



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**ARIOSVALDO OLIVEIRA NETO**

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

SÃO CRISTÓVÃO

2023

ARIOSVALDO OLIVEIRA NETO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado.

SÃO CRISTÓVÃO

2023

[Folha destinada à inserção da ficha catalográfica.

Gere a ficha catalográfica

ARIOSVALDO OLIVEIRA NETO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Este trabalho foi aprovado em: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado – UFS  
Orientador

---

Prof.<sup>a</sup> Dr. Eduardo Lima de Matos – UFS  
Examinador

---

Prof.<sup>a</sup> Dr. José Lima Santana – UFS  
Examinador

## AGRADECIMENTOS

*Soli Deo Gloria.* esta expressão significa: “as glórias somente a Deus”. Este trabalho coroa minha caminhada nesta instituição, sendo o clímax de tudo. Quero agradecer especialmente ao professor Carlos Augusto Alcântara Machado. Fui seu aluno em 2019, de fato correspondeu positivamente ao que me recomendaram os colegas, o professor que sabe a Constituição de trás para frente e de frente para trás. Como orientador, foi exatamente da mesma forma: metucioso, atencioso, pronto para responder e incansável em corrigir meus erros de digitação, sintaxe, coesão e fazendo sempre sugestões de aperfeiçoamento da redação final do texto. Exemplo de profissionalismo acadêmico inegável, não falo isto bajulação, mas por constatação - honestamente, não faço ideia de onde tirar tanta energia! Foi uma honra ser orientando desse profissional ímpar para o ensino jurídico de Sergipe! Muito obrigado!

Foram 5 anos de muitos desafios - 2018 a 2023 e aprender uma profissão leva tempo e requer muita dedicação e constantes renúncias: Da minha aprovação, enquanto estudante do Colégio Atheneu Sergipense, foram anos de laborioso estudo, muito suor e lágrimas. Mas foram aqueles anos um dos períodos mais maravilhosos e inesquecíveis de minha vida. Com o apoio de minha mãe e seu amor, demonstrado não como muito toque ou afeto em demasia, mas com serviço contínuo, pude chegar até aqui, o mesmo posso dizer de meu pai: o homem do trabalho, que sempre se dedicou diuturnamente a prover todo o necessário a sua família. Minha mãe que veio de Propriá para Aracaju tentar a sorte aos 14 anos, veio ser empregada doméstica em lares e aos 24 anos teve de abrir mão de seus estudos no ensino médio para cuidar de mim. Meu pai, que me gerou aos 25, que para sobreviver teve que cortar cana adolescente, teve que ir aos 17 anos para Dias D’ávila para não deixar a sua família passar fome. Mais tarde, foi faxineiro, motorista de caminhões da mesma empresa até que lhe deram a oportunidade de estudar para ser da área de TI, eu ainda era um bebê quando ele era faxineiro, mas pude testemunhar, aos 5 anos de idade, a partir de 2006, a mudanças que tivemos em nossa vida graças ao acesso à educação. Sou grato a meus pais e irmãos por todo apoio dispensado ao longo do curso e da vida!

Além disso, posso dizer que Deus me deu uma excelente e grande oportunidade: ingressar no Atheneu Sergipense. Enquanto estudava no Colégio Olavo Bilac, pelo contexto de pobreza e falta de infraestrutura, pensava que um dia chegaria a Universidade, mas ali, infelizmente, por mais que contasse com o apoio de professores queridos, jamais conseguiria como consegui através do Atheneu. Tive mestres, pessoas que me estimularam e que me

deram oportunidades de ser uma outra pessoa. Na monitoria de Matemática, no Programa Jovem Senador e no Jovem Parlamentar, sendo o último o mais impactante e que mudou a minha visão, mesmo não tendo sido o representante de Sergipe naquela edição. Então agradeço ao professor Denílson Mello que foi que mais me estimulou, me orientou e me deu apoio no PJB em nome de todos os mestres queridos daquela instituição. O mesmo posso dizer de Nazaré Moraes da ONG ELAN. Eu desistiria e faria qualquer curso de exatas se não fosse as oportunidades que me abriu e o estímulo que me deu, mesmo em segundo lugar, pude conhecer a vida pública através de pessoas muito generosas as quais agradeço em nome de Nazaré. Apenas posso dizer: "Se pude enxergar mais longe é porque me apoiei nos ombros de gigantes", como certa vez disse Isaac Newton.

De 2020 a 2023 enfrentei os resultados de ter contraído a Chikungunya e a COVID, principalmente em minha saúde mental. Se um dia tive que enfrentar a pobreza na minha infância, recentemente tive que enfrentar as limitações impostas por essas duas enfermidades. Quero agradecer a Deus, por ter ouvido as minhas súplicas, e a todos que tiveram a compreensão de como isso dificultou e às vezes impossibilitou a minha caminhada acadêmica. Quero agradecer à compreensão do Colegiado deste curso, em especial à professora Dra. Tanise por ter me oferecido para reparar minhas perdas acadêmicas, me ajudando a me formar praticamente no tempo comum dos meus colegas. Os anjos às vezes estão no meio de pessoas que conhecemos, revestidos de generosidade e compreensão. Dirijo-me também aos professores José Lima Santana, pela surpreendente generosidade ao longo dessa jornada, Clara Angélica e Jadson Correia pela compreensão, auxílio e apoio.

Sou grato aos ex-colegas estagiários da Defensoria Pública da União, que em muitos momentos me apoiaram nessa trajetória, foram compreensivos, exemplo de profissionalismo e técnica na aplicação do direito, o mesmo se aplica a meu supervisor, a sua assessoria e servidores daquela instituição. Foi um espaço de mútua colaboração de inegável crescimento humanístico e profissional. Ali também nasceu o debate que ensejou essa discussão.

Por fim, que as glórias da minha trajetória sejam atribuídas a Deus e a debilidades a mim. Que Deus seja louvado em tudo! "Até aqui me ajudou o Senhor" - 1 Sm 7:12.

## RESUMO

As políticas de reserva de vagas pelo critério étnico-racial constituem importante mecanismo de inclusão de pessoas historicamente prejudicadas por atos como a escravidão e seus efeitos. Nesse toar, o Brasil, a partir dos anos 2000, adotou seu próprio sistema de cotas. Ocorre que primariamente ficou estabelecido como padrão de ouro a identificação pelo próprio candidato (autoidentificação) para se enquadrar se seria ou não alvo da política (preto, pardos e indígenas). Entretanto, após diversas tentativas de fraudes e com o julgamento da ADC 41/DF, tornou-se comum a checagem da declaração do candidato por meio de banca examinadora (heteroidentificação). Todavia, embora de fato seja necessário a coibição de fraudes (proteção do interesse público), tem-se que por vezes violações aos candidatos são cometidas pela emissão de pareceres em que falta transparência e um padrão de decidir claro. Dessa forma, em busca de lançar luz sobre os limites do controle judicial dos atos das bancas de heteroidentificação é realizada presente investigação, valendo-se do estudo doutrinário, jurisprudencial e legal acerca da temática, bem como de inferências e deduções lógicas.

Palavras-chaves: cotas raciais; heteroidentificação; mérito administrativo; controle judicial dos atos do Poder Executivo

## ABSTRACT

Policies to reserve vacancies based on ethnic-racial definition are an important mechanism for including people historically harmed by acts such as slavery and its effects. In this regard, Brazil, from the 2000s, adopted its own quota system. It turns out that, primarily, identification by the candidate himself (self-identification) was established as the gold standard to fit in whether or not he would be the target of the policy (black, brown and indigenous). However, after several attempts at fraud and with the judgment of ADC 41/DF, it became common to check the candidate's declaration by means of an examining board (classification by others). However, although it is indeed necessary to curb fraud (protection of the public interest), sometimes violations of candidates are committed by issuing opinions that lack transparency and a clear decision-making pattern. Thus, in an attempt to shed light on the limits of judicial control of the acts of hetero-identification banks, this investigation is carried out, making use of the doctrinal, jurisprudential and legal study on the subject, as well as inferences and logical deductions.

Keywords: racial quotas; classification by others; prerogative to decide by brazilian executive power; judicial review of acts of executive power.

## **GLOSSÁRIO DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**LINDB** - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

**AC** - Apelação Cível

**ADC** - Ação Declaratória de Constitucionalidade

**ADPF** - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

**AI** - Agravo de Instrumento

**CPC** - Código de Processo Civil.

**LINDB** - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

**RE** - Recurso Extraordinário

**Resp.** - Recurso Especial

**RMS** - Recurso em Mandado de Segurança

**STF** - Supremo Tribunal Federal

**STJ** - Superior Tribunal de Justiça

**TRF** - Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 DAS COTAS RACIAIS.....</b>	<b>14</b>
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	14
2.2 A LEI FEDERAL 12.711/2012, SUA EFICÁCIA E CONSTITUCIONALIDADE.....	21
2.3 RESERVA DE VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS, BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E SUA CONSTITUCIONALIDADE.....	26
<b>3 TIPOS DE IDENTIFICAÇÃO RACIAL, NATUREZA JURÍDICA DAS COMISSÕES DE IDENTIFICAÇÃO, DEVERES E GARANTIAS DOS CANDIDATOS.....</b>	<b>34</b>
3.1 AUTOIDENTIFICAÇÃO E HETEROIDENTIFICAÇÃO: CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRES OS DOIS MÉTODOS.....	34
3.2 BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUBMISSÃO DE SEUS ATOS AO DIREITO PÚBLICO.....	36
3.3 DO RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIOS CORRELATOS...	38
3.4 DO RESPEITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.....	42
3.5 A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	46
<b>4 CONTROLE JUDICIAL DAS BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO: UM RECORTE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>51</b>
4.1 A INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES: A IMPOSSIBILIDADE DE DECIDIR SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO.....	51
4.2 PRINCIPAIS MOTIVOS ENSEJADORES: VÍCIO DE LEGALIDADE, MOTIVAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	54
4.3 A VIOLAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO: A ATUAÇÃO RETROATIVA DAS BANCAS EXAMINADORAS.....	67
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A atuação do Estado na garantia dos direitos fundamentais e da promoção da igualdade substancial entre os desiguais é a regra desde adoção do chamado Estado providência por diversos países, ou seja, em que a estrutura estatal opera de modo a interferir na condução da vida social por meio de políticas públicas na promoção do bem. Nessa senda, o Poder Executivo figura como protagonista na direção dos rumos da sociedade, intervindo de maneira contundente, afastando-se do modelo liberal.

Em relação ao Brasil, a intervenção está consignada na Carta de 1988 de maneira expressa em várias partes do texto. Todavia, é importante dizer que nessa ação, não devem os poderes transgredir a ordem legal e constitucional, sob pena de atrair a intervenção do Poder Judiciário em homenagem ao princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Nesse toar, embora, haja construção jurisprudencial e doutrinária acerca da impossibilidade de que o Estado-Juiz intervenha na esfera de competência do Poder Executivo, sendo pelo texto constitucional o maior destinatário de competências para gerir a vida dos sujeitos (Art. 2º caput, art. 3º e incisos, 6º caput, art. 19 caput e incisos, art. 21 em vários incisos, art. 22 e incisos, art. 23 e seguintes, art. 39 e 40 sobre serviço público, art. 61, §1º, art. 84, art. 87, aplicável por extensão no que cabe aos chefes do Executivo de Estados, Municípios e do Distrito Federal, e do art. 170 a 228). Quando ocorrem violações diretas ou incidentais, sejam a princípios constitucionais, a norma constitucional ou às leis, deve o Judiciário ser chamado a restabelecer a ordem legal.

No caso específico deste trabalho, voltam-se os olhos para os estudos das políticas afirmativas de seleção diferenciada para concursos e acesso ao ensino superior em decorrência dos traços étnicos e socioambientais, nomeadas de reserva de cotas. Eis que constituem importante ação do Estado Brasileiro na efetivação do direito fundamental à educação, promovendo de maneira muito concreta a igualdade entre diversos segmentos da sociedade.

Logo, é necessário dizer que como toda atuação do Estado, as normas e atos das comissões de examinadoras de traços étnicos (bancas de heteroidentificação) tem sua submissão aos princípios gerais do direito público. Por isso mesmo é que em sua ação deve

ocorrer a correta ponderação entre o cumprimento de sua finalidade de promoção da igualdade substancial e a proteção dos sujeitos.

À vista disso, estando presentes violações, é cabível a intervenção do Poder Judiciário a fim de restabelecer a correção da atividade estatal e garantir a proteção dos sujeitos, fato que decorre diretamente do princípio da inafastabilidade jurisdicional, não havendo que se falar em ativismo judicial, como tem decidido os tribunais brasileiros.

O que ocorre é verdadeiramente um conflito entre a necessidade efetivação da política pública e a busca fiel dos seus destinatários, existindo verdadeiro conflito entre o Estado e os sujeitos.

Então, conclui-se que não se deve considerar razoável que na busca da promoção do bem a todos sem qualquer distinção, direitos e garantias fundamentais tornem-se vulnerados. Assim, essa pesquisa tem por objetivo refletir sobre aprimoramento dessas unidades estatais, muito baseado no dever de motivar da Administração Pública no que se refere às bancas de heteroidentificação, observando, a luz do ordenamento jurídico, as consequências para o sujeito quando falta esse requisito formal ou o Estado abusa de suas prerrogativas, tolhendo o direito ao devido processo legal, ampla defesa e o contraditório por haver motivação deficiente ou inexistente. Há, então, o objetivo refletir sobre os limites e possibilidades de controle judicial dos atos das bancas de heteroidentificação.

Diante disso, também é objetivo do presente estudo recomendar limites objetivos a fixação do entendimento do Estado do que vem a ser o pardo para as bancas de heteroidentificação, fato gerador de constantes ações judiciais e grande sofrimento para pessoas que por toda a vida se reconhecem como tais. Sabendo apenas que não o seriam pelo parecer de uma banca examinadora numa fase crucial do concurso público ou do acesso ao ensino superior.

Ademais, tem por fito esta pesquisa contribuir para discussão quanto os limites da atuação do Estado e da necessidade de que na elaboração de políticas sejam pensados os possíveis danos para os sujeitos pela falta de informação e ausência de um Estado que proteja os sujeitos.

Pelo exposto, o presente trabalho busca a pacificação social através da defesa de uma hermenêutica estatal que privilegie à Constituição, garantindo o interesse público e a proteção

dos sujeitos quando da avaliação dos examinandos, entendendo que devem ser acessíveis a todos interessados os critérios adotados pelo Estado em sua avaliação, corolário do devido processo legal.

Para a confecção do estudo, foram utilizadas diversas metodologias, sendo as principais: a pesquisa jurisprudencial, em que observa o caloroso debate quanto à atuação dos referidos órgãos e dos limites de atuação dos Poderes Constituídos e doutrinária a partir de autores do Direito Constitucional e Administrativo. Também se adotou a pesquisa normativa, que serve de marco regulamentador da questão, por meio da análise de leis, resoluções e outros atos normativos.

No que concerne à organização, o trabalho está dividido em 5 seções com seus subtópicos, sendo a seção 1 destinada à introdução, contemplando justificativa, objetivos e metodologia. A seção 2 é dedicada ao estudo das cotas raciais: histórico, finalidade, previsão legal, o debate quanto a sua constitucionalidade.

No tópico 3 serão abordados os conceitos e as distinções entre os tipos de identificação racial: autoidentificação e heteroidentificação, a natureza jurídica das comissões de identificação, seus deveres por consequência do enquadramento como órgãos estatais e as garantias dos sujeitos nesses procedimentos.

A seção 4 é destinada à análise dos pressupostos para a atuação do Estado-Juiz na intervenção da atuação das bancas, tendo por base o estudo doutrinário e jurisprudencial do tratamento da matéria. Por fim, na seção 5 serão abordadas as conclusões e apontamentos.

## 2 DAS COTAS RACIAIS

Tendo em vista que este trabalho trata da execução da política pública de cotas raciais, tem-se que é indispensável a contextualização do tema por meio da apresentação dos fundamentos históricos e sociais, da regulamentação desse fenômeno jurídico e social no Brasil e de sua eficácia desde a criação.

Assim, a primeira subseção destina-se a reflexão histórica, a segunda subseção sobre a regulamentação do tema a nível nacional e sua constitucionalidade. Na última subseção, será abordado sobre adoção do sistema de reserva de vagas em concurso públicos, a possibilidade de implementação e a constitucionalidade do mecanismo de heteroidentificação na aferição da condição racial.

### 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O Brasil possui diversos matizes sociais e econômicos, sendo reconhecidamente um país marcado por desigualdades e abismos entre suas diversas classes sociais. Nesse sentido, a escravidão é um dos mais vergonhosos capítulos da história desse país e parte da problemática. As marcas desse momento na trajetória dessa nação levaram a diversos fenômenos como a discriminação e a marginalização de considerável parcela da população, antes de 1888, considerada como coisa.

Ao observar-se as representações artísticas quanto aos passos posteriores à abolição da escravatura, tem-se como exemplo a famosa pintura do espanhol radicado no Brasil Modesto Brocos (1852-1936): “A redenção de Cam” (1895). Indubitavelmente manifestação do ideário racista disseminado durante o século XIX e XX. Desse modo, do ponto de vista cultural entende-se que mesmos libertos do jugo da escravidão, os negros ainda eram considerados cidadãos de segunda classe pela sociedade brasileira, estando impregnada a ideia arianista de que existiam raças e que os brancos seriam superiores aos negros<sup>1</sup> e demais povos. Sobre a questão a historiadora Maria Luiza Tucci Carneiro aponta<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup>RONCOLATO, Murilo. **A tela “A Redenção de Cam” e a tese do branqueamento no Brasil**. Editora USP, São Paulo, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://www.edusp.com.br/mais/a-tela-a-redencao-de-cam-e-a-tese-do-branqueamento-no-brasil/>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>2</sup>CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Imigrantes indesejáveis. A ideologia do etiquetamento durante a Era Vargas. **Revista USP**. São Paulo, SP, Superintendência de Comunicação Social (SCS) da USP, nº 119, [2018]. Disponível em: <https://jornal.usp.br/revistausp/revista-usp-119-textos-8-imigrantes-indesejaveis-a-ideologia-do-etiquetamento-urante-a-era-vargas/>. Acesso em: 20 maio 2023.

As estatísticas demonstram que os preferidos em todo o Brasil eram os brancos europeus. No período de 1890-1899 entraram no país 690.365 italianos, 219.653 portugueses, 164.293 espanhóis e 17.084 alemães<sup>5</sup>. Estes números, somados aos totais alcançados por cada nacionalidade ao longo das três primeiras décadas do século XX, serão recuperados a partir de 1934 para quantificar as cotas disponibilizadas aos interessados em obter vistos de entrada para o Brasil. É óbvio que a média obtida favorecia o ingresso de brancos em detrimento de imigrantes das raças negra e amarela. Basta observar os parágrafos 6 e 7 do Artigo 121 da Constituição de 1934, que impunham restrições à entrada de imigrantes no território nacional de forma a garantir a integração étnica. A corrente imigratória de cada país não deveria exceder anualmente o limite de 2% sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos 50 anos (Carneiro, 2001, pp. 62-4).

Consequentemente, a teoria de raças foi incorporada não só ao imaginário do povo Brasileiro, sendo ainda estimulado o ingresso de outros povos de cor branca em detrimento da população negra preexistente.

De forma semelhante, em países com dominação europeia, como a África do Sul e Estados Unidos, regimes de exclusão social e repressão vigoraram a tal ponto de haver a vedação entre casamentos de pessoas de raças diferentes em estados sulistas do país da América do Norte como o Alabama, mesmo com a edição da 13<sup>o</sup> e 14<sup>o</sup> emendas à Constituição dos Estados Unidos.

O professor estadunidense Jeremy W. Richter e o juiz de direito Paulo Cesar Batista dos Santos perscrutam, em obra dedicada ao estudo do direito comparado, que somente partir de 1944 é que as Supremas Cortes estaduais começaram a declarar inconstitucionais às leis que estabeleciam a vedação ao “*interracial marriage*”<sup>3</sup>.

Diante do cenário de injustiça patente a judicialização continuou ao longo dos anos, chegando à Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 12 de junho de 1967, no contexto da luta por direitos civis, aquele tribunal entendeu como inconstitucional a criminalização do casamento entre pessoas de diferentes raças por violação a “*Equal Protection Clause*” – (cláusula de proteção à igualdade em tradução livre), ao manifestar-se sobre o caso representativo de controvérsia *Loving vs Virginia*<sup>4</sup>, produzindo efeito cascata para outros 12 estados do sul que mantinham a proibição<sup>5</sup>.

Somente após 104 anos depois da abolição da escravidão naquele país é que de fato um direito civil como o casamento poderia ser gozado por populações marginalizadas, ao menos do ponto de vista formal. No mesmo sentido, na África do Sul vigorou o apartheid, de

<sup>3</sup>RICHTER, Jeremy W.; SANTOS, Paulo Cesar Batista dos. Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos. Estudo de precedentes no Estado do Alabama e na Suprema Corte americana. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (org); DE FILIPPO Thiago Baldani Gomes (org). **Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado. São Paulo, SP, Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 340-350.** Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>4</sup> Para maiores detalhes consultar: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>.

<sup>5</sup> Ibid., 2017. p. 349-350

1948 a 1994, por quase 50 anos, sendo verdadeiramente a instituição da opressão e supressão de direitos políticos e sociais da população negra.

