças, ademais de dizer muito sobre a complexidade da autoimagem nacional, evidencia dois elementos muito presentes ainda hoje no nosso discurso enquanto povo brasileiro: o racismo, que identifica e distingue seus alvos, e a defesa da existência de uma democracia racial, que tornam polêmicas quaisquer ações do Estado no enfrentamento ao racismo.

No ponto, mostra-se interessante apontar o papel da separação existente entre “cor”, representada na diversidade do povo brasileiro, e a “raça”, apontada como única (raça humana), na construção da ideia da democracia racial em um país racista. Nesse sentido, retirar esse último conceito do cotidiano teve um grande papel, complementado pelo emprego da “cor” sem todos os estigmas próprios da ideia de raça. Guimarães (2003), ao discorrer sobre o conceito de raça e seus usos pela sociologia, chamou a atenção para o fato de que:

[...] não se pode viver nos Estados Unidos sem ter uma raça, mesmo que se tenha que inventar uma denominação — como latino — que designa uma uniformidade cultural e biológica de outro modo inexistente, mas imprescindível para possibilitar o diálogo com pessoas que se designam “negras”, “brancas”, “judias”, etc. Todos os grupos étnicos viram raça nos Estados Unidos, porque raça é um conceito nativo classificatório, central para a sociedade americana (GUIMARÃES, 2003, p. 97).

Entretanto, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, falar em “raça” no Brasil não é simples nem no âmbito da academia (analiticamente), nem no âmbito da vida social e política. Isso porque o discurso que constrói a identidade nacional é outro, o que se reivindica é a existência da igualdade, em uma sociedade do “povo brasileiro”, de origem e destino comuns (GUIMARÃES, 2003, p. 102).

A miscigenação, nesse sentido, foi utilizada para consolidar o discurso simplista da noção de “povo brasileiro” e a ideia de que vivemos em uma democracia racial, contribuindo para aumentar a complexidade das desigualdades que garantem um sistema que privilegia grupos hegemônicos neste país. Como já dizia Florestan Fernandes (1965), “O brasileiro tem preconceito de ter preconceito”.

Sobre os efeitos da mestiçagem nas relações raciais³, é de fundamental importância o detalhado estudo realizado por Oracy Nogueira (republicado em 2007). Esse clássico texto, ao comparar o contexto brasileiro com o norte

³ Sobre os seus efeitos da mestiçagem na busca pelo embranquecimento, ver Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social (1983), de Neusa Santos Souza.

americano, conceituou dois tipos de preconceito: o preconceito de marca e o preconceito de origem. Esse, vigente nos Estados Unidos da América (EUA), classifica as pessoas em raças de acordo com a ancestralidade, sendo que para ser considerado não branco, *uma gota de sangue basta*, ainda que visualmente não sejam reconhecidos os traços dos grupos discriminados.

Em contrapartida, o preconceito de marca é exercido na medida dos traços, entendidos como racializantes, carregados pelo indivíduo, que será lido racialmente dependendo da região, do local e do contexto em que tal indivíduo se encontre. A possibilidade de reduzir os efeitos nefastos do racismo nacional pela dissolução dos traços negroides, através da união com a raça branca, tornou-se tentadora para a população e era apresentada como um imperativo para ascender econômica e politicamente dentro dos moldes do Estado brasileiro.

Sobre o ponto, Schwarcz é precisa ao apontar o paradoxo que se apresenta desde os primórdios da construção desse Estado racista e que se assume enquanto liberal:

Paradoxo interessante, liberalismo e racismo corporificaram, nesse momento, dois grandes modelos teóricos explicativos de sucesso local equivalente e no entanto contraditório: o primeiro fundava-se no indivíduo e em sua responsabilidade pessoal; o segundo retirava a atenção colocada no sujeito para centrá-la na atuação do grupo entendido enquanto resultado de uma estrutura biológica singular (SCHWARCZ, 1993, pp. 19 e 20).

Esse paradoxo é em grande medida responsável pelos desafios que se apresentam na implementação e execução da política de cotas, bem como sua formação está intimamente relacionada com a miscigenação ocorrida no território. A disputa terminológica nas políticas raciais constituiu uma intensa discussão até que se assentasse a categoria negro, que abrange pretos e pardos, como termo central das políticas. Também foi muito discutido o método de identificação racial adequado ao contexto brasileiro.

2.3 IDENTIFICAÇÃO RACIAL: CATEGORIAS E MÉTODOS

Considerando o debate sobre miscigenação no contexto brasileiro, desenvolvido no ponto anterior, há uma intensa discussão sobre qual seria o método de identificação racial adequado para o Brasil (OSORIO, 2003, p. 12), bem como quais as categorias devem ser utilizadas. Isso porque o país aparece como um caso

*sui generis*⁴ nos estudos das relações raciais, apesar de compartilhar de elementos históricos com outros países, como é o caso da diáspora africana⁵ que ocorreu também nos Estados Unidos, por exemplo.

No caso da política de cotas, guiada única e exclusivamente pelo critério do fenótipo, definir o conteúdo das categorias de cor e raça e dos métodos utilizados, na classificação racial de candidatos às vagas para pessoas negras, importa tanto em função dos princípios da igualdade, transparência, impessoalidade e necessidade de motivação dos atos da administração pública, principalmente no âmbito dos concursos públicos, quanto em razão da necessidade de se garantir a efetividade e a lisura das políticas de ações afirmativas.

2.3.1 Categorias de cor e raça brasileiras

Na breve retomada histórica sobre como se deu a absorção do conceito de raça no Brasil, apareceram diversas novas categorias raciais, como por exemplo mestiço, pardo quase branco, preto retinto, parda, mulata clara, cobre azeviche, preta de angola, crioulo bem preto. Essa multiplicidade de termos não cessaram em ser utilizados, ainda que já não houvesse a necessidade de descrever com exatidão a cor de pele na perseguição dos escravizados em fuga. Apenas para termos uma ideia, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1976, realizada pelo IBGE, a autodeclaração realizada por brasileiros suscitou 136 termos de identificação racial:

“(…) a compilação das respostas ao quesito de declaração livre revelou nada menos que 136 termos distintos de identificação racial. Porém, as quatro categorias do sistema classificatório do IBGE apareceram em nada menos que 57% das respostas espontâneas. E 38% das respostas estavam concentradas em três outros termos: morena, morena-clara e clara” (OSORIO, 2003, p. 25).

Na tentativa de reduzir a imensa gama de termos encontrados na autodeclaração de cor da sociedade brasileira, de modo a conferir maior objetividade na análise das categorias, foi utilizada (não sem fundamentos) a categoria parda, que, na construção política do Brasil de maioria negra, foi unida a categoria preta na

⁴ Não se desconhece a existência de outros países que tenham passado pelo processo de miscigenação, queremos, entretanto, destacar que no debate dos estudos das relações raciais o Brasil aparece como um marco desse fenômeno.

⁵ A diáspora africana, ou diáspora negra, é o fenômeno da imigração forçada, onde pessoas de pele preta, que viviam no continente africano, foram sequestradas e levadas para outros continentes, em especial para a América, na condição de escravos.

definição dos sujeitos negros. Nesse sentido, preto e pardo definem a cor, ao passo que negra seria a raça de ambas as cores. A reserva das vagas, por força do artigo 1º, da Lei 12.990/2014, é destinada à raça negra, de cores preta ou parda.

Sobre o assunto, Gleidson Dias (2018), em seu artigo sobre a Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018, destaca o disposto na Carta de Princípios do Movimento Negro Unificado, sobre o que é pessoa negra para as cotas raciais:

[...] uma compreensão sociológica do que é pessoa negra para as cotas raciais já fora apontado, em outras palavras, mas com o mesmo direcionamento, pelo então MNCDR hoje, MNU - Movimento Negro Unificado - na sua Carta de Princípios no já longínquo ano de 1978: “Nós, membros da população negra brasileira – entendendo como negro todo aquele que possui na cor da pele, no rosto ou nos cabelos, sinais característicos dessa raça” (...). (DIAS, 2018, p.149).

Também o Estatuto da Igualdade Racial tem na autodeclaração a forma de selecionar o grupo de pessoas as quais deseja proteger. É o que se depreende dos seguintes dispositivos:

Art. 1o Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

[...]

A necessidade de trazer maior objetividade terminológica, para que fossem promovidas políticas públicas de enfrentamento e combate ao racismo, não ignora, portanto, a diversidade dos elementos que marcam a população negra brasileira. Essa diversidade é, atualmente, representada pela categoria parda, que acaba sendo uma categoria também residual, dos que não se consideram nem brancos nem pretos. Na própria abordagem das comissões pelo STF foram trazidas modalidades de pardo, como o pardo-pardo e o pardo-preto, evidenciando o amplo espectro da diversidade da população negra.

Entretanto, as normativas também não ignoram o problema aberto, advindo de uma categoria, a princípio, subsidiária em uma política racial. A utilização de conceitos abertos, bem como a abertura para o juízo de conveniência e

oportunidade na definição dos critérios de avaliação, evidenciam a subjetividade incontornável da questão. O pardo ainda é um desafio, principalmente o situado na fronteira com o branco:

As categorias da classificação não são todas ambíguas. De fato, não há qualquer problema em identificar o branco, o preto e o amarelo, tampouco o indígena. A fonte de toda a ambigüidade está no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco. É verdade que parece haver uma recusa crescente ao termo preto, que também possui uma carga semântica negativa, em favor de negro, categoria que tem aumentado proporcionalmente nas declarações espontâneas (OSORIO, 2003, p. 29).

Nesse sentido, as categorias adotadas pelo IBGE buscam incluir e trazer uma objetividade observável ao complexo contexto brasileiro, embora não encerrem o problema da classificação racial dos indivíduos, principalmente na fronteira entre o pardo e o branco.

2.3.2 Autodeclaração e heteroidentificação

Em trabalho realizado sobre o sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE, Osorio (2003) relata que existem 3 métodos de identificação racial: (i) a auto-atribuição de pertença, “no qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro” (p. 7); (ii) a heteroatribuição de pertença, quando “outra pessoa [ou outras pessoas] define[m] o grupo do sujeito” (p. 8); e (iii) a identificação de grandes grupos populacionais através de técnicas biológicas, como o DNA, por exemplo.

Com relação à tentativa de identificação racial através de técnicas biológicas, consideradas objetivas e dotadas de neutralidade científica⁶, retomo a discussão realizada por Munanga (2004), que argumenta sobre a inexistência da noção de raça no sentido biológico:

Podemos observar que o conceito de raça tal como empregamos hoje, nada tem de biológico. É um conceito carregado de ideologia, pois como todas as ideologias, ele esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação. A raça, sempre apresentada como categoria biológica, isto é, natural, é de fato uma categoria etnosemântica. De outro modo, o campo semântico do conceito de raça é determinado pela estrutura global da sociedade e pelas relações de poder que a governam (MUNANGA, 2004, p. 6).

⁶ Sobre a subjetividade e neutralidade nas ciências biológicas ver FAUSTO-STERLING (2001/02, pp 9-79) e LÖWY (1994).

Da mesma maneira que precisamos partir do contexto social e histórico para enquadrar sujeitos em categorias raciais relevantes, a escolha do método para realização desse enquadramento também deve ser pensada. Essa definição vai depender ainda dos objetivos da identificação racial.

Assim como no ponto anterior, o pardo situado na fronteira com o branco, ou o pardo-branco, também é um problema na busca pela objetividade, dentro da discussão sobre os métodos de identificação racial, antes mesmo da existência da política de cotas raciais:

Sem entrar em detalhes mais gerais dos resultados preliminares divulgados, ater-se-á ao cerne do instrumento da pesquisa [levantamento DataUff no Rio de Janeiro (Almeida et alii, 2002)]. Este é constituído por uma seqüência de sete fotografias de homens adultos vestidos identicamente, cuja variedade de aparência vai do estritamente branco ao inequivocamente preto. Essas fotografias eram mostradas aos entrevistados, que eram convidados a classificá-las em três categorias (preto, pardo e branco) e a ordená-las do mais branco ao mais preto. Os resultados foram reveladores, pois mostraram não só um alto grau de concordância na classificação, mas também que o tipo na fronteira entre o pardo e o branco foi o que teve maiores variações de classificação – mesmo assim, 65% dos entrevistados o consideraram pardo. Em resumo, a heteroatribuição pode dar bons resultados, mas não é livre das mesmas indefinições e imprecisões implicadas na auto-atribuição (OSORIO, 2003, pp.13-14).

Interessante notar nas pesquisas realizadas que, diferentemente do que se esperava, a discordância entre a autodeclaração e a heteroidentificação racial demonstram que ocorreu um embranquecimento dos entrevistados pelos entrevistadores (OSORIO, 2003, p. 15). Nesse sentido, o pardo ainda é um fator que, por dividir opiniões, se coloca como um desafio para as comissões de heteroidentificação racial, que ao se depararem com as indagações de candidatos que tem como legítimas a própria autodeclaração, poderão ser instigadas a levarem as categorias raciais em suas últimas consequências.

O Brasil, que por muito tempo resolveu ignorar a existência do racismo, teve na sua participação oficial na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban (África do Sul), um importante marco institucional. Nessa oportunidade, que ocorreu em 2001 no governo de Fernando Henrique Cardoso, o país não apenas reconheceu que era um país racista, como também se comprometeu a implementar ações afirmativas para alterar essa situação.

A necessidade de produzir estatísticas sobre a população negra, para fins de construção de políticas públicas, foi ressaltada na declaração oficial da referida conferência como sendo uma ação prioritária. O documento dispôs o seguinte:

92. Insta os Estados a coletarem, compilarem, analisarem, disseminarem e a publicarem dados estatísticos confiáveis em níveis local e nacional e a tomarem todas as outras medidas necessárias para avaliarem periodicamente a situação de indivíduos e grupos que são vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata.

