

A INCONSTITUCIONALIDADE DA ELIMINAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE CANDIDATOS NÃO RECONHECIDOS COMO NEGROS NO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DE COTAS RACIAIS

FLÁVIO GARCIA CABRAL¹

TIAGO FUCHS MARINO²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 AS COTAS RACIAIS PARA ACESSO A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E OS CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. 3 A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA IDENTIDADE RACIAL E A AUTODECLARAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. 4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ELIMINAÇÃO NO CERTAME DE CANDIDATOS NÃO ENQUADRADOS COMO NEGROS PELA COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DAS COTAS RACIAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Pós-Doutor pela PUCPR; Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ; Mestre em Direito pela Universitat de Girona/Espanha; Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Público pela Escola de Direito do Ministério Público em Mato Grosso do Sul (EDAMP); Procurador da Fazenda Nacional. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6700366828354028>. Tel.: (67) 98144-0320. E-mail: flaviocabral@hotmail.com. Rua Rio Doce, n.22, apto 812, Jardim Veraneio, CEP 79037-120, Campo Grande/MS.

² Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público (EDAMP). Assessor jurídico no Ministério Público Federal (MPF). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4556057075183321>. Tel.: (67) 99984-6447. E-mail: tiagomarino@icloud.com. Endereço: Travessa José de Oliveira Lima, 61, Jardim dos Estados, apto. 05 – CEP: 79020-305 – Campo Grande (MS).

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a (in)constitucionalidade da regra de eliminação em concurso público dos candidatos não enquadrados como negros pela comissão de heteroidentificação prevista pela Portaria Normativa n.º 4/2018 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que regulamenta o processo de reconhecimento dos beneficiários da política de ação afirmativa criada pela Lei n.º 12.990/2014. Por conseguinte, são abordados o sistema de cotas raciais para acesso a cargos e empregos públicos da Administração Pública Federal, a complexidade do processo de formação da identidade racial de pessoas multirraciais, a relevância da autodeclaração racial enquanto instrumento que assegura o direito à autodeterminação e a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade e o postulado da proporcionalidade. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, mediante revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que a medida estatal não é compatível com o ordenamento constitucional por contrariar as diretrizes previstas pelo legislador, estabelecer uma presunção de má-fé, restringir o direito à participação dos candidatos na seleção e desincentivar o uso da ação afirmativa por pessoas fenotipicamente ambíguas.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Afirmativa. Cargos públicos. Comissão de Heteroidentificação. Inconstitucionalidade.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ELIMINATION OF CANDIDATES WHO ARE NOT RECOGNIZED AS BLACK PERSONS IN HETERO-IDENTIFICATION PROCEDURE FOR RACIAL QUOTAS IN PUBLIC CONTESTS

ABSTRACT: This article aims to analyze the (un)constitutionality of the elimination rule in public contests (procedures designed to hire employees) of candidates who are not recognized as black persons by the hetero-identification commission established by Normative Ordinance no. 4/2018 of Ministry of Planning, Development and Management, which regulates the recognition process of beneficiaries of the affirmative action policy created by Law no. 12.990/2014. Therefore, it addresses the racial quotas system for Federal Public Administration offices, the complexity of the identity formation process of multiracial people, the relevance of racial self-declaration as an instrument that ensures the right to self-determination and the human dignity, the principle of legality and the postulate of proportionality. The research uses the deductive approach, through bibliographic, documental and jurisprudential review. In the end, it concludes that the State measure is not compatible with the constitutional order because it contradicts the guidelines provided by the legislator, establishes a presumption of bad faith, restricts the candidates' right to participate in the

selection and discourages the use of affirmative action by phenotypically ambiguous people.

KEYWORDS: Affirmative Action. Public Office. Hetero-Identification Comission. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014³, que instituiu a reserva de vagas para negros nos concursos públicos da Administração Pública Federal, dispõe que os candidatos inscritos como cotistas concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência (art. 3º, *caput*) e serão eliminados do certame na hipótese de “declaração falsa” (art. 2º, parágrafo único).

Em que pese o legislador tenha adotado unicamente o critério da autodeclaração para reconhecimento dos beneficiários da política de ação afirmativa, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, admitiu a constitucionalidade de mecanismos de controle contra fraudes, mediante a instituição de comissões de heteroidentificação pelos órgãos públicos e respectivas empresas organizadoras.

Diante disso e considerando as múltiplas notícias de fraudes envolvendo o sistema de cotas raciais, foi editada pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018⁴, que regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à

³ BRASIL. Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em 20 jul. 2020.

autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014.

O artigo 11 da aludida portaria determina que serão eliminados do concurso público os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé.

No exercício de seu poder normativo, a Administração Pública incorpora a curiosa premissa de que todos os candidatos não enquadrados como negros pela comissão de heteroidentificação agem com o objetivo de burlar a política pública e, para além da consequência lógica de impedimento ao acesso às cotas raciais, aplica-lhes a pena máxima no âmbito do concurso público: a exclusão definitiva da seleção.