Observa-se claramente que mesmo com a revogação de um regime nefasto de exploração do homem pelo homem a partir de sua redução a uma coisa, a igualdade formal garantida pelo estado não foi o suficiente para a efetivação dos direitos fundamentais das populações negras no Brasil e em outros países.

Com isso, ao levar-se em conta que a Constituição é formada pela vontade da sociedade, colhe-se importante lição do professor baiano Dirley da Cunha Jr. ao citar Constantino Mortati<sup>6</sup>:

Constantino Mortati apresenta um conceito material de Constituição. Para a sua teoria, é fundamental pensar a Constituição a partir da existência de uma relação juridicamente relevante entre a ordem concreta de uma sociedade e o sistema constitucional positivo nela instaurado. Assim, é essencial e necessário que a sociedade, para servir de base à Constituição, esteja politicamente organizada e ordenada segundo a distribuição das forças nela operantes. A sociedade da qual emerge a Constituição possui uma normatividade intrínseca, que consiste em se ordenar em torno de forças e de fins políticos, sendo a Constituição material o núcleo essencial de fins e de forças que regem qualquer ordenamento positivo. As forças políticas dominantes, ordenadas em razão de determinados fins, formam e dão vida à Constituição material. E é a Constituição material que fundamenta e sustenta a Constituição formal e que prova as suas mutações. Assim, a Constituição formal terá maior força normativa e capacidade regulatória e vinculante se o seu conteúdo corresponder à realidade social e quanto mais esta realidade se estabilizar num sistema harmônico de relações sociais.

Depreende-se, então, que a ordem material sufocou as tentativas legais ou mitigou os seus efeitos dentro do aspecto protetor de populações que não participavam anteriormente das esferas de decisão nacional. É importante, nesse ponto, reforçar que o conceito de raça como um fator de segregação e dominação é de vital compreensão. No estudo sobre a cor da população brasileira do IBGE de 2013, José Luis Petrucelli discorre<sup>7</sup>:

Todos os âmbitos do poder mundial capitalista foram, deste modo, atravessados pela noção de raça, uma maneira e um resultado da dominação colonial moderna. **Hoje aparece como solidamente demonstrado que a noção de raça foi inventada para justificar as relações de dominação colonial, em particular a escravidão. Desde então, toda reflexão histórica sobre as cores de pele se mistura, inextrincavelmente, a uma análise das relações de dominação e dos modos de produção** (NDIAYE, 2006). Contudo, se o preconceito contra o outro é tão antigo quanto a própria história da humanidade, a novidade foi o estabelecimento de uma

---

<sup>6</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 75.

<sup>7</sup>PETRUCELLI, José Luis. **Raça, identidade, identificação: abordagem histórica conceitual**. In: BRASIL. IBGE. PETRUCELLI, José Luis. (org); SABOIA, Ana Lucia (org) Características Étnico-raciais da População Classificações e Identidades. Rio de Janeiro, RJ, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Diretoria de Pesquisas, [2013]. p. 13-29. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

inferioridade intrínseca que impediria a possibilidade de conversão, assimilação ou aprendizado (SCHNEIDER, 2006). Jogava-se e fixava-se o outro numa condição pretendidamente “natural” insuperável que fundamentava qualquer tipo de intervenção supostamente ilustrada. O que é importante de se destacar é que os europeus, que já conheciam os futuros africanos desde a Antiguidade, **“nunca pensaram neles em termos raciais antes da aparição da América. De fato, raça é uma categoria aplicada pela primeira vez aos “índios”, não aos “negros”**. Deste modo, raça apareceu muito antes que cor na história da classificação social da população” (QUIJANO, 2005, p. 277).

(Grifo nosso)

Consequentemente, a criação de tal status para os povos indígenas e negros é fruto de um projeto de dominação colonial, como abordado no trecho acima, a ocupação europeia da América Latina é o ponto de virada na percepção dos negros como ser de classe inferior.

Outrossim, no contexto do Brasil Império, quando considerados os dados do primeiro censo realizado (1872)<sup>8</sup>, 58% dos entrevistados declararam-se pretos ou pardos, contra 38% que se declararam brancos. Nessa época, a população do país estava em torno de 10 milhões de pessoas. Assim, deduz-se que cerca de quase 60% da população era considerada “negra”, havendo patente desigualdade no contexto do império.

Mesmo os pardos apresentando pele mais clara sofriam forte racismo por descender de pessoas pretas. Nessa quadra, até mesmo a condição intelectual e econômica não freava de maneira suficiente os ataques, exemplo disso é Antônio Pereira Rebouças, filho de um português e uma escravizada liberta.

Ele aprendeu o direito trabalhando num cartório, tornando-se advogado pela experiência adquirida. Mesmo com uma inteligência distinta, isso não o poupou da discriminação. Foi um dos primeiros deputados negros da Assembleia Geral do Império (atual Câmara dos Deputados)<sup>9</sup>, atuando pelas provinciais da Bahia e Alagoas entre os anos de 1830 e 1845, sendo saudado pela comunidade negra, como um dos primeiros advogados negros do Brasil. É válido dizer que diante de sua posição social tentou se distinguir dos negros de pele escura, todavia os estratos hegemônicos da sociedade da época não o viam como um igual<sup>10</sup>.

Noutro giro, com a queda da escravidão e a ascensão da República, as situações sociais e políticas não mudariam muito. Em texto publicado por Katia Machado -

<sup>8</sup>SOUZA, Daiane. **População escrava do Brasil é detalhada em Censo de 1872**. Brasília, DF, Fundação Cultural Palmares, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/palmares/pt-br/assuntos/noticias/populacao-escrava-do-brasil-e-detalhada-em-censo-de-1872>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>9</sup>BAHIA. Assembleia Legislativa. **Biografia do Dep. Antonio Pereira Rebouças**. Salvador, BA, Assembleia Legislativa, [s.d.]. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/historia-do-legislativo/membro-detalle-1>. Acesso em: 27 maio 2023.1

<sup>10</sup>PINTO, Tania Regina. **Rebouças, o pai e conselheiro**. Primeiros Negros. [São Paulo], [s.d.].Disponível em: <https://primeirosnegros.com/reboucas-o-pai-e-conselheiro/>. Acesso em: 27 maio 2023.

EPSJV/Fiocruz em 11/05/2018<sup>11</sup>, há um compilado dos principais dados de 2016 e de outros anos sobre os efeitos de 300 anos de escravidão negra no Brasil. A autora aponta que população negra é a mais pobre: “Apesar de serem mais da metade da população brasileira (53,6%), negros e negras são 76% dos 10% mais pobres, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).”. É a que mais morre:

Expressão maior de um prejuízo sistemático, sustentado em três séculos de escravidão, a epidemia de homicídios, por exemplo, atinge em maior proporção a população negra: são 56 mil pessoas assassinadas todos os anos, o que equivale a 29 vítimas por cem mil habitantes, índice considerado epidêmico pela Organização das Nações Unidas (ONU). Desse total, 53% são jovens e, destes, 77% são negros e 93% do sexo masculino, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais. Isso significa, segundo a ONU, cinco jovens negros mortos a cada duas horas no país, totalizando 23 mil jovens negros mortos por ano. As estatísticas foram apresentadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado sobre Assassinato de Jovens, realizada em 2016, revelando também que mais de 80% dos casos de assassinatos de adolescentes e jovens negros foram por arma de fogo.

Com efeito, no Brasil, mesmo com a promulgação de uma Constituição<sup>12</sup> tida como “cidadã” por muitos, em 1988, é necessário dizer que as vulnerabilidades sociais e econômicas ainda estão presentes em maior número para a população negra que as demais, dentro dessa lógica de dominação racial. Havendo, portanto, justificativas suficientes para a intervenção Estatal na promoção de políticas afirmativas.

Depreende-se dessa forma, que mesmo com “canetadas” que asseguraram direitos civis e políticos, a população negra ainda é carente se comparada com a população branca - marcos legais e legislações protetivas não são eficazes por si só. No sentido material, o Brasil ainda é um país profundamente marcado por desigualdades, o que atrai a intervenção do Estado na proteção dessas populações de maneira efetiva por meio de políticas públicas como a reserva de cotas em universidades e no serviço público.

A reserva de vagas para minorias étnicas e sociais surge como um dos efeitos da luta por direitos civis, sendo a Índia país pioneiro, como apontado nas considerações do relatório do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 186/DF<sup>13</sup>:

---

<sup>11</sup>MACHADO, Katia. **O racismo em três séculos de escravidão**. Rio de Janeiro, RJ, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz, 11 maio 2018. Disponível em <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-racismo-em-tres-seculos-de-escravidao>. Acesso em: 27 mai 2023.

<sup>12</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 29 jun. 2023

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, Data de Julgamento: 26 abr. 2014, Data de Publicação: D.E. 20 out. 2014. Fls 54 e 55 de 233. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Interessantemente, ao contrário do que se costuma pensar, as políticas de ações afirmativas não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras - e que se notabilizou pela existência de uma casta “párias” ou “intocáveis” -, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram **aprovar, em 1935, o conhecido Government of India Act.** (Grifo nosso)

Portanto as desigualdades estruturais, com consequências em vários níveis da convivência social, é que fundamentaram a adoção de políticas afirmativas para a minorias sociais, a esse propósito, é necessário dizer que a Índia é considerado um dos países mais desiguais do mundo<sup>14</sup>. Com vários povos e credos convivendo próximos um dos outros, sendo necessário para classes tão oprimidas e perseguidas, como a citada acima receber um tratamento diferenciado pelo Estado, dado prejuízo histórico no que tange a existência do sistema de castas.

Noutra quadra, ainda ao se refletir sobre a reserva de cotas como políticas afirmativas, haverá um antecedente histórico proveniente dos Estados Unidos. Aquela nação começou de fato promover igualdade entre os seus cidadãos a partir da implementação de uma agenda de direitos civis e marcos regulatórios antidiscriminação, bem como a promoção de um Estado de Bem-estar Social. Por oportuno, veja-se trecho publicado por João Feres Júnior o pesquisador do IESP<sup>15</sup>:

Na primeira metade da década de 1960, época em que ação afirmativa começou a ser implantada nos EUA, dois argumentos dominavam sua justificação: a reparação e justiça social. O primeiro argumento, a reparação por discriminação histórica, estrutura, por exemplo, o discurso proferido pelo presidente Lyndon B. Johnson aos formandos da turma de 1965 da Howard University. Ao comentar a abolição da escravidão naquele país, Johnson observa: “a liberdade, per se, não é suficiente. Não se apaga de repente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês são livres para ir onde quiserem e escolher os líderes que lhe aprovarem” (Curry e West, 1996). Reforçando o apelo à reparação, Johnson faz uso de uma metáfora que remete aos grilhões do passado: “não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das cadeias, conduzi-lo, logo em seguida, à linha de largada de uma corrida, dizer ‘você é livre para competir com os outros’, e assim pensar que se age com justiça” (Curry e West, 1996).<sup>16</sup>

<sup>14</sup>ANAND, Varoon P. **Com crescimento desigual, Índia vai se tornar em breve país mais populoso do planeta.** UOL Notícias, [s.l.], 15 nov. 2022. Disponível: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2022/11/15/com-crescimento-desigual-india-vai-se-tornar-em-breve-pais-mais-populoso-do-planeta.htm>. Acesso em: 3 jul. 2023.

<sup>15</sup>FERES JÚNIOR, João. **Comparando Justificações das Políticas de Ação Afirmativa: Eua e Brasil.** Rio de Janeiro, RJ, GEMA - Grupo Multidisciplinar de Ações Afirmativas - IESP - UERJ, [2007]. p. 4. Disponível em: <https://gema.iesp.uerj.br/projeto/acao-afirmativa-nos-estados-unidos/>. Acesso em 3 de jun. de 2023.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 7.

E continua<sup>17</sup>:

A justificação da ação afirmativa como reparação pelo passado de discriminação continuou sendo operante nos EUA por décadas a fio. Vejamos alguns exemplos importantes de uma instituição cujas justificativas comandam os rumos da sociedade norte-americana, a Suprema Corte. No famoso caso *Regents of the University of California v. Bakke (1978)*, o juiz Thomas E. Brennan usa do argumento da reparação para defender a distinção entre o uso do critério de raça com o fim de prejudicar pessoa e o uso desse critério para promover aqueles que sofrem discriminação racial por parte de outros segmentos sociais. Para Brennan a discriminação com fins positivos “remedia” as desvantagens infligidas às minorias pelo preconceito racial do passado<sup>4</sup>. Em outro caso da Suprema Corte paradigmático em relação à ação afirmativa, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*<sup>5</sup>, o veredicto da maioria diz que o uso de medidas reparatórias baseadas no critério da raça (ação afirmativa) só passa pelo escrutínio estrito devido a “infeliz persistência da prática e dos efeitos perversos da discriminação racial contra grupos minoritário nesse país” (Graham, 1990).

Todavia, a constitucionalidade de tais políticas foi questionada, havendo mudanças na sua continuidade:

O argumento da justiça social, por sua vez, sofreu ainda mais corrosão histórica. A partir do fim da década de 1970 e, mais fortemente com a eleição de Ronald Reagan para dois mandatos presidenciais, o Estado de Bem Estar Social americano, que tomou grande impulso com FDR e atingiu seu auge sob Johnson, começa a ser desmontado.<sup>6</sup> Não é coincidência que as ferramentas ideológicas usadas nesse desmanche são quase todas extraídas do liberalismo clássico, mesmo que, ironicamente, o governo Reagan praticasse uma modalidade de keynesianismo belicista. A Suprema Corte antecipou esse *Zeitgeist* restringindo gradativamente o escopo da ação afirmativa e por algumas vezes colocou sua constitucionalidade em risco. Já em 1978, em *Regents of the University of California v. Bakke*, a Corte decretou a inconstitucionalidade da política de cotas, ainda que preservasse a possibilidade de se usar a raça como critério de admissão. A partir daí outras decisões contribuíram para cercear a ação afirmativa. Para citar alguns exemplos, *Wygant v. Jackson Board of Education (1986)*<sup>7</sup>, *City of Richmond v. Croson (1989)*<sup>8</sup> e *Adarand Constructors, Inc. v. Peña (1995)* – nesses dois últimos ratificou-se o critério de escrutínio estrito para o uso da raça como critério em políticas de ação afirmativa. Por fim, têm-se os casos *Gratz v. Bollinger*<sup>9</sup>, que questiona o programa de admissão da graduação da University of Michigan e *Grutter v. Bollinger*<sup>10</sup>, que diz respeito aos critérios de seleção da escola de direito da mesma instituição, ambos de 2003. No primeiro, por uma votação de 6 a 3, a Suprema Corte declarou inconstitucional o critério de pontos adicionais para minorias utilizado na graduação, enquanto que no segundo, por 5 a 4, a Corte declarou que a raça pode ser usada como critério de admissão como modo de garantir a diversidade na sala de aula.<sup>18</sup>

Em situação de mudança histórica, em 29/06/2023, a Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>19</sup> outra vez reviu seu posicionamento, julgando pela inconstitucionalidade do instituto, por alegadamente violar a cláusula de igualdade da Constituição daquele país. O placar foi de 6 a 3 na mais alta instância daquele país.<sup>20</sup> Dessa forma, entende-se que a reserva de vagas

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>19</sup> ANDRADE, Mariana. **Suprema Corte dos EUA: cota racial em universidade é inconstitucional**. Metrópoles, [s.l.], 29 jun. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/mundo/suprema-corte-dos-eua-cota-racial-em-universidade-e-inconstitucional>. Acesso em: 3 jul. 2023.

<sup>20</sup> MIGALHAS. **Ações afirmativas EUA: Suprema Corte julga inconstitucional política afirmativa de raça**.

teve sua fase de implementação, o questionamento, a mitigação e a derrocada naquele país em cerca de 40 anos.

No que tange ao Brasil, como aponta jornalista a Debora Brito<sup>21</sup> em matéria veiculada pela EBC, entre os anos de 2000 e 2003, o Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a instituir legislações para criação de reserva de vagas para estudantes carentes<sup>22</sup> e pessoas negras<sup>23</sup> para as universidades daquele Estado<sup>24</sup> e a nível federal, a UnB é a primeira universidade a adotar a reserva de vagas em 2004.

## 2.2 A LEI 12.711/2012, SUA EFICÁCIA E CONSTITUCIONALIDADE

A implementação de uma política pública integrada e em larga escala a nível federal, também chamada de “Lei de Cotas”, surge no primeiro mandato da então presidenta Dilma Rousseff, tratando-se de importante diploma na busca pela reparação das desigualdades sociais produzidas por cerca de 300 anos de escravidão. Nessa esteira, o artigo 1º da legislação aborda o seguinte:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias

---

Migalhas, [s.l.], 3 jul. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389195/eua-suprema-corte-julga-inconstitucional-politica-afirmativa-de-rica>. Acesso em: 3 jul. 2023.

<sup>21</sup>BRITO, Débora. **Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista**. Brasília, DF, EBC, 27 maio 2018. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>. Acesso em: 29 maio 2023.

<sup>22</sup>RIO DE JANEIRO. **Lei nº 3524, de 28 De Dezembro de 2000. Dispõe Sobre os Critérios de Seleção e Admissão de Estudantes da Rede Pública Estadual de Ensino em Universidades Públicas Estaduais e dá outras providencias**. Rio de Janeiro, RJ, D.O.E, 29 dez. 2000. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/92c5d19ef1cac546032569c40069afa7?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2023.

<sup>23</sup>RIO DE JANEIRO. **LEI Nº 3708, DE 09 DE NOVEMBRO DE 2001. INSTITUI COTA DE ATÉ 40% (QUARENTA POR CENTO) PARA AS POPULAÇÕES NEGRA E PARDA NO ACESSO À UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E À UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Rio de Janeiro, RJ, D.O.E, 13 nov 2001. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/827dde52958a6dd203256b030063db70?OpenDocument&ExpandView&ExpandSection=-5>. Acesso em: 29 maio 2023.

<sup>24</sup>RIO DE JANEIRO. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. **Sistema de cotas Programa de Ação Afirmativa**. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://www.uerj.br/inclusao-e-permanencia/sistema-de-cotas/>. Acesso em: 29 maio 2023.

com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Assim, a norma trouxe a previsão de reserva de vagas em percentual mínimo de 50% destinados a estudantes de escolas públicas, sendo 50% deste percentual determinado por critério de renda. Com isso, houve a introdução de critérios além da avaliação baseada na quantidade de conhecimento dos candidatos, sendo levados em conta o caso concreto e a influência de variáveis como a renda e a origem do avaliado para exame (se escola pública ou privada). Ocorrendo a chamada discriminação positiva, em que o Estado intervém determinando a avaliação conforme o contexto material dos sujeitos e não meramente um critério de isonomia formal.

Ademais, o artigo 3º da mesma Lei prevê critérios de natureza étnica, para grupos de negros (pretos e pardos) e indígenas, balizando pela autodeclaração do interessado:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no **caput** deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas

Dessa forma, o cenário que se apresenta é da instauração de um mecanismo de correção social de desigualdades de natureza econômica, étnica e de saúde.

Quanto à eficácia dessa Lei, desde a implementação das ações afirmativas, é observado um incremento da população negra no ensino superior no período posterior à criação de reserva de cotas. Essa foi uma das conclusões apontada em matéria publicada pela jornalista Akemi Nitahara na EBC (Empresa Brasileira de Comunicação):<sup>25</sup>

A proporção de jovens de 18 a 24 anos pretos ou pardos no ensino superior passou de 50,5% em 2016 para 55,6% em 2018. Entre os brancos, a proporção é de 78,8%. Na mesma faixa etária, o número de pretos e pardos com menos de 11 anos de estudo e que não estavam frequentando a escola caiu de 30,8% em 2016 para 28,8% em 2018, enquanto o indicador para a população branca é de 17,4%.

Observem-se ainda os dados apontados pelo IPEA<sup>26</sup> em matéria sobre a eficácia da

<sup>25</sup>NITAHARA, Akemi. **Pela primeira vez, negros são maioria no ensino superior público**. Rio de Janeiro, RJ, EBC, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pela-primeira-vez-negros-sao-maioria-no-ensino-superior-publico>. Acesso em: 27 maio 2023.

<sup>26</sup>BRASIL. Ipea. **População negra conquista espaço no ensino superior**. [s.l.], Ipea, 20 jun. 2020. Disponível em: [https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35896](https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35896). Acesso em: 29 maio 2023.

política afirmativa:

Segundo a pesquisadora do Ipea, apesar dos avanços, em 2017, a população negra ainda correspondia a 32% das pessoas com ensino superior completo. E considerando a população com 25 anos ou mais, apenas 9,3% dos negros tinham ensino superior completo, enquanto na população branca havia chegado a 22,9%. “O Brasil registrou muitos avanços na frequência ao ensino superior, mas ainda estamos longe de um cenário de igualdade”, ponderou.

A descontinuidade dos dados devido a mudanças metodológicas e a subnotificação racial, que atinge 16,8% das matrículas e 13,8% dos ingressos em 2017 nas instituições federais, sinalizam a necessidade de aprimorar as informações nas bases de dados, que também dependem do registro pelas IES. “Os dados raciais disponíveis precisam ser aprimorados, para o cumprimento efetivo da diretriz de acompanhamento da política de reserva de vagas”, avalia Tatiana Silva. Ela lembra, porém, que das 109 instituições federais de ensino superior 22 apresentavam subnotificação racial menor que 3% das matrículas em 2017

Depreende-se, portanto, que quando as cotas completaram 6 anos como política pública de seguimento obrigatório pelas instituições de ensino superior, houve o acesso de um quantitativo expressivo de uma parcela da população que antes não acessava espaços de conhecimento superior com tanta frequência como nos percentuais daquele ano.