(a) Tais dados estatísticos devem ser desagregados de acordo com a legislação nacional. Toda e qualquer informação deve ser coletada com o consentimento explícito das vítimas, baseada na auto-identificação e de acordo com as disposições dos direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como normas de proteção de dados e garantia de privacidade. Estas informações não devem ser usadas de forma inapropriada (ONU, 2001, p. 43, grifo nosso).

Destaca-se o cuidado do documento para consignar alguns elementos, como por exemplo, explicitar que qualquer coleta de dados deve ser utilizada na direção dos objetivos da Conferência (ou seja, no sentido de combate ao racismo), não devendo ser utilizados de forma inapropriada. Essa precaução vai no sentido da outra determinação contida no trecho destacado, que a coleta de dados deve ter como base a autoidentificação.

No ponto 56 da declaração oficial da referida conferência (p. 14), restou registrada a existência de mestiços, que deveriam ser levados em consideração na construção das políticas raciais. As práticas colonialistas formaram uma população de mestiços, conforme trabalhado nas seções anteriores, de modo que não pode ser ignorada a discriminação sofrida por essa população, nas suas especificidades.

Considerando o caráter estrutural do racismo⁷, em que o Estado quando não é o promotor direto da discriminação (como o Estado nazista ou o escravocrata) legitima sua ocorrência, faz sentido evitar que se confira a atribuição de classificação racial dos sujeitos ao poder público. Também se mostra importante, a necessidade de reivindicação identitária pelas ditas minorias políticas, por meio da autodeclaração, em oposição à prática colonialista e assimilacionista, que busca minar com os povos discriminados.

⁷ “13. Reconhecemos que o colonialismo levou ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que os Africanos e afrodescendentes, os povos de origem asiática e os povos indígenas foram vítimas do colonialismo e continuam a ser vítimas de suas conseqüências. Reconhecemos o sofrimento causado pelo colonialismo e afirmamos que, onde e quando quer que tenham ocorrido, devem ser condenados e sua recorrência prevenida. Ainda lamentamos que os efeitos e a persistência dessas estruturas e práticas estejam entre os fatores que contribuem para a continuidade das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo ainda hoje;” (ONU, 2001, p. 8, grifos nossos)

É nesse sentido que, no debate em torno das comissões de heteroidentificação nos concursos públicos brasileiros, autores se posicionam contra a classificação por terceiros legitimados pelo Estado. No ponto, é levantado o perigo de se construir “categorias essencializadas, fixas, próprias ao poder normativo das leis, aos desígnios das políticas públicas” (MAIO e SANTOS, 2005, p. 207) na definição de quem é negro no Brasil. Essa situação, poderia excluir parte da população negra, que consiste em um grupo muito diverso.

Ainda, há um reconhecimento de que, em razão do racismo operante na sociedade brasileira, outros fatores como classe social, região do país, gênero, sexualidade e até mesmo a concordância maior com os padrões de beleza⁸ em razão do racismo, interferem na percepção racial dos sujeitos, o que consiste em mais um empecilho na busca pela redução da subjetividade na produção desses dados estatísticos confiáveis (OSORIO, 2003, p. 13). Desse modo, e conforme já trabalhado, não há como afastar totalmente a subjetividade do processo de identificação racial, uma vez que é um processo relacional que depende dos observados, dos observadores e do contexto da observação. O que ocorre entre a autodeclaração e a heteroidentificação, conforme trabalhado por Osorio (2003, p. 13), é uma escolha entre subjetividades.

No contexto brasileiro, em que ocorreu uma política de branqueamento da população, a autodeclaração é um mecanismo importante de combate ao racismo, por estar relacionada com a reivindicação da própria negritude. Ainda, é um meio de identificação racial indispensável para as ações afirmativas. Entretanto, é fundamental ressaltar que não existe autopercepção apartada das relações sociais, ou seja, toda autopercepção está relacionada com processos de heteroidentificação.

Nogueira (2007) argumenta que, ainda que a atribuição de pertença racial esteja permeada de subjetividade, existe uma limitação na variação desses julgamentos:

Onde o preconceito é de marca, como no Brasil, o limiar entre o tipo que se atribui ao grupo discriminador e o que se atribui ao grupo discriminado é indefinido, variando subjetivamente, tanto em função dos característicos de quem observa como dos de quem está sendo julgado, bem como, ainda, em função da atitude (relações de amizade, deferência etc.) de quem observa em relação a quem está sendo identificado, estando, porém, a amplitude de

⁸MAAS. Adriano. Cotas: Candidata negra excluída por ser bonita, ganha posse na Justiça. Ache Concursos. Disponível em: <<https://www.acheconcursos.com.br/noticias/cotas-candidata-negra-excluida-por-ser-bonita-ganha-posse-na-justica-45118>>. Acesso em: 27 Apr. 2021.

variação dos julgamentos, em qualquer caso, limitada pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem (Nogueira, 2007, p. 293).

No caso da política de cotas, guiada única e exclusivamente pelo critério do fenótipo, reduzir a subjetividade na classificação racial de candidatos às vagas para pessoas negras importa tanto em função dos princípios da igualdade, transparência, impessoalidade e necessidade de motivação dos atos da administração pública, principalmente no âmbito dos concursos públicos, quanto em razão da necessidade de se garantir a efetividade e a lisura das políticas de ações afirmativas.

Em razão desses objetivos específicos da política pública ora trabalhada, a escolha pela heteroidentificação racial complementar à autodeclaração, como forma de sopesar subjetividades, foi a fórmula escolhida para a preservação do interesse coletivo, que visa o sucesso do programa.

Essa primeira seção teve como objetivo trabalhar o conceito de “raça” e o contexto brasileiro, de modo a situar as origens que nos levaram a ambiguidade racial do país, razão de ser e desafio das comissões de heteroidentificação. No próximo capítulo buscaremos trabalhar as comissões de aferição dentro dos parâmetros de avaliação do direito administrativo.

3 COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO RACIAL NOS CONCURSOS PÚBLICOS E SUA JURIDICIDADE

As comissões de heteroidentificação racial, em suma, consistem em grupos de pessoas encarregadas de classificar sujeitos em categorias raciais, visando atingir uma população específica. O contexto no qual estamos analisando a existência dessas comissões, é o da definição dos legítimos destinatários da política pública de ações afirmativas, regulamentada pela Lei Federal nº 12.990/2014, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas em concursos públicos à população negra, no âmbito da administração pública federal.

As vagas aqui discutidas são reservadas aos candidatos 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”, devendo ocorrer a eliminação do candidato que prestar declaração falsa (art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014). Portanto, a heteroidentificação racial realizada pelas comissões é um procedimento administrativo de verificação, baseado no fenótipo, que produz fato administrativo ao enquadrar candidatos em categorias raciais.

O fato produzido pelas comissões (ser negro - portanto beneficiário da política pública, ou não) produz efeitos jurídicos dentro de um concurso público, ao motivar decisões administrativas que impactam diretamente os candidatos. Considerando que o ato administrativo que impede candidato branco, ou não negro, de se beneficiar do disposto na Lei 12.990/2014 é vinculado, uma vez que a lei é expressa ao reservar as vagas “aos negros”, nossa atenção será voltada para o procedimento que constitui esse fato.

Para tornar mais palpável essa divisão, entre fato e ato administrativo, segue a distinção traçada por Alexandre Pasqualini:

Ao passo que o ato administrativo articula, de maneira invariável, uma declaração de vontade, o fato administrativo, ao contrário, se restringe ao universo da mera ação material. Ainda quando o fato administrativo venha ao mundo como resultado ulterior de um ato ou até mesmo de um procedimento administrativo, aquele diferentemente destes, caracteriza-se como um simples efeito material [...] (PASQUALINI, 2017, p. 131)

Nos sub tópicos a seguir, buscaremos analisar a juridicidade das comissões de heteroidentificação racial, previstas pela Lei nº 12.990/2014. Esse conceito é utilizado pelos administrativistas em resposta à constitucionalização do direito,

fenômeno que consiste em compreender a Constituição Federal “na globalidade de suas normas, especialmente a partir daquelas que veiculam princípios” (ROCHA, 1997, p.11). Essa noção é de fundamental importância na análise dos procedimentos ou processos administrativos.

Desse modo, mostra-se necessário entender as comissões no ordenamento jurídico de maneira global, considerando a existência de normas, princípios e postulados normativos a serem seguidos. A distinção entre tais espécies normativas, trabalhada por Humberto Ávila, mostra-se interessante para pensar as dimensões nas quais cada uma delas atua, é dizer que “(...) o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, 2005, p. 129).

3.1 DA LEGALIDADE DAS COMISSÕES

Inicialmente, impõe elucidar que assumimos o sentido maleável da legalidade, que comporta analisar determinado objeto conforme a Lei e o Direito (MAFFINI, 2019). Para a administração pública, a legalidade é imperativa, determinando e limitando o comportamento e o âmbito de atuação do poder público.

Desse modo, no presente tópico abordaremos as condições legais das comissões, as determinações normativas promovidas através da autotutela da administração pública e as condições colocadas pelo judiciário, no âmbito do controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O *caput* do artigo 2º, da Lei nº 12.990/2014, prevê o ingresso pela política pública de ações afirmativas através da autodeclaração de pretos e pardos, sendo que por um tempo, em muitos dos concursos públicos (profissionais ou de ensino superior), esse era o único método de identificação racial utilizado. Tal situação foi se alterando, na medida em que a política pública foi sendo executada e avaliada pelos gestores e pelos movimentos sociais envolvidos.

O que se percebeu, foi a utilização da autodeclaração como forma de obtenção de vantagem indevida nos concursos, a partir do momento em que pessoas heteroidentificadas brancas passaram a se autodeclararem negras. Essas ocorrências foram alvos de denúncias que culminaram na Ação Civil Pública nº 003965-44.2016.4.01.3400, movida pelo Ministério Público Federal em face do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. No processo, continham os

pedidos para que se “(I) suspendesse o concurso do MP/ENAP em andamento para evitar que mais servidores tomassem posse sem que a autodeclaração fosse verificada” e “(II) estabelecesse normativo que previsse, Já nos editais de abertura, algum mecanismo de verificação da autodeclaração dos candidatos às vagas reservadas para pessoas negras”.

A ação, que tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, motivou a edição da Portaria Conjunta, do MPF e do MPDG, nº 11, de 26 de dezembro de 2016. Essa portaria instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial, composto pelo MPF e pelo MPDG, responsável pela produção de um relatório para criação de regulamentação adequada para as comissões de heteroidentificação racial, que viria a ser a vigente Portaria Normativa SGP Nº 4 de 06/04/2018.

Vale mencionar, que a primeira regulamentação das comissões foi a Orientação Normativa nº 3, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 1º de agosto de 2016, ou seja, quase dois anos após a Lei nº 12.990, publicada em 9 de junho de 2014. Essa normativa foi editada para orientar de forma paliativa a criação das comissões, até que fosse criada regulamentação mais completa, que viria a ser a Portaria Normativa SGP Nº 4 de 06/04/2018. Já na primeira orientação, foi determinada a previsão nos editais de concursos públicos a existência das comissões de verificação, exigência confirmada pelo STJ⁹, bem como o critério único do fenótipo para fins dessa avaliação (artigo 2º, inciso II e parágrafo 1º).

A Portaria Normativa SGP Nº 4 DE 06/04/2018, que regulamenta as comissões previstas pela Lei nº 12.990/2014, define o procedimento em seu artigo 5º, como sendo “a identificação por terceiros da condição autodeclarada”. Tratando-se de candidato que se inscreveu pela modalidade das ações afirmativas, a comissão de heteroidentificação racial consiste apenas em uma das etapas obrigatórias, ainda que o candidato tenha obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência (art. 8º, da referida portaria), de um concurso público determinado.

Nesse cenário, a existência das comissões de aferição deve ser vista dentro da legalidade que dá fundamento à própria atividade administrativa. A legalidade, vale lembrar, limita a atuação do Estado na medida em que determina suas ações, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado. A política deve ser

⁹ Decisão prolatada em dezembro de 2018, nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 54907/DF.

efetiva, uma vez que seus preceitos estão em consonância com a lei e com o direito (o que já foi decidido pelo STF), independentemente da existência de fraude, bem como as fraudes devem ser identificadas para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

Nessa linha, a pesquisadora Livia Vaz (2018, p. 45), descreve as comissões de heteroidentificação racial não apenas como uma possibilidade ou uma prerrogativa, mas como uma obrigação da administração. No mesmo sentido, a obrigatoriedade das comissões de heteroidentificação racial foi defendida no voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, no julgamento da ADC 41 (Inteiro Teor do Acórdão, p. 17). Isso porque, a administração pública tem o dever de fiscalização, sendo a responsável direta pelas autodeclarações homologadas. Desse modo, o preenchimento das vagas reservadas a pessoas negras, sem o devido cumprimento do requisito legal do fenótipo, configura-se improbidade administrativa (VAZ, 2018, p. 49).

Antes da edição da referida portaria, a discussão sobre as comissões de heteroidentificação racial esteve presente no Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades. Primeiro, quando foi declarada a constitucionalidade da lei de cotas nas universidades públicas federais (Lei 12.711/2012), no julgamento da ADPF 186/DF em abril de 2012. Ainda, quando foi confirmada a constitucionalidade da lei de cotas nos concursos públicos federais (Lei 12.990/2014), no julgamento da ADC 41/DF em junho de 2017.

Na oportunidade do julgamento da ADPF 186/DF, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski registrou a legalidade da autodeclaração e da heteroidentificação como métodos de identificação racial, para fins das cotas nas Universidades Federais:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional (BRASIL, 2012, ADPF 186/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 84).