Partindo de uma análise da complexidade do processo de identificação racial de pessoas negras e da relevância do instrumento da autodeclaração racial, notadamente para indivíduos fenotipicamente ambíguos, o presente artigo tem por escopo verificar a compatibilidade da regra de eliminação face ao ordenamento constitucional brasileiro, com especial destaque ao direito à autodeterminação, ao princípio da legalidade e ao postulado da proporcionalidade, em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para tanto, objetiva-se, inicialmente, identificar o surgimento das cotas raciais para acesso a cargos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal e os respectivos critérios de identificação dos beneficiários. Na sequência, é analisada a formação da identidade racial dos indivíduos, sendo traçada a relação entre a autodeclaração e o direito à autodeterminação decorrente da dignidade da pessoa humana. Finalmente, examina-se a (in)constitucionalidade da exclusão, nos certames, dos candidatos não reconhecidos como negros no procedimento de heteroidentificação.

A pesquisa parte de um enfoque dogmático do Direito e é desenvolvida pelo método dedutivo, de forma descritiva e exploratória e mediante revisão bibliográfica, jurisprudencial e documental.

2 AS COTAS RACIAIS PARA ACESSO A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E OS CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 65.810, de 8 dezembro de 1969⁵, com hierarquia supralegal e infraconstitucional, representou um marco simbólico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos no combate à intolerância e promoção da igualdade racial.

Com efeito, já na celebração daquele tratado, que foi idealizado em um momento histórico caracterizado por políticas estatais de segregação racial e doutrinas de superioridade baseadas em diferenças raciais, a comunidade internacional identificou a necessidade de implementação de “medidas especiais” nos campos social, econômico e cultural que assegurassem à população negra o pleno exercício de direitos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidade.

Por meio da Recomendação Geral n.º 32/2009⁶, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas reconheceu que tais “medidas especiais” seriam as designadas “ações afirmativas”, que compreendem providências inclusivas de caráter legislativo, administrativo e orçamentário em áreas como emprego, moradia, educação, cultura e

⁵ BRASIL. Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em 20 jul. 2020.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação Geral n.º 32. O significado e escopo das medidas especiais na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Genebra, 2009. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/4adc30382.html>>. Acesso em 20 jul. 2020.

participação na vida pública em prol de grupos desfavorecidos, de forma a corrigir desigualdades.

Quando concebidas em favor da população negra, as políticas de ação afirmativa têm por escopo a reparação dos danos decorrentes dos tempos da escravidão, a justiça distributiva, a promoção da diversidade no meio social;⁷ e o reconhecimento, pautado no fortalecimento da identidade e autoestima das pessoas negras.⁸

No plano interno, a promulgação da Constituição da República de 1988⁹ inaugurou uma nova ordem de justiça social pautada na eliminação de desigualdades históricas e no reconhecimento da diferença, que não se contentou com a fórmula retórica da igualdade formal e avançou para a promoção da igualdade material. Por conseguinte, o legislador constituinte previu expressamente a instituição de ações afirmativas destinadas a grupos vulneráveis, assegurando a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e a reserva de vagas para cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência (art. 37, VIII).

Convém assinalar que as ações afirmativas não são uma prática inovadora do Brasil. Sua origem é amplamente atribuída aos Estados Unidos, sendo certo que, em relação às universidades, tais políticas tiveram início em meados dos anos de 1969 e 1970, durante a luta do Movimento de Direitos Civis pelos direitos individuais e políticos dos negros.¹⁰ No entanto, também existem referências à adoção de um sistema de cotas em 1948 na Índia para garantir o

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 345-363.

⁸ SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

¹⁰ HADDON, Phoebe. Políticas de ação afirmativa na educação superior: o caso Michigan. In: PAIVA, Angela Randolpho (Org.). Ação afirmativa na universidade: Reflexão sobre experiências concretas no Brasil – Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio; Desiderata, 2004. p. 25-43.

acesso dos chamados “dalits” ou intocáveis a cargos públicos e à educação superior.¹¹

De qualquer forma, nota-se que a ordem constitucional brasileira não apenas rejeitou todas as formas de preconceito, discriminação e intolerância, mas também outorgou ao Estado o dever de atuar positivamente no combate às desigualdades de fato.¹²

Assim, a política de cotas representa um dos diversos instrumentos para a concretização do Estado Social. Não pode o Estado mais ser encarado como um “inimigo” do cidadão, sendo consolidada uma ideia de um direito administrativo social, em superação às lições de administrativistas clássicos que focavam nos poderes e autoritarismos do Estado. Segundo Emerson Gabardo, não é possível legitimar um chamado “Estado mínimo”, uma vez que tal visão restritiva do Estado não se coaduna com um ente cujo modelo seja o de bem-estar e cujos postulados fundamentais sejam guiados por um conjunto de princípios republicanos.¹³

Nessa atmosfera foi editado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010)¹⁴, o qual impôs ao Poder Público a obrigação de adotar programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento de desigualdades (art. 4º, VII) e, ao tratar do direito ao trabalho, dispôs que as ações visando promover a igualdade de oportunidades na esfera da Administração Pública deveriam ser realizadas por meio de normas estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos (art. 38, § 2º).