Todavia, mesmo com avanços desigualdades persistiam: os números de pessoas de cor preta e parda, portanto negras, com 11 anos que não frequentavam a escola eram de quase 30%, já para brancos de aproximadamente metade, demonstrando o quão ainda estão presentes as desigualdades ocasionadas pelo processo de escravidão para as populações afrodescendentes. Ainda sobre a eficácia das reserva de cotas, a jornalista Débora Brito aponta em matéria veiculada pela Agência Brasil <sup>27</sup>:

A chance de ter um diploma de graduação aumentou quase quatro vezes para a população negra nas últimas décadas no Brasil. Depois de mais de 15 anos desde as primeiras experiências de ações afirmativas no ensino superior, o percentual de pretos e pardos que concluíram a graduação cresceu de 2,2%, em 2000, para 9,3% em 2017.

Apesar do crescimento, os negros ainda não alcançaram o índice de brancos diplomados. Entre a população branca, a proporção atual é de 22% de graduados, o que representa pouco mais do que o dobro dos brancos diplomados no ano 2000, quando o índice era de 9,3%. Os dados são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O Censo do Ensino Superior elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) também evidencia o aumento do número de matrículas de estudantes negros em cursos de graduação. Em 2011, do total de 8 milhões de matrículas, 11% foram feitas por alunos pretos ou pardos. Em 2016, ano do último Censo, o percentual de negros matriculados subiu para 30%.

Os dados são reveladores de como o Brasil ainda precisa aprimorar a adoção de

---

<sup>27</sup>BRITO, Débora. *Op. cit.*

políticas públicas para o ingresso de pessoas negras no ensino superior, havendo repercussão na empregabilidade e na distribuição de renda para o grupo.

Ademais, é necessário dizer que a Lei 12.711/2012 também concede a adoção de critérios de renda e étnicos para institutos federais, alcançando de igual maneira o ensino técnico. Portanto, a profissionalização técnica e tecnológica também é um de seus fins.

Entretanto, mesmo sendo baseada nas melhores práticas de promoção da igualdade material, essas políticas não foram estabelecidas sem questionamentos judiciais. Desde a sua gênese no Estado no Rio de Janeiro foram protocoladas as ADI's 2858/RJ, 3197/RJ, 3.330/DF, todas ajuizadas pela CONFENEN, sendo também no RE 597.285/RS, como veiculado pelo Supremo Tribunal Federal no portal jurídico CONJUR<sup>28</sup>. Nesse sentido, no ano de 2012 o STF, presidido pelo Ministro Carlos Ayres Britto julgou a ADPF 186/DF, firmando o seguinte entendimento para todos os casos com a mesma controvérsia:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

**I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.**

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

**IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.**

**V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo**

---

<sup>28</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro arquiva ADI contra cotas nas universidades estaduais do RJ por perda de objeto**. Jusbrasil, [s.l]. 26 jul. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ministro-arquiva-adi-contra-cotas-nas-universidades-estaduais-do-rj-por-perda-de-objeto/3062607>. Acesso em: 31 maio 2023.

**pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.**

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as **políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem.** Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (Grifo nosso)

Quase 12 anos depois da criação pelo Estado do Rio de Janeiro da política afirmativa, o STF deu a palavra final sobre a matéria: o plenário reconheceu que a reserva de cotas se adequa à esquemática constitucional.

Assim, a discriminação positiva não afronta de maneira alguma a Constituição, pelo contrário a privilegia. Observem-se alguns trechos do voto proferido pelo presidente daquela Corte:

[...]

Ou seja, combater as causas da pobreza, mas não só isso, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Integração social, aqui, ganha o sentido técnico de integração comunitária. O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o plus da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um plus. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam. E a Constituição também foi coerente, em matéria de desigualdade: o desigual por cima não é rebaixado pela Constituição; o desigual por baixo é que é elevado. Não há descenso, há ascenso ou acesso. É também da lógica da Constituição, aquinhoar os setores desfavorecidos com políticas públicas de promoção, que é mais do que de proteção, que é mais do que de tutela. É como eu estou lendo, aqui, o inciso de nº 10.

[...]

A Constituição legitimou toda a adoção de políticas públicas para promover os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos. É de rigor constitucional proclamar que as políticas afirmativas têm embasamento na Constituição de 1988. São políticas afirmativas de quê? Afirmativas do direito que têm todos os seres humanos a um tratamento igualitário ou igualitariamente respeitoso, atencioso, obsequioso. A cor da pele é como o gênero que se porte ou a origem de nascimento - a origem geográfica de nascimento. A cor da pele é um acidente, faz parte das tramas do acaso, ninguém tem mais ou menos merecimento, ninguém é mais ou menos ético, ninguém é mais ou menos dotado de caráter pelo fato de ser ou sulista ou nordestino, ou homem ou mulher, ou branco ou índio, ou negro, absolutamente. A Constituição proíbe esse tipo de discriminação com base num critério de acidente apenas decorrente das tramas mesmo do acaso. Agora, o todo constitucional,

sobretudo a sua densa axiologia de não discriminação e de proclamação de igualdade naquele sentido aristotélico e também retomado por Rui Barbosa, toda a política de promoção racial que se dote de proporcionalidade e de razoabilidade deita raízes, repousa no regaço da Constituição brasileira. O princípio da unidade da Constituição chancela as políticas públicas de promoção racial, são ações afirmativas da intrínseca, da inata dignidade de todo ser humano, independentemente da cor de sua pele; são políticas afirmativas desse direito de transitar com o mesmo desembaraço pelos espaços - volto a dizer - institucionais ou até espaciais de que a sociedade se compõe. Assim é que se constrói uma nação; assim é que se constrói, com dignidade, uma nação. A partir desta decisão, Ministro Lewandowski, o Brasil, e a partir deste Supremo Tribunal Federal, que tem vitalizado a Constituição, que tem tirado a Constituição do papel, que tem dado à Constituição de 88 uma interpretação humanística, porque ela é uma Constituição humanística; a partir dessa decisão, Ministro Lewandowski, tão magistralmente conduzida por Vossa Excelência, o Brasil tem mais um motivo para se olhar no espelho da história e não corar de vergonha.

É como voto

A improcedência da ADPF 186 foi um importante marco na história da luta por direitos fundamentais das pessoas negras do ponto de vista do estabelecimento da igualdade de acesso e oportunidades ao ensino superior.

### 2.3 RESERVA DE VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS, BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Uma vez que reconhecida em 26 de abril de 2012 a constitucionalidade da reserva de cotas para instituições públicas federais de ensino superior e técnico, agora seria a vez de assegurar a igualdade substancial no acesso ao serviço público federal. Assim foi editada a Lei federal nº 12.990/2014, com a seguinte finalidade:

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

Portanto, a iniciativa visava garantir o acesso de populações vulneráveis em quantidade mínima de 20% nas vagas de concurso para Administração Federal. Nesse sentido, a Lei estabeleceu a política somente no âmbito da União Federal. Mais tarde, Estados adotaram regimes semelhantes de discriminação positiva, como por exemplo São Paulo, por

meio da Lei Complementar 1.259/2015<sup>29</sup> e Sergipe, através da Lei Ordinária nº 8.331/2017<sup>30</sup>.

Posto isso, destacam-se alguns artigos da lei federal citada de importância para o presente estudo:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Em análise aos dispositivos acima, a todos, apontou-se, como destinatário final as populações negras. Todavia tal conceito é de difícil definição, já que o Brasil foi palco do regime de escravidão por quase 300 anos, tendo uma população altamente diversificada. Nesse passo, no artigo 2º da mesma Lei, o legislador define que esse procedimento se dará por autodeclaração do candidato conforme definição do IBGE:

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.

A norma delega ao IBGE a definição de quem são os negros, sujeitando a sanções os

---

<sup>29</sup>SÃO PAULO. LEI COMPLEMENTAR Nº 1.259, DE 15 DE JANEIRO DE 2015. Autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada em concursos públicos, nas condições e para os candidatos que especifica e dá providências correlatas. São Paulo, SP, D.O.E, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1259-15.01.2015.html>. Acesso em: 03 jun. 2023.

<sup>30</sup>SERGIPE. LEI Nº. 8.331 DE 06 DE DEZEMBRO DE 2017. Dispõe sobre a reserva de cota racial para afrodescendentes das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Estadual Direta, das Autarquias, das Fundações Públicas, das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista controladas pelo Estado de Sergipe, e dá providências correlatas. Sergipe, D.O.E, 07 dez. 2017. Disponível em: <https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/2017/O83312017.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2023.

que declarem falsamente pertencer a essa parcela da sociedade. O que num primeiro momento parece razoável, se considerado a existência de um ilícito, todavia quanto as pessoas de boa-fé que se identificaram como pretos ou pardos, não seria correta a sua eliminação, já que é possível identificar no estudo dedicado ao tema do IBGE (“Características étnico-raciais da população: classificações e identidades”) divergência entre o que pensa a população e o observado pelos entrevistadores, como assinala Petrucelli<sup>31</sup>:

Na literatura nacional sobre o tema da identificação étnico-racial, existe consenso de que alguma ordem de discordância é encontrada quando se compara a autoclassificação, também chamada de autoidentificação <sup>3</sup>, com a heteroclassificação <sup>4</sup> de um grupo de pessoas. Encontram-se, porém, explicações variadas, tanto no que diz respeito ao tamanho dessa discordância como em relação às causas dessas possíveis diferenças. Enquanto alguns pesquisadores não consideram relevante a discordância (OSORIO, 2003), outros apontam para o peso que fatores socioeconômicos podem ter na heteroatribuição de uma categoria racial (SILVA, 1994; WOOD; CARVALHO, 1994), ou ainda, para as dimensões implicadas entre a autoidentificação e a heteroclassificação: se na primeira o fator origem ou ancestralidade também estaria presente, na segunda seriam mais os elementos fenotípicos que a determinariam. Outro eixo de explicação para as diferenças mencionadas se encontraria na polaridade objetividade-subjetividade do processo classificatório, incidindo de forma variada segundo o caso. Esta ideia, entretanto, é questionada por Osorio (2003, p. 13): “No fundo, a opção pela auto atribuição ou pela heteroatribuição de pertença racial é uma escolha entre subjetividades: a do próprio sujeito da classificação ou a do observador externo”. Em todo caso, a inclusão nesta pesquisa de ambas as formas de classificação étnico-racial é o que permite evidenciar o caráter relacional do processo, suas negociações implícitas e as ambiguidades que o acompanham. Neste sentido, “é imprescindível reconhecer que a relação entre hetero e autoclassificação é que fornece um quadro profícuo para analisar construção das identidades no país” (NASCIMENTO, 2006, p. 68).

E continua<sup>32</sup>:

Uma primeira observação desta tabela mostra elevada consistência entre a autodeclaração e a heteroatribuição de cor ou raça no Distrito Federal para as sete categorias mais representativas aqui incluídas. Nas outras Unidades da Federação, a categoria branca aparece sistematicamente com percentuais mais elevados na classificação realizada pelo entrevistador do que na respectiva autodeclaração. A categoria morena, entretanto, é significativamente menos utilizada na cor ou raça heteroatribuída do que na autodeclarada nas mesmas Unidades da Federação, sendo que a categoria parda apresenta relação inversa, com muita maior utilização por parte do entrevistador. Por outro lado, com exceção dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, a categoria negra é proporcionalmente mais utilizada pelos entrevistadores do que pelos próprios entrevistados, mostrando que a menor utilização do termo moreno não se deve a que este não figure entre as categorias oficiais de classificação étnicoracial. Todavia, a mesma categoria negra aparece com maior utilização relativa que a categoria preta, também por parte dos entrevistadores, aparecendo em terceiro lugar por ordem de importância nos Estados de São Paulo e da Paraíba e alcançando o seu maior valor em Mato Grosso (14,6%), quase igualando o uso do termo moreno nesta Unidade da Federação (16,4%). usado para

<sup>31</sup> PETRUCCELLI, José Luis. Op. Cit., p. 44.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 45.

caracterizar a população em termos étnico-raciais e as análises socioeconômicas têm permitido evidenciar as desigualdades entre as diferentes categorias, os resultados da PCERP 2008 conseguem mostrar que aprimoramentos futuros são possíveis no intuito de melhor refletir as formas como as diversas identidades se expressam e legitimam sua presença no seio da sociedade.

Resta claro que para a população existem categorias diversas em que elas se autodeclaram pertencer, de acordo com variáveis econômicas, sociais e culturais de cada região, não sendo o destinatário final da política facilmente identificado por si mesmo e pelos entrevistadores, principalmente quando são negros do tipo pardo. Há, portanto, uma construção dialética entre a classificação por pelo próprio candidato e outra por terceiros, prevalecendo essa em caso de denúncias, conforme a norma prevê.

Ademais, no âmbito do Poder Judiciário, aplicando de maneira praticamente idêntica diploma citado retro, foi estabelecida de modo muito semelhante a Resolução 203 do CNJ, de 23 de Junho de 2015<sup>33</sup>, fixando o mesmo percentual de reserva de vagas para o provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura nacional:

Art. 1º A reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, dar-se-á nos termos desta Resolução.

Art. 2º Serão reservadas aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no art. 92, I-A, II, III, IV, V, VI e VII, da Constituição Federal e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no art. 92, III, IV, VI e VII.

§ 1º A reserva de vagas de que trata o caput será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Caso a aplicação do percentual estabelecido no caput resulte em número fracionado, este será elevado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para o número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

Art. 3º Os órgãos indicados no caput do art. 2º poderão, além da reserva das vagas, instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio.

Art. 4º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos dos órgãos do Poder Judiciário indicados no art. 2º.

---

<sup>33</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 203 de 23/06/2015. Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.** Brasília, DF, Conselho Nacional de Justiça, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>. Acesso em: 08 jun. 2023.

Parágrafo único. Os editais de que trata o caput deverão especificar o total de vagas correspondente à reserva para cada cargo oferecido.

Art. 5º 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).

§ 1º A autodeclaração terá validade somente para o concurso público aberto, não podendo ser estendida a outros certames.

§ 2º Presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição do certame, sem prejuízo da apuração das responsabilidades administrativa, civil e penal na hipótese de constatação de declaração falsa.

§ 3º Comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Da mesma forma, a instituição da política pública foi estabelecida pelo CNMP através da Resolução 170/2017<sup>34</sup> para todo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas dos Estados, da União e Distrito Federal, praticamente de maneira similar à Lei 12.990/2014, com a diferença que no caso do Ministério Público, a previsão da instituição das bancas confirmação de declaração de etnias constou expressamente<sup>35</sup> no ato normativo regulamentador, pois sua edição foi posterior ao julgamento da ADC 41/DF, adiante tratada, que considerou válida a criação de mecanismos adicionais de verificação étnico-racial.

Nesse toar, no dia 8 de junho de 2017, o plenário do STF, por unanimidade, julgou a constitucionalidade da reserva de cotas para concursos públicos em sede do julgamento da ADC 41/DF.

Na mesma decisão, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, também o procedimento de heteroidentificação e outros meios adicionais para a confirmação da declaração do candidato foram considerados legítimos<sup>36</sup>:

---

<sup>34</sup>BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Nº 170, de 13 de Junho de 2017. Dispõe sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal.** Brasília, DF, Conselho Nacional do Ministério Público, 29 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resolucao-170.pdf>. Acesso em: 08 de jun. de 2023.

<sup>35</sup> Art. 4º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos dos órgãos indicados no art. 2º.[...] § 3º Os candidatos classificados, que tiverem se autodeclarado negros, serão convocados para confirmar tal opção, mediante a assinatura de declaração nesse sentido, perante a Comissão Organizadora do concurso, que avaliará o candidato primordialmente com base no fenótipo ou, subsidiariamente, em quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra.[...]

<sup>36</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41/DF.** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, Data de Julgamento: 08 jun. 2017, Data de Publicação: D.E. 17 ago. 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 8 jun. 2023.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há

outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. 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.

Quanto a definição de quem são os negros e os pardos contudente é trecho do voto do relator:

Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de **determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade.** O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta **algumas vantagens, sobretudo no que diz respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo.** Ela encoraja, ainda, **os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira.** Há, todavia, problemas associados a esse modelo. **Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública.** Esse fato foi apontado pelo Professor Daniel Sarmiento, que afirmou que “é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas, da parte de pessoas que não se consideram efetivamente pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados.

(Grifo nosso)

Na mesma linha:

66. Atenta aos méritos e deficiências do sistema de autodeclaração, a Lei nº 12.990/2014 definiu-o como critério principal para a definição dos beneficiários da política. Nos termos de seu artigo 2º, determinou que “[p]oderão 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”. Porém, instituiu norma capaz de desestimular fraudes e punir aqueles que fizeram declarações falsas a respeito de sua cor. Nesse sentido, no parágrafo único do mesmo artigo 2º,

estabeleceu que “[n]a 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”. 67. Para dar concretude a esse dispositivo, **entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados.** São exemplos desses mecanismos: **a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração.** A grande dificuldade, porém, é **a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira.** (Grifo nosso)

É justamente por haver esse conflito, pela dificuldade de definição, principalmente sobre quem seriam os pardos, e a necessidade de coibir fraudes, que tem ocorrido a judicialização tanto em concursos públicos e em vagas de instituições de ensino superior. Não é simples, pelo contrário, é complexa a definição dos destinatários da política de cotas na modalidade parda.

Mesmo gozando de presunção de legitimidade, por exteriorizar a vontade estatal, elucidativo é o argumento aventado pelo Ministro-Relator no sentido de dar prioridade a autodeclaração ante a verificação, quando pairar razoável dúvida:

68. É por isso que, ainda que seja necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para fins de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, **é preciso ter alguns cuidados. Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos.** Em segundo lugar, **devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato.** 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, modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos.** valecer o critério da autodeclaração da identidade racial.” (Grifo nosso)

Com o julgamento da ADC 41/DF, os questionamentos quanto à constitucionalidade da reserva de cotas foram dirimidos pela Suprema Corte. Nesse diapasão, em interpretação integrativa do disposto nas Leis 12.776/2012, 12.990/2014 e com o julgamento da ADPF 186/DF e ADC 41/DF, entende-se que a adoção de mecanismos de confirmação é extensiva às instituições de ensino superior.

Como será possível ver a seguir, as bancas são órgãos integrantes da estrutura estatal,

sujeitando-se ao mesmo regramento que os demais quanto a deveres e obrigações, havendo também para os sujeitos a mesmas garantias que nos demais casos.

### **3 TIPOS DE IDENTIFICAÇÃO RACIAL, NATUREZA JURÍDICA DAS COMISSÕES DE IDENTIFICAÇÃO, DEVERES E GARANTIAS DOS CANDIDATOS.**

A seção terceira é destinada à caracterização dos dois tipos mais comuns de identificação racial: autoidentificação e heteroidentificação. Em seguida ao estudo da natureza jurídica das bancas de heteroidentificação, seus deveres e obrigações em decorrência da aplicabilidade do direito público e as garantias que guarnecem os administrados.

Para tal, é utilizado como base o estudo doutrinário acerca da qualificação jurídica de órgãos públicos nas doutrinas de Hely Lopes de Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho e Zanella Di Pietro. Conseqüentemente por esse enquadramento, entende-se que os atos produzidos pelos membros bancas de heteroidentificação são pareceres técnicos e vinculantes e no resultado final, com a proclamação da maioria dos votos, nasce um ato administrativo (manifestação da vontade estatal) que produzirá efeitos jurídicos típicos, dando ou retirando um direito a um particular.

Nesse sentido, a consequência é que todos os pressupostos e garantias que são dados em outros processos de identificação objetiva (e.g perícia do INSS, aposentadoria de servidor, concessão de licença e etc) geram uma necessidade de respeito às garantias do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, sendo imprescindível a existência de motivação clara, congruente e compreensível por qualquer que se julgue interessado no processo, principalmente quando da denegação do direito.

#### **3.1 AUTOIDENTIFICAÇÃO E HETEROIDENTIFICAÇÃO: CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRES OS DOIS MÉTODOS**

José Luis Petruccelli<sup>37</sup> define que a autoclassificação se conceitua como: “atribuição de uma categoria étnico-racial escolhida pela própria pessoa”, também chamada processo de identificação ou de classificação” (autoidentificação). Já a heteroidentificação pode ser definida como a: “atribuição de uma categoria étnico-racial a alguém, escolhida por outra pessoa.”

---

<sup>37</sup> PETRUCCELLI, José Luis. *Op cit.*, p. 44.

Observa-se que na edição das normas de reserva de vagas, considerava-se como principal método o da autoidentificação (identificação por si mesmo), ou seja, o candidato declara pertencer ou não a uma etnia: preto, pardo ou indígena, sujeitando-se às sanções por eventual fraude.

Nessa esteira, a Lei Federal nº 12.711/2012 (que estabelece reserva de vagas em instituições de ensino superior e técnico federais) adota esse procedimento como padrão no *caput* de seu artigo 3º. Quanto à Lei Federal nº 12.990/2014, a previsão está em em seu artigo 2º, determinando a anulação e perda do cargo no caso de fraude.

Todavia, após o período de início de vigência da primeira Lei, 30 de agosto de 2012, e da segunda Lei, 10 de junho de 2014, observou-se a ocorrência de fraudes em diversos certames. Na USP, por exemplo, como registra o jornalista Danilo Mello<sup>38</sup> da EBC foram 193 denúncias entre 2017 e 2021:

A Universidade de São Paulo (USP) investiga, atualmente, 193 denúncias de fraudes no sistema de cotas raciais. Candidatos a vagas na USP são suspeitos de ter mentido na autodeclaração para pretos, pardos e indígenas entre 2017 e 2021.