Os critérios considerados pelo julgador, para validação da heteroidentificação, consistiram nos apontados por Daniela Ikawa, que foi citada no voto. Na perspectiva apresentada, as comissões devem obrigatoriamente: (a) ser etapa posterior à autoidentificação; (b) ter o fenótipo como critério único; (c) devem concorrer às

vagas todos os pardos e pretos, nas combinações “pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto”; e (d) ser composta considerando “a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos” (STF, ADPF 186/DF, Inteiro Teor do Acórdão, pp. 83-84).

No julgamento da ADC 41/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, o debate sobre a heteroidentificação foi mais presente, restando consignado na ementa e decisão do julgado. A Tese foi fixada no seguinte sentido:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.6.2017 (BRASIL, 2017, ADC 41/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 185, grifo nosso).

Tais posicionamentos são importantes como parâmetros de avaliação, uma vez que as decisões do STF possuem caráter vinculante nos âmbitos do judiciário e da administração pública. As ações acima citadas confirmaram a constitucionalidade das comissões de heteroidentificação racial, bem como estabeleceram certos parâmetros a serem observados.

Em ambas as decisões, na ADPF 186/DF e na ADC 41/DF, foi apontado o respeito à dignidade da pessoa humana como condição principiológica fundamental ao exercício das comissões. Ainda, nesta última, restou destacada a necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa e a questão atinente à dúvida razoável, que, caso o candidato esteja situado na “zona cinzenta”, deve prevalecer a autodeclaração:

Por fim, 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 (BRASIL, 2017, ADC 41/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 64).

Cumprido ressaltar, que a Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018 consignou, em seu artigo 1°, parágrafo único, ademais das determinações principiológicas e do conceito aberto de dúvida razoável (artigo 3°, §2) advindos do

STF, o dever de autotutela da legalidade pela administração pública, (inciso V), a garantia da padronização e de igualdade entre candidatos em um mesmo concurso público (inciso III), a garantia da publicidade e do controle social (inciso IV) e a garantia da efetividade da ação afirmativa (inciso VI).

Nos pontos a seguir, definiremos a forma de uso dos princípios no presente trabalho, de modo que as reflexões auxiliem a análise dos casos que serão trabalhados na seção 4. Na sequência, desmembraremos o procedimento previsto na Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018, que atualmente regulamenta as comissões de heteroidentificação racial.

3.1.1 Os princípios jurídicos no contexto das comissões

A importância dos princípios para o direito brasileiro é bastante perceptível nas produções acadêmicas, decisões judiciais e até mesmo nas decisões administrativas. Sobre o ponto, Rafael Maffini (2016, p. 34) destaca que esse fenômeno é um resultado da existência de um “Estado de Direito”, na forma de um “Estado de Princípios”, a despeito de um “Estado de Leis”, uma vez que estas devem sempre levar em conta o estado de coisas que se busca promover e preservar. Nesse sentido, a discussão principiológica, mesmo que indireta, é um imperativo para os trabalhos no ramo do Direito Público.

Essa premissa, nos parece, é potencializada na medida da complexidade e do desconhecimento acerca da temática abordada. Isso porque, conforme trabalhado por Humberto Ávila, os princípios não descrevem uma conduta específica para se atingir um fim desejável:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (ÁVILA, 2005, p. 63).

No tocante à incidência de princípios constitucionais no exercício das comissões (procedimento administrativo), Carmem Lúcia Rocha (1997) aponta a importância do devido processo no âmbito administrativo, principalmente na presente situação, na qual temos direitos específicos além do interesse público:

O processo administrativo é que estampa a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlada em sua

juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal (ROCHA, 1997, p. 14).

Sobre a atividade desempenhada pelas comissões de heteroidentificação racial, observa-se a necessidade de aplicação de alguns princípios fundamentais, na concretização de seus objetivos (destacados no ponto anterior). A Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018, construída após as decisões proferidas pela Suprema Corte, instituiu diversas regras procedimentais com vistas a garantir o respeito às condições existenciais e principiológicas previamente estabelecidas para as comissões, conforme se verá.

Entretanto, os instrumentos específicos para efetivação dos princípios constitucionais, quando existentes, ainda foram pouco explorados em seus pontos de conflito. Ademais, mesmo quando tratamos de princípios como “contraditório” e “ampla defesa”, que já foram esmiuçados em regras bastante descritivas, muitas questões se colocam. Por exemplo, o que pode ser “contradito” ou “defendido”, bem como quais elementos probatórios podem ser utilizados, ante a não confirmação da autodeclaração.

No presente trabalho, tomamos como parâmetro na investigação do objeto, a observação dos princípios nos termos utilizados por Humberto Ávila, em sua obra Teoria dos Princípios. Em suas palavras:

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial de ser a verificação dos valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores. Esse é, precisamente, o caminho perseguido por este estudo (AVILA, 2005, p. 56).

Nesse sentido, a análise será centrada nas decisões judiciais sobre o tema, observando quais os pontos privilegiados pelos julgadores e quais as condutas apontadas como necessárias na realização desses valores, de modo a estruturar e sintetizar as conclusões das Terceira e Quarta Turmas do TRF4 acerca da juridicidade das comissões de heteroidentificação racial.

3.1.2 Do procedimento de heteroidentificação complementar

Conforme visto, atualmente a Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018 é a única norma que regulamenta em detalhes o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos pretos e pardos, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei n°12.990/2014. Suas normas buscam uniformizar o procedimento, de modo que sejam concretizados os objetivos legais e os princípios constitucionais, no exercício da autotutela administrativa do controle de juridicidade.

Por se tratar de portaria normativa, é importante lembrar o valor jurídico dessa ferramenta. As portarias normativas são editadas pelo poder público para regulamentar o que já está disposto em lei, decreto ou regulamento anterior (CRETELLA JÚNIOR, 1974). Nesse sentido, elas não são autônomas, não podem criar conteúdo para além dos limites pré estabelecidos. No caso, a Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018 é uma norma infralegal, vinculada à Lei n°12.990/2014, editada pelo poder executivo.

Inicialmente, e nos termos da lei regulamentada, para que o candidato negro participe do programa das ações afirmativas deve se autodeclarar no período da inscrição, de acordo com os critérios do IBGE. Ou seja, o candidato se autodeclara preto ou pardo, formando a categoria negro.

A autodeclaração deve ser composta por dois momentos: em um, o candidato se autodeclara, em outro ele informa se pretende concorrer pelo sistema de reserva de vagas. Essa divisão busca respeitar a manifestação da identidade do candidato, sem que dessa manifestação decorra eventual prejuízo. Nesse sentido, busca garantir o pleno desenvolvimento da personalidade, em correspondência ao princípio da dignidade humana (SARLET, *apud* SCHOLER, 2013).

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

A preferência por pessoas experientes no tema visa garantir a efetivação dos objetivos da política pública. A partir dessa escolha, seria interessante a produção de novos dados sobre o índice de confirmação das autodeclarações prestadas, uma vez que, em análise de dados do IBGE de 1986, foi constatado que foi mais difícil que entrevistadores treinados no reconhecimento de fenótipo concordassem com a autodeclaração do candidato do que aqueles que não tinham sido treinados (OSORIO, 2003, p. 17).

Ainda, a previsão no tocante a necessidade de diversidade de gênero e cor considera os estudos de raça no Brasil, onde raça é tratada como uma categoria historicamente situada e relacional, como trabalhado por Silvio Almeida (2019, p. 18), sendo que as percepções podem variar de contexto para contexto, de pessoa para pessoa. Nesse sentido, a diversidade da banca de aferição, busca preservar perspectivas de diferentes setores da população. Entretanto, notamos que não foi reproduzido na portaria a diversidade de classe econômica, recomendada no julgamento da ADI 186/DF (BRASIL, ADI 186/DF, Inteiro Teor do Acórdão, pp. 83-84).

A avaliação do fenótipo deve ser feita de preferência presencialmente, sendo permitido, excepcionalmente e por decisão motivada, a conferência telepresencial. Para essa avaliação, não foi permitida a apresentação de fotos ou documentos pretéritos, sendo a filmagem realizada no dia da aferição o único fator utilizado para a fundamentação dos recursos administrativos (art. 10).

Outro princípio administrativo presente na referida portaria, foi o princípio da motivação dos atos administrativos, que permite a sindicabilidade. Ele também é necessário caso o poder público decida pela avaliação telepresencial, conforme consta no parágrafo primeiro do artigo 8º. O princípio foi mencionado também nos seguintes artigos:

Art. 3º A autodeclaração do candidato goza da presunção relativa de veracidade.

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

Art. 12. A comissão de heteroidentificação deliberará pela maioria dos seus membros, sob forma de parecer motivado.

Os dispositivos acima transcritos também determinam que a decisão será tomada por maioria, bem como apontam a possibilidade de existirem casos de

dúvida razoável na definição racial de eventuais candidatos. Nesses casos de dúvida, prevalecerá a autodeclaração do candidato.

Nos debates realizados na construção da portaria, que reuniram diversos especialistas nos estudos de raça e políticas públicas, a ocorrência sistemática das fraudes deu o tom das discussões. Em razão do desafio colocado pelas fraudes, em face da necessidade de garantir a efetividade da política, a regulamentação buscou fechar as brechas de escape da verificação.

Nesse sentido, restou estabelecida a eliminação do candidato nos casos de: (i) não comparecimento ao procedimento de heteroidentificação (artigo 8º, §5º); (ii) recusa do candidato em filmar o procedimento (artigo 10, parágrafo único); e (iii) não confirmação da declaração prestada pelo candidato pela comissão, “ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa fé” (artigo 11).

No caso das duas primeiras hipóteses de exclusão não há grandes polêmicas, uma vez que a eliminação do certame é a consequência para a ausência do candidato em qualquer fase eliminatória de concurso público, bem como para os casos em que o candidato se negue a cumprir as exigências (legais) previstas nos editais. Entretanto, ainda que a norma tenha buscado resolver o problema da recorrente ilegalidade advinda das fraudes, há que se questionar sobre a legalidade da exclusão pela não confirmação da autodeclaração, de modo desvinculado da avaliação de fraude, em razão do disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.990/2014¹⁰.

Por fim, o edital também deve prever uma comissão recursal, composta de três pessoas distintas das que realizaram a avaliação, que julgará os recursos de candidatos que não tiveram a autodeclaração confirmada. Nesta fase, deverá ser levado em conta “a filmagem do procedimento para fins de heteroidentificação, o parecer emitido pela comissão e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato”

¹⁰ Segue o dispositivo citado (grifamos): 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.

(art. 15), consolidando o princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito administrativo.

Esgotadas as vias administrativas e permanecendo a não confirmação da autodeclaração prestada pelo candidato, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garante que a questão seja levada ao judiciário. O artigo, que confere posição de direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora já tenhamos a manifestação do Supremo e uma regulamentação bastante completa das comissões de heteroidentificação racial, ainda não é óbvio o que pode ser levado para a apreciação do judiciário no tema. A princípio, excetuando os pontos que foram pacificados (como por exemplo a constitucionalidade do procedimento), qualquer insurgência levada ao poder judiciário deve ser devidamente analisada.

No próximo ponto, vamos definir e classificar as funções e os atos das comissões de heteroidentificação, de modo a qualificar a análise do controle de juridicidade exercido pelo judiciário.

3.2 DA SINDICABILIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de observarmos como está se dando o controle de juridicidade pelo TRF4, é importante definir o tipo de controle que o judiciário exerce (ou poderia exercer) nesse âmbito. Para tanto, a partir das manifestações institucionais já mencionadas, buscaremos destacar quais os tipos de atos que podem estar relacionados com as comissões de heteroidentificação racial, em sua formação e exercício, e que podem ser objeto de questionamentos pelos candidatos dos concursos públicos.

No grupo de decisões analisado neste trabalho, houveram menções da existência de um juízo de conveniência e oportunidade, característica própria do poder discricionário da administração. No julgamento da ADC 41/DF o Ministro Relator afirmou que, dentro das possibilidades de análise do fenótipo, a escolha de critérios parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, que façam sentido dentro de um conjunto de “fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade” (ADC 41/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 62).

Também há que se considerar, dentro do âmbito das avaliações de conveniência e oportunidade, as peculiaridades do concurso público no qual terá a etapa da verificação racial. Ao se pensar, por exemplo, no princípio da economicidade da administração, nos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade, no número de candidatos autodeclarados negros e na magnitude do concurso, pode-se chegar em respostas diferentes no tocante às melhores estratégias adotadas por cada comissão. Todos esses fatores estão associados à discricionariedade da administração, em como, entre as possibilidades preexistentes, realizar a verificação da autodeclaração prestada pelos candidatos.

Conforme já mencionado, quando a administração pública federal realiza concurso público, para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, devem ser reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, quando essas forem igual ou superior a 3. Ainda, a administração pública deve verificar, pelo critério do fenótipo, se os candidatos cumprem com o requisito para preenchimento das vagas reservadas. Nessa verificação, caso o candidato cumpra com os requisitos ele tem direito de seguir concorrendo a uma das vagas, no caso do candidato não cumprir com os requisitos, ele não pode ser destinatário da política.

Quanto a essas últimas determinações, que estão diretamente associadas às funções das comissões, não há margem de escolha para a atuação da administração pública, que tem no cumprimento dos requisitos fáticos resultado jurídico determinado (SILVA, 2015, p.171). Os atos administrativos nesses casos, portanto, são de competência vinculada.

Essa situação, na qual é possível identificar tanto comportamentos obrigatórios, que vinculam a administração, quanto uma abertura para análise de oportunidade e conveniência, evidencia o caráter não homogêneo das determinações legais que regem a atividade da administração pública, o que pode ser sintetizado nas palavras de Almiro do Couto e Silva:

No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação (SILVA, 2015, p. 168).