A Universidade de Brasília (UnB) foi pioneira na implementação de cotas para negros no acesso ao ensino superior, fazendo com que a questão chegasse

¹¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NORBERTO, Aurilena Pereira; RODRIGUES, Sandra Maria Coelho. O Direito à inclusão: implantação de políticas de ações afirmativas nas IES públicas brasileiras – experiência na UFC. *Pensar*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 136-147, jan./jun. 2008.

¹² GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

¹³ GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v.5, n. 1, p. 99-141, 2018.

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186¹⁵, proposta pelo partido político Democratas (DEM).

Em 26 de abril de 2012, o STF decidiu, por unanimidade, pela improcedência da ação, considerando plenamente constitucional a utilização de políticas de ação afirmativa pautadas no critério étnico-racial, cuja manutenção estaria condicionada à persistência, no tempo¹⁶, do quadro de exclusão social que lhes deu origem.

No mesmo ano daquele julgamento e, portanto, já com a chancela da corte constitucional, foi publicada a Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012¹⁷, que conjugou critérios étnico-raciais e sociais para estabelecer uma política de cotas para ingresso nas universidades e instituições de ensino técnico e médio federais.

Finalmente, houve a promulgação da Lei n.º 12.990 em 9 de junho de 2014¹⁸, que reservou aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal.

Há intensos debates sobre a legitimidade do sistema de cotas raciais implementado especificamente para fins de acesso a funções públicas em sentido lato, tendo em conta algumas peculiaridades relacionadas à natureza e regramento dos concursos públicos.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 186, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 20 jul. 2020.

¹⁶ A própria concepção de ações afirmativas pressupõe mecanismos temporários, condicionados à manutenção ou não da desigualdade ensejadora da medida.

¹⁷ BRASIL. Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012. Brasília, 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

¹⁸ BRASIL. Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

Vitorelli¹⁹ sustenta a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 12.990/2014, pois, em seu entendimento, estabelecer uma exceção à regra constitucional do concurso público, que é baseada na seleção dos melhores candidatos sem consideração de qualquer outro critério, não poderia ser promovida pelo legislador ordinário e demandaria, ao menos, a aprovação de emenda constitucional – isso sem que houvesse discussão sobre a (in)constitucionalidade também desse instrumento, diante do possível reconhecimento do concurso como cláusula pétrea.

O autor também defende a inconstitucionalidade material da norma, com base em considerações sobre a proporcionalidade da política da ação afirmativa em relação aos fins por ela almejados. São apontadas: a imprecisão dos dados estatísticos que subsidiaram a exposição de motivos do projeto de lei, a inexistência de definição do perfil racial dos candidatos de concursos públicos federais, a consequência de possível concentração de candidatos negros em “cargos subordinados”, as desigualdades que remanesceriam nos cargos de livre nomeação, a aleatoriedade do percentual de reserva previsto pelo legislador, a ausência de recorte da condição social, étnica, de gênero e de nacionalidade dos beneficiários da medida inclusiva, a possível redução da qualidade do serviço público prestado ao cidadão e as dificuldades para se definir quem é negro.²⁰

Como não poderia deixar de ser, a aludida lei passou a ter sua constitucionalidade questionada, de modo difuso, no âmbito do Poder Judiciário, razão pela qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41²¹ perante o STF, que foi julgada procedente em 8 de junho de 2017.

Ao reafirmar a legitimidade do sistema de cotas raciais, dessa vez para fins de investidura em cargos e empregos públicos, a Suprema Corte reconheceu

¹⁹ VITORELLI, Edilson Diniz Lima. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, jan./abr. 2016.

²⁰ Ibid., p. 305-310.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADC 41, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em 20 jul. 2020.

a compatibilidade da política implementada com o princípio da isonomia, considerando a necessidade de se superar o cenário de racismo institucional e garantir a igualdade material a todos os cidadãos, mediante distribuição mais equitativa de bens sociais e promoção do reconhecimento da população negra.

Em seu voto²², o Ministro Luís Roberto Barroso assentou que os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade não impedem que os concursos públicos, além do desempenho e pontuação dos candidatos, incorporem outros critérios relacionados à necessidade de promover a igualdade material na concorrência pelos cargos e empregos. Além disso, ponderou que todos aqueles que alcançam aprovação, superando a nota de corte e os requisitos mínimos para classificação em cada etapa da seleção, são presumidamente aptos a executar, de forma adequada e eficiente, as funções relativas ao posto de trabalho, de maneira que não haveria afronta ao princípio da eficiência. Em sede conclusiva, indicou que a Lei n.º 12.990/2014 estaria em consonância com o princípio da proporcionalidade.