Segundo a Pró-Reitoria de Graduação da USP, a maior parte das denúncias (161) é de estudantes que ingressaram pelo Sistema de Seleção Unificada (Sisu) do Ministério da Educação, e as demais (32) são por ingresso diretamente pelo vestibular da Fuvest.

As denúncias são apuradas pelas comissões de averiguação de invalidação de matrículas. São oito grupos formados por três professores da universidade dos quais pelo menos um é negro.

No período de 2017 a 2021, foram recebidas 381 denúncias de fraude. Dessas, 160 foram descartadas e 27 não tiveram andamento porque os próprios alunos cancelaram a matrícula. Em 2020, uma matrícula no curso de relações internacionais foi invalidada por fraude nas cotas.

Como consequência desse fenômeno, ocorreram mudanças no critério adotado, passando a ser implementado desde logo o processo de heteroidentificação no início de certames, sendo o ponto de virada o julgamento da ADC 41/DF como explicitado na subseção 2.3. Aquilo que era subsidiário e utilizado apenas na instauração de apuração de fraudes,

---

<sup>38</sup>MELLO, Danilo. **USP investiga 193 denúncias de fraude no sistema de cotas raciais**. São Paulo, SP, Agência Brasil/EBC, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/educacao/noticia/2021-07/usp-investiga-193-denuncias-de-fraude-no-sistema-de-cotas-raciais>. Acesso em: 12 ago. 2023.

passou a ser a regra, principalmente com o engajamento do Ministério Público Federal<sup>39</sup> recomendando às instituições de ensino superior à sua adoção.

### 3.2 AS BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUBMISSÃO DE SEUS ATOS AO DIREITO PÚBLICO

Ao refletir-se sobre a natureza das comissões citadas, voltam-se os olhos para o Direito Público, seus conceitos elementares e consequências. Um dos tais é o de órgão. Carvalho Filho<sup>40</sup> conceitua: “órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.”

Assim, ao deliberar sobre a condição étnica de uma autodeclaração, as bancas exercem uma competência estatal de certificar ou não a validade da manifestação do candidato por meio de pareceres e votos.

Dessa forma, o produto de sua atuação é ao término das deliberações uma manifestação de vontade do Estado que produz efeitos jurídicos, podendo ser classificada como ato administrativo. Quanto a esse, Carvalho Filho<sup>41</sup> define:

Não há uniformidade entre os autores quanto ao conceito de ato administrativo, e isso porque o conceito deve atender ao exato perfil do instituto.

Consideramos, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com o fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Acre 5º Ofício. **Recomendação n. 15, de 22 de maio de 2020**. Rio Branco, AC, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-ifac-cotas>. Acesso em: 12 de ago. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal - Procuradoria Da República no Município de Viçosa. **Recomendação MPF nº 1, de 17 de dezembro de 2018**. Viçosa, MG, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://ufop.br/sites/default/files/prm-vcs-mg-00006227.2018.pdf>. Acesso em: 12 de ago. 2023.

<sup>40</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16.

A professora Di Pietro compartilha da mesma visão, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 505.

O mesmo também é o que se pode dizer da visão clássica de Hely Lopes Meirelles, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67.

<sup>41</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 105

administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsume na *vontade administrativa*, ou seja, a exteriorização é considerada como proveniente do órgão administrativo e não do agente visto como individualidade própria. Por isso é que, como vimos, o ato administrativo é um ato jurídico, mas não um negócio jurídico. Daí ser específico o exame dos denominados vícios de vontade no ato administrativo, sendo certo concluir que “o Direito Administrativo escolheu critérios objetivos para disciplinar a invalidação do ato administrativo, podendo prescindir dos chamados ‘vícios de vontade’ existentes no Direito Privado”.

Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com fim de atender ao interesse público.

Nesse toar, observa-se que no mecanismo de heteroidentificação ou confirmação de declaração do candidato, cada avaliador emite parecer ratificando ou rechaçando ser o interessado o destinatário daquele benefício, via de regra, pela presença do fenótipo, exteriorizando quais os motivos que o levaram a essa conclusão por meio de formulários ou meio congênere. Por último, havendo maioria, a presidência da banca anunciará o resultado.

Dessa forma, existem aqui duas questões a serem analisadas: os pareceres individuais vinculados a percepção de critérios objetivos de etnia e raça de cada um dos avaliadores - que podem ser classificados como pareceres técnicos - e o resultado final proclamado pelo órgão colegiado (comissão de heteroidentificação) - o ato administrativo que produzirá os efeitos. Sobre a natureza jurídica do parecer, Carvalho Filho discorre<sup>42</sup>:

Os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se então, que o parecer é *facultativo*. Quando é emitido “*por solicitação de órgão ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio*”, dir-se-á obrigatório. Nessa hipótese, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade.

[...]

Costuma a doutrina fazer referência aos *pareceres vinculantes*, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressaltando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por assim mesmo, só sendo admitidos se a lei o exigir expressamente.

[...]

No que concerne aos pareceres técnicos, Meirelles dispõe<sup>43</sup>:

Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não

<sup>42</sup>*Ibid.*, p. 144.

<sup>43</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 199.

podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

E na definição de órgão colegiado, ensina o mesmo autor<sup>44</sup>:

*Órgãos Colegiados* ou *pluripessoais* são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária de vontade de seus *membros*. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem mesmo a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária.

[...]

Após a votação, os votos vencedores da maioria fundem-se unitariamente num ato *simples* (e não *complexo*, como erroneamente pensam alguns) e os votos vencidos da minoria ficam sem efeito jurídico na constituição do resultado, só servindo para ensejar recurso (embargos), quando legalmente admitido.

Como as deliberações e decisões estão sempre formalmente vinculadas a um procedimento legal para sua emissão e validade, o desrespeito a esse procedimento, tal seja a sua relevância, pode conduzir à nulidade do resultado final.

Dessa forma, ao exteriorizar as suas conclusões por meio de pareceres técnicos, os membros das bancas devem agir conforme as características e requisitos gerais dos atos administrativos, respeitando todos os seus elementos e as garantias dos sujeitos no processo administrativo, como se discorre na subseção a seguir.

### 3.3 DO RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIOS CORRELATOS

Com previsão no artigo 5º, LIV da Constituição Federal<sup>45</sup>, o devido processo legal é garantia dos sujeitos e dever do Estado, sendo considerado direito fundamental de primeira geração, justamente por estabelecer um limite à atuação estatal.

Tal garantia aparece de maneira explícita na Constituição de 1988, podendo ser dividida em termos procedimentais e materiais. Segundo Cunha Jr.<sup>46</sup>, o primeiro tem a ver com a regularidade processual, tocando dessa forma em aspecto formal, sendo intrinsecamente vinculado à legalidade.

No que tange ao segundo, acrescenta o autor, pode ser delimitado pela justa, razoável, adequada e proporcional aplicação do direito, com resguardo de todas as garantias para os sujeitos da relação

Dessa forma, consideram-se duas questões significativas: as bancas devem ser criadas

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>45</sup> Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]

<sup>46</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 650 - 651.

por quem tenha competência legal para sua instituição (e.g. conselhos superiores de universidades, comissões para concursos públicos e seleções), sendo a normativa ou ato normativo autorizador editado sem ambiguidades ou contradições (princípio constitucional da publicidade e eficiências administrativas) e as previsões de aplicação das normas estarem exteriorizadas de maneira clara nos editais desses processos de seleção (legalidade). A outra questão se refere a publicidade ao serem instituídas: todos interessados devem saber quais serão os integrantes delas (impessoalidade, moralidade e eficiência), podendo questionar a sua vida pregressa (v.g. suspeição, interesse, forma de decidir, perícia ou imperícia para decidir sobre a matéria).

Entende-se que as garantias previstas no caput do 2º da Lei do Processo Administrativo Federal, a Lei nº 9.784 de 1999<sup>47</sup>, são de ordem formal (legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica) e material (finalidade, moralidade, interesse público e eficiência). Assim, o processo de instituição dessas comissões deve conter preceitos de reprodução obrigatória que tragam mecanismos que permitam garantir aos sujeitos a correta ponderação entre a proteção da política pública e sua dignidade:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

**VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

**VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**

---

<sup>47</sup>BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, , 11 mar. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 11 jun. 2023.

**VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;**

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

**XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

(Grifo nosso)

O fato de alguém figurar entre os interessados e possivelmente não entre os destinatários da política pública, deve fazer com que ele tenha mais respeito ainda pelo Estado, até mesmo os que de má fé se identificaram como pretos ou pardos, sendo para si sabidamente brancos e para outros.

Nessa senda, figura entre os objetivos primordiais da República Federativa do Brasil: “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>48</sup>, inclusive no dever de decidir do Estado sobre quaisquer sujeitos.

Assim, a garantia ao devido processo legal deve ser operada de modo que todos os aspectos procedimentais sejam levados a cabo antes que uma decisão venha a ser tomada. Do contrário ter-se-ia o arbítrio estatal e o retorno ao absolutismo. Dessa forma, na concepção das bancas devem ser respeitados os mesmos requisitos dos demais atos normativos e em sua atividade os mesmos elementos dos atos administrativos.

Sobre os componentes do ato administrativo, Zanella Di Pietro<sup>49</sup> adota terminologia elementos, considerando que existem cinco, apoiando-se na definição de Cretella Júnior: sujeito, objeto, a forma, o motivo e o fim - ela apenas diverge do autor na nomenclatura, visto que adota sujeito e não agente e finalidade ao invés de fim.

No que tange a Carvalho Filho, os conceitos são praticamente idênticos, o que há de diferente é apenas em relação ao sujeito, tendo em vista que a autora entende como um gênero

---

<sup>48</sup> Art. 3º, IV da CRFB/88.

<sup>49</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 202.

a quem cabe a competência legal para agir.

Nesse passo, Carvalho Filho<sup>50</sup> ensina que são requisitos dos atos administrativos: Competência, Objeto, Forma, Motivo e Finalidade. A competência pode ser definida como a circunscrição que traçou a lei para que o administrador decida sobre a matéria, conforme o poder legal que lhe é dado e subordinado a esse, no nosso caso normalmente deriva de normas de organização.

O objeto tem a ver com o conteúdo do ato, “sendo a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar”. No caso deste trabalho, o objetivo das comissões é garantir que os destinatários (pretos, pardos e indígenas) usufruam da política afirmativa.

Em relação à forma, guarda conexão com o meio pelo qual se manifesta a decisão da banca; já o motivo “como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo”. No caso em exame objeto do presente trabalho deve ser a presença ou ausência do fenótipo.

Finalmente, finalidade: é “o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao *interesse público*”. Trazendo para investigação em apreço, pode-se identificar a finalidade com a promoção da igualdade substancial entre considerável parcela da população historicamente excluída.

A consequência da presença de tais elementos, torna a manifestação individual dos membros da comissão em parecer vinculado, que fica adstrito a presença de fenótipo, com motivação obrigatória. Veja-se a respeito desse tipo de parecer o ensino de Di Pietro<sup>51</sup>:

Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça para sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Continua a autora<sup>52</sup>:

Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa **conceitos técnicos** que dependem da manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida. Assim, quando a lei assegura o direito à

<sup>50</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit.*, p. 21.

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op cit.*, p. 212.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 216.

aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada a laudo técnico, fornecido pelo órgão especializado competente, que concluirá sobre a invalidez ou não para o trabalho; não resta qualquer margem de discricionariedade administrativa.

Outro desdobramento, então, no que se refere a este trabalho, é que como se espera por uma decisão absolutamente técnica. Desse modo, no caso de obscuridade, é factível a possibilidade de nulidade do ato. Portanto, não se considerará como válida a conclusão da banca em que os pareceres ensejadores da decisão foram pouco claros sobre as razões de decidir.

Assim, tanto na instituição como na operacionalização de suas atividades, devem as bancas agir em respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais que proporcionem aos administrados a melhor proteção.

### 3.4 DO RESPEITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

É preciosa a lição do Ministro Gilmar Mendes quanto ao âmbito de proteção do direito à ampla defesa e ao contraditório<sup>53</sup>:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “*Anspruch auf rechtliches Gehör*” (*pretensão à tutela jurídica*) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirma-se, corretamente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos e fatos jurídicos constantes do processo.
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, o que exige do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente as razões apresentadas.

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões (art. 93, IX da CF/88).

---

<sup>53</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 494.

É de especial interesse para este trabalho a conjugação dos três direitos. Quando se considera que o Estado é o interessado primário, operando para conceder ou negar o direito às políticas afirmativas, sendo as bancas órgão julgador, é necessário que se decida precipuamente quais as características devem possuir os candidatos que se sujeitarão ao seu escrutínio.

Nesse sentido andou bem o Poder Público ao criar as Leis de Cotas (Lei Federal 12.711/2012 e 12.990/2014) estabelecendo como destinatários os pretos, pardos e indígenas, tendo definido o fenótipo (traços corporais externos) como requisito para inserção na política pública a cargo da definição do IBGE.

No entanto, para que o primeiro aspecto do direito ao contraditório possa ser devidamente contemplado, faz-se necessário a disponibilização para os interessados de quais os fenótipos serão aceitos ou não pelas bancas.

Veja-se que da mesma forma que na atividade judicante, o Administrador exerce atividade atípica do Poder Judiciário de decidir. Mesmo com o Brasil não adotando o sistema do contencioso administrativo, as suas decisões produzem efeitos praticamente definitivos, somente podendo ser questionadas em virtude de ausência de fundamentação, ilegalidade ou abuso de direito. Tem-se, assim, que o princípio da inafastabilidade de jurisdição é mitigado em virtude da impossibilidade de se decidir acerca do mérito administrativo, conforme firme jurisprudência do STF e tribunais superiores.

No caso que deu início a discussão deste trabalho, o processo 0805174-20.2022.4.05.8500S da 1ª Vara Federal da JFSE, a autora mesmo sendo uma pessoa com traços fenótipos da população parda, não foi considerada pela UFS como destinatária da política afirmativa.

A resposta à sua solicitação resumiu-se apenas ao preenchimento de padrões de respostas pré-formatados, que parecem insuficientes para a apreensão do entendimento dos examinadores da banca de quais são os destinatários ou não das vagas. Seu direito à educação foi negado sem que ela soubesse as razões de forma clara. Assim, a premissa básica de que deve a parte contrária ter acesso a completude da negativa e seus motivos ensejadores foi negada.

Curioso ainda foi quando da interposição de Agravo de Instrumento perante o TRF5: a 7ª Turma do Tribunal, apesar de ter conhecido do recurso, julgou pela sua improcedência baseado na premissa de que decidindo de maneira favorável estaria adentrando ao mérito administrativo.

Casos como esse repetem-se diuturnamente no Poder Judiciário, a saber: a) movido

por candidata com indefinição de traços étnicos contra a UFS sede do SISU, 08024397720234058500<sup>54</sup> na 3º Vara Federal da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. b) No processo contra o IBAMA e CEBRASPE, por candidato com pele preta e traços fenotípicos claramente negroides em sede de concurso e seleções sob o nº 08028116020224058500<sup>55</sup> na 1º Vara Federal da mesma seção judiciária. c) O processo 08027021220234058500<sup>56</sup>, em face do Instituto AOCF e TRT-19, com a negativa a candidatura por supostamente a examinada não preencher os requisitos de fenótipo, mesmo possuindo ela pele preta e outros traços negroides e já tendo sido aprovada em outro concurso por banca de heteroidentificação. d) Há em face da UFS o processo 08017194720224058500<sup>57</sup>, em que autora, tendo sido enquadrada como parda pela UFS em 2021 para o curso de letras português, teve sua vaga indeferida em novo certame, havendo discrepância forma de decidir da própria instituição, como aborda a sentença proferida pelo juiz da 3º Vara Edmilson da Silva Pimenta.

Se é verdade que o traço fenótipo pardo é de difícil determinação, também é verdade que não se pode cogitar que seja violada a ampla defesa ao não se saber por que não preenche um critério. Como abordado na seção anterior, boa parte da população na sua autoidentificação pensou ser de um tipo étnico quando na heteroidentificação foi identificado em outro tipo pelo pesquisador do IBGE.

Logo, se existe essa discrepância, não deveria atuar o Estado pela preservação da segurança jurídica com vez que figura em não poucas ações em que são questionados os parâmetros adotados pelos examinadores?

Noutro giro, no que se refere ao segundo direito, observa-se que o direito de

---

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. 3º Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0802439-77.2023.4.05.8500**. Juiz: Edmilson da Silva Pimenta. Data de Julgamento: 27 abr. 2023. DJE: 28 abr. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=a38b9f5341911eefe98afe4f4bf3d862>. Acesso em: 2 ago. 2023.

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. 1º Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0802811-60.2022.4.05.8500**. Juíza: Telma Maria Santos Machado. Data de Julgamento: 3 mar. 2023. DJE: 3 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=142fa0c609bc4f39c9e92a351ffb5115>. Acesso em: 2 ago. 2023.

<sup>56</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. 1º Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 08027021220234058500**. Juíza: Telma Maria Santos Machado. Data de Julgamento: 11 maio 2023. DJE: 11 maio 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=142fa0c609bc4f39c9e92a351ffb5115>. Acesso em: 2 ago. 2023.

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. 3º Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0801719-47.2022.4.05.8500**. Juiz: Edmilson da Silva Pimenta. Data de Julgamento: 28 mar. 2023. DJE: 28 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=02e7dae8f11f5ff540e718e2f7991eff>. Acesso em: 2 ago. 2023.

manifestação muitas vezes é puramente formal. A prática administrativa e forense revela que o contraditório, mesmo sendo princípio de alçada de direitos fundamentais, torna-se apenas aspecto meramente formal. O particular revela a sua pretensão de se insurgir via recurso e acaba fazendo isso oralmente ou de forma escrita.

Todavia, no recebimento muitas vezes a administração pública denega, parecendo não se ater aos fundamentos aventados pelo sujeito. Enquanto estagiário da Defensoria Pública da União foi possível constatar que em matéria previdenciária os médicos do INSS não poucas vezes ignoram relatórios médicos dos pacientes em que constam claramente a existência de doenças e incapacidades.

Além disso, também na seara administrativa outra dificuldade que se revela é em relação a morosidade da Administração decidir quanto à existência ou não do direito do sujeito. Segundo o jornal Extra<sup>58</sup>, os requerimentos para a concessão de auxílio-doença, possuem a média de 145 dias, estando muito claro que a Administração Pública Federal está em débito com os administrados.

Mesmo como o acordo realizado em sede de Recurso Extraordinário 1.171.152/SC<sup>59</sup> a Autarquia Federal segue desrespeitando a Constituição Federal (Razoável duração dos processos<sup>60</sup> e a eficiência). A realidade se aproxima muito mais de um Estado de Coisas Inconstitucional do que a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

No caso específico deste trabalho, é preciso levar em conta o direito de ver considerados os seus argumentos. Corriqueiramente, o que se vê é a deturpação do direito do administrado. Multas são aplicadas sem que saiba a razão, sanções são estabelecidas, tributos lançados em duplicidade e outras situações.

Nesse passo, a presunção de legitimidade, o poder de império, a superioridade do interesse público em detrimento do privado, não colocam o Estado num patamar que o exime do cumprimento do direito fundamental ao contraditório.

Com respeito a atuação das bancas de heteroidentificação em fase recursal, eis que sua

---

<sup>58</sup>EXTRA. **Tempo médio de espera por benefício do INSS é de 85 dias. Fila de pedidos que aguardam concessão no país chega a 1,2 milhão de requerimentos.** Rio de Janeiro, RJ, EXTRA, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/noticia/2023/03/tempo-medio-de-espera-por-beneficio-do-inss-e-de-85-dias.gh.html>. Acesso em: 23 jun. 2023.

<sup>59</sup>BRASIL. Advocacia Geral da União. **Termo de Acordo no Recurso Extraordinário 1.171.152/SC.** Brasília, DF, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/outras/minuta-final-do-acordo.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

<sup>60</sup> Art. 5º[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

tarefa é mais nobre que a banca primária: tem a missão de esmiuçar as razões apontadas como corretas pelo candidato para sua inclusão no programa social ou rechaçar de maneira igualmente clara dando a palavra final sobre a vida de um sujeito.

Analogamente, é necessário também refletir que ao Poder Judiciário é consagrado o chamado livre convencimento motivado do julgador. Devendo decidir, mas sempre de maneira fundamentada. De maneira similar, no caso das bancas, eis que não há um ato administrativo totalmente discricionário, que erige os examinadores a categoria de soberanos e inquestionáveis, muito pelo contrário, por estarem revestidos do múnus público é que devem considerar detidamente as razões apresentadas.

Nesse sentir, ao serem considerados os três âmbitos de amplitude do direito à ampla defesa e o contraditório: o direito de informação, direito de manifestação e por último o direito de ver seus argumentos considerados, ocorrerá que o candidato tem o direito de ser informado de maneira exaustiva de se preenche ou não os requisitos, devendo ter a sua eventual discordância da decisão recebida e considerada, sem qualquer tipo de parcialidade ou personalismo pelos examinadores e que deve ter seus argumentos detidamente levados em conta.

Consequentemente, no caso negativo, o arbítrio seria consagrado e a garantia constitucional seria aspecto meramente formal, o que está muito longe da vontade do legislador originário e de uma hermenêutica que privilegie a dignidade da pessoa humana como prisma da aplicação do direito público e privado em todas as esferas do Estado brasileiro.