Além das questões mais práticas de como executar, as comissões são previstas em edital pela administração pública, que confere competência a um grupo

de pessoas para, imediatamente, avaliar se os candidatos autodeclarados negros cumprem com os requisitos fenotípicos e, mediamente, garantir a efetividade dos objetivos da lei de cotas. A necessidade de participação em oficinas temáticas de promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, bem como a preferência por avaliadores experientes na temática, está ligada à função mediata das comissões. Na verificação racial, não se pode perder de vista os objetivos da política pública frente ao enfrentamento do racismo.

No tocante a finalidade imediata, temos as questões atinentes ao procedimento de verificação, que descrevemos ao tratar da regulamentação via portaria normativa, e há a questão da definição dos requisitos de avaliação do conteúdo da categoria jurídica 'negros', na qual encontramos a ideia da "zona cinzenta" ou da "dúvida razoável". Para complexificar o debate, a escolha por critérios na análise do fenótipo deve levar em conta fatores sociais locais de cada região, como foi destacado pelo STF.

O conceito de competência vinculada não demanda grandes reflexões, já tendo sido exposto no presente tópico. Nesses casos o controle pelo judiciário abrange tanto os requisitos intrínsecos do ato quanto a consequência jurídica, que já foi previamente estipulada. De outro modo ocorre o poder discricionário, que na prática gera debates quanto ao controle pelo judiciário (ainda que a discussão seja antiga), principalmente quando se confunde com os conceitos jurídicos indeterminados, já que ambos "têm em comum, ou não, o estabelecimento de uma área de livre apreciação, dentro dos limites legais, na realização da ação administrativa" (SILVA, 2015, p. 174).

Interessante observar que, enquanto a classificação de competência vinculada e poder discricionário se contrapõem, os conceitos jurídicos indeterminados podem estar relacionados com ambas classificações. Ainda que aqueles dois tipos se relacionem com esse, é importante reconhecer o devido enquadramento da situação, uma vez que o efeito da sindicabilidade varia em cada caso. Sobre a relevância da questão ora levantada, Silva (2015, p. 177) aponta que a jurisprudência frequentemente confunde a noção de conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário.

3.2.1 Poder discricionário

O poder discricionário é caracterizado por uma prerrogativa atribuída e limitada pela lei à administração pública. No geral, a legislação elenca possibilidades (duas ou mais) de atuação, entre as quais a administração, através de um juízo de conveniência e oportunidade, tem liberdade para decidir. Se o ato está em conformidade com a lei e com o direito, ele não pode ser alterado pelo judiciário.

Desse modo, a sindicabilidade do ato ocorre em relação aos seus aspectos formais, limitando a análise aos elementos competência, finalidade, forma, motivação e objeto. Silva (2015, p. 180) aponta a “transgressão dos limites”, o “abuso ou desvio” e o “exercício deficiente”, como espécies de vícios do poder discricionário. Nos casos dos dois primeiros vícios apontados, o ato é absolutamente inválido, e no terceiro, o ato não é originalmente nulo, podendo ser anulado dependendo da situação (SILVA, 2015, p. 180).

Ainda, podemos encontrar situações onde os limites da discricionariedade são modificados ou até mesmo suspensos, em razão da uniformidade e dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, fundamentais ao Estado de Direito. Dessa situação deriva-se o princípio da autovinculação da administração:

O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade (SILVA, 2015, p. 180).

Nesse sentido, ademais da necessidade do poder discricionário ser exercido em conformidade com o Direito, também deve levar em conta o próprio comportamento administrativo, em relação às situações iguais ou semelhantes. Não é aceitável que situações nas quais os elementos do ato administrativo sejam os mesmos, gerem efeitos jurídicos distintos. No caso de determinado ato ser questionado em face de outro de mesma base fática, a administração deve apontar o porquê dos resultados diferentes.

Em suma, na verificação do ato administrativo de poder discricionário, é sugestionado pela doutrina que o judiciário observe os reais limites legais, o que envolve considerar “o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou, etc” (SILVA, 2015, p. 183). Essa análise

coaduna com o controle de juridicidade que está em construção no presente trabalho.

3.2.2 Conceitos jurídicos indeterminados e as zonas cinzentas

A discussão dos conceitos jurídicos indeterminados está no âmbito da interpretação, trata-se de decidir em meio às possibilidades de interpretar o suporte fático. Todo conceito jurídico tem um núcleo, que comporta situações as quais não existem dúvidas sobre seu enquadramento. Nesses casos, a consequência jurídica que deverá ser aplicada pela administração é evidente. O desafio do tema consiste, mais precisamente, no limite entre o “conceito” e o “não conceito”:

Na zona cinza, que é o limite entre o “conceito” e o “não conceito”, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades (SILVA, 2015, p. 175).

Quando tratamos dos conceitos jurídicos indeterminados, a principal questão discutida pela doutrina é referente a quais são os efeitos dessa indeterminação: se a indefinição gera liberdade de escolha para a administração, nos termos do poder discricionário, ou se nesses casos poderia existir o controle do mérito pelo judiciário. De todo modo, qualquer controle eventualmente realizado pelo judiciário, por se tratar de um âmbito que necessariamente estarão divididas “as opiniões dos expertos”, não poderá ser fundamentado nas ideias de certo ou errado (SILVA, 2015, pp. 176-177).

Algumas ideias parecem mais consensuais nesse debate, como por exemplo as situações em que há uma enorme divisão e muita incerteza quanto ao que seria a interpretação correta de determinado conceito, quando deve prevalecer a decisão da administração (COSTA, 1989 e SILVA, 2015). Essa prevalência se justifica em razão do maior contato com a questão e das ferramentas técnicas que o poder executivo dispõe.

Nesse sentido, o papel do judiciário consiste apenas em “conferir se a Administração se manteve no campo significativo da aplicação da regra ou não” (ROZAS, 2019, p. 200). Para isso, não se pode deixar de ressaltar a necessidade do julgador analisar cada situação de maneira individualizada.

Na tentativa de classificação dos conceitos jurídicos indeterminados para fins de observar seu controle pelo judiciário, Regina Costa (1989) distingue os conceitos

de experiência, onde o controle judicial seria amplo, dos conceitos de valor, cujo o preenchimento envolve a subjetividade do administrador, não podendo haver interferência do judiciário para além da conferência dos limites. Na perspectiva da autora, a escolha do legislativo por conceitos de valor gera poder discricionário à administração.

Silva (2015), por outro lado, apesar de distinguir entre os conceitos empíricos, do âmbito da natureza, dos conceitos de valor, do âmbito normativo, considera que ainda que seja verificada a impossibilidade de controle da decisão pelo judiciário, os conceitos jurídicos indeterminados não são fonte de poder discricionário. Isso porque, a prerrogativa legalmente conferida à administração nesses casos, não ocorre naqueles casos, nos quais, a princípio, não existem limites de controle.

Luiza Rozas (2019) aponta, ainda, que essa divisão estabelecida pela doutrina, entre os tipos de conceitos jurídicos indeterminados, não possuem rigor científico. Para a autora, “mesmo nos conceitos de experiência há um componente valorativo, pois este é inerente ao fenômeno jurídico” (ROZAS, 2019, p. 199).

A posição da Suprema Corte, ilustrada no acórdão abaixo colacionado, parece corroborar com o entendimento de que a existência de conceitos jurídicos abertos gera poder discricionário à administração, cabendo ao judiciário intervir apenas em casos de flagrante abuso de poder.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 17 E 41-II DA LEI 11.727/2008, RESULTANTE DA CONVERSÃO DA MPV 413/2008, E O ARTIGO 1º DA LEI 13.169/2015, FRUTO DA CONVERSÃO DA MPV 675/2015. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO (CSLL). ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA EMPRESAS FINANCEIRAS E EQUIPARADAS. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. POSSIBILIDADE DE GRADUAÇÃO DA ALÍQUOTA CONFORME A ATIVIDADE ECONÔMICA. PECULIARIDADES SEGMENTO FINANCEIRO. ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMA EFICIÊNCIA ALOCATIVA DA TRIBUTAÇÃO. 1. As alíquotas diferenciadas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – para instituições financeiras e entidades assemelhadas estabelecidas pela Lei federal 11.727/2008, fruto de conversão da Medida Provisória 413/2007, modificada pela Medida Provisória 675/2015, convertida na Lei federal 13.169/2015 não ofendem o Texto Constitucional. 2. A sindicabilidade quanto ao preenchimento dos requisitos constitucionais de relevância e urgência exigidos pelo artigo 62, caput, da CRFB é excepcional e pressupõe a flagrante abusividade do poder normativo conferido ao Executivo. Precedentes: ADI 5.018, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. em 13/6/2018, DJe de 11/9/2018; RE 592.377, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, Plenário, j. em 4/2/2015, DJe de 20/3/2015. 3. O controle jurisdicional da interpretação conferida pelo Poder Executivo aos conceitos jurídicos indeterminados de urgência e

relevância deve ser restrito às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência. Ausentes evidências sólidas de abuso do Poder Executivo na edição da medida provisória, é corolário da separação de Poderes a adoção de postura autocontida do Poder Judiciário, de maneira a prestigiar as escolhas discricionárias executivas e legislativas.

[...]

(ADI 4101, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020) (grifamos)

No tocante às comissões, o STF entendeu que a administração pública tem liberdade na definição dos critérios a serem analisados na definição de pertença racial (dentro do âmbito do fenótipo), sendo que, nos casos situados nas zonas cinzentas deve prevalecer a autodeclaração do candidato. Nesse sentido, podemos considerar que (i) a comissão tem poder discricionário na definição dos critérios que guiarão a heteroidentificação, definindo, a princípio, a ideia do que será a zona cinzenta de negro e (ii) a zona cinzenta gera competência vinculada da administração, que consiste na admissão do candidato nas vagas reservadas.

Entretanto, essas premissas não encerram o problema. Reafirmar a competência da comissão de heteroidentificação, para certificar a respeito de quem está apto para ocupar vagas destinadas às pessoas negras, não afasta o controle de juridicidade das comissões pelo judiciário. Definir a atividade das comissões no campo conceitual da administração, nos ajuda a direcionar as discussões de controle, situando-as nos campos da discricionariedade e da vinculatividade dos atos da administração.

Em razão da subjetividade existente no ato de enquadrar indivíduos em categorias raciais, bem como a grande diversidade da população negra brasileira, não é viável a criação de critérios fixos e objetivos nessa verificação, ademais do critério legal do fenótipo. Entretanto, uma vez que a decisão seja tomada, a consequência é direta: se confirmada a autodeclaração, a pessoa tem direito a ocupar a vaga caso tenha sido aprovada nos outros requisitos, se há desacordo na autodeclaração, ainda que as consequências sejam discutíveis, a pessoa não tem direito à vaga, excetuados os casos da dúvida razoável.

A execução da política de reserva de vagas nos apresentou a realidade das fraudes na autodeclaração, um dos motivos que trouxe a discussão sobre a necessidade do procedimento de heteroidentificação. Desse modo, ainda que a ambiguidade dos pardos exista, como foi trabalhado no ponto anterior, em todo

conceito jurídico indeterminado há o “não conceito”, que não comporta diversidade de opiniões.

A existência de ações judiciais, autuadas posteriormente à declaração de constitucionalidade das comissões e de seus critérios avaliativos, nos faz questionar como o judiciário tem (i) identificado (ou não) a utilização da autodeclaração como ferramenta para fraudar a política racial e, por outro lado, (ii) julgado as demandas legítimas, que consideramos ser as disputas travadas nos termos dos critérios legais pré-estabelecidos, ajuizadas em face das comissões de heteroidentificação racial.

A partir do contexto histórico e social descrito na primeira seção e dos paradigmas jurídicos trabalhados na segunda, a terceira seção realiza a união dessas duas visões, tendo como contexto de análise o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

4 O CONTROLE DE JURIDICIDADE EXERCIDO PELO TRF4

Considerando os conflitos gerados pela prática das comissões de heteroidentificação racial nos casos concretos, tomamos como objeto de análise as decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nesse sentido, selecionamos 7 (sete) acórdãos da Terceira e da Quarta turma do TRF4. Dentre eles, 4 (quatro) são do Estado do Rio Grande do Sul, 2 (dois) são do Estado de Santa Catarina e 1 (um) é do Estado do Paraná (Ver tabela 1).

O primeiro julgamento ocorreu em abril de 2017 e o último em janeiro do corrente ano. Essa janela maior de tempo, entre o primeiro e o último julgamento, nos permite observar se já há uma tendência mais consolidada no posicionamento do TRF4 sobre o tema. Por se tratar de matéria atinente ao direito administrativo, o posicionamento do Tribunal é emitido pela Terceira e pela Quarta Turma.

Tabela 1 - Sistematização da amostra

Nº	Processo	Data da Decisão	UF	Órgão julgador	Relator	Relator para acórdão	Recorrente	Recorrido(a)	Acórdão
1	5004760-40.2015.4.04.7110	4/5/2017	RS	QUARTA TURMA	LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE		Adm. Pública	Candidato(a)	"por unanimidade, negar provimento à apelação". Resultado: candidato(a) reintegrado(a) às vagas reservadas.
2	5000608-05.2017.4.04.7101	6/11/2019	RS	TERCEIRA TURMA	ROGERIO FAVRETO		Adm. Pública	Candidato(a)	"por maioria, vencida a Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, negar provimento à apelação". Resultado: candidato(a) reintegrado(a) às vagas reservadas.
3	5004228-86.2017.4.04.7113	30/6/2020	RS	TERCEIRA TURMA	ROGERIO FAVRETO		Ambos	Ambos	"por unanimidade, negar provimento às apelações do autor e do IFRS". Resultado: candidato(a) reintegrado(a) na ampla concorrência
4	5001090-48.2020.4.04.7100	26/8/2020	RS	QUARTA TURMA	CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR		Adm. Pública	Candidato(a)	"por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária". Resultado: candidato(a) reintegrado(a) na ampla concorrência.