No que se refere à identificação dos beneficiários da política de ação afirmativa, o Estatuto de Igualdade Racial²³ adotou unicamente o critério da autodeclaração, definindo a população negra como “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga” (art. 1º, inciso IV).

Tal opção foi seguida pela Lei n.º 12.711/2012²⁴ e pela Lei n.º 12.990/2014²⁵, embora esta última tenha previsto penalidade de exclusão do

²² Folha 27 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC n.º 41 (*cf.* nota 20).

²³ BRASIL. Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

²⁴ BRASIL. Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012. Brasília, 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

²⁵ BRASIL. Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

concurso ou anulação da admissão no serviço público para a hipótese de constatação de “declaração falsa” (art. 2º, parágrafo único) – que poderia sugerir, portanto, a incidência de algum grau de intervenção de terceiros no processo de reconhecimento.

Nada obstante, na ADPF n.º 186 o STF já havia se debruçado sobre o tema, ainda que de maneira tangencial. O voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, após fazer referência a critérios estabelecidos pela pesquisadora Daniela Ikawa, concluiu que tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou mesmo ambos os sistemas combinados, seriam plenamente constitucionais, “desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal do candidato”.²⁶

No julgamento da ADC n.º 41, que teve por objeto a Lei n.º 12.990/2014, novamente o assunto foi levantado pela corte constitucional, mas dessa vez de modo (um pouco) menos tímido. As conclusões constaram da seguinte forma no acórdão: “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”.²⁷

Como se vê, despeito da omissão do legislador, desde o ano de 2012 já existia abertura no ordenamento jurídico, com base nos precedentes citados, para subsidiar a aplicação do critério da heteroidentificação.

Destarte, a Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018²⁸ foi editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e teve por fim regulamentar o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas

²⁶ Folha 27 do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n.º 186 (*cf.* nota 13).

²⁷ *cf.* nota 20.

²⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em 20 jul. 2020.

reservadas nos concursos públicos federais, consoante o disposto na Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014.

O mencionado ato normativo previu a criação de “comissões de heteroidentificação”, compostas por cinco membros de reputação ilibada, residentes no Brasil e que tenham participado de oficina sobre a temática da promoção da igualdade racial e enfrentamento ao racismo, com o objetivo de “aferir”, mediante análise de aspectos exclusivamente fenotípicos, a condição de negro declarada pelo candidato no certame.

A análise unicamente do critério fenotípico, sem qualquer consideração genealógica, justifica-se porque o preconceito racial no Brasil não deriva da herança genética vinculada a antepassados africanos, mas sim dos traços físicos, pouco importando o quão distante está o indivíduo de uma eventual origem africana.²⁹

Conforme deliberou a Ministra Rosa Weber no julgamento da ADPF n.º 186:

enquanto nos Estados Unidos prevalece o preconceito de origem, que elege como critério de discriminação a ascendência, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômicos.³⁰

A portaria prevê, ainda, a possibilidade de interposição de recurso para outra comissão composta por três membros e contempla a hipótese de

²⁹ VITORELLI, Edilson Diniz Lima. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

³⁰ Folha 9 do voto da Ministra Rosa Weber na ADPF n.º 186 (cf. nota 13).

eliminação, no âmbito do concurso público, dos candidatos “reprovados” no procedimento de heteroidentificação.

3 A COMPLEXIDADE DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA IDENTIDADE RACIAL E A AUTODECLARAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

Em um mundo ideal, não há dúvidas de que a autodeclaração apresentaria-se como critério suficiente para identificação dos beneficiários das cotas raciais, porquanto, nas palavras de Souza Neto e Feres Júnior, “a autonomia moral de cada um é o pressuposto básico da cidadania democrática, e essa autonomia inclui fazer escolhas identitárias, por mais que essas possam parecer equivocadas aos olhos de alguns”.³¹

A adequação de tal critério, sob a ótica da identidade racial, relaciona-se à aceitação do indivíduo em relação a sua própria identidade e à forma como se apresenta e quer ser reconhecido perante a sociedade – que não deveria, *prima facie*, sofrer qualquer interveniência dos órgãos estatais, sob o risco de percepções estigmatizadas e preconceituosas de terceiros.