### 3.5 A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como tratado nas subseções anteriores, não é possível se falar em devido processo legal (seja em seu aspecto formal ou material) ou em ampla defesa e contraditório (direito de informação, direito de manifestação e direito de ter seus argumentos considerados) sem considerar a motivação nos atos administrativos.

Pode-se afirmar que tal garantia processual e material estaria embutida nos princípios do devido processo legal e na ampla defesa: “Art. 5º[...]LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”

Ademais, o princípio implícito também aparece no *caput* do artigo 37 da Constituição (Impessoalidade e Publicidade). Além disso, em 2004 foi editada a emenda constitucional nº 45, alterando o inciso X do artigo 93 da CRFB/88 e trazendo a alçada constitucional a necessidade de motivação dos atos administrativos do Poder Judiciário.

Destarte, o pressuposto dessa espécie aparece nos artigos 2º *caput* e incisos VII e IX e art. 50 *caput* da Lei do Processo Administrativo Federal, havendo a clara necessidade de sua presença nas decisões administrativas do Poder Executivo Federal.<sup>61</sup> Nesse passo, José dos Santos Carvalho Filho define<sup>62</sup>:

Motivo, como vimos, é a situação de fato (alguns denominam de “circunstâncias” por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação, como sintetiza CRETELLA JR., “*é a justificativa do pronunciamento tomado*”, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram à manifestação de vontade

Desse modo, por também submeterem-se ao direito público, as bancas devem externalizar os motivos que levaram a aceitar ou rejeitar a autodeclaração do candidato. Via de regra, muito em função da necessidade da celeridade, esses órgãos fazem isso de maneira muito simplificada através de questionários padrão e respostas pré-formatadas.

Assim, a consequência é que apenas os avaliadores sabem quais são as características da população negra que possuem ou deixam de possuir os exames para serem enquadrados ou não, não havendo prévio acesso ao entendimento dos membros das bancas e não sendo possível a compreensão ao homem médio.

Tal feito tem sido motivo de diversas controvérsias jurídicas, como observado em processos da assistência jurídica gratuita na Defensoria Pública da União, principalmente quanto à população negra do subgrupo pardo. Nesse diapasão, o Ministro Luís Roberto Barroso ao julgar a ADC 41/DF, reconhece que existem casos em que é difícil determinar a existência ou não do fenótipo, com a ocorrência de zonas cinzentas, como abordado na subseção 2.3 deste trabalho

Consequentemente, em virtude desse cenário, o raciocínio que se impõe é que em casos tais, as bancas não devem se limitar meramente a reproduzir padrões de resposta, negando um direito ao sujeito, que sempre se viu como pardo, foi identificado pela sua

<sup>61</sup>No Estado de Sergipe, o princípio está previsto de maneira explícita na Lei Complementar nº 33/1996, no artigo 4º, inciso VII e no artigo 71 e parágrafos. Para consulta em [https://al.se.leg.br/arq\\_transparencia/arq\\_organizacao/lei\\_complementar\\_33.pdf](https://al.se.leg.br/arq_transparencia/arq_organizacao/lei_complementar_33.pdf). Acesso em 24 de jun. de 2023.

<sup>62</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 118.

Zanella Di Pietro entende da mesma forma. Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 210.

família, amigos, por alguma Secretaria de Segurança Pública, que apresenta ascendência preta paterna direta ou materna, apresentando claramente traços dos fenótipos da população negra.

Não se sabe, ou se sabe de maneira muito genérica como decidiram os membros da banca: se o candidato apresenta 80% de traços fenótipos negros, se apresenta 60%, ou apresenta 20%, ou seja, se é adotado um critério de graduação de cor; de percentual, escala de formatos de crânio, quais os cabelos aceitos ou não. Por isso, é indispensável que os atos emanados das bancas tenham fundamentação adequada ao caso concreto e sejam claros.

Dessa forma, diante dos argumentos levantados, entende-se que seria recomendável a definição de zonas de aceitabilidade, formadas por tonalidades de cores, tipos de cabelo, formatos de crânio, existência ou inexistência de barba, formado por um banco de imagem de pessoas destinatárias da política pública, dado o tamanho do Brasil e a existência tantos concursos públicos isso poderia ser facilmente efetuado.

As misturas preto + branco (Afrodescendente), preto + indígena (Afro-indígena), preto + pardo (Afrodescendente), preto + asiático (Afro-asiático) é que são a matriz genética do polêmico tipo subtipo étnico do fenótipo negro-pardo (Afrodescendentes de pele clara) poderiam com facilidade serem catalogadas e adotada uma paleta de cores, como fazem diversas empresas de produtos cosméticos, padrões de corpo, cabelo, barba, crânio, como fazem revistas especializadas em moda, a exemplo da classificação de fototipo ou escala de Fitzpatrick<sup>63</sup>.

Ou seja, no caso concreto, várias combinações passam por um exame extremamente subjetivo. E nesses casos a descrição individual pelos examinadores é que deve ser essencial. Se houvesse um escalonamento de pontuações, ou percentuais de cada parcela do fenótipo negro, havendo a média do percentual final, com as variáveis determinantes, de acordo com um banco de dados com a possibilidade de acesso para os interessados, se estaria diante de um cenário que a motivação estaria externada de forma clara e mais de acordo com as bases legais e constitucionais.

É necessário também dizer que uma vez que a razoabilidade e proporcionalidade estão entre os princípios constitucionais, eles devem ser contemplados na aplicação da norma pelas bancas. Nesse passo, é cabível lembrar a lição de Mendes<sup>64</sup> que também há inconstitucionalidade pelo desrespeito a tais, ocorrendo a mensuração de se finalidade da

---

<sup>63</sup>SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. **Classificação dos fototipos de pele**. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível: <https://www.sbd.org.br/cuidados/classificacao-dos-fototipos-de-pele/>. Acesso em: 02 jun. 2023.

<sup>64</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Op cit.*, p. 246 a 247.

norma constitucional foi atingida ou não na aplicação do direito ao caso concreto, havendo limites para atuação discricionária do Estado, como por exemplo na apuração da legitimidade de suas ações.

Outrossim, Dirley da Cunha afirma que a segurança jurídica: “visa, pois, a garantia da certeza e estabilidade das relações ou situações jurídicas (vertente *objetiva* da segurança jurídica) e a proteção à confiança ou a confiança legítima (vertente *subjetiva* da segurança jurídica”<sup>65</sup>. Tratando-se de garantia de que o Estado agirá de boa-fé e para preservação da paz social, nos termos do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, o artigo 20 da LINDB<sup>66</sup> estabelece que nas esferas administrativa, controladora ou judicial, não se decidirá com base em valores abstratos<sup>67</sup> e o artigo 30<sup>68</sup> da legislação determina que as autoridades devem agir para aumentar a segurança jurídica, por meio de instrumentos, que terão caráter vinculante até sua revogação.

Havendo nas bancas de heteroidentificação uma clara operação de reconhecimento da existência ou não dos fenótipos das populações destinatárias da política de cotas, dado o alto grau de controvérsia, deveria haver edição de normas regulando os limites positivos e negativos de sua atuação e sobre a necessidade de disponibilização prévia do entendimento dos avaliadores em relação ao que consideram ou não reconhecem como fenótipos.

Isso, como falado anteriormente, se daria por meio do detalhamento do parecer individual de cada examinador e por meio da consolidação do pensamento majoritário das bancadas através de banco de unificação de reconhecimento de fenótipo.

É cabível pontuar também, que subtipo pardo é um dos mais difíceis de definição, sendo em concursos públicos e seleções não reconhecido ou tratado como pessoa branca. A questão assume relevos tortuosos, já que as zonas de incertezas não são combatidas como deveriam pelo Estado.

Se o Judiciário tem mostrado ser avesso aos questionamentos sobre a matéria, aceitando como motivados a mera repetição de padrões de respostas e se os examinadores possuem entendimento mais flexível ou rigoroso sobre quem são esses destinatários, é extremamente atentatório à paz social que o cenário permaneça como está.

Não se questiona de modo algum neste trabalho a legitimidade ou a necessidade de

---

<sup>65</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op cit.*, p. 647.

<sup>66</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, De 4 De Setembro De 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro, D.O.U, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em 02 jun. 2023.

<sup>67</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

<sup>68</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

implementação da política afirmativa, muito pelo contrário, na seção 2 é realizada a sua defesa em aspectos históricos e jurídicos. O que não se apoia é que num país como o Brasil, com boa parte da população se identificando como parda, em 2010, segundo o Senado Federal<sup>69</sup>, 43,42%, cerca de 82.820.452, quase cem milhões de pessoas se entendiam por pardas.

Ao cogitar-se que pelo menos 60% dessas declarações emanaram de percepção enganosa ou inapropriada, restariam cerca de 33.128.180,8 de pessoas, em termos atuais, praticamente 15% da população, totalmente enganadas? Não é razoavelmente possível que a situação esteja correta, se existe judicialização em muitos processos seletivos e concursos é por falta de esclarecimento da população ou arbitrariedade e imprecisão do Estado, ou ainda as duas coisas.

Diante do quadro, o Estado precisa adotar mecanismos que permitam a proteção do interesse público, mas sem o tolhimento de direitos e garantias fundamentais, garantindo que todos os pressupostos formais e materiais dos atos administrativos serão respeitados, os direitos e garantias dos candidatos preservados e precípua necessidade promover a igualdade substancial no Brasil seja efetivada.

---

<sup>69</sup>BRASIL. Senado Federal. Responsabilidade Social. **População Brasileira – 2010 (Censo IBGE)**. Brasília, DF, Senado Federal, [s.d.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/oel/panorama-nacional/populacao-brasileira>. Acesso em: 24 jun. 2023.

#### **4 CONTROLE JUDICIAL DAS BANCAS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO: UM RECORTE JURISPRUDENCIAL**

A seção em comento cuida da análise acerca do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição e da impossibilidade de o Poder Judiciário via de regra não intervir nas atividades do Poder Executivo. No caso do objeto de estudo deste trabalho, foca-se na atuação das bancas de heteroidentificação e quando o Estado-Juiz adentrará: ilegalidade, ausência de motivação e abuso de poder, fixando-se como premissa a Jurisprudência dominante nos Tribunais sobre a temática.

Por isso, estão divididas da seguinte forma as subseções: um estudo acerca da inafastabilidade de jurisdição e separação dos poderes e a impossibilidade de se decidir sobre o mérito administrativo, na subseção primeira. A subseção segunda é dedicada ao estudo dos principais motivos que dão ensejo a intervenção do Poder Judiciário em relação a concursos públicos aplicável também às bancas de heteroidentificação. A última subseção destina-se ao estudo acerca da possibilidade de atuação retroativa das bancas de heteroidentificação quando não havia previsão editalícia em certame anterior, contendo a visão da matéria dos Tribunais acerca da temática.

##### **4.1 A INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES: A IMPOSSIBILIDADE DE DECIDIR SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO.**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu corpo, no artigo 2º caput, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si. Assim, em nome da separação entre os Poderes e sua independência, não há que se tolerar que um intervenha no outro, sendo possível apenas a operação do chamado sistema de freios e contrapesos.

Todavia, a mesma Carta eleva ao patamar de direito fundamental e garantia processual que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, em reforço a isso, em outras partes do texto constitucional (entre os artigos 101 e

126) estão previstas competências para dirimir conflitos entre particulares e particulares, entre particulares e os entes federativos, entre entes federativos e entes federativos e entre entes federativos e organismos e estados internacionais pelo Poder Judiciário.

Nessa toada, sobre a inafastabilidade jurisdicional, o Ministro Gilmar Mendes leciona que existe uma proteção judicial efetiva, consistindo na proteção contra lesão ou ameaça consolidada ou potencial, seja de um confronto com o Estado ou de um confronto particular, dando-se por ação ou omissão dos sujeitos<sup>70</sup>. No mesmo sentido ensina Dirley da Cunha<sup>71</sup>.

Por seu turno, para Moraes<sup>72</sup>, no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, em regra, não há necessidade de curso forçado da instância administrativa, todavia, a exceção se dá no caso da Justiça Desportiva (art. 217, §1º da CRFB/88). É importante dizer, também, que em alguns casos é necessário a existência de prequestionamento administrativo para que esteja configurado interesse de agir, como nos Benefícios do INSS - tendo decidido o STF no RE 631.240/MG<sup>73</sup>, fixando a tese no tema 350 como repercussão geral na mesma oportunidade. Mais tarde, também em 2014, o STJ no julgamento de casos repetitivos, aplicou o mesmo entendimento no tema repetitivo 660<sup>74</sup>: "(...)a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo"

Noutro giro, cabe afirmar que legislador constituinte originário optou atribuir ao Poder Judiciário o papel de mediação de conflitos sociais, políticos e normativos, erigindo a sua palavra a última em termos de possibilidade de litigância entre as partes. No entanto, é necessário dizer que o Estado, por meio do Poder Executivo, também gerencia suas próprias realidades de conflito, não através de códigos processuais tão robustos, como o Código de Processo Civil ou o Código de Processo Penal, mas opera verdadeira atividade de decidir entre uma coisa e outra por meio de Códigos ou Leis de Organização Administrativa e Normas de Procedimentos Administrativos, com suas decisões sendo guarnecidas do chamado mérito administrativo.

Nessa esteira, para o professor Carvalho Filho tal instrumento consiste no juízo acerca da conveniência e oportunidade na realização de determinado ato praticado pelo

---

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Op cit.*, p. 438 - 439.

<sup>71</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op cit.*, p. 646 - 647.

<sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2002. p. 103.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 631.240/MG**. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Plenário, 3 set. 2014. DJE, 10 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 660**. Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES. Primeira Seção, 24 set. 2014. DJE, 2 dez. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=660&cod\\_tema\\_final=660](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=660&cod_tema_final=660). Acesso em: 28 ago. 2023.

administrador público<sup>75</sup>.

Assim, tal feito seria prática legítima e concedida somente ao Administrador Público, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir acerca de critérios que recaem sobre a discricionariedade do agente público, havendo firme posicionamento dos Tribunais Superiores quanto a existência e prevalência do instituto, cabendo apenas a avaliação quando esse fugir dos parâmetros da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade<sup>76</sup>.

Carvalho aponta que o posicionamento dos tribunais superiores tem sido assim desde a década de 1990, como decidiu o STJ: “é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei” e o STF: “ao judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial”.

Também em relação a temática, decidiu ao julgar o STF o RE 632.853/CE<sup>77</sup> no tema 485, firmando a tese que não compete ao Poder Judiciário substituir banca examinadora de concursos e seleções:

- Recurso extraordinário com repercussão geral.
2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes.
  3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes.
  4. Recurso extraordinário provido.

Há assim, jurisprudência firmada no sentido de que o Judiciário não intervirá (veja-se também o RE 1166265 ED-AgR-EDv-AgR/RS<sup>78</sup> com a mesma posição). Além disso, o STF também firmou entendimento pela preservação da segurança jurídica de candidatos na edição do enunciado da súmula 684<sup>79</sup>: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” e no tema 338<sup>80</sup>: “A exigência do exame psicotécnico em

<sup>75</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>77</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 632.853/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário, 23 abr. 2015. DJE, 29 jun. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307111179&ext=.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>78</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1166265 ED-AgR-EDv-AgR/RS**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal. Data de Julgamento: 24 ago 2020. DJE: 17 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431562/false>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>79</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 684. Enunciado**. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça, p.5, 09 out. 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3631>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>80</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 758533/MG**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal. Data de Julgamento: 26 mar. 2010. DJE: 5 ago. 2010. Disponível em:

concurso depende de previsão em lei e no edital, e deve seguir critérios objetivos”.

Há, portanto, um caráter dúplice em relação ao mérito administrativo, no caso do presente estudo sobre atos de bancas examinadoras: se de um lado o Judiciário praticamente não aceita a revisão judicial, a permite como exceção em casos em que há violações legais ou editalícias. O entendimento vem sendo aplicado pelos juízes e tribunais, funcionando como cláusula de barreira para que se entre com esse tipo de demanda.

#### 4.2 PRINCIPAIS MOTIVOS ENSEJADORES: VÍCIO DE LEGALIDADE, MOTIVAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e no artigo 37 caput que a legalidade é um dos princípios para atuação da Administração Pública.

Ambos são expressões do princípio da legalidade, sendo para o Estado a sua mais importante baliza de atuação, portanto, sua ausência fere de morte os atos praticados pelo administrador público, não se podendo falar em aproveitamento ou convalidação, mas em nulidade. Como decidiu o STF ao editar enunciado da súmula 473<sup>81</sup>:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Do mesmo modo, existe a previsão expressa na Lei do Processo Administrativo Federal, em seu Art. 53: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”. Consequentemente, não há um simples exame lastreado numa discricionariedade do Administrador Público, mas um dever de combater ilegalidades quando elas aparecerem.

Outrossim, como se observa no art. 5º, XXXV, a lesão ou ameaça a direitos é objeto da proteção do Poder Judiciário, dessa forma, tendo um particular o seu direito violado pelo

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>81</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Sessão Plenária de 03/12/1969. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, Diário Jurídico, 10 dez. 1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 26 jun. 2023.

Estado ou na iminência de sê-lo, deve utilizar dos instrumentos processuais cabíveis para a sua manutenção.

No caso das bancas de heteroidentificação, elas foram constituídas, conforme lei e construção jurisprudencial, como abordado nas seções 2 e 3 deste trabalho, não se questionando de modo algum a sua legitimidade ou necessidade, mas apenas casos em que atuam em contrariedade ao ordenamento pátrio.

Observe-se que a partir do momento em que elas tolhem a defesa de candidatos por abusar do poder (privando os candidatos da vaga sem argumentação consistente), cometem atos que violam a ordem constitucional e legal (violação à finalidade, impessoalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

Tome-se como exemplo a questão da aplicação do conceito abstrato pardo pelos examinadores e a negativa a candidatos no âmbito da Universidade Federal de Sergipe: a Resolução 61/2022<sup>82</sup> do CONEPE estabelece o procedimento de heteroidentificação entre os artigos 11 e 17 e em relação aos recursos a partir do 18, determinando que podem os critérios ser de 4 tipos: cabelos, tons de pele, traços faciais e outros, havendo 4 respostas padronizadas: duas para sim, duas para não: reconhecimento por unanimidade, reconhecimento por maioria, negativa por unanimidade e negativa por maioria. Ao fim, ainda existe uma folha de padronização em que devem os avaliadores se manifestar quais foram as características apresentadas. Posto isso, considere-se agora o caso concreto de divulgação dos resultados no site da UFS em sede de recurso para dois candidatos<sup>83</sup>:

A COMISSÃO RECURSAL CONSIDEROU POR UNANIMIDADE, QUE O CANDIDATO POSSUI AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DA POPULAÇÃO NEGRA (PRETOS E PARDOS). DESSA FORMA, A COMISSÃO CONFIRMA A AUTODECLARAÇÃO DO CANDIDATO” e “A COMISSÃO RECURSAL CONSIDEROU POR UNANIMIDADE, QUE O CANDIDATO NÃO POSSUI AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DA POPULAÇÃO NEGRA (PRETOS E PARDOS). DESSA FORMA, A COMISSÃO NÃO CONFIRMA A AUTODECLARAÇÃO DO CANDIDATO

O candidato sabe apenas que teve a sua participação interrompida por maioria ou unanimidade, mas não sabe quais as razões para isso. Se ele recorre, recebe a mesma resposta do órgão inicial no órgão recursal. Como, então, garantir a aplicação dos três âmbitos de

---

<sup>82</sup>BRASIL. Fundação Universidade Federal de Sergipe. **Regulamenta os Procedimentos de Heteroidentificação Complementar à Autodeclaração**. São Cristóvão, SE, Fundação Universidade Federal de Sergipe, [2023]. Disponível em [https://daffy.ufs.br/uploads/page\\_attach/path/17457/informativo\\_61\\_2023.pdf](https://daffy.ufs.br/uploads/page_attach/path/17457/informativo_61_2023.pdf). Acesso em: 13 maio 2023.

<sup>83</sup>BRASIL. Fundação Universidade Federal De Sergipe. **Resultado da Avaliação Recursal de Heteroidentificação - 31.01.2023**. São Cristóvão, SE, Fundação Universidade Federal de Sergipe, [2023]. Disponível em [https://pos.ufs.br/uploads/page\\_attach/path/17145/RESULTADO\\_POSGRAP\\_10\\_\\_1\\_.pdf](https://pos.ufs.br/uploads/page_attach/path/17145/RESULTADO_POSGRAP_10__1_.pdf). Acesso em: 13 maio 2023.

proteção da ampla defesa, como abordado na seção 3 desta monografia?

Não só na UFS, mas em outras universidades federais e bancas de concursos, em respeito à legalidade (já que as leis de organização administrativa praticamente repetem o teor da lei do processo administrativo federal), deve-se garantir a primazia da Constituição em garantir paridade de armas entre o Estado e o Particular.

As garantias no processo, seja judicial ou administrativo, devem ser substantivas, pois não há que se falar em ampla defesa e contraditório quando somente o Estado torna-se detentor do conhecimento e priva o sujeito de uma política pública de modo não claro.

No caso em exemplo, tem-se apenas o âmbito formal de proteção, por não haver possibilidade que os candidatos tenham acesso a entendimento prévio do julgador (direito de informação), nem eventual recurso com possibilidade de aceitação (direito de manifestação) e o direito de ver seus argumentos considerados. Mesmo que os julgadores sejam pessoas dotadas de alta expertise sobre o tema, isso não os torna imunes ao dever de garantir a ampla defesa e contraditório.