5	5026185-76.2017.4.04.7200	1/9/2020	SC	TERCEIRA TURMA	ROGERIO FAVRETO	MARGA INGE BARTH TESSLER	Candidato (a)	Adm. Pública	"por maioria, vencido o relator, negar provimento à apelação, com ressalva de fundamento da Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA no tocante à possibilidade de controle jurisdicional dos atos da Comissão de Verificação da Autodeclaração". Resultado: candidato(a) excluído(a) do certame.
6	5012109-22.2018.4.04.7203	2/12/2020	PR	QUARTA TURMA	SERGIO RENATO TEJADA GARCIA	VIVIAN JOSETE PANTALEÃO O CAMINHA	Candidato (a)	Adm. Pública	"por maioria, vencidos o Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR e o Des. Federal ROGERIO FAVRETO, negar provimento à apelação". Resultado: candidato(a) seguiu no certame pela ampla concorrência.
7	5009935-65.2017.4.04.7200	27/1/2021	SC	QUARTA TURMA	GIOVANI BIGOLIN		Candidato (a)	Adm. Pública	"por unanimidade, negar provimento ao recurso". Resultado: candidato(a) seguiu no certame pela ampla concorrência.

Fonte: Elaboração própria.

Para traçar um quadro geral sobre o assunto, numeramos os acórdãos de 1 a 7 e indicamos informações comumente observadas nos estudos que trabalham com acórdãos. Ao observar informações mais gerais dos 7 processos, a amostra indica uma certa alteração do cenário, uma vez que nos quatro primeiros acórdãos a administração foi recorrente, tendo perdido (ainda que parcialmente) na primeira instância, e nos três últimos anos foi recorrida. Essa alteração parece reverberar também no primeiro grau, considerando que todas as decisões analisadas mantiveram a sentença.

Nos primeiros acórdãos observamos a alteração da decisão das comissões, de modo que tivemos a reincorporação dos candidatos ao concurso, ou pelas vagas reservadas ou pela ampla concorrência. Já nos últimos, vimos a tendência de confirmação da comissão, que detém a expertise do assunto, conforme será trabalhado a seguir.

Com exceção do julgamento nº 6, em que tivemos voto-vista proferido pelo Desembargador Cândido Leal Júnior, a Quarta Turma parece ter acompanhado por unanimidade essa alteração. A Terceira Turma, por outro lado, parece apresentar

maiores divergências internas, principalmente nos posicionamentos dos Desembargadores Rogério Favreto e Marga Tessler.

A partir dos destaques realizados das normas e dos julgados concernentes ao tema trabalhado, algumas questões se apresentam na análise dessas fontes. A primeira delas consiste em saber como o judiciário tem (i) identificado (ou não) a utilização da autodeclaração como ferramenta para fraudar a política racial, o que necessariamente ensejaria a exclusão do candidato do concurso público, por força do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 12.990/2014. O segundo ponto diz respeito ao alcance do controle exercido pelo judiciário em face das decisões proferidas pelas comissões, nas demandas consideradas legítimas por se darem dentro dos critérios gerais definidos pelos objetivos da lei de cotas.

Considerando as peculiaridades do julgamento nº 6 pela Quarta Turma, no qual participaram os Desembargadores divergentes da Terceira Turma acima apontados, o tomaremos como acórdão paradigma para observar o segundo ponto acima descrito.

4.1 A FRAUDE NA AUTODECLARAÇÃO

Como vimos na seção 3, os debates em torno das comissões de heteroidentificação se intensificaram em razão da ocorrência de fraudes, definindo o ambiente das discussões e as regras estabelecidas. Nessa seção buscaremos testar a primeira hipótese do trabalho, que consiste em saber como o judiciário tem (i) identificado (ou não) a utilização da autodeclaração como ferramenta para fraudar a política racial.

Desde o início das discussões até o momento, muitas noções sobre a política de cotas foram amadurecidas no debate público e institucional, o que pode ter levado à uma alteração (ou não) do perfil dos candidatos autodeclarados e dos elementos que informam a autodeclaração. O reconhecimento da necessidade da verificação da autodeclaração foi um desses movimentos de amadurecimento, que exemplificamos com o seguinte trecho retirado da amostra:

Criou-se, assim, o princípio legal da "autodeclaração", também chamada de "autoidentificação", tendo a jurisprudência, em princípio, emprestado-lhe caráter de presunção absoluta, com base em uma interpretação literal, tendo desta forma já decidido inclusive este Relator. Entretanto, a ocorrência de abusos no uso do instituto fez com que a jurisprudência passasse a considerar tal presunção apenas relativa, com apoio em uma

interpretação racional e teleológica, evitando, assim, que o instituto da autodeclaração se transformasse em escancarado instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o estatuto pretendia beneficiar (Acórdão 1, Inteiro Teor, p. 7).

Do mesmo jeito que a premissa da ocorrência de fraudes se deu de uma análise geral pelo MPF, movida por denúncias dos movimentos negros e de estudantes nas universidades, não estamos buscando explorar o elemento subjetivo da autodeclaração dos candidatos. A busca é por observar o reconhecimento pelo tribunal da fraude na autodeclaração, o que direciona à essa conclusão.

Naquele contexto, o apontamento das fraudes gerou defesas de candidatos e beneficiários de cotas raciais das mais diversas linhas. Defesa de origem familiar, de declarações pretéritas, de contexto social, cultural e outros extremamente criticáveis por envolverem estereótipos racistas. Dentro da defesa da origem familiar, muitas vezes os declarantes remetiam a parentes de segundo grau, como avós e avôs negros, o que já afasta o reconhecimento da negritude pelo candidato em familiares de grau imediatamente superior, o pai e a mãe, colocando em xeque a alegada autopercepção. Esse contexto determinou as escolhas de regulamentação das comissões, por exemplo, na determinação do fenótipo como critério único de avaliação.

Entretanto, ainda que seja inegável que há autodeclarações fraudulentas, de candidatos que apenas buscam obter vantagens indevidas, os estudos também mostram que o desacordo na autodeclaração existia também em contextos desinteressados, não sendo, portanto, a mesma coisa que fraude. O racismo brasileiro, que opera em gradações e envolve subjetividades (conforme trabalhado na seção 2), possui grande complexidade e, na medida que a política vai sendo executada, as comissões podem se deparar com novos desafios.

Observar esse diálogo de questionamentos e respostas, que ocorre entre os candidatos e a administração pública, é fundamental para o aprimoramento do procedimento de verificação da autodeclaração, ainda mais se for possível identificar uma alteração na argumentação de pelo menos um dos polos (o que a amostra indica ter acontecido). Nesse sentido, os acórdãos ora analisados consistem em mediadores que sintetizam e interpretam esse diálogo.

Para trabalhar a existência das fraudes na autodeclaração, partimos da diferença entre fraude e desacordo na autodeclaração trabalhada por Dias (2018):

Destaca-se por derradeiro, mas central, é que eventual indeferimento de postulação à condição de cotista não transforma inadvertidamente candidato/a em fraudador ou fraudadora. Há urgência em entendermos, em separarmos eventual desacordo na declaração de determinado candidato/a (algo subjetivo) com fraude na declaração (DIAS, 2018, p. 145).

Ressaltamos que independente da situação casuística, com ou sem fraude, a existência das comissões se justifica pelos objetivos da administração pública, conforme trabalhado nos pontos anteriores.

A alteração no quadro geral dos julgados, indica que as decisões das comissões têm sido validadas pelo TRF4. No acórdão nº 7, inclusive, a decisão foi validada pelo julgador apesar das comissões não terem sido previstas expressamente no edital de abertura do concurso. A fundamentação considerou que, além da alteração editalícia ter sido fruto de recomendação do Ministério Público Federal, havia previsão de eliminação no caso de declaração falsa prestada pelo candidato, o que já indicava a possibilidade de conferência da autodeclaração.

Assim, ainda que a alteração do edital tenha sido posterior ao período de inscrição, o instrumento foi claro ao prever que a inscrição do candidato implicará a concordância plena e integral com os termos deste Edital, seus anexos, eventuais alterações e legislação vigente (evento 1 - EDITAL 8, item 1.3). Ademais, mesmo que não previsse expressamente a averiguação da autodeclaração por comissão, já havia previsão de confirmação de veracidade da declaração, tanto que o item 7.13 dispôs que 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 (evento 1 - EDITAL 8, item 7.13) (Acórdão 7, Inteiro Teor, p. 10).

Outra informação que depreendemos da tabela de sistematização da amostra, é o fato de que apenas o candidato do acórdão 5 foi excluído do concurso público. Os demais se mantiveram ou pelas vagas reservadas ou pela ampla concorrência. Essa situação, a princípio, indicaria que os casos não se tratam de fraude na autodeclaração.

Em conformidade com o estabelecido no artigo 11 da Portaria Normativa SGP Nº 4 de 06/04/2018, ou no artigo 2º, §3º, da Orientação Normativa nº 3 de 01/08/2016, alguns dos editais excluíram os candidatos que não tiveram a autodeclaração confirmada. Na maioria dos casos da amostra o TRF4 considerou ilegais as exclusões, no modo como atualmente são realizadas:

Conforme os fundamentos já explicitados ao longo do voto, fica validada decisão administrativa da comissão de heteroidentificação do IFRS que rejeitou a autodeclaração de cotista do autor.

De outro lado, rejeita-se a exclusão sumária do certame prevista no edital, porque desproporcional a penalidade imposta ao candidato, e por isso mesmo ilegal (Acórdão 3, Inteiro Teor, p. 13);

No caso, a exclusão do candidato foi motivada pelo não atendimento ao disposto no edital do certame, segundo o qual o fenótipo apresentado pelo candidato seria considerado para concorrer às vagas destinadas as pessoas autodeclaradas pretas e pardas.

Entretanto, não é legítima a disposição do edital que determina a eliminação do candidato do concurso quando "*não forem enquadrados na condição de pessoa negra pela comissão de **heteroidentificação**, conforme previsto no art.2, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, e no art. 11 da Portaria Normativa nº4/2018, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé*" (item 2.4.10.10), equiparando a avaliação de "não cotista" pela comissão avaliadora à declaração falsa (Acórdão 4, Inteiro Teor, p. 7).

Nesses casos, a previsão nos editais de exclusão do candidato que não teve a autodeclaração confirmada, independentemente de boa-fé, foi considerada ilegal e desproporcional. No mesmo sentido se deu o posicionamento do MPF, presente nos pareceres emitidos nos casos analisados:

Ocorre que, como apontado pelo MPF no parecer do evento 34, a não homologação de autodeclaração étnico-racial não se confunde com fraude na declaração, visto que há alta carga de subjetividade em tal percepção quanto à autoimagem.

Assim, a exclusão da boa-fé prevista na Portaria nº 04, de 06/04/2018, do da Portaria nº 04, de 06 de abril de 2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, como hábil à validação da classificação na ampla concorrência, excede parâmetros de adequação, necessidade e proporcionalidade, conforme referido no parecer do evento 34: (...) (Acórdão 4, Inteiro Teor, p. 5);

Nos acórdãos trabalhados, o contexto brasileiro, a subjetividade na identificação racial e a dificuldade de estabelecimento de parâmetros precisos na definição dos pardos foram trazidos para fundamentar a impossibilidade de presumir fraude do simples desacordo na identificação racial realizada pelas comissões. No acórdão 3, no qual o relator confirmou o indeferimento da comissão, essa subjetividade - que demonstrou ser atrelada à ambiguidade da categoria parda - restou bastante explícita:

A grande subjetividade da autodeclaração, reafirmada num ambiente histórico e social multiétnico e de flexível pertença racial, torna irrazoável a sanção de eliminação no concurso público pela mera desconformidade da banca examinadora com a condição de cotista a partir da presunção de toda autodeclaração não confirmada como "falsidade".

[...]

Tal constatação se reforça no presente caso: a própria desconfirmação da condição de negro do autor o foi por entendimento majoritário da comissão,

tendo havido voto divergente consignando possuir ele característica de pessoa parda (evento 20, INF2, fls. 2) (Acórdão 3, p. 10)

A partir da leitura do fenótipo do candidato, o relator, que já havia identificado a candidata indeferida do acórdão 2 como negra, considerou que o recorrente não estava situado na zona cinzenta. Em ambos os julgados a sentença foi confirmada e o dever de fundamentação da administração foi abordado, entretanto o foram de formas diferentes:

Assim, considero ilegal a invalidação da autodeclaração da candidata pela FURG, cuja decisão apresenta motivação precária, o que inviabiliza a sindicabilidade do ato e contraria a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99, Art. 50, incisos III e V):

[...]

Por isso, diante da subjetividade implícita na rejeição da declaração pessoal pela Comissão Avaliadora e havendo dúvida quanto ao pertencimento do sujeito a determinado grupo "racial", filio-me ao entendimento da Suprema Corte no sentido de que deve prevalecer a presunção de veracidade da autodeclaração (Acórdão 2, Inteiro Teor, p. 7).

No acórdão 2, o relator considerou que a motivação precária inviabilizou a sindicabilidade do ato. Em razão da falta de evidência dos motivos específicos que levaram a eliminação da candidata que defendeu seu fenótipo, a resposta do julgador foi determinar a prevalência da autodeclaração prestada pela demandante, anulando a decisão da comissão de aferição por vício na motivação.

Situação oposta aconteceu no acórdão 3, em que a motivação precária não poderia ser utilizada para anular a avaliação feita pelas comissões, sob pena de se permitir o ingresso de pessoas brancas nas vagas destinadas às pessoas negras:

Nesse contexto, entendo que o rigor judicial em relação ao dever de fundamentação das decisões proferidas nos procedimentos administrativos das Comissões de Heteroidentificação não pode se sobrepor à realidade da situação analisada, sob pena de se cancelar que candidatos brancos continuem ocupando as vagas destinadas por lei aos candidatos negros (pretos ou pardos) (Acórdão 3, p. 6).