Para se ter noção de sua relevância, é preciso compreender que a definição de “raças” decorre de um processo político-social, como já foi reconhecido pelo STF no âmbito do Caso Ellwanger (*Habeas Corpus* n.º 82.424/RS). Em julgamento emblemático, assentou-se o entendimento de que o racismo traduz “valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se dispensa tratamento desigual da dominante”.³²

Assim, afastadas quaisquer concepções biológicas de raça pautadas na retrógrada subdivisão dos seres humanos e levando-se em conta toda a

³¹ SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, op. cit., 345-363.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). HC 82.424/RS, Relator: Min. Moreira Alves, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 20 jul. 2020.

complexidade dos fatores históricos segregacionistas³³ que culminaram no atual quadro de desigualdade e discriminação em que a população negra está inserida, conclui-se que a formação da identidade racial, para cada indivíduo, não é um processo simples e linear – ainda que contemple apenas o reconhecimento de traços fenotípicos para fins de enquadramento em política de ação afirmativa.

Isso se dá, basicamente, pela conjugação de dois fatores: a subjetividade do critério fenotípico, mormente em países com alto grau de miscigenação, cuja identidade racial não se amolda a uma lógica binária (preto ou branco) e que são compostos por pessoas que ostentam intensa combinação de características fenotípicas;³⁴ e o preconceito e estigma que poderão acompanhar o indivíduo a partir do momento em que ele se autodeclarar negro para o mundo exterior.³⁵

Osório explica que “a fonte de toda a ambiguidade está no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco e define que a categoria parda “é a dos mestiços, de qualquer tipo resultante da miscigenação das outras quatro categorias raciais ‘puras’ da classificação”.³⁶

Ao definir a formação da identidade racial como um fenômeno fluido e defender um conceito de “raça eletiva”, Panizzi³⁷ exemplifica a complexidade do processo com a seguinte situação: um indivíduo mestiço se apresenta como negro na inscrição do vestibular (raça documentária), é identificado como negro por vizinhos e amigos (raça social), mas, ao concorrer a um emprego como recepcionista, se identifica como branco. A princípio, poder-se-ia suspeitar de um caso de falsidade, porém é necessário considerar os fatores externos que interferiram na identificação e o contexto e finalidade determinantes no processo,

³³ Conforme expõe Geziela Jensen, compreende-se que o dilema racial brasileiro não se constitui apenas por uma questão de cor de pele, mas liga-se ao fator classe, origem, à pobreza herdada principalmente do sistema perverso da escravidão (JENSEN, Geziela. Políticas de Cotas Raciais em Universidades Brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá Editora, 2010).

³⁴ OSÓRIO, Rafael Guerreiro. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. Texto para Discussão nº 996. Brasília: IBGE, 2003.

³⁵ PANIZZI, Mariana Santos. A autodeclaração nas ações afirmativas nas universidades: a teoria jurídica da raça eletiva. Porto Alegre, 2017. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, UniRitter Laureate International Universities.

³⁶ OSÓRIO, op. cit., p. 29-30.

³⁷ PANIZZI, op. cit., p. 102.

uma vez que a identificação racial negra pode causar danos diretos ao candidato em razão do preconceito que a reveste.

Todas as pessoas possuem identidades múltiplas, incompletas ou fragmentárias, as quais podem se modificar no contexto de eventos significativos conforme consequências obtidas com o reconhecimento público de determinada identidade. Nessa perspectiva, estudos demonstram que o processo de autoidentificação racial é extremamente complexo, especialmente para indivíduos multirraciais e fenotipicamente ambíguos.³⁸

Enfim, toda essa complexidade não pode ser simplesmente desprezada mediante o emprego isolado de procedimentos de heteroidentificação pelo Estado, sendo necessário que se conceda a cada pessoa o direito de estabelecer e expressar sua identidade racial de acordo com sua autonomia e dignidade.

Fraser³⁹ assinala a existência de duas formas de injustiça em um contexto de conflitos “pós-socialistas”: a primeira, de caráter econômico; e a segunda, que interessa ao presente estudo, de natureza cultural e relativa à dominação de um grupo social (submissão a padrões associados a outra cultura, alheios ou hostis a sua própria), seu ocultamento (invisibilização decorrente de práticas autorizadas pela própria cultura) ou seu desrespeito (difamação ou desqualificação em representações culturais estereotipadas ou nas interações da vida cotidiana), cuja solução compreenderia:

alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas. Embora esses remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me

³⁸ Ibid., p. 102.

³⁹ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Cadernos de Campo, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

referir a todo esse grupo pelo termo genérico “reconhecimento”.⁴⁰

Sendo assim, a luta pelo reconhecimento, mencionado pela autora, sobretudo quando encarada sob a perspectiva da revalorização das identidades desrespeitadas, pressupõe, antes de mais nada, que tais identidades sejam aceitas pelo Estado e jamais impostas ou negadas de maneira arbitrária.

O reconhecimento relaciona-se intrinsecamente à busca por identidade dentro de um grupo. Desse modo, Cittadino⁴¹ explica que os indivíduos se identificam como membros de um grupo quando são capazes de ver seus próprios sentimentos e ações com o mesmo olhar com que os demais também veriam. Adverte, contudo, que assumir o olhar do outro também pressupõe um ideal de reciprocidade, pois, do contrário, esse olhar representaria, para o sujeito, invasão e violência.