Nessa quadra, o CPC, em seu artigo 15, traz importantes preceitos de aplicação subsidiária ou supletiva a outras leis processuais ou procedimentais: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”.

Entende-se que uma vez que se tenha por fito ampliar o âmbito de proteção dos administrados e o aumento da segurança jurídica, é possível a aplicação do CPC. Defende-se neste trabalho que o artigo 489<sup>84</sup> do Codex deve ser aplicado como forma de garantir o devido processo legal juntamente com o artigo 50 da Lei do Processo Administrativo Federal:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

**I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**

---

<sup>84</sup>BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março De 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, DOU, 13 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 26 jun. de 2023.

**II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**

**III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**

**IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

**V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes** nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

**VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada **a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé**

(Grifo nosso)

Em relação ao processo civil, tendo em vista o artigo aludido, são os elementos básicos da sentença: relatório, os fundamentos e o dispositivo. Assim, conseqüentemente, aplicando-se a norma de maneira análoga aos pareceres, constariam os pressupostos básicos na decisão administrativa: relatório, os fundamentos e as conclusões (dispositivo).

Nesse passo, ocorre, na verdade, é que pareceres e outras decisões que assim necessite a Administração para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, possuem esses dados, garantindo maior publicidade e proteção aos sujeitos. Todavia, sua existência não é tão robusta ou frequente como em sentenças.

No caso concreto da UFS, a Resolução 61/2022 determina em seu artigo 17: “Cada integrante da comissão regular e recursal se manifestará individualmente, por escrito, através de formulário disposto no Anexo IV desta Resolução” e seu §1º que “O procedimento de heteroidentificação realizado pela comissão será registrado em formulário próprio, disposto no Anexo V desta Resolução o qual será assinado pelo presidente”

A princípio, isso parece satisfazer as exigências do devido processo legal da ampla defesa e contraditório. Como dito acima, são critérios de 4 tipos, mas quando os examinadores se limitam ao preenchimento de respostas pré-formatadas com tinta (similar a padrão resposta de provas objetivas de concurso público), isso de modo algum exprime uma motivação que poderá proporcionar o candidato o devido entendimento de possuir ou não o direito.

No processo que inspirou a criação deste trabalho<sup>85</sup>, a procuradoria da UFS alegou que motivação sucinta também é motivação e que ela estaria presente. *Data maxima venia*, tal argumento não encontra guarida no ordenamento pátrio. Na verdade, isso fere a razoabilidade e proporcionalidade, tolhendo o princípio da máxima defesa do administrado frente ao Estado. Viola também o artigo 50, §1º da Lei do Processo Administrativo Federal: “§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”.

Assim, tendo em vista a garantia da proteção do sujeito e preservação da política afirmativa, entende-se que é necessário o maior cuidado com presença da motivação explícita no ato administrativo, estando ainda de modo claro e compreensível. Devendo ser concedido o amplo acesso ao candidato, não só sobre que será utilizado o critério fenotípico, assim como quais os fenótipos aceitos pelos avaliadores e porque eventualmente o seu não se enquadra.

Consequentemente, caso isso não seja respeitado, deve o Poder Judiciário intervir a fim de restabelecer a ordem constitucional por vício de constitucionalidade e legalidade. Foi o que decidiu o STJ<sup>86</sup> no caso de concurso para provimento de vagas para ingresso magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, em que a banca não explicitou os critérios de correção das provas de sentenciamento:

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRADO. PROVA PRÁTICA DE SENTENÇA CÍVEL E CRIMINAL. PONTUAÇÃO. ESPELHO DE PROVA. DUE PROCESS ADMINISTRATIVO. RESPOSTAS-PADRÃO GENÉRICAS. ILEGALIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA**

1. Reanaliso os autos após as considerações sempre muito bem fundamentadas apresentadas no voto do eminente Ministro Og Fernandes.
2. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança contra ato do Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público para provimento do cargo de Juiz de Direito Substituto do Estado do Rio Grande do Sul em que requerem os recorrentes "que seja declarada a nulidade das provas de sentenças (civil e criminal), atribuindo-se aos impetrantes a pontuação a elas correspondentes, necessária ao escore de aprovação, ou, subsidiariamente, seja refeita a etapa referente às provas de sentença com as observâncias legais", bem como a declaração de "ilegalidade do ato que eliminou os impetrantes do concurso por não ter atingido a nota de corte (6,0

<sup>85</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AI nº 08125305520224050000/SE**. Relator: Desembargador Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho, 7ª Turma, Data de Julgamento: 25 mar. 2023, Data de Publicação: D.E. 25 mar. 2023. Disponível em <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=69edb66b092787fe275a2efaaf5eca2d>. Acesso em: 13 maio 2023.

<sup>86</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 58.373/RS**. Rel. Min. Ministro Herman Benjamin. 2ª Turma. Data de Julgamento: 16 out. 2018. DJE: 12 dez. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761426&num\\_registro=201802010973&data=20181212&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761426&num_registro=201802010973&data=20181212&formato=PDF). Acesso em: 13 maio 2023.

pontos) nas provas de sentenças, assegurando-se a eles a participação na terceira etapa do certame e, se aprovados, nas etapas seguintes".

3. Aduzem os recorrentes **que não obtiveram nota suficiente para aprovação na prova prática de sentença cível e criminal e que a falta de transparência quanto aos critérios utilizados na correção, com a ausência de divulgação dos espelhos da prova válidos que discriminassem a atribuição das notas aos itens reputados necessários**, sendo genéricos os parâmetros veiculados nos espelhos divulgados, inviabilizou a elaboração de adequado recurso administrativo. **CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DA COMISSÃO JULGADORA DO CONCURSO PÚBLICO (TEMA 485 DO STF)**

4. Analisando a controvérsia sobre a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que avalia questões em concurso público, o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, firmou a seguinte tese: "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." (Tema 485. RE 632.853, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-125, Divulg 26/6/2015, Public 29/6/2015).

5. A jurisprudência do STJ segue o entendimento da Suprema Corte no sentido de vedar ao Poder Judiciário, como regra, substituir a banca examinadora do concurso público para se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, visto que sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do certame. A propósito: RMS 58.298/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/9/2018; AgInt no RMS 53.612/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/3/2018; RMS 49.896/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 2/5/2017; AgRg no RMS 47.607/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2015.

6. Não obstante a impossibilidade de o Poder Judiciário, em matéria de concurso público, substituir a **banca examinadora do certame para alterar os métodos de avaliação e os critérios de correção das provas, situações concretas dos concursos públicos podem sinalizar que aspectos de legalidade foram vulnerados, exigindo o controle jurisdicional do ato administrativo. DEVER DA MÁXIMA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA DO CERTAME PÚBLICO**

7. O princípio do concurso público de status constitucional (arts. 37, II, c/c 93, I, da CF/1988) tem como premissa essencial a máxima publicidade e transparência do certame. A concretização desse direito fundamental à lisura do processo seletivo se realiza pela criação de regras gerais e impessoais para a seleção dos ela Banca Examinadora em todas as etapas do certame, bem como pela divulgação aos candidatos, de forma a possibilitar a apresentação de questionamentos por meio da interposição de recursos administrativos em relação aos atos por ela praticados. **ILEGALIDADE NA APRESENTAÇÃO DE ESPELHO DE PROVA PRÁTICA DE SENTENÇA COM PADRÃO DE RESPOSTA GENÉRICO**

8. No caso concreto, os recorrentes insurgem-se contra o espelho da prova apresentado após a realização dos testes de sentença, reputando-o genérico e carecedor de critérios de correção, o que teria inviabilizado a adequada interposição do recurso administrativo contra a nota atribuída pela Comissão.

9. As notas concedidas pela Comissão Julgadora do concurso público foram **publicizadas em espelho no qual constavam genericamente os padrões de resposta esperados pela Comissão Julgadora, com tópicos de avaliação (I. Relatório; II. Fundamentação; III. Dispositivo; IV. Utilização correta do idioma oficial e capacidade de exposição; e, na sentença criminal, item IV. Dosimetria da pena e V. Utilização correta do idioma oficial e capacidade de exposição),**

**atribuindo-se a pontuação máxima em relação a cada item avaliado e a respectiva nota do candidato (fls. 35-37; 83-85; 123-125; 163-165).**

10. De fato, o espelho de prova apresentado pela banca examinadora possui padrões de resposta genéricos, sem detalhar quais matérias a Comissão entendeu como de enfrentamento necessário para que seja a resposta tida por correta, o que impossibilitou aos impetrantes/candidatos exercerem o contraditório e a ampla defesa.

**11. Somente após a interposição do recurso administrativo é que a Administração apresentou, de forma detalhada, as razões utilizadas para a fixação das notas dos candidatos, invertendo-se a ordem lógica para o exercício efetivo do direito de defesa em que primeiro o candidato deve ter conhecimento dos reais motivos do ato administrativo para depois apresentar recurso administrativo contra os fundamentos empregados pela autoridade administrativa.**

12. Assim, considero que, no caso concreto, há de ser aplicada a parte final do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853), quando afirmou a Suprema Corte que "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", por identificar ilegalidade no ato administrativo de divulgação de espelho de prova com respostas-padrão genéricas, inviabilizando o efetivo direito de recorrer dos candidatos em relação ao resultado da prova prática de sentença.

**13. Recurso em Mandado de Segurança provido para declarar a nulidade da prova prática de sentença cível e criminal, determinando que outra seja realizada pela Banca Examinadora, permitindo-se a continuidade dos recorrentes no certame público caso aprovados nas respectivas fases do concurso.**

(Grifo nosso)

Assim, também há ilegalidade por motivação genérica ou insuficiente, que como exposto na ementa aqui transcrita, viola o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório. É necessário que se saiba por que o Estado tomou esta ou aquela decisão em face a uma mesma situação. É premissa básica do Estado Democrático de direito que o ente estatal não pode realizar tudo que deseje, mas apenas aquilo que a lei lhe autoriza.

O nível de controle que exerce sobre a vida dos sujeitos, se muito ou pouco, deve ser marcado por uma atuação estatal igualmente transparente. Não se pode restringir o direito fundamental de natureza social, como à educação superior, sem uma justificativa razoável. Da mesma forma em relação a poder integrar a Administração Pública direta e indireta, os Poderes Legislativo e Judiciário, e demais cargos com provimento pela via do concurso, sem que seja dado o direito ao candidato de saber precisamente a forma como seu direito foi negado ou concedido.

No caso em testilha, se vislumbra que a única coisa que sabem os examinandos, de maneira muito genérica, em relação às bancas de heteroidentificação, é que elas se destinam a

aferição da existência da cor. Dessa forma, o administrado se desloca até elas, com certa confusão de que tem ascendência negra (genótipo) se matricula no processo seletivo e somente descobre no dia se era ou não destinatário da política afirmativa (não possui o fenótipo negroide).

Isso gera uma enorme insegurança jurídica nas operações estatais. Repise-se: o encerramento da participação de candidatos, somente pode-se ocorrer mediante externalização clara e congruente dos motivos, a esse respeito leciona Carvalho Filho<sup>87</sup>:

A congruência entre as razões e do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios. Em ambos se exige que a conduta do administrador **não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem tenham como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta.**

(Grifo nosso).

Ou seja, se a finalidade das bancas de é promover a igualdade substancial ao ensino superior, promovendo o acesso de pessoas em situação de vulnerabilidade histórica, seria de bom alvitre que se proporcionasse o amplo acesso aos critérios para participação ou não na política pública.

A clareza e a congruência na cognição da matéria pelo julgador, indicando porque aceitou um rejeitou um argumento, enfrentando ainda todos os que poderiam afastar a sua conclusão. O entendimento de que naquele mesmo caso os argumentos de precedentes se aplicam ou não, e ainda, realizar a devida ponderação entre a prevalência ou não de um princípio sobre outro no caso concreto, são atividades muito comuns ao Poder Judiciário. Por que não podem também ser para os Administradores Públicos, já que existe a previsão expressa no artigo 15 do CPC?

Nessa quadra, em 2016, no “Concurso Público para Provimento de Cargos Técnico-Administrativos em Educação”<sup>88</sup>, o IFPA elaborou tabela com padrões avaliativos<sup>89</sup> que dava ao candidato a oportunidade de saber se ele estaria enquadrado enquanto destinatário

<sup>87</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>88</sup>BRASIL. Instituto Federal do Pará. **Concurso Tae 2016**. Belém, PA, Instituto Federal do Pará, [2016]. Disponível em: <https://ifpa.edu.br/documentos-institucionais/0000/concurso-tae-2016/2711-anexo-iv-padro-es-avaliativos/file>. Acesso em: 27 jun. 2023.

<sup>89</sup>BRASIL. Instituto Federal do Pará. **Concurso Tae 2016. Anexo IV – Padrões Avaliativos**. Belém, PA, Instituto Federal do Pará, [2016]. Disponível em: <https://ifpa.edu.br/documentos-institucionais/0000/concurso-tae-2016/2711-anexo-iv-padro-es-avaliativos/file>. Acesso em: 27 jun. 2023.

da política de reserva de cotas. Todavia, após críticas de especialistas<sup>90</sup>, antropólogos e outros, o formulário foi colocado de lado, justamente por restringir a população beneficiária da política pública. Naquele ano existia a predominância da autodeclaração em certames, todavia, após reiteradas fraudes, o sistema de heteroidentificação passou a ser a regra.

Se antes não era correto delimitar, hoje é preciso, todavia isso deve ser feito respeitando todos os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos. O IFPA, em 2016, estabeleceu em formulário de heteroidentificação 27 possibilidades de tratamento positivo da situação do administrado, e outras 27 possibilidades de tratamento negativo. Destarte, foram 3 possibilidades de avaliação positiva da cor preta, 3 positivas da cor parda, no que tange ao tipo de boca e dentes, foram 9 possibilidades positivas diferentes. No caso da Universidade Federal de Sergipe, foram apenas 4 critérios: cabelo, tom de pele e traços do rosto e outros. De modo que o parecer da banca deve ser apresentado em 8 linhas conforme o formulário da portaria da Prograd.

Entretanto, entende-se que não é razoável tampouco proporcional que decisões que denegarem direitos de administrados, restringindo o rol de direitos subjetivos, quais sejam prestações positivas do Estado de modo a promover a entrada de grupos socialmente vulneráveis, sejam atos administrativos que padecem de clareza e alto grau de discricionariedade.

Sobre à proporcionalidade preleciona Gilmar Mendes<sup>91</sup>:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação princípio da constitucionalidade ou da proibição de excesso [termos germânicos suprimidos], que se releva mediante contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade [termo germânico suprimido] ou ao princípio da proibição de excesso [termo germânico suprimido] qualidade da norma constitucional não escrita.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso da proibição de excesso no direito constitucional, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa. Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesversfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução dos seus fins, acrescentando que “uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional basear-se em um erro de prognóstico” – *BverfGE*, 25:1 (12).

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio

<sup>90</sup>G1 PARÁ. Após polêmica, IFPA retira trecho de edital sobre aparência para cotistas. Belém, PA, G1 PARÁ, 2 set. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2016/09/apos-polemica-ifpa-retira-trecho-de-edital-sobre-aparencia-para-cotistas.html>. Acesso em: 27 jun. 2023.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Op cit.*, p. 255.

é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais

E continua<sup>92</sup>:

A Corte Constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade.

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, sobretudo naqueles que envolvem normas de conformação extremamente abertas (cláusulas gerais; formulas marcadamente abstratas). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva e todos os aspectos e circunstâncias que compõe cada caso ou hipótese de aplicação.

No mesmo sentido Carvalho Filho<sup>93</sup>:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob o seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens

Consequentemente, ocorrem as seguintes questões: se é verdade que a população afrodescendente do país é muito vasta, também é verdade que precisa ser delimitado o alcance da política pública. Se é verdade que a declaração do próprio candidato é o melhor método, sendo extremamente democrático, há também a necessidade de coibir fraudes. E se existe uma comissão que possui o conhecimento acerca dos verdadeiros beneficiários da política pública, também é verdade que se faz necessário que aqueles que não forem enquadrados, sejam merecedores de esclarecimentos.

Consequentemente, é necessário considerar e trazer à baila o princípio da precaução. Carvalho Filho<sup>94</sup> aponta:

“Esse princípio tem origem no direito ambiental, efetivamente foro próprio para seu estudo e aprofundamento. Significa quem, em caso de risco de danos graves e degradação ambientais, medidas preventivas devem ser adotadas de imediato, ainda

<sup>92</sup> Ibid., p. 261 - 262.

<sup>93</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>94</sup> Ibid., p. 42-43.

que não haja certeza científica absoluta, fator este que não pode justificar eventual procrastinação das providências protetivas. Autorizada doutrina, a propósito, já deixou consignado que, existindo dúvida sobre a possibilidade de dano, “a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato”.

Atualmente, o axioma tem sido invocado também para a tutela do interesse público, em ordem a considerar que, se determinada ação acarreta risco para coletividade, deve a Administração adotar postura de precaução para evitar que eventuais danos acabem por concretizar-se. Semelhante cautela é de todo conveniente na medida em que se sabe que alguns tipos de dano, por sua gravidade e extensão, são irreversíveis ou, no mínimo, de difícil reparação”

O dano a ser evitado, no caso em estudo, além de eventual injustiça, em zonas de incerteza. Tratar-se-ia também da proteção à população afrodescendente parda, a mais vulnerada. Foi o que ocorreu no caso a seguir, dando ensejo a reforma na seara jurisdicional<sup>95</sup>:

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EDITAL 1/2018 DFP/PF. RESERVA DE VAGAS PARA CANDIDATOS NEGROS. HETEROIDENTIFICAÇÃO. ELIMINAÇÃO DO CERTAME. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PRETÉRITO PROMOVIDO PELA MESMA BANCA EXAMINADORA. FALTA DE RAZOABILIDADE. ILEGALIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO.

1. No caso, a **autodeclaração do autor foi rejeitada, por unanimidade, ao argumento de que, pela avaliação fenotípica realizada a partir do vídeo de sua entrevista, não ficam evidentes as características que confirmariam de maneira significativa a identificação do candidato como negro.** Rejeita-se os argumentos apresentados pelo candidato, uma vez que não apresenta o conjunto das características fenotípicas da raça negra conforme critério do edital, item 6 e que o candidato não apresenta fenótipo de acordo com as exigências do edital do concurso (fl. 155).

2. As fotografias do autor constantes de documentos acostados aos autos (fls. 152 e 236) **indicam, para um leigo, não se tratar de hipótese de certeza negativa nem de certeza positiva.** Em tal situação, como regra, deve preponderar a decisão unânime da comissão de heteroidentificação, mais habilitada que o magistrado para concluir sobre a condição de negro dos candidatos. No entanto, há uma peculiaridade no presente caso. **O apelante já foi aprovado como candidato cotista em outros concursos públicos promovidos pela mesma entidade que conduziu o presente certame (CEBRASPE), quais sejam, para cargos do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (fl. 159) e do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, ambos em 2017 (cargo de Técnico Judiciário Área: Administrativa).** Ao que tudo indica, nesses dois concursos também se realizou a verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros.

3. Conforme votei recentemente na Sexta Turma, **se não há consenso na banca de heroidentificação no caso a que me refiro, o autor foi reprovado por maioria de votos dos membros da banca de heteroidentificação, havendo um voto favorável ao candidato -, não se afigura razoável sua exclusão das cotas raciais, visto que essa divergência reflete a opinião de grande parte da população, que é quem, de fato, avalia e até discrimina a pessoa em razão de suas características fenotípicas.** Seguindo o mesmo raciocínio, se o ora apelante foi considerado negro por duas outras comissões de heteroidentificação pouco tempo antes (2017), tudo indica que parte significativa da população tende a considerá-lo

<sup>95</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. AC 1016257-39.2019.4.01.3400, Relator: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (CONV.), Sexta Turma, Data de Julgamento: 03 abr. 2023, Data de Publicação: 10 abr. 2023. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 8 de jun. 2023.

como tal, mesmo a nova banca tendo chegado a conclusão contrária. Nessa situação, somente seria possível desconsiderar totalmente os resultados recentes de duas bancas anteriores caso, no exame das fotografias do autor, se chegasse a uma conclusão de certeza negativa, ou seja, de que ele manifestamente não é pessoa negra. Mas não é esse o caso.

4. É ilegal o ato administrativo da **comissão avaliadora, prevista no edital regrador do certame, designada para analisar a veracidade da autodeclaração prestada pelos candidatos negros ou pardos, que conclui pela eliminação de candidato do concurso público por entender que não possui fenótipo pardo, contrariando, assim, decisão administrativa de comissão avaliadora de outro certame**, porém da mesma banca examinadora, que aprovou o mesmo candidato como apto a concorrer às vagas destinadas aos candidatos negros e pardos (AC 1006570-77.2015.4.01.3400, Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa, Quinta Turma, PJe 11/02/2019). No mesmo sentido: REOMS 1001899-69.2019.4.01.3400, relator Juiz Federal convocado Ilan Presser, 5T, PJe 08/09/2020; AC 1016311-05.2019.4.01.3400, relatora Desembargador Federal Daniele Maranhão Costa, 5T, PJe 09/04/2021).

5. Apelação provida, reformando a sentença para afastar o ato administrativo pelo qual o autor foi reprovado na avaliação de heteroidentificação, assegurando-lhe participação nas demais etapas do concurso, bem como nomeação e posse no cargo de Agente de Polícia Federal, de acordo com a ordem de classificação.