Da comparação das duas decisões, se nota que, ao discordar da avaliação realizada pela comissão, o relator observou os argumentos apresentados no indeferimento, concluindo que a decisão não permite a sindicabilidade do ato, em razão da motivação precária. Ao concordar com a leitura da comissão de aferição, ou discordar dos argumentos levantados pelo candidato, o relator considerou que o dever de fundamentação não pode se sobrepor ao objetivo das comissões, que é impedir candidatos de fenótipo branco ingressarem nas vagas reservadas.

Nesse sentido, a análise dos aspectos formais, no caso a motivação do ato administrativo, passou por uma leitura de fenótipo feita pelo julgador, realizada através da prova documental juntada, bem como através da narrativa do indeferido, compondo a dimensão discursiva da raça. Nesses casos, os aspectos formais foram avaliados considerando o objetivo imediato da política: garantir que pessoas brancas não acessem o serviço público pela política de cotas.

Além da subjetividade, os acórdãos apontaram a irrazoabilidade da exclusão, a necessidade de comprovar a má fé, bem como indícios de boa fé dos candidatos ao prestarem a autodeclaração. Todos os demandantes dos processos em análise se autodeclararam pardos e nenhum deles deixou de defender o fenótipo com a junção de fotos pessoais. Ao mesmo tempo, as manifestações das comissões, que foram citadas nos acórdãos, não trouxeram elementos além de afirmar o não enquadramento no fenótipo, de maneira genérica.

Portanto, não foi possível aferir se existem candidatos que se utilizaram das categorias abertas e dos princípios amplos para buscarem vantagem indevida, uma vez que nem a administração pública, em seus pareceres, nem o judiciário, nos casos abordados, buscam averiguar mais a fundo esse ponto.

Mesmo no caso do candidato excluído, no acórdão 5, a fraude não chegou a ser averiguada. O relator, que confirmou a sentença para determinar a reintegração do candidato pela ampla concorrência, argumentou que ante a ausência de indícios de fraude e de posição da administração, que não denunciou a atitude criminosa que é a falsidade ideológica, o candidato não poderia ser excluído do concurso:

Assim, de fato, havia previsão editalícia permitindo a eliminação do candidato como penalidade administrativa decorrente de autodeclaração falsa.

No entanto, cumpre destacar que a conduta de "inserir, em documento público, declaração falsa, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante", em tese, caracterizaria o crime de falsidade ideológica (CP, Art. 299).

Nesse sentido, não existe nos autos qualquer informação de que o IF -Santa Catarina tenha informado aos órgãos encarregados de persecução penal a suposta ocorrência do referido delito contra a Administração Pública.

Ademais, o parecer do próprio Ministério Público Federal - titular da ação penal pública (CF, Art. 129, I) - é no sentido de que não houve dolo fraudatório na conduta do candidato, que já havia prestado informação similar quando se inscreveu noutros concursos públicos (Acórdão 5, Inteiro Teor, pp. 5-6).

O voto vencedor, por sua vez, considerou que não há ilegalidade na previsão editalícia de eliminação de candidato que se autodeclara levemente, por considerar a seriedade e a responsabilidade da autodeclaração:

Não há ilegalidade editalícia ao prever a eliminação do concurso dos que se declararam levemente como pretos ou pardos. A autodeclaração é procedimento que deve ser sopesado com seriedade e responsabilidade pelo candidato, que sabia antecipadamente das consequências da sua eliminação. Não há afronta à Lei 12.990/2014, no Edital do Concurso ao estabelecer a eliminação do candidato que não tiver aprovada sua autodeclaração. O caso ao que parece, não está em "zona cinzenta", como alude o E. Relator, pois observando-se a sua Carteira de Identidade, e fotos do candidato, ele é indubitavelmente branco (Acórdão 5, Inteiro Teor, p. 8).

O questionamento que fica no ponto é de como discutir a má-fé, ou a leviandade, que caracteriza a fraude na autodeclaração de pertença racial. Provar a má-fé dos que se autodeclaram, para fins do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 12.990/2014, parece ser uma tarefa praticamente impossível, em razão dos diversos elementos que influem ou poderiam influir na percepção racial dos indivíduos. Entretanto, uma vez que existem critérios preestabelecidos, as provas e argumentos utilizados pelo candidato para embasar a autodeclaração prestada devem estar de acordo com esses requisitos.

Em outras palavras, para se defender o candidato deve se ater aos requisitos necessários para o preenchimento da vaga, apontando características fenotípicas próprias que marcam seu pertencimento ao grupo negro. Isso porque a política pública não se encerra nas identidades individuais e nem é encerrada por elas, sendo, inclusive, determinado pelos regulamentos que nas inscrições tenham espaços separados para declaração racial e para opção por concorrer na modalidade de cotas.

Nos casos em que se nota uma fabricação de provas, seja por meio de bronzeamento artificial ou declarações raciais recentemente prestadas em instituições, é importante que seja relatado pelos avaliadores nos respectivos processos administrativos, com o encaminhamento da denúncia de fraude aos órgãos respectivos, como pontuado pelo relator no acórdão 5. Destaca-se que a identificação e exclusão dos fraudadores, de modo que esses não integrem os quadros da administração, é de interesse público. A administração não pode ser conivente com práticas que atentam a moralidade administrativa.

Por fim, ressalto que a amostra se mostrou mais heterogênea do que o esperado, indicando consequências jurídicas distintas para o indeferimento da

autodeclaração nos editais, bem como requerimentos distintos das partes (com poucas variações) e divergências dentro das turmas.

Nesse sentido, não é possível estabelecer uma tendência do tribunal no tocante à possibilidade de eliminação do candidato no caso de indeferimento da comissão. Isso porque a aparente maioria que se formava no sentido de considerar essa exclusão ilegal, representada nos acórdãos 3 e 4 (Terceira e Quarta Turmas respectivamente), foi quebrada com a exclusão, que confirmou a sentença, no acórdão 5, mesmo sem a averiguação expressa de fraude. Nos acórdãos 6 e 7 essa variante não pôde ser observada, uma vez que a consequência para a não confirmação do edital já é o retorno do candidato para a ampla concorrência.

Até então, observamos uma tendência do TRF4 em referendar as decisões das comissões de heteroidentificação racial, apesar de posições minoritárias no sentido contrário, que questionam a ausência de fundamentação dos pareceres. Observamos também que não há o questionamento quanto a idoneidade das declarações prestadas, restando inconclusiva a posição do TRF4 sobre os indícios de fraude na autodeclaração. No próximo ponto, utilizaremos o acórdão 6 como paradigma, para observar mais detidamente como o TRF4 responde aos questionamentos de um candidato indeferido face à comissão de aferição racial.

4.2 COMO SÃO JULGADOS AQUELES QUE JULGAM AS RAÇAS?¹¹

Para observar o que o tribunal entende das comissões de heteroidentificação racial de maneira mais aprofundada, escolhemos um dos acórdãos da amostra (Acórdão 6) que questionou a comissão sob diferentes perspectivas. Além de defender expressamente os elementos que compunham seu fenótipo negro, o candidato questionou a inobservância das normativas reguladoras da comissão, bem como alegou violação do princípio da igualdade, em um movimento que identificamos como a alegação de violação ao princípio da autovinculação da administração, trabalhado na seção 3.2.1.

Nesse sentido, os questionamentos do demandante, na ação do acórdão 6, parecem envolver uma ampla gama de possibilidades de controle de juridicidade das comissões de heteroidentificação pelo judiciário. Em direta relação com os pontos

¹¹ Referência ao texto “O tribunal dos tribunais: onde se julgam aqueles que julgam raças” de José Carlos dos Anjos (2005).

trabalhados nos capítulos anteriores, seus pedidos são fundamentados tanto na defesa da interpretação equivocada do conceito jurídico indeterminado da figura do pardo quanto na possibilidade de controle dos atos discricionários por descumprirem as normas regulamentadoras.

Ressalvamos que um estudo baseado em acórdãos acessa um recorte das narrativas dos atores de um processo, realizado pelos julgadores. Nesse sentido, assim como no ponto anterior, o acesso aos fatos é mediado pelas interpretações e destaques do discurso das partes pelo Estado (COACCI, 2013). Com essa ressalva, descreveremos os elementos que compõem o quadro fático do caso trabalhado e, na sequência, abordaremos os argumentos e conclusões dos julgadores.

4.2.1 Do acórdão paradigmático

O cargo pleiteado pelo demandante foi o de analista judiciário, no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, localizado no Rio de Janeiro/RJ. O concurso público foi realizado em 2018, tendo sido o Edital de Abertura 1/2018 publicado antes da edição da Portaria Normativa SGP N° 4 de 06/04/2018. O regulamento observado pela administração pública, na instituição da comissão de aferição, foi a Orientação Normativa n° 3, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de agosto de 2016. De todo modo, a defesa da administração alegou que o procedimento respeitou ambas as normativas.

Apesar do concurso público ter ocorrido no Rio de Janeiro/RJ (Região Sudeste brasileira), o demandante é natural de Maringá/PR (Região Sul do Brasil) e ajuizou a ação no foro de seu domicílio por força do artigo 109, §2, da CRFB¹², considerando que a União compôs o polo passivo da demanda. Essa diferença regional é um ponto importante a ser considerado ao pensar sobre o desacordo de interpretações do fenótipo do candidato, como já havia sido levantado no julgamento da ADC 41/DF. É precisamente ao abordar as diferenças regionais, que o relator destacou que a escolha dos critérios de avaliação envolve poder discricionário da administração pública (BRASIL, 2017, ADC 41/DF, Inteiro Teor do Acórdão, p. 62).

¹² Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

[...].

Em seus argumentos, o demandante aponta que foi prejudicado em sua avaliação, em razão da ausência do cumprimento dos critérios de diversidade da banca, exigidos pelas normas regulamentadoras. Alegou que a avaliação coletiva deixou em desvantagens os candidatos que possuíam a combinação “pardo-pardo”, em relação aos “pardos-pretos” e aos “pretos-pretos”. Por fim, argumentou que houve avaliações diferenciadas entre os candidatos pardos, considerando a comparação entre o demandante e outros candidatos que tiveram a autodeclaração validada (de fenótipo semelhante ou até mesmo menos marcado).

Como prova, foram juntadas fotos do demandante em diversas fases da vida, sozinho e acompanhado de outras pessoas, incluindo as fotos do dia da aferição racial pela banca. O demandante juntou também laudo médico assinado por dermatologista, em que constou que o mesmo “pertence ao tipo IV (pele morena moderada) da classificação de Fitzpatrick¹³” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 2).

Nos argumentos jurídicos, atinentes ao direito administrativo, o demandante alegou o descumprimento das normas regulamentadoras, a falta de critérios objetivos, a formulação de resposta padrão às suas alegações e a violação ao princípio da igualdade entre os candidatos pardos. Por fim ressalta que “é possível o controle de legalidade e legitimidade dos atos discricionários tomados pela Administração Pública” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 2).

No mérito, o demandante pediu reintegração no quadro dos cotistas e subsidiariamente requereu nova avaliação fenotípica pela banca examinadora:

(b) ao final, seja JULGADO TOTALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, paraque seja invalidado o ato administrativo que não considerou o autor cotista eque as requeridas cumpram a obrigação de colocá-lo nas vagas reservadas aos negros no cargos de analista judiciário – área judiciária para provimentode cargos do quadro permanente de pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região);

(c) subsidiariamente, caso não sejam deferidos os pedidos acima, que a banca examinadora seja obrigada a realizar nova avaliação fenotípica do autor (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 2).

O Instituto AOCP, um dos demandados, informou que a comissão “foi composta por 18 pessoas, com diversidade de gênero e cor, experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, bem como por banca recursal, formada por 3 membros distintos” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 4). Os

¹³ (Thomas B. Fitzpatrick classificou a pele em fototipos de um a seis, a partir da capacidade de cada pessoa em se bronzear, assim como, sensibilidade e vermelhidão quando exposta ao sol), o que caracteriza a tonalidade de cor parda” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 2).

dezoito membros foram divididos em grupos de três pessoas para as avaliações de grupos de candidatos.

A argumentação da parte demandada foi no sentido de afirmar que a avaliação do fenótipo “não é feita de maneira subjetiva, sendo que a Banca se vale da análise de traços característicos como: cabelo, nariz, espessura dos lábios, formato de olhos e orelhas, forma de crescimento dos fios de cabelo e barba, tonalidade da pele nos braços e pernas” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 3), tendo sido decidido de forma unânime o caso do demandante. Tais circunstâncias, somada ao fato da banca ser formada por pessoas especializadas - das áreas das ciências sociais, evidenciariam a total legalidade do procedimento.

No tocante à defesa do resultado da heteroidentificação racial realizada, a administração destacou que, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, “não se admite a incursão pelo Judiciário, nos critérios de avaliação e correção das provas utilizados pelas bancas examinadoras dos concursos, sob pena de adentrar no mérito administrativo” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 3). No ponto, fez menção ao Tema 485/STF¹⁴, sobre o controle jurisdicional do ato administrativo.

A avaliação do fenótipo, bem como a possível exclusão do candidato da lista direcionada às vagas reservadas, se deu com base no ponto 3.6.2 do edital. O dispositivo previu o deslocamento para a ampla concorrência como consequência de declaração falsa prestada pelo candidato, sem prejuízo de outras medidas. Ainda, previu que caso o candidato tenha sido admitido, a posse fica sujeita à anulação:

6.3.2 Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato deixará de concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros e, se houver sido admitido, ficará sujeito à anulação da sua posse ao cargo público na reserva de vagas, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções administrativas, cíveis e penais, cabíveis (Edital de Abertura nº 01/2018 – TRT 1ª REGIÃO - RJ, p.7).