Sem embargo, esse fundamento enfraquece-se pela mera possibilidade de o Estado interferir na manifestação individual de cada pessoa na percepção de sua identidade racial – o que ocorre quando se outorga a terceiros o ônus do reconhecimento do componente étnico-racial dos beneficiários das ações afirmativas.

Isso porque, admitindo-se tal hipótese, a própria aceitação interpessoal e o sentimento de pertencimento a determinado grupo racial, profundamente relacionados à autoestima, são retirados do indivíduo, que passa a depender da validação do Estado, o qual desconhece suas vivências e potenciais experiências de racialização.

É oportuno mencionar que a Declaração de Durban, adotada em 31 de agosto de 2001⁴², em Durban (África do Sul), durante a III Conferência Mundial

⁴⁰ Ibid., p. 232.

⁴¹ CITTADINO, Gisele. Identidade, “invisibilidade” e reconhecimento. In: PAIVA, Angela Randolpho (Org.). Ação afirmativa na universidade: reflexão sobre experiências concretas Brasil - Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio; Desiderata, 2004. p. 07-12.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Durban de 31 de agosto de 2001. Durban, 2001. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/03/durban-2001.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2020.

de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlatas, assentou que “a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa das minorias, onde elas existam, deve ser protegida” (art. 66) e seu Programa de Ação, ao instar os Estados a coletar dados para fins de análise periódica da situação das vítimas de racismo e intolerância correlatas, dispõe que as informações devem ser obtidas “com o consentimento explícito das vítimas, baseada na auto-identificação e de acordo com as disposições dos direitos humanos e liberdades fundamentais” (art. 92, “a”).

Embora não se ignore as diferenças que caracterizam o processo de reconhecimento da população negra daquele inerente às comunidades tradicionais, o qual contempla um autorreconhecimento que parte do próprio grupo com base em critérios de diferenciação cultural,⁴³ não se pode deixar de lembrar, também, que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004⁴⁴, incorpora expressamente o critério da autoidentificação em seu artigo 1º, item 2, prestigiando-se a consciência de identidade do indivíduo, que constitui, por sua vez, um desdobramento do direito à autodeterminação.

A autodeterminação decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, assim entendida por Sarmento:

Trata-se, em resumo, da pessoa vista como como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade ou de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e consideração que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social; como agente autônomo, e não como “ovelha” a ser conduzida por qualquer pastor; como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos, e por isso experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para a

⁴³ VITORELLI, Edilson Diniz Lima. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2016. p. 77-78.

⁴⁴ BRASIL. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado.⁴⁵

Em síntese, na clássica compreensão kantiana, a dignidade da pessoa humana reflete a ideia de que cada indivíduo é “um fim em si mesmo”, com autonomia para se comportar de acordo com seu livre arbítrio.⁴⁶

Essa autonomia, como elemento ético da dignidade, envolve a capacidade de autodeterminação, ou seja, o direito do ser humano de decidir os rumos de sua própria vida, de desenvolver livremente sua personalidade e de fazer escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.⁴⁷

No campo étnico-racial, o direito à autodeterminação assume a dimensão de direito à livre escolha de identidade, composto por um aspecto negativo, que se consubstancia na proibição do Estado em impor uma identidade étnico-nacional oficial para todos os indivíduos; e por um aspecto positivo, que compreende a prerrogativa individual de escolher integrar um determinado grupo ou comunidade.⁴⁸

Por conseguinte, o direito à autodeterminação está intimamente associado à autonomia identitária. Acerca do tema, Hall⁴⁹ elucida que a identidade, numa concepção cultural, corresponde a um sentimento de pertencimento a culturas raciais, étnicas, religiosas, linguísticas ou nacionais, que é projetada pelo próprio indivíduo e torna-se parte deste, alinhando o seu interior subjetivo com os lugares objetivos por ele ocupados no mundo social e cultural.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 93.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Revista latino-americana de estudos constitucionais, n. 12, p. 89-137, nov. 2011.

⁴⁸ PAP, Andrés László. Is there a legal right to free choice of ethno-racial identity? Legal and political difficulties in defining minority communities and membership boundaries. Columbia Human Rights Law Review, n. 153, p. 153-232, 2014-2015.

⁴⁹ HALL, Stuart. A identidade cultural da pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

Nessa conjectura de ideias, Duarte Junior esclarece que:

Autodeclaração, portanto, muito antes de ser um critério de classificação e hierarquização étnico-racial deve ser visto como um instrumento de emancipação e autodeterminação do sujeito, erigido não mais a partir das antigas significações da categoria “identidade”, mas sim a partir dos conceitos de complexidade, diversidade e diferença, as características da humanidade historicamente suplantadas e subjugadas pelo imperialismo e colonialismo enquanto modelos de sociabilidade dominantes no mundo ocidental.⁵⁰

Assim sendo, não se pode perder de vista que a autodeclaração, consagrada na Lei n.º 12.990/2014, ao traduzir a autonomia identitária de cada indivíduo, constitui importante instrumento do direito à autodeterminação e, por consequência, de valorização da dignidade humana, sendo reconhecida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, daí por que qualquer medida tendente a mitigá-la deve ser analisada com extrema cautela.