6. Condenação da União ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), já considerado o serviço adicional do advogado do autor, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

(Grifo nosso)

Não é nenhum pouco razoável que o Estado, seus órgãos e agentes se comporte com parcialidade ou com arbitrariedade. Nesse caso, o candidato foi excluído em 2019, sendo apenas em 2023 reconhecido que era destinatário da política, levou-se 4 anos e depois do constrangimento ele recebeu apenas uma indenização de R\$5000,00 por um constrangimento desnecessário e prolongado. Ocorreu também em caso similar na FURG para matrícula em ensino superior julgado pelo TRF-4<sup>96</sup>:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍTICA DE COTAS. AUTODECLARAÇÃO. CONTROLE POSTERIOR. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. INSCRIÇÃO. NÃO HOMOLOGADA. RECONHECIMENTO SOCIAL DA IDENTIDADE AUTODECLARADA. ATO ADMINISTRATIVO DESARRAZOADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O STF reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 12.990/14, por entender válida a reserva de vagas, sujeitando a autodeclaração a legítimo controle administrativo, segundo o critério de heteroidentificação, e desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

---

<sup>96</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. AC n. 5002706-21.2021.4.04.7101/RS. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO, 3º Turma, Data de Julgamento: 27 set. 2022, Data de Publicação: D.E. 30 set. 2022. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41664576606116937493522501498&evento=40400383&key=f87a0adb5be0a1c0154961b90fb37f368eeac101cd36ffb61e6d2881bd e24f9c&hash=aa5dda5af5157730e86031145a852b86](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41664576606116937493522501498&evento=40400383&key=f87a0adb5be0a1c0154961b90fb37f368eeac101cd36ffb61e6d2881bd e24f9c&hash=aa5dda5af5157730e86031145a852b86) Acesso em: 8 jun. 2023.

2. Embora a autodeclaração sirva, num primeiro momento, de autorização para o candidato concorrer às vagas reservadas aos cotistas, é inevitável que essa declaração pessoal seja submetida posteriormente ao escrutínio da Administração Pública, a fim de se coibir eventuais fraudes.
3. 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 aos candidatos negros (pretos ou pardos).
4. Não cabe ao Poder Judiciário desconstituir tais decisões com base apenas no fundamento de insuficiência da motivação administrativa, até porque não existem parâmetros objetivos estritos para se definir o conceito fenotípico de negro (preto ou pardo).
5. Justamente por essa razão é criada uma Comissão Especial, formada por membros especialistas na temática, os quais têm as credenciais para emitir o parecer mais coerente possível para cada caso concreto, a fim de contribuir para que a seleção dos beneficiários das cotas seja assertiva e consistente em termos de política pública de inserção dos grupos a que ela se destina.
6. Considerando a diversidade presente na população negra brasileira, quando se trata de situação concreta capaz de gerar dúvidas, entendo que a comissão de heteroidentificação terá de buscar elementos de convicção subsidiários para fundamentar sua decisão.
7. As fotos pessoais da autora demonstram que ela possui fenótipo de pessoa negra (parda), ou seja, enquadra-se entre as possíveis vítimas de preconceito por sua aparência, fazendo jus à reserva de vaga. Comprovou, igualmente, que seu pai e avós paternos são negros, corroborando sua declaração. Ademais, já teve sua autodeclaração reconhecida em concurso anterior.

### 4.3 VIOLAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO: A ATUAÇÃO RETROATIVA DAS BANCAS EXAMINADORAS NA VISÃO DO STJ E DE TRF 'S.

No direito administrativo um dos princípios balizadores da realização dos concursos é a vinculação ao instrumento convocatório. Nesse ponto, popularmente se diz que o edital é a lei do concurso, ou seja, cada concurso está vinculado ao edital que o rege e, caso não haja previsão editalícia para o cumprimento de determinada obrigação para o candidato ou para o Estado, a exigência dessa seria ilegal. A esse respeito perquire Di Pietro<sup>97</sup>:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja a nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode

---

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 360.

Carvalho Filho entende de maneira similar. cf.: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 255.

descumprir as normas e condições previstas em edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

Assim, não pode a Administração deixar de cumprir as normas editalícias de qualquer certame consolidado, sob pena de ocorrência de ilícito ou abuso de direito. Ademais, o ordenamento pátrio introduziu a categoria de direito fundamental à segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI). Tal direito é mais bem precisado nos três âmbitos de garantia: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada. Define a LINDB:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico **perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.** (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se **adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.** (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

No caso em cotejo, muitos certames determinavam como método de certificação da étnico-racial a autoidentificação, assim, se alguém se entendesse enquanto pardo ou preto ou indígena, bastaria a sua própria declaração nos termos do IBGE, todavia, como abordado nas seções 2 e 3 deste trabalho, há discrepância entre o entendimento dos entrevistadores e dos entrevistados quanto aos critérios de definição de raça, dependendo ainda da dialética entre diversos fatores socioambientais.

Consequentemente, o ato realizado por concursado ou discente de instituição e ensino superior agora atingido por bancas de heteroidentificação estaria coberto pelo manto do ato jurídico perfeito e do direito adquirido por uma ausência de previsão editalícia na época de abertura do certame.

Todavia, as normas relativas à reserva de cotas determinam que na possibilidade de existência de fraude, deve ocorrer a verificação, respeitado o direito à ampla defesa e o contraditório. No entanto, mesmo havendo para o Estado a possibilidade por imposição legal, estar-se-ia tal ação limitada pela prescrição quinquenal. Elucidativa é a previsão do artigo 54 da Lei Federal 9784/99 quanto a possibilidade de anulação dos atos administrativos (autotutela):

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos, contados da**

**data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.**

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

(Grifo nosso)

Pelo exposto, a fraude à reserva de cotas raciais estaria abrangida pelo lapso de cinco anos. Tal feito também se aplica aos estados e municípios, de maneira subsidiária, como decidiu o STJ ao editar o enunciado da súmula 633<sup>98</sup>.

No ponto, esclarecedora são as lições de Carvalho Filho<sup>99</sup>:

Os princípios da segurança jurídica e da confiança passaram a constar de forma expressa no art. 54, da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, nos seguintes termos: “*O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco anos), contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”. A norma, como se pode observar, conjuga os aspectos de tempo e boa-fé, mas dirige-se essencialmente a estabilizar as relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos inquinados de vício de legalidade.

A consequência é que a ação do Estado deve ser baseada na existência ou não de má fé e em caso de esdrúxula e evidente fraude e ainda assim limitados pelo prazo decadencial. No caso de editais já consolidados, marcados pela autoidentificação, pelos princípios expostos, entende-se que é possível a atuação retroativa, mas apenas quanto ao âmbito sancionador e fiscalizatório: ao tomar conhecimento de uma denúncia, deve a Administração convocar o candidato para averiguar se seu caso é ou não de boa-fé, e caso não seja reconhecido, deve submetê-lo a escrutínio, garantida a ampla defesa e o contraditório, nos termos do artigo 54 da Lei Federal 9.784/1999.

Por último, a adoção para a verificação retroativa, isto é, sem previsão em edital anterior, tem sido motivo de controvérsias nos tribunais pátrios, sendo, por vezes, julgada procedente e, em outros casos, improcedente. Decidiu o STJ<sup>100</sup>:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENSINO.

<sup>98</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 633-STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus, [s.d]. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a3fc981af450752046be179185ebc8b5>. Acesso em: 14 ago. 2023

<sup>99</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.794.413/RS**. Relator: Ministro Og Fernandes. Plenário, Data de Julgamento: 27 ago. 2019, Data de Publicação: D.E. 06 set. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900258290&dt\\_publicacao=06/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900258290&dt_publicacao=06/09/2019). Acesso em: 26 jun. 2023.

VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489, § 1º, E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. AUSÊNCIA. COTAS RACIAIS. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS APÓS A FINALIZAÇÃO DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não se configura a ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que a Corte regional julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

3. Em se tratando de disputa de vagas em Universidades Públicas reservadas pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

4. **O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas por ambas as partes, as quais não podem ser modificadas com o certame já finalizado, como no caso dos autos, porquanto o recorrido realizou concurso vestibular em 2015 e as novas regras foram estabelecidas pela administração em 2016.**

5. Recurso especial a que se nega provimento.”

(Grifo nosso)

Decidiu também em sentido favorável ao administrado o TRF-3<sup>101</sup>:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AÇÃO AFIRMATIVA. COTA RACIAL. AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL. SUPERVENIENTE MUDANÇA PARA O CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.**

1-No caso em exame, a autora foi aprovada no curso de Medicina, dentro do número de vagas previstas como cotista L2 (Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas), com renda familiar bruta per capita igualou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, conforme o Edital 01, de 06/01/2017, entregando todos os documentos necessários para sua matrícula bem como atendendo todos os requisitos exigidos, na época, pela autoridade impetrada.

2-Após transcorrido o período de 2 anos, com base em denúncias e notícias nas mídias, a Universidade houve por bem instituir uma banca para verificação da veracidade da condição de cotista dos alunos que apresentaram autodeclaração de serem negro/pardo, por meio do Edital Conjunto PROAES/PROGRAD nº 03/2019, de 15/02/2019.

3-A decisão administrativa da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul em apurar a veracidade das informações declaradas pelos candidatos a fim de afastar fraudes revela-se correta, em princípio. Entretanto, no caso em tela, não é razoável que a autora tenha ingressado na Universidade em 2017, e, somente em 2019, após 2 anos, tenha decidido a instituição verificar a validade da autodeclaração racial.

4-A conduta da IES fere, flagrantemente, o princípio da razoabilidade e contraria o preceito constitucional, previsto no art. 205 da CFRB/1988, de que a educação será incentivada.

5-Remessa oficial não provida.

<sup>101</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Remessa Necessária Cível nº 5000232-51.2017.4.03.6000/MS**. Relator: Desembargador Federal Nery da Costa Junior, 3ª Turma, Data de Julgamento: 17 dez. 2021, Data de Publicação: D.E. 17 jan. 2022. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=02a521bc3677d63260eb6e930a876a9a5354bec7a7a476296d323e0a56a9e2817511d22d0bf29e9bb493a9cd82ae23d96664543a4a4c284c&idProcessoDoc=251468438>. Acesso em: 8 jun. 2023.

(Grifo nosso)

Afinado no mesmo diapasão o entendimento do TRF-5<sup>102</sup>:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. ALUNO VETERANO (INSCRIÇÃO NO PROCESSO SELETIVO SISU 2018). ATO DE CONVOCAÇÃO PARA SUBMISSÃO AO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE INGRESSO. RECURSO DO IMPETRANTE PROVIDO.

1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que, proferida em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar atinente à declaração de nulidade do ato de convocação do impetrante exposto no edital 58/2021/PROGRAD, e de que não fosse aplicado o procedimento de heteroidentificação de forma retroativa, inclusive novas convocações ao discente (submissão à validação das condições apontadas quando da matrícula).

2. O agravante, argumenta, em síntese, que: a) foi pego de surpresa com a convocação, uma vez que não tinha conhecimento de nenhuma denúncia formal por parte da Universidade e, também, não tinha qualquer previsão expressa desta possibilidade no edital de ingresso em 2018.1, apenas sendo convocado uma semana antes do procedimento, isto após três anos e meio de graduação; b) tal procedimento não pode retroagir para os alunos que ingressaram na instituição antes de 2020, conforme ajustado pela UFS com o MPF no Termo de Ajustamento de Conduta nº 1/2020 (firmado em 20/01/2020), o qual determinou a instauração da banca de heteroidentificação para validar a autodeclaração dos alunos que ingressarem na instituição a partir dos novos editais, sem menção expressa, em qualquer passagem, à retroação da atividade da comissão. Destaca que não existe nenhum vício na sua matrícula, eis que cumpriu todas as condições exigidas pelo edital de ingresso, sendo relevante destacar que a UFS utilizou como critério unicamente o genótipo, baseado apenas na autodeclaração de acordo com a metodologia aplicada pelo IBGE. Pontua que trata de tentativa de submeter à autodeclaração racial firmada pelo discente à comissão de heteroidentificação, que será coordenada exclusivamente sob a ótica do critério fenotípico, o que não encontra previsão expressa e nem amparo no edital do qual participou o agravante (Edital nº 46/2018/PROGRAD), quando de seu ingresso na Universidade. Ressalta que consta no TAC, firmado entre a UFS e o MPF/SE, que a instalação da comissão de heteroidentificação deve atender, como um de seus requisitos mínimos à sua aplicação, a sua regular previsão nos editais dos processos seletivos e concursos públicos realizados pela UFS, como mecanismo de controle e fiscalização do sistema de cotas (descabe aplicar o procedimento de forma retroativa).

3. Sobre o tema, a Segunda Turma deste Tribunal entende que o col. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 41/DF, não só reconheceu ser constitucional a Lei 12.990/2014 como também afirmou ser legítima a adoção de critérios subsidiários, além da autodeclaração do candidato, para a identificação como negro/pardo, a exemplo da exigência de análise presencial pela comissão do concurso (heteroidentificação), exatamente como previsto no edital.

---

<sup>102</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AI nº 0812531-74.2021.4.05.0000/SE**. Relator: Des. Federal Paulo Cordeiro, 2ª Turma, Data de Julgamento: 08 fev. 2022, Data de Publicação: D.E. 10 fev. 2022. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=1d302fae464ca7f34921df0bdf259c44>. 8 jun. 2023.

4. A utilização de outros critérios além da própria declaração do candidato que pretende concorrer a uma vaga dentro das cotas destinadas para pretos e pardos, desde que respeitada a dignidade humana e o exercício de defesa, é de fundamental importância para dar efetividade à ação afirmativa em questão, justamente por configurar uma cautela contra a prática de fraudes (e aqui se acrescenta: até mesmo contra uma equivocada percepção do candidato, ainda que sem má-fé, de sua própria condição fenotípica - o que levaria ao mesmo resultado proclamado pelo STF).

5. Entretanto, no caso dos autos, tem-se que se trata de candidato que realizou a prova do ENEM em 2017, inscreveu-se no processo seletivo do SISU 2018.1, alcançando pontuação suficiente (709,82), tendo ingressado no curso de Direito da UFS, através do Grupo H2 (candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 do salário-mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas), quando o edital regente do certame (Edital 01/2018/PROGRAD) exigiu apenas a autodeclaração.

6. A matrícula do impetrante foi realizada de forma regular em 2018 (pré-matrícula em 05/02/2018 - id. 4058500.5314526), estando o mesmo cursando a referida graduação, desde 04/2018 até hoje (cerca de três anos e meio).

7. Além disso, tem-se que a referida comissão de heteroidentificação que requisitou a presença do aluno (com base no Edital 58/2021 PROGRAD - ID. 4058500.5314515), ora agravante, foi criada em atenção ao TAC 001/2020 (cujo objeto é a implementação em todos os processos seletivos de ingresso de alunos nos quais haja reserva de vagas para a população pretos, pardos e indígenas - PPI, de comissão de heteroidentificação para fins de avaliação da autodeclaração do candidato - art. 1º), o qual, em sua cláusula segunda, faz referência expressa aos "processos seletivos de ingresso de discentes cujos editais venham a ser publicados a partir da data do referido documento" (20/01/2020 - id. 4050000.28547032), bem como exige a previsão nos editais dos processos seletivos (cláusula terceira, alínea "a").

8. Diante desse cenário, não cabe a referida convocação do aluno, impetrante/gravante, pela referida comissão de heteroidentificação formada, para fins de avaliação da autodeclaração (feita em 2018) com base em características fenotípicas (*in casu*, descabimento da heteroidentificação de forma retroativa).

9. "O momento para se aferir se o candidato atende às condições para ingresso na Universidade é até a conclusão do certame, ou seja, até quando o candidato é aceito e, então, matriculado. Após isso, não é dado à instituição de ensino retroagir no tempo e pretender cancelar matrícula de aluno que nela já ingressou, mormente quando já cursados mais de três anos, como na hipótese dos autos". (TRF5, 2ª T., PJE 0801546-22.2019.4.05.8308, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data da assinatura: 21/10/2021)

10. Agravo de instrumento provido.

Em linha oposta, há, no entanto, decisão do TRF-5<sup>103</sup>:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO SELETIVO UFS/SISU. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. EDITAL Nº 58/2021/PROGRAD/UFS.

---

<sup>103</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível Nº 805376-31.2021.4.05.8500/SE**. Relator: Des. Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, Data de Julgamento: 22 maio 2022, Data de Publicação: D.E. 31 maio 2022. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=90e9b1bf23be677716dd218f91e08f8>. Acesso em: 8 de jun. 2023.

CONVOCAÇÃO PARA APURAÇÃO DA VALIDADE DA AUTODECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL APRESENTADA POR OCASIÃO DO INGRESSO NA UNIVERSIDADE. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO A POSTERIORI NO EXERCÍCIO DO PODER-DEVER DE AUTOTUTELA. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação cível interposta pela impetrante contra sentença que denegou a segurança pela qual objetivava a declaração de ilegalidade da realização de procedimento complementar de heteroidentificação previsto no Edital nº 58/2021, bem como ser desobrigada de comparecer à comissão e a determinação para que a autoridade impetrada se abstinhasse de lhe aplicar qualquer sanção administrativa, especificamente, o cancelamento da sua matrícula.

2. O cerne da questão reside em saber se a impetrante, ora apelante, tem direito líquido e certo a não se submeter ao exame da comissão de heteroidentificação para fins de apuração da validade da autodeclaração de pessoa preta/parda apresentada quando do seu ingresso na universidade pelo SISU/UFS 2019.1, regido pelo Edital nº 46/2018/PROGRAD.

3. A sentença denegou a segurança ancorando-se nos seguintes fundamentos: (a) A constitucionalidade de tais medidas já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 186/DF e na ADC nº 41/DF, ocasião em que a Corte assentou, também, a legitimidade do procedimento de heteroidentificação, fundado no exame do fenótipo, para distinguir os beneficiados pela política pública. Assim, a autodeclaração realizada pelo candidato no momento da inscrição no certame não constitui, portanto, método exclusivo ou definitivo, podendo ser confrontada com a identificação conduzida por terceiros. (b) Inexiste irregularidade decorrente de aplicação retroativa do TAC, uma vez que não é disso que se trata, mas, sim, do exercício da autotutela em escopo superior ao exigido pelo TAC, o que, por si só, não é vedado. A Administração Pública, no exercício da autotutela, possui o poder-dever de zelar pela conformidade dos atos nela praticados com o ordenamento jurídico, devendo anular aqueles eivados de vícios e podendo revogar os atos válidos, por conveniência e oportunidade, conforme preceituam as Súmulas 346 e 473 do STF. (c) Ao assegurar o regular cumprimento da política de cotas raciais instituída pela Lei 12.711/2012, impedindo que pessoas que não fazem jus à reserva de vagas dela se beneficiem, a UFS atende aos princípios da legalidade e da igualdade. (d) Trata-se de mera apuração, pois a eventual não confirmação da autodeclaração pela Comissão não ensejará o cancelamento imediato da matrícula do discente pela UFS, conforme prevê o Edital nº 58/2021/PROGRAD, de modo que eventuais indícios de fraudes serão apenas encaminhados ao MPF para adoção das providências cabíveis, que incluem o eventual ajuizamento de ação cível para anulação da matrícula e de ação criminal, se for o caso. (e) O Edital nº 46/2018/PROGRAD (id. 4058500.5329459), que regu o processo seletivo ao qual a apelante se submeteu, respalda a ação administrativa, pois referiu expressamente, no item 29, que "o candidato que, comprovadamente, apresentar documentos falsos, fornecer informações inverídicas, utilizar quaisquer meios ilícitos ou descumprir as normas deste Edital será eliminado do processo seletivo e perderá o direito à vaga, a qualquer tempo, mesmo depois de matriculado, estando sujeito à aplicação das penalidades legais", não havendo que falar em violação à vinculação ao edital. (f) Não se cuida, aqui, da heteroidentificação como etapa confirmatória da autodeclaração durante o processo seletivo, mas de medida adotada posteriormente à efetivação da matrícula para apurar, diante de denúncias, a veracidade da autodeclaração, de modo que o exame dispensa prévia e detalhada disciplina no edital do certame. (g) Os atos eivados de vício de legalidade são passíveis de anulação sem que, por isso, se possa falar em ofensa ao ato jurídico perfeito ou à segurança jurídica, não estando a matrícula imune a controle posterior de legalidade, como sucede com todos os atos administrativos. (h) A realização da heteroidentificação combatida é instrumento legítimo para identificar os casos de burla, para que sejam adotadas as medidas cabíveis, pois não há direito adquirido a

burlar o sistema de cotas. (i) O fato de o ato administrativo ter se originado de denúncia anônima não macula a sua higidez, tendo em vista que a denúncia anônima que aponta irregularidade na Administração Pública deve ser apurada - o que, por si só, não representa lesão a qualquer direito de terceiro.