Ainda que não tenha sido matéria de discussão nos autos, tal previsão confronta diretamente a determinação legal do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 12.990/2014, que determina tacitamente a exclusão do candidato do certame, no caso de fraude na autodeclaração. Também a possibilidade de anulação da posse,

¹⁴ Tema 485 - Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público: Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

sem maiores considerações, traz insegurança jurídica quanto aos limites dessa previsão¹⁵.

O edital determinou ainda que a decisão da banca deveria ser unânime para que fosse rejeitada a autodeclaração de algum candidato (ponto 6.9 do edital). Tal determinação, que em tese seria um fator garantidor da redução das injustiças, pode também provocar o efeito contrário, resultando em um acordo entre os avaliadores quanto à unanimidade, sem que talvez reflita eventual posição minoritária da banca¹⁶.

O parecer emitido pela banca de aferição foi assinado por três avaliadoras, todas mulheres negras segundo as alegações (não contestadas) do autor, e fundamentado nos termos a seguir transcritos (*in verbis*). A decisão unânime foi pelo não enquadramento do candidato nos requisitos necessários para a ocupação das vagas reservadas: “Não apresenta fenótipos negros tais como o cabelo, cor da pele, nariz, dentre outros” (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 3).

Em razão do indeferimento, o candidato apresentou recurso, no qual abordou aspectos do próprio fenótipo, citando a cor da sua pele, a grossura dos lábios e o cabelo:

O candidato se insurgiu contra tal fundamentação, argumentando o seguinte (1-REC10, página 1):

(...)

No entanto, peço que as senhoras consultem as minhas fotos tiradas no dia 29/07/2018, para que nelas, constatem que minha cor de pele é parda, tenho lábios grossos (característicos de pessoas negras), tenho cabelo cacheado (característico de pessoas negras), dentre outros aspectos fenotípicos de pessoas pardas e/ou negras. (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 20)

Em resposta ao recurso, a administração reiterou o critério fenótipo, rejeitou alegações de ancestralidade, abordou o currículo dos avaliadores e manteve o indeferimento. Como se nota, a resposta da administração foi genérica, deixando de enfrentar os argumentos do autor sobre o próprio fenótipo:

RESPOSTA AO RECURSO:O(a) candidato(a) interpôs recurso e pleiteia a revisão do seu não enquadramento para concorrer as vagas reservadas aos

¹⁵ A administração poderia rever eventual validação da autodeclaração em momento posterior? Caso não seja feita a verificação antes da posse, os cotistas poderiam ficar na iminência de serem convocados para apresentarem-se à uma banca de aferição, com risco de serem indeferidos? Por quanto tempo?

¹⁶ Buscamos os autos integrais do processo, e nos documentos autuados haviam várias avaliações de candidatos, onde TODAS foram unânimes. Nesse sentido, fica o questionamento sobre a eficácia na redução de injustiças de previsão editalícia que exige unanimidade na decisão da banca.

candidatos pretos ou pardos, conforme disposição da Lei Federal nº 12.990/2014. O(a) candidato(a) apresentou-se para a Aferição da Veracidade da Autodeclaração como Pessoa preta ou parda e, embora tenha se autodeclarado como preto(a) ou pardo(a), deixou de atender ao requisito habilitante de identificação de traços/aspectos fenotípicos, critério/aspecto considerado para se concorrer à vaga reserva para pessoa preta ou parda, conforme registrado no subitem 6.8 do Edital de Abertura nº 01/2018 – TRT 1ª Região, em conformidade com os termos da Lei Federal nº 12.990/2014 e Orientação Normativa nº 3 de 1º de agosto de 2016. Dessa forma, a análise da Comissão Avaliadora do Recurso, além da autodeclaração como pessoa preta ou parda do(a) candidato(a), baseou-se na preservação dos traços fenotípicos. Alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que o(a) candidato(a) possa figurar nas vagas reservadas à pessoa preta ou parda. Assim, ao analisar os argumentos que constaram no recurso do(a) candidato(a), bem como reavaliar os traços fenotípicos do(a) candidato(a), em votação unânime, a Comissão Avaliadora, composta por 03 estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado e Mestrado em Ciências Sociais, Doutorado em Educação, e participantes do Movimento Negro, manteve a decisão no sentido de que o(a) candidato(a) não apresenta traços fenotípicos que ensejem o seu enquadramento para concorrer as vagas reservadas aos candidatos pretos ou pardos, conforme dispõe a Lei Federal nº 12.990/2014 e Orientação Normativa nº 3 de 1º de agosto de 2016. Ante o exposto, INDEFERE-SE o recurso, mantendo-se a sua exclusão das vagas reservadas aos candidatos pretos ou pardos. O(a) candidato(a) poderá ser mantido(a) no presente concurso público, concorrendo as vagas da ampla concorrência, desde que tenha obtido a pontuação mínima e demais critérios exigidos no Edital de Abertura nº 01/2018 – TRT 1ª Região. Atenciosamente, Instituto AOCF. (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 26, grifos nossos).

Desse modo, consideramos legítimos os questionamentos feitos pelo candidato em face da comissão de aferição no caso em análise, uma vez que as indagações realizadas se deram, em grande medida, dentro dos requisitos de legalidade previstos. Cumpre agora observar em que medida o judiciário, na figura do TRF4, interferiu (ou não) no funcionamento e na decisão da comissão de aferição.

4.2.2 Do julgamento

No julgamento, de competência da 4ª Turma, prevaleceu por dois votos a um o voto do relator, realizado pelo Juiz Federal Convocado Sérgio Garcia. No caso, a apelação do demandante foi julgada improcedente, tendo sido reproduzida grande parte da sentença de primeiro grau. Na Quarta Turma, o Desembargador Federal Ricardo Pereira acompanhou o relator e o Desembargador Federal Cândido Leal Júnior divergiu da decisão, para dar provimento ao apelo.

Em razão desse resultado, o caso foi julgado pela turma estendida, juntamente com os Desembargadores da Terceira Turma Rogério Favreto e Marga

Tessler. Esta acompanhou o voto do relator e aquele acompanhou o voto-vista. Destaca-se o fato de todos os julgadores serem brancos e majoritariamente homens.

Do acórdão destacaremos cinco pontos, sempre iniciando com as ideias compartilhadas entre todos os julgadores, para depois apontar as divergências expressadas na decisão. Apontamos ainda que o voto vencedor, proferido pelo relator, reproduziu, quase que integralmente, a decisão proferida no primeiro grau.

Em primeiro lugar, todos reconheceram a legitimidade da comissão de heteroidentificação racial e a necessidade de se verificar a autodeclaração prestada pelo candidato. Foi destacado pelos julgadores a devida previsão da comissão em edital e o fenótipo como critério único, nos termos dos julgados realizados no STF, bem como o fato de que a leitura do fenótipo deve ser feita no conjunto das características.

Segundo, os julgadores reconheceram o fundo subjetivo da leitura racial, uma vez que ela se dá pela análise de aparências (Acórdão 6, Inteiro Teor, pp. 12, 13 e 25). A tecnicidade das comissões (que será abordada logo mais) não exclui esse fundo de subjetividade inerente à leitura racial, mas contribui para sua redução por se tratar de decisão colegiada. Para o julgado:

(...) o risco de arbitrariedade, erros de percepção e subjetividade na avaliação visual do candidato é - em tese - minimizado não só pela atuação de um colegiado na aferição de suas características fenotípicas e da visão social sobre o seu pertencimento ou não ao grupo étnico-racial por ele indicado, como também pela possibilidade de interposição de recurso administrativo (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 13)

Terceiro, o juiz de primeiro grau, quando ocorreu a audiência, e os julgadores da Quarta Turma, quando o demandante fez a própria sustentação oral, tiveram contato com o demandante. Ainda que de forma breve, a sentença e os três votos (voto, voto-vista e o voto complementar da Des. Marga Tessler) fizeram considerações sobre o fenótipo do autor. Abaixo citamos os trechos do voto, voto-vista e voto complementar, nesta ordem, que expressam a leitura do fenótipo dos magistrados:

Ademais, tive contato com o autor durante a audiência de ev. 39 e não me restou clara essa patente ilegalidade em sua desclassificação como candidato pardo/negro. Impressão pessoal, juízo subjetivo, parece-me estar o autor em uma zona de penumbra. Essa impressão, contudo, não autorizaria, conforme fundamentos acima, uma intervenção excepcional do Judiciário no critério de classificação utilizado pela banca examinadora (Acórdão 6, Inteiro Teor, pp. 12 e 14, grifo nosso).

Quinto, verifico que, no caso concreto, existem elementos que apontavam para uma possibilidade de o candidato ser considerado cotista, como as fotos apresentadas pelo candidato, a declaração de médica dermatologista afirmando que o candidato possui pele do tipo IV (1-LAUDO19), bem como a ausência de maiores esclarecimentos, por parte dos réus, das razões pelas quais outros candidatos, cujas fotos foram trazidas aos autos pelo próprio réu (17-FOTO6) e que aparentam possuir cor de pele igual ou mais clara que a do autor, conforme afirmado pela própria sentença, foram aprovados na condição de cotista e o autor não foi. Cito o trecho pertinente da sentença: (...) (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 21, grifo nosso).

Por oportuno, deixo aqui registrada a foto do autor/apelante a demonstrar que efetivamente, até a vista do olhar leigo desta magistrada, o apelante não tem fenótipo pardo ou negro e nem pode dizer que está em zona cinzenta (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 28, grifo nosso).

Quarto, ainda que tenham havido votos registrando posições opostas, foi atribuída, de maneira unânime, tecnicidade à leitura racial realizada pelas comissões. Nesse sentido, o TRF4 reconheceu¹⁷ competência técnica às comissões de heteroidentificação, em sua tarefa de enquadrar candidatos em categorias raciais. Esse movimento transforma a figura dos avaliadores, nomeados para fazer a análise em um determinado concurso (com mandatos curtos como determinado pelo regulamento), em especialistas na classificação racial, inclusive para fins judiciais.

Entretanto, o voto-vista demarcou que, apesar de consistir em uma análise técnica, faltou maiores explicações sobre a leitura do fenótipo do demandante em relação aos demais concorrentes:

Por certo que, conforme afirmado pelo juízo de origem, um exame de tal natureza deve ser realizado segundo critérios técnicos. Entretanto, na ausência de maiores esclarecimentos sobre as razões que diferenciariam o autor dos demais candidatos que tiveram a autodeclaração homologada, cujas avaliações foram juntadas aos autos pelo próprio réu, bem como diante das demais provas produzidas nos autos e que, aparentemente, também haviam sido apresentadas na esfera administrativa (1-REC10), entendo que não há como manter o ato administrativo que excluiu o autor da condição de cotista no concurso público (Acórdão 6, Inteiro Teor, p. 21).

O que se nota do voto-vista, é que o julgador realizou uma leitura racial do candidato (inclusive de maneira comparativa com os demais candidatos aprovados), o situou na zona cinzenta - onde se teria a dúvida razoável, e daí buscou na conclusão técnica da comissão as razões para o indeferimento. A ausência de justificativas mais específicas ao caso, somada aos elementos que o fizeram se manifestar no sentido da existência de “uma possibilidade de o candidato ser

¹⁷ Acredito que essa afirmação pode ser realizada de maneira mais ampla, a partir das minhas buscas livres e dos acórdãos que foram colacionados nos julgados analisados. Entretanto, em razão da minha opção metodológica por analisar uma amostra pequena de acórdãos, que me impede de fazer tal afirmação no corpo do texto e ao mesmo tempo cumprir com o rigor científico, me limito a lançar tal provocação na presente nota de rodapé.

considerado cotista”, foi um dos argumentos para que o julgador votasse por modificar a decisão técnica da comissão.

Ainda no voto-vista, o julgador destacou como argumento, o fato das comissões não terem respeitado a Orientação Normativa nº 3, de 01/08/2016, no tocante à necessidade da diversidade étnica e de gênero na composição da banca, mesmo com previsão editalícia nesse sentido. Para ele, o fato do grande grupo de 18 pessoas respeitar a diversidade de raça e de gênero não supre a necessidade de ter a diversidade no grupo de pessoas que efetivamente avaliaram o demandante.

Sobre a questão da diversidade na composição da banca, o juízo de primeiro grau e o relator se posicionaram de forma contraditória. Inicialmente, a colocação foi no sentido de não haver provas suficientes comprovando o desrespeito à pluralidade exigida. No parágrafo seguinte, destacam que a avaliação ter sido feita por três mulheres negras não viola o regulamento, considerando a heterogeneidade no conjunto da banca. E, por fim, afirma que ainda que a banca examinadora tivesse a presença de homens não haveria garantia de um resultado diferente:

No caso, o autor não logrou comprovar que a banca examinadora, de fato, não respeita essa pluralidade [gênero e cor].

O fato de sua avaliação individual ter sido feita por três mulheres (Evento 17,FICHIND4), negras ou pardas, não representa violação à heterogeneidade, que foi assegurada quando tomado o conjunto da banca examinadora, composta por várias outras pessoas, que se dividiram em grupos para examinar os candidatos (que eram muitos). A aleatoriedade na escolha desses grupos, compostos por apenas três pessoas, admite a composição por pessoas de um mesmo gênero e/ou cor da pele.

Ademais, não há qualquer garantia que uma banca contando com um, dois ou três integrante do sexo masculino, de cores negra ou parda, fosse tomar decisão diferente. As alegações nesse sentido traduzem muito mais uma opinião do autor do que uma evidência de irregularidade na avaliação efetivamente realizada (Acórdão 6, Inteiro Teor, p.10).

Da leitura do trecho, extraímos a quinta observação da decisão: parece que estamos diante de um regramento que não tem muito evidenciada a sua função para o tribunal em análise, sendo colocado apenas como mera formalidade. Em um ponto de vista, a diversidade precisa estar presente em todos os grupos de avaliadores, na outra posição parece que a diversidade no grande grupo é suficiente para garantir a legitimidade do processo de verificação, sem que haja uma tentativa de compreender os objetivos da exigência.