Guimarães defende que:

a pertença a grupo racial é muitas vezes resultado de assunção pessoal, ainda que, em geral, seja resultado da estigmatização ou identificação por outros. Assim sendo, diferente da informação sobre renda, escola de origem ou local de residência, não pode ser verificada por terceiros a não ser violentando os direitos da pessoa. [...] Aliás os escândalos de fraudes em políticas redistributivas, que usam critérios como “renda familiar”, estão aí para nos lembrar que o problema não se reduz ao uso de critérios subjetivos.⁵¹

A despeito de tais argumentos, a suposição de que o Estado deve adotar uma política de redistribuição de bens tão escassos – como o acesso a cargos públicos –, sem quaisquer mecanismos que assegurem que tal política alcance

⁵⁰ DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. A autodeclaração e as medidas afirmativas para a promoção da igualdade racial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 43, p. 01-17, 2019.

⁵¹ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Entre o medo de fraudes e o fantasma das raças. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 215-217, jan./jun. 2005. p. 217.

seus reais destinatários e não se desvirtue em benefício de indivíduos que já se encontram em situação de privilégio, não parece se compatibilizar com a nova ordem de justiça social instalada pela Constituição da República de 1988⁵² em seu artigo 3º, incisos I e III.

Se de um lado é inegável a importância de se garantir às pessoas a autonomia de formarem sua identidade racial sem intervenções impróprias, de outro há o igualmente importante compromisso do Estado em reduzir as desigualdades e construir uma sociedade justa, que pressupõe o igual acesso a funções públicas em sentido lato por todos os grupos sociais.

Ikawa estabeleceu parâmetros mínimos, que subsidiaram o voto do Ministro Ricardo Lewandowski na relatoria da ADPF n.º 186, para oportunizar a correta identificação dos beneficiários de ações afirmativas em oposição a fraudes. Mesmo admitindo que a identificação pelo fenótipo deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, de maneira a se evitar discriminação negativa e fortalecer o reconhecimento da diferença, a autora defende "procedimentos adicionais à autoidentificação" no intuito de delinear o direito à redistribuição "da forma mais estreita possível", quais sejam:

(1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da auto-classificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (que constringam o candidato eventualmente disposto a mentir no formulário sobre a sua raça); e (4) a exigência de fotos. Ademais, podem ser utilizados alguns mecanismos *posteriores* à auto-identificação, como a formação de comitês.⁵³

Na relatoria da ADC n.º 41, o Ministro Luís Roberto Barroso também se posicionou pela legitimidade da utilização do que chamou de "critérios

⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

⁵³ IKAWA, Daniela. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-410.

subsidiários de heteroidentificação”, tais como exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso público, exigência de fotos e formação de comissões, com composição plural, para entrevista em momento posterior à autodeclaração. Para tanto, o relator delimitou três cuidados a serem observados na implementação dos referidos critérios: (a) respeito à dignidade da pessoa humana dos candidatos; (b) garantia dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato; e (c) prevalência do critério da autodeclaração se constatada “dúvida razoável” sobre o fenótipo do candidato.⁵⁴

Definidos tais critérios, passa-se à análise, sob a perspectiva constitucional, dos efeitos produzido pelo procedimento suplementar de heteroidentificação engendrado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão sobre pessoas fenotipicamente ambíguas que não são reconhecidas como negras pelas comissões instituídas.

4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ELIMINAÇÃO NO CERTAME DE CANDIDATOS NÃO ENQUADRADOS COMO NEGROS PELA COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DAS COTAS RACIAIS

Como visto, a Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 determina a eliminação, no concurso público, dos candidatos cujas autodeclarações não são confirmadas pela comissão de heteroidentificação, mesmo que estes possuam nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente da alegação de boa-fé.

Não há dúvidas de que a finalidade da Administração Pública, nesse caso, foi penalizar o candidato que tenta burlar o sistema de cotas raciais. Entretanto, a norma parte da curiosa presunção de que todos os “reprovados” no procedimento de heteroidentificação agiram com má-fé, ignorando-se, portanto, a natural fluidez do processo de identificação racial, especialmente em um país

⁵⁴ Folhas 36-37 do voto do Ministro Barroso na ADC n.º 41 (*cf.* nota 20).

miscigenado como o Brasil, bem como a relevância da autodeclaração como manifestação do direito à autodeterminação.