4. A sentença deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, que são adotados como razões de decidir. Com efeito, embora a Lei nº 12.711/12 de reserva de cotas nas instituições federais de educação superior não tenha previsto expressamente mecanismo de detecção de fraude ou inexatidão da autodeclaração, a tese da legitimidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 41/DF, sendo aplicável igualmente aos processos seletivos de ingresso no ensino superior. Segundo o entendimento firmado pelo STF "*É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa*" (ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

5. Registre-se, ainda, que é pacífico na jurisprudência e na doutrina nacionais que a Administração pode rever seus atos quando eivados de nulidade, havendo inclusive Súmula do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: *Súmula 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

6. Esta eg. Terceira Turma, analisando demanda similar à presente, decidiu que, diferentemente da implantação das comissões de heteroidentificação como fase/etapa confirmatória da declaração durante o processo seletivo, o Edital nº. 58/2021 PROGRAD da UFS visa combater fraudes, tratando-se de uma atuação do Poder Público, *a posteriori*, no exercício de seu poder-dever de autotutela, a fim de apurar ilegalidade e, no caso específico das cotas étnico-raciais, também uma violação ao princípio da igualdade. Registrou, ainda, que o próprio edital que regeu o processo seletivo de ingresso do estudante na instituição de ensino já advertia que os candidatos poderiam perder o direito à vaga, a qualquer tempo, mesmo depois de matriculados, estando sujeitos à aplicação das penalidades legais, caso apurado e comprovado que prestaram informação inverídica no processo seletivo (AC 0805344-26.2021.4.05.8500, 3ª Turma, Des. Federal Fernando Braga Damasceno, julg. em 17/03/22). No mesmo sentido: AC 0800439-66.2021.4.05.8503, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto, julg. em 05/04/22.

7. Não há direito líquido e certo da apelante a não ser submetida ao exame da comissão de heteroidentificação para fins de apuração da validade da autodeclaração que apresentara por ocasião do seu ingresso na universidade.

8. Apelação improvida.

A questão ainda não foi pacificada, existindo divergência jurisprudencial, por exemplo no TRF-5 entre a 2º e 3º turma, assim como em outros julgados de TRFs do país e no STJ. Sendo matéria controvertida. Portanto, mesmo entendendo como válidas as bancas de heteroidentificação, sua previsão editalícia deve ser expressa e seus efeitos retrospectivos são possíveis, desde comprovada má fé.

## 5 CONCLUSÕES

Observou-se na primeira seção deste trabalho a reflexão histórica, a discussão sobre a regulamentação do tema a nível nacional e sua constitucionalidade. Na segunda subseção, foi abordado sobre adoção do sistema de reserva de vagas em concurso públicos e na terceira subseção sobre a possibilidade de implementação e a constitucionalidade do mecanismo heteroidentificação na aferição da condição racial. Concluindo-se pela imperativa necessidade de existência e da constitucionalidade da política de reserva de cotas. Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos delibere de maneira diversa, não há como haver igualdade substancial sem um nivelamento de oportunidades reais para a população, principalmente uma que foi vítima da escravidão por quase 300 anos.

Na seção terceira, foi traçado o panorama sobre a caracterização dos dois tipos mais comuns de identificação racial: autoidentificação e heteroidentificação, sendo realizado estudo da natureza jurídica das bancas de heteroidentificação, seus deveres e obrigações em decorrência da aplicabilidade do direito público e as garantias que guarnecem os administrados. Tal feito decorreu da definição doutrinária acerca da qualificação jurídica de órgãos públicos segundo o ensino de conceitos do direito administrativo em de Hely Lopes de Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho e Zanella Di Pietro.

Consequentemente por esse enquadramento, entende-se que os atos produzidos pelos membros bancas de heteroidentificação são pareceres técnicos e vinculantes e no resultado final, com a proclamação da maioria dos votos, nasce um ato administrativo (manifestação da vontade estatal) que produzirá os efeitos jurídicos típicos, dando ou retirando um direito a um particular. Dessa forma, entende-se que deve haver o aprimoramento dos mecanismos de heteroidentificação com vistas a proporcionar maior segurança jurídica aos candidatos, e isto, baseado na necessidade de maior clareza no processo decisório.

Na última seção, refletiu-se acerca do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição e da impossibilidade do Poder Judiciário, via de regra, não intervir nas atividades do Poder Executivo. No caso em cotejo, observou-se que diante de ilegalidade, ausência de motivação e abuso de poder, é possível a sua intervenção, conforme a Jurisprudência dominante nos Tribunais sobre a temática.

Nesses contornos, verificou-se ao fim que é possível, em tese, atuação retroativa das comissões, sem que haja violação ao instrumento convocatório, desde que seja comprovada a má-fé dos candidatos. Embora haja entendimento controverso sobre a matéria em diferentes

tribunais.

Com efeito, o artigo 3º de nossa Carta enuncia que o Brasil quer promover o bem geral a todos sem qualquer distinção. Assim, é imperioso pautar a atuação do Estado, em todas as suas esferas, pela garantia da finalidade pública, e essa somente pode ser alcançada por meio da confluência entre ação do sujeito e a proteção estatal.

De maneira alguma se busca deslegitimar a atuação das bancas nesta pesquisa, muito pelo contrário, o que se busca é conferir ainda mais legitimidade por meio do aumento da transparência em sua ação quando da aferição dos destinatários e na aplicação de sanções.

Dessa forma, o que se torna como premissa básica para atuação tanto dos examinadores quanto dos candidatos, é agir de forma que a Constituição seja respeitada. A mesma que demonstra não ser perfeita, como disse Ulysses Guimarães<sup>104</sup>, sendo uma obra em transformação, todavia é bem-acabada no tocante a garantir que todos possam gozar de um tratamento respeitoso, oportuno e racional, tendo por corolário a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais:

[...]

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.

Num país de 30 milhões, 401 mil analfabetos, afrontosos 25 por cento da população, cabe advertir a cidadania começa com o alfabeto. Chegamos, esperamos a Constituição como um vigia espera a aurora.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo.

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.

[...]

Conclui-se com o autor: “Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.” Somente dessa forma, haverá o fiel cumprimento dos objetivos de promoção da igualdade substantiva e da proteção do sujeito.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23")**. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, Rádio Câmara, 06 nov. 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 03 jul. 2023.

## REFERÊNCIAS

ANAND, Varoon P. **Com crescimento desigual, Índia vai se tornar em breve país mais populoso do planeta.** UOL Notícias, [s.l.], 15 nov. 2022. Disponível: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2022/11/15/com-crescimento-desigual-india-va-i-se-tornar-em-breve-pais-mais-populoso-do-planeta.htm>. Acesso em: 3 jul. 2023.

ANDRADE, Mariana. **Suprema Corte dos EUA: cota racial em universidade é inconstitucional.** Metrôpoles, [s.l.], 29 jun. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/mundo/suprema-corte-dos-eua-cota-racial-em-universidade-e-inconstitucional>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BAHIA. Assembleia Legislativa. **Biografia do Dep. Antonio Pereira Rebouças.** Salvador, BA, Assembleia Legislativa, [s.d.]. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/historia-do-legislativo/membro-detalle-1>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 29 jun. 2023.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Termo de Acordo no Recurso Extraordinário 1.171.152/SC.** Brasília, DF, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/outras/minuta-final-do-acordo.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23").** Brasília, DF, Câmara dos Deputados, Rádio Câmara, 06 nov. 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembly-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 203 de 23/06/2015. Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.** Brasília, DF, Conselho Nacional de Justiça, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução N° 170, de 13 de Junho de 2017. Dispõe sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal.** Brasília, DF, Conselho Nacional do Ministério Público, 29 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resolucao-170.pdf>. Acesso em: 08 de jun. de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 4.657, De 4 De Setembro De 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, D.O.U, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em 02 jun. 2023.

BRASIL. Fundação Universidade Federal de Sergipe. **Regulamenta os Procedimentos De Heteroidentificação Complementar À Autodeclaração.** São Cristóvão, SE, Fundação Universidade Federal de Sergipe, [2023]. Disponível em [https://daffy.ufs.br/uploads/page\\_attach/path/17457/informativo\\_61\\_2023.pdf](https://daffy.ufs.br/uploads/page_attach/path/17457/informativo_61_2023.pdf). Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Fundação Universidade Federal De Sergipe. **Resultado da Avaliação Recursal de Heteroidentificação - 31.01.2023.** São Cristóvão, SE, Fundação Universidade Federal de Sergipe, [2023]. Disponível em [https://pos.ufs.br/uploads/page\\_attach/path/17145/RESULTADO\\_POSGRAP\\_10\\_\\_1\\_.pdf](https://pos.ufs.br/uploads/page_attach/path/17145/RESULTADO_POSGRAP_10__1_.pdf). Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Instituto Federal do Pará. **Concurso Tae 2016. Anexo IV – Padrões Avaliativos.** Belém, PA, Instituto Federal do Pará, [2016]. Disponível em: <https://ifpa.edu.br/documentos-institucionais/0000/concurso-tae-2016/2711-anexo-iv-padro-es-avaliativos/file>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Instituto Federal do Pará. **Concurso Tae 2016.** Belém, PA, Instituto Federal do Pará, [2016]. Disponível em: <https://ifpa.edu.br/documentos-institucionais/0000/concurso-tae-2016/2711-anexo-iv-padro-es-avaliativos/file>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Ipea. **População negra conquista espaço no ensino superior.** [s.l.], Ipea, 20 jun. 2020. Disponível em: [https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35896](https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35896). Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março De 2015. Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Presidência da República, DOU, 13 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 26 jun. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Brasília, DF: Presidência da República, , 11 mar. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Acre 5º Ofício. **Recomendação n. 15, de 22 de maio de 2020.** Rio Branco, AC, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-ifac-cotas>. Acesso em: 12 de ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Responsabilidade Social. População Brasileira – 2010 (Censo IBGE).** Brasília, DF, Senado Federal, [s.d.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/oel/panorama-nacional/populacao-brasileira>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.794.413/RS.** Relator: Ministro Og Fernandes. Plenário, Data de Julgamento: 27 ago. 2019, Data de Publicação: D.E. 06 set. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900258290&dt\\_publicacao=06/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900258290&dt_publicacao=06/09/2019). Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 58.373/RS.** Rel. Min. Ministro Herman Benjamin. 2º Turma. Data de Julgamento: 16 out. 2018. DJE: 12 dez. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761426&num\\_registro=201802010973&data=20181212&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761426&num_registro=201802010973&data=20181212&formato=PDF). Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 660.** Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES. Primeira Seção, 24 set. 2014. DJE, 2 dez. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=660&cod\\_tema\\_final=660](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=660&cod_tema_final=660). Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 41/DF.** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, Data de Julgamento: 08 jun. 2017, Data de Publicação: D.E. 17 ago. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 8 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, Data de Julgamento: 26 abr. 2014, Data de Publicação: D.E. 20 out. 2014. Fls 54 e 55 de 233. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 3 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 758533/MG**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal. Data de Julgamento: 26 mar. 2010. DJE: 5 ago. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1166265 ED-AgR-EDv-AgR/RS**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal. Data de Julgamento: 24 ago 2020. DJE: 17 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431562/false>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 631.240/MG**. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Plenário, 3 set. 2014. DJE, 10 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 26 jun. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 632.853/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Plenário, 23 abr. 2015. DJE, 29 jun. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307111179&ext=.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Sessão Plenária de 03/12/1969. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, Diário Jurídico, 10 dez. 1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 684**. Enunciado. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça, p.5, 09 out. 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3631>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. **AC 1016257-39.2019.4.01.3400**, Relator: Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (CONV.), Sexta Turma, Data de Julgamento: 03 abr. 2023, Data de Publicação: 10 abr. 2023. Disponível em:

<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 8 de jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Remessa Necessária Cível nº 5000232-51.2017.4.03.6000/MS**. Relator: Desembargador Federal Nery da Costa Junior, 3ª Turma, Data de Julgamento: 17 dez. 2021, Data de Publicação: D.E. 17 jan. 2022. Disponível em:

<https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=02a521bc3677d63260eb6e930a876a9a5354bec7a7a476296d323e0a56a9e2817511d22d0bf29e9bb493a9cd82ae23d96664543a4a4c284c&idProcessoDoc=251468438>. Acesso em: 8 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC n. 5002706-21.2021.4.04.7101/RS**. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO, 3ª Turma, Data de Julgamento: 27 set. 2022, Data de Publicação: D.E. 30 set. 2022. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41664576606116937493522501498&evento=40400383&key=f87a0adb5be0a1c0154961b90fb37f368eeac101cd36ffb61e6d2881bde24f9c&hash=aa5dda5af5157730e86031145a852b86](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41664576606116937493522501498&evento=40400383&key=f87a0adb5be0a1c0154961b90fb37f368eeac101cd36ffb61e6d2881bde24f9c&hash=aa5dda5af5157730e86031145a852b86). Acesso em: 8 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 08027021220234058500**. Juíza: Telma Maria Santos Machado. Data de Julgamento: 11 maio 2023. DJE: 11 maio 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=142fa0c609bc4f39c9e92a351ffb5115>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 1ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0802811-60.2022.4.05.8500**. Juíza: Telma Maria Santos Machado. Data de Julgamento: 3 mar. 2023. DJE: 3 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=142fa0c609bc4f39c9e92a351ffb5115>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0801719-47.2022.4.05.8500**. Juiz: Edmilson da Silva Pimenta. Data de Julgamento: 28 mar. 2023. DJE: 28 mar. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=02e7dae8f11f5ff540e718e2f7991eff>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Ação de Rito Comum nº 0802439-77.2023.4.05.8500**. Juiz: Edmilson

da Silva Pimenta. Data de Julgamento: 27 abr. 2023. DJE: 28 abr. 2023. Disponível em: <https://pje.jfse.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=a38b9f5341911eefe98afe4f4bf3d862>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. **AI nº 08125305520224050000/SE**. RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO, 7º Turma, Data de Julgamento: 25 mar. 2023, Data de Publicação: D.E. 25 mar. 2023. Disponível em <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=69edb66b092787fe275a2efaaf5eca2d>. Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. **AI nº 0812531-74.2021.4.05.0000/SE**. Relator: Des. Federal Paulo Cordeiro, 2ª Turma, Data de Julgamento: 08 fev. 2022, Data de Publicação: D.E. 10 fev. 2022. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=1d302fae464ca7f34921df0bdf259c44>. 8 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5º Região. **Apelação Cível Nº 805376-31.2021.4.05.8500/SE**. Relator: Des. Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, Data de Julgamento: 22 maio 2022, Data de Publicação: D.E. 31 maio 2022. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=90e9b1bf23be6777716dd218f91e08f8>. Acesso em: 8 de jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal - Procuradoria Da República no Município de Viçosa. **Recomendação MPF nº 1, de 17 de dezembro de 2018**. Viçosa, MG, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://ufop.br/sites/default/files/prm-vcs-mg-00006227.2018.pdf>. Acesso em: 12 de ago. 2023.

BRITO, Débora. **Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista**. Brasília, DF, EBC, 27 maio 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>. Acesso em: 29 maio 2023.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Imigrantes indesejáveis. A ideologia do etiquetamento durante a Era Vargas. **Revista USP**. São Paulo, SP, Superintendência de Comunicação Social (SCS) da USP, nº 119, [2018]. Disponível em: <https://jornal.usp.br/revistausp/revista-usp-119-textos-8-imigrantes-indesejaveis-a-ideologia-do-etiquetamento-urante-a-era-vargas/>. Acesso em: 20 maio 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 633-STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus, [s.d]. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a3fc981af450752046be179185ebc8b5>>. Acesso em: 14 ago. 2023

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EXTRA. **Tempo médio de espera por benefício do INSS é de 85 dias. Fila de pedidos que aguardam concessão no país chega a 1,2 milhão de requerimentos**. Rio de Janeiro, RJ, EXTRA, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/noticia/2023/03/tempo-medio-de-espera-por-beneficio-do-inss-e-de-85-dias.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2023.

FERES JÚNIOR, João. **Comparando Justificações das Políticas de Ação Afirmativa: EUA e Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, GEMA - Grupo Multidisciplinar de Ações Afirmativas - IESP - UERJ, [2007]. p. 4. Disponível em: <https://gema.iesp.uerj.br/projeto/acao-afirmativa-nos-estados-unidos/>. Acesso em 3 de jun. de 2023.

G1 PARÁ. **Após polêmica, IFPA retira trecho de edital sobre aparência para cotistas**. Belém, PA, G1 PARÁ, 2 set. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2016/09/apos-polemica-ifpa-retira-trecho-de-edital-sobre-aparencia-para-cotistas.html>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MACHADO, Katia. **O racismo em três séculos de escravidão**. Rio de Janeiro, RJ, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz, 11 maio 2018. Disponível em <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-racismo-em-tres-seculos-de-escravidao>. Acesso em: 27 mai 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Danilo. **USP investiga 193 denúncias de fraude no sistema de cotas raciais**. São Paulo, SP, Agência Brasil/EBC, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2021-07/usp-investiga-193-denuncias-de-fr>

aude-no-sistema-de-cotas-raciais. Acesso em: 12 ago. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGALHAS. **Ações afirmativas EUA: Suprema Corte julga inconstitucional política afirmativa de raça**. Migalhas, [s.l.], 3 jul. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389195/eua-suprema-corte-julga-inconstitucional-politica-afirmativa-de-raca>. Acesso em: 3 jul. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

NITAHARA, Akemi. **Pela primeira vez, negros são maioria no ensino superior público**. Rio de Janeiro, RJ, EBC, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pela-primeira-vez-negros-sao-maioria-no-ensino-superior-publico>. Acesso em: 27 maio 2023.

PETRUCCELLI, José Luis. Raça, identidade, identificação: abordagem histórica conceitual. *In*: BRASIL. IBGE. PETRUCCELLI, José Luis. (org); SABOIA, Ana Lucia (org) **Características Étnico-raciais da População Classificações e Identidades**. Rio de Janeiro, RJ, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Diretoria de Pesquisas, [2013]. p. 13-29. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

PINTO, Tania Regina. **Rebouças, o pai e conselheiro**. Primeiros Negros. [São Paulo], [s.d.]. Disponível em: <https://primeirosnegros.com/reboucas-o-pai-e-conselheiro/>. Acesso em: 27 maio 2023.

RICHTER, Jeremy W.; SANTOS, Paulo Cesar Batista dos. Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos. Estudo de precedentes no Estado do Alabama e na Suprema Corte americana. *In*: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (org); DE FILIPPO Thiago Baldani Gomes (org). **Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado**. São Paulo, SP, Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 340-350. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288>. Acesso em: 20 maio 2023.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 3524, de 28 De Dezembro de 2000. Dispõe Sobre os Critérios de Seleção e Admissão de Estudantes da Rede Pública Estadual de Ensino em**

**Universidades Públicas Estaduais e dá outras providencias.** Rio de Janeiro, RJ, D.O.E, 29 dez. 2000. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/92c5d19ef1ca546032569c40069afa7?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2023.

**RIO DE JANEIRO. LEI Nº 3708, DE 09 DE NOVEMBRO DE 2001. INSTITUI COTA DE ATÉ 40% (QUARENTA POR CENTO) PARA AS POPULAÇÕES NEGRA E PARDA NO ACESSO À UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E À UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.** Rio de Janeiro, RJ, D.O.E, 13 nov 2001. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/827dde52958a6dd203256b030063db70?OpenDocument&ExpandView&ExpandSection=-5>. Acesso em: 29 maio 2023.

**RIO DE JANEIRO. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Sistema de cotas Programa de Ação Afirmativa.** Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://www.uerj.br/inclusao-e-permanencia/sistema-de-cotas/>. Acesso em: 29 maio 2023.

**RONCOLATO, Murilo. A tela “A Redenção de Cam” e a tese do branqueamento no Brasil.** Editora USP, São Paulo, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://www.edusp.com.br/mais/a-tela-a-redencao-de-cam-e-a-tese-do-branqueamento-no-brasil/>. Acesso em: 20 maio 2023.

**SÃO PAULO. LEI COMPLEMENTAR Nº 1.259, DE 15 DE JANEIRO DE 2015. Autoriza o Poder Executivo a instituir sistema de pontuação diferenciada em concursos públicos, nas condições e para os candidatos que especifica e dá providências correlatas.** São Paulo, SP, D.O.E, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1259-15.01.2015.html>. Acesso em: 03 jun. 2023.

**SERGIPE. LEI COMPLEMENTAR N.º 33 De 26 de dezembro de 1996. Institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe.** Sergipe, [1996]. Disponível em: [https://al.se.leg.br/arq\\_transparencia/arq\\_organizacao/lei\\_complementar\\_33.pdf](https://al.se.leg.br/arq_transparencia/arq_organizacao/lei_complementar_33.pdf). Acesso em: 24 jun. 2023.

**SERGIPE. LEI Nº. 8.331 DE 06 DE DEZEMBRO DE 2017. Dispõe sobre a reserva de cota racial para afrodescendentes das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Estadual Direta, das Autarquias, das Fundações Públicas, das Empresas Públicas e**

**Sociedades de Economia Mista controladas pelo Estado de Sergipe, e dá providências correlatas.** Sergipe, D.O.E, 07 dez. 2017. Disponível em: <https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/2017/O83312017.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2023.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. **Classificação dos fototipos de pele.** Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível: <https://www.sbd.org.br/cuidados/classificacao-dos-fototipos-de-pele/>. Acesso em: 02 jun. 2023.

SOUZA, Daiane. **População escrava do Brasil é detalhada em Censo de 1872.** Brasília, DF, Fundação Cultural Palmares, 16 jan. 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/palmares/pt-br/assuntos/noticias/populacao-escrava-do-brasil-e-detalhada-em-censo-de-1872>. Acesso em: 20 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro arquiva ADI contra cotas nas universidades estaduais do RJ por perda de objeto.** Jusbrasil, [s.l]. 26 jul. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ministro-arquiva-adi-contra-cotas-nas-universidades-estaduais-do-rj-por-perda-de-objeto/3062607>. Acesso em: 31 maio 2023.