Essa leitura se torna mais evidente quando a posição vencedora destaca a ausência da garantia de um resultado diferente, caso as condições fossem

diferentes, traduzindo a exigência de diversidade da norma em uma opinião do demandante, como evidenciado no terceiro parágrafo da citação acima

Já Desembargadora Marga Tessler vai além, transforma o questionamento do demandante quanto ao cumprimento da norma em uma visão racista e sexista, uma vez que a banca só possuía mulheres negras:

Também não pode ficar sem consideração a alegativa de que a Banca de Verificação seria composta por "mulheres negras", e assim desacreditar a avaliação das especialistas. É inaceitável tal alegativa que além de preconceituosa em relação ao gênero feminino, oferece notável exemplo de visão racista e sexista (Acórdão 6, Inteiro Teor, p.29).

Esse último ponto dialoga com o apontamento anterior (ponto quarto), pois o desconhecimento dos estudos sobre as relações raciais, que serviram de base para a produção das normas faz com que os especialistas, como colocado no trecho acima destacado, se tornem a autoridade máxima, ditando a forma de aplicabilidade das normas, sem possibilidade de que se ocorra a sindicabilidade. Essa situação, em que a conclusão de laudos técnicos dos peritos determina as decisões judiciais, não é nova e já foi apontada como um problema em diversas discussões, tendo o Código de Processo Civil de 2015 dedicado uma seção inteira (artigos 156, 157 e 158) para tratar do assunto.

Além disso, ainda que não se discuta sobre o núcleo que compõe o poder discricionário da administração, este não está isento da sindicabilidade pelo judiciário, conforme foi trabalhado no ponto 3.2.1.

O desafio no julgamento das bancas de heteroidentificação racial pelo judiciário parece encontrar diversos problemas, embora a amostra analisada tenha confirmado a necessidade dessa avaliação. No caso ora trabalhado, por exemplo, a profundidade da questão é evidenciada na medida que de um lado houve descumprimento da norma pela comissão, de outro, a ausência de diversidade da banca na análise do fenótipo tampouco seria resolvida com uma análise realizada pelo tribunal, onde todos os julgadores são brancos e em sua maioria homens.

Ainda, quaisquer que sejam os limites normativos colocados para as comissões, os problemas devem ser resolvidos de modo que a forma não se torne um obstáculo aos objetivos (mediatos e imediatos) das comissões de aferição. Ao mesmo tempo, as regras e a forma foram pensadas e planejadas para garantir o interesse da política de reserva de vagas, sendo necessário maiores debates para uma maior compreensão dessas normas.

Por fim, esse assunto escancara a necessidade de conversar sobre as questões raciais brasileiras, de modo a criar um entendimento cada vez mais compartilhado do assunto. Essa conversa deve necessariamente envolver o judiciário, o poder público e a sociedade como um todo.

Em suma, podemos concluir da análise do acórdão paradigmático que não há dúvidas quanto à necessidade e a legitimidade das comissões de heteroidentificação racial, que trabalham para reduzir a subjetividade inerente à atividade. Entretanto, as normas que guiam o procedimento não podem ser ignoradas sob pena de não serem concretizados os objetivos das próprias comissões. A diversidade da banca examinadora e a possibilidade do candidato indeferido interpor recurso, conforme colocado pelo voto vencedor, cumprem um papel importante no amadurecimento da política.

Sobre a redução das arbitrariedades através da possibilidade de interposição de recurso, é necessário observar se nesse procedimento administrativo estão sendo tomados os cuidados necessários, como por exemplo uma resposta da administração que efetivamente leve em consideração as alegações feitas pelos candidatos. A importância de se garantir efetividade aos princípios constitucionais processuais, já no âmbito da administração pública, é essencial em um Estado Democrático de Direito (ROCHA, 1997). Essa afirmativa é ainda mais importante nos casos que envolvem discricionariedade da administração pública, quando atribuída tecnicidade à decisão.

Nesse sentido, e conforme foi trabalhado anteriormente, as comissões buscam a garantia dos princípios da igualdade, transparência e impessoalidade e, para isso, necessitam responder os questionamentos diretos realizados pelos candidatos, dentro dos parâmetros legais do fenótipo. Sem a devida resposta, a sindicabilidade fica comprometida, como parece ter sido a situação ora trabalhada.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscamos contribuir para o debate atinente à juridicidade das comissões de heteroidentificação, formadas para verificar a autodeclaração prestada por candidatos em concursos públicos federais brasileiros. A temática que suscitou diversos debates e diferentes posicionamentos do poder judiciário, possui hoje contornos mais definidos, embora ainda seja alvo de questionamentos.

A partir da constatação de que o judiciário segue sendo acessado por candidatos indeferidos, buscamos realizar uma pesquisa com acórdãos, na linha exploratória do estudo de caso. A análise levou em consideração o contexto social e histórico do país, para pensar as razões e os termos do debate proposto pelos indeferidos das comissões de aferição. Ainda, procuramos situar o instituto no âmbito do direito administrativo, definindo os termos do controle de juridicidade exercido pelo poder judiciário na política pública.

No caso, a manifestação do STF indicou que (i) a comissão tem poder discricionário na definição dos critérios que guiarão a heteroidentificação, definindo, a princípio, a ideia do que será a zona cinzenta de negro e (ii) a zona cinzenta gera competência vinculada da administração, que consiste na admissão do candidato nas vagas reservadas. No caso paradigmático analisado neste trabalho pudemos observar que, ainda que o juízo pessoal dos julgadores coloque o candidato na zona cinzenta, a posição majoritária entende que não deve ser alterada a conclusão da banca, por ser composta por especialistas.

A amostra estudada revelou que os candidatos que questionam os resultados das comissões são os autodeclarados pardos, o que confirma os resultados das pesquisas realizadas sobre os levantamentos de dados do IBGE, no tocante à ambiguidade da categoria parda, principalmente na fronteira com a categoria branca. Evidenciou ainda a subjetividade que envolve a atribuição de pertença racial, não apenas pela fundamentação trazida nos acórdãos, como também pelos divergentes pontos de vista apresentados perante um mesmo caso.

Ainda, o desconhecimento dos julgadores nos estudos do âmbito das relações raciais, que tiveram grande influência na produção das normas reguladoras das comissões de heteroidentificação, faz com que os avaliadores nas comissões

apliquem as normas sem possibilidade de que ocorra a sindicabilidade. Também, considerando que alguns avaliadores são da área das Ciências Sociais, pode ser que exista um desconhecimento sobre as regras jurídicas.

Sobre a primeira hipótese do trabalho, que buscou verificar se autodeclaração segue sendo utilizada de maneira fraudulenta, não foi possível extrair maiores conclusões, uma vez que nem a administração pública, em seus pareceres, nem o judiciário, nos casos abordados, buscaram averiguar mais a fundo esse ponto. De todo modo pudemos observar uma tendência no tribunal de afastar a presunção de fraude na autodeclaração de pertença racial. Ainda, foi destacada a seriedade e a responsabilidade que acompanha a autodeclaração, o que evidencia o amadurecimento na percepção dessas demandas.

Em relação ao segundo objetivo, de aferir o alcance do controle exercido pelo judiciário em face das decisões proferidas pelas comissões, a amostra nos evidenciou que, inicialmente, o controle de sindicabilidade se dava no âmbito dos aspectos formais, a partir de uma análise do juízo sobre a situação do candidato em relação à categoria parda. Já os julgamentos mais recentes consideraram intocáveis o resultado da avaliação administrativa. Esse movimento é bastante recorrente em ações que envolvem a manifestação de peritos, sendo que podemos estar diante de uma simplificação das noções de poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados.

De todo modo, ainda que seja possível identificar a lógica dos julgadores sobre a matéria, é importante apontar que a escolha por analisar mais detidamente uma amostra pequena dificulta a generalização dos resultados, o que deve ser feito com cautelas e observações.

No caso, estamos tratando de uma política recente, que vai no sentido contrário da prática tradicionalmente racista, que naturaliza a desigualdade e defende a meritocracia como regra da ascensão social. O Estado brasileiro que indenizou apenas os “proprietários” por “perderem seus escravos”, incentivou a imigração branca (concedendo terras, ferramentas e promovendo políticas de incentivo de produção e melhoramento) e criminalizou a cultura e o povo negro, agora encontra desafios na tentativa de redução do racismo e seus efeitos.

A experiência mostrou a necessidade das comissões na efetivação da política de reserva de vagas. A amostra confirmou essa necessidade, apontando ainda elementos que nos permitem vislumbrar caminhos de aprimoramento da discussão.

Essa discussão deve envolver não apenas os executores da política pública, como também toda a sociedade. Como apontou José Carlos dos Anjos (2005, p. 233), a desracialização só começa depois que realçamos o fato da racialização.

Como sugestão ao trabalho realizado pelas comissões, sugerimos que sejam respondidos os recursos de maneira mais individualizada e fundamentada possível, que seja apontado nos pareceres eventuais indícios de fraude, com o consequente encaminhamento ao MP para averiguação, e que sejam considerados todos os requisitos presentes nas normas regulamentadoras da comissão, quanto a composição da banca avaliadora. Essas medidas vão no sentido de fazer com que sejam observados os princípios da administração pública, da igualdade, transparência e impessoalidade, e de garantir a devida resposta administrativa que permita de fato a sindicabilidade do ato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 21.7.2010.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 10.6.2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão de Pessoas. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF. Recorrente: Democratas - DEM. Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimados: Presidente da República; Advogado-Geral da União; Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso, 8 de junho de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

ONU. Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. 2001. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001> Acesso em: 30 abr. 2018.

SENKEVICS, Adriano. Laboratório de Demografia e Estudos Populacionais. 20 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/ladem/2015/11/20/a-cor-e-a-raca-nos-censos-demograficos-nacionais-por-adriano-senkevics/#:~:text=O%20Brasil%20seguiu%20na%20mesma,os%20ind%C3%ADgenas%20e%20seus%20descendentes.>>>. Acesso em: 3 Apr. 2021.

ALMEIDA, Lúcio A. M. **Direito constitucional às cotas raciais: A contribuição de Joaquim Nabuco**. 2. ed. Porto Alegre: Buqui, 2019, 127 p.

CAMPOS, Luiz Augusto (2013). "O pardo como dilema político". Insight Inteligência, n. 62, p. 80-91.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011. 190 p.

COACCI, T. A. 2013. "A Pesquisa com Acórdãos nas Ciências Sociais: Algumas Reflexões Metodológicas". *Mediações - Revista de Ciências Sociais*. Dez. 2013. Vol. 18, n. 2, p. 86.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo*, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, J. Valor jurídico da portaria. **Revista de Direito Administrativo**, v. 117, p. 447-459, 21 nov. 1974.

DIAS, Gleidson Renato M. Considerações à Portaria Normativa nº 4 de 6 abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. In: Gleidson Renato Martins Dias e Paulo Roberto Faber Tavares Junior (Orgs.). **Heteroidentificação e Cotas Raciais: Dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 141-175. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1E3ouqU93TopsATwHWhdfd6VkDgwCPCxn/view>>. Acesso em: 4 May 2021.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. 12. ed. DF: Universidade de Brasília, 1963.

GUIMARAES, Antonio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com "raça" em sociologia. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-107, June 2003. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022003000100008&Ing=en&nrm=iso>. access on 01 Oct. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1517-97022003000100008>.

GUIMARAES, Antonio Sérgio Alfredo. Entre o medo de fraudes e o fantasma das raças. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, v. 11, n. 23, p. 215-217, June 2005. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832005000100012&Ing=en&nrm=iso>. access on 09 Oct. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832005000100012>.

VAZ, Livia Maria S. S. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. In: Gleidson Renato Martins Dias e Paulo Roberto Faber Tavares Junior (Orgs.). **Heteroidentificação e Cotas Raciais: Dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 32-79. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1E3ouqU93TopsATwHWhdfd6VkDgwCPCxn/view>>. Acesso em: 4 May 2021.

LÉVI-STRAUSS, Claude. "Raça e História". *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 328-366.

MAFFINI, Rafael. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, B. (Org.). **Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi**. Porto Alegre: Escola Corporativa Danti Rossi, 2019. p. 101-115.

MAFFINI, Rafael. Princípios do Direito Administrativo. In: MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2016. p. 31-61.

MELLO, Luciana G.. O mito da democracia racial e a relação entre raça e política no Brasil: reflexões a partir de Carlos Hasenbalg. *Argumentos - Revista do Departamento de Ciências Sociais da Unimontes*, v. 15, p. 2527-2551, 2018.

MAIO, Marcos Chor e SANTOS, Ricardo Ventura (2005). "Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB)". *Horizontes Antropológicos*, vol. 11, n. 23, pp. 181-214.

MUNANGA, Kabengele. Uma Abordagem Conceitual das Noções de Raça, Racismo, Identidade e Etnia. In: **Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira** [S.l: s.n.], 2004.

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 soc.*, São Paulo , v. 19, n. 1, p. 287-308, June 2007 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000100015&Ing=en&nrm=iso>. access on 08 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000100015>.

PASQUALINI, Alexandre. Ato administrativo: conceito e elementos. In: Leonel Pires Ohlweiler, Juliano Heinen, Rafael Ramos. **Fundamentos do direito administrativo contemporâneo**. Porto Alegre: Sapiens, 2017. p. 128-181.

Rios, F., Gato, M., & Sotero, E. (2016). Classe, cor, raça e racialização na agenda das ciências sociais-Entrevista com Antonio Sérgio Alfredo Guimarães. *Plural* (São Paulo. Online), 23(1), 75-95.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997.

ROZAS, Luiza Barros. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Fontes. Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro , v. 18, n. 1, p. 225-242, Mar. 2011 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702011000100013&Ing=en&nrm=iso>. access on 28 Feb. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702011000100013>.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças - cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. 336 p.