Estabelece-se, assim, uma premissa de que, mesmo aqueles indivíduos que honestamente acreditaram se enquadrar no conceito de “negro” previsto pelo legislador, em razão da existência de algum traço de sua aparência – que talvez passe despercebido pela maioria da sociedade, mas que tenha sido suficiente para lhe provocar alguma espécie de experiência de racialização –, merecem ser punidos com a sanção máxima no âmbito do concurso público: a exclusão definitiva.

Nem são necessárias maiores digressões para se perceber que tal regramento tem o condão de desincentivar os beneficiários da política prevista pela Lei n.º 12.990/2014, notadamente pessoas pardas ou multirraciais, em se inscreverem para as vagas reservadas ao sistema de cotas raciais, haja vista a possibilidade de não serem reconhecidos como negros pelas comissões instituídas. Diante desse risco, mesmo fazendo jus à medida inclusiva idealizada pela legislação, é possível que tais indivíduos optem por disputar as vagas da ampla concorrência.

Não se pretende, com tal reflexão, defender a prevalência absoluta da autodeclaração na identificação dos beneficiários da política pública e nem desestabilizar o mecanismo de controle implementado pela Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018, cujo modelo é considerado legítimo pelo STF.

Ao revés, reconhece-se a insuficiência da autodeclaração para impedir fraudes no cenário brasileiro, que é admitida inclusive por entidades representativas do movimento negro, como é o caso da Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO) – que, na condição de *amicus curiae*, apresentou memorial na ADC n.º 41 sustentando o seguinte: “quando se concebe a autodeclaração como critério absoluto e incontestável, a ausência de mecanismos de controle diante de ações de má-fé pode frustrar completamente

os nobres objetivos da política pública em questão, e até comprometer a sua credibilidade”.⁵⁵

Daí por que se pretende apenas avaliar a necessidade de aprimoramento do sistema atual com o objetivo de compatibilizá-lo aos preceitos constitucionais e evitar o desvirtuamento da ação afirmativa – a qual, como se sabe, tem por escopo a valorização da identidade negra e a promoção da igualdade material.

Da leitura do artigo 11 da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018, são extraídas duas consequências práticas para o candidato cuja autodeclaração não é “ratificada” pela comissão de heteroidentificação: o indeferimento do pedido implícito para concorrer às vagas reservadas e a exclusão definitiva do certame.

A primeira delas origina-se do reconhecimento da constitucionalidade do procedimento de heteroidentificação: por mais relevante que seja a autodeclaração, o preconceito e a discriminação raciais no Brasil são pautados na consideração de aspectos fenotípicos, isto é, na percepção externa da aparência da pessoa. Tal percepção produz um fator de *discrimen* e legitima medidas estatais corretivas, como assevera Brito Filho:

pode-se dizer que as ações afirmativas são justas, por ele, a partir da concepção de que deve haver uma distribuição igualitária – e, portanto, justa – dos recursos fundamentais existentes na sociedade, distribuição esta que deve levar em conta a diversidade dos indivíduos, e o fato de que uma parcela deles, por circunstâncias alheias à sua vontade, sofre o que se denomina exclusão social, justificando que sejam adotadas estratégias que a corrijam, sendo os programas de ação afirmativa uma dessas estratégias.⁵⁶

Uma vez constatado que o preconceito e a desigualdade decorrem do elemento fenotípico, afigura-se legítimo impedir o acesso à ação afirmativa

⁵⁵ EDUCAFRO. Memorial do *amicus curiae* apresentado na ADC n.º 41. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2016/08/uerjdireitos_constitucionalidade-de-cotas-raciais-em-concursos-publicos-adc-41.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

⁵⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. São Paulo: LTR, 2014.

daqueles que, analisados por órgão colegiado e após a possibilidade de interposição de recurso, não são identificados externamente como pretos e pardos.

Sobre esse aspecto, o modelo de heterorreconhecimento implementado pela portaria dialogou com as salvaguardas estabelecidas pelo STF, em especial quanto ao direito à ampla defesa e contraditório⁵⁷ e à composição plural da comissão⁵⁸, pois, conforme consignado pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁵⁹, não existe um “padrão fenotípico negro” para fins de aplicação da política de ação afirmativa. Assim, é necessária a integração de diferentes segmentos da população (sob o aspecto de raça, gênero e local de nascimento/residência) para se assegurar que variadas visões de mundo participem do processo e contribuam com suas concepções sobre a identidade negra, sendo garantida a possibilidade de recurso no caso de discordância.

A segunda consequência, por sua vez, tem natureza sancionatória e não encontra qualquer respaldo na finalidade da comissão de heteroidentificação, a qual não foi incumbida de avaliar o candidato para o desempenho de suas atribuições – objetivo-fim do concurso público –, mas apenas de reconhecer (ou não) seu pertencimento ao grupo racial beneficiário da Lei n.º 12.990/2014. É a constitucionalidade dessa consequência prática específica que será analisada adiante.

Binenbojm⁶⁰ elucida que a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineados na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais.

57 O artigo 14 da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 prevê a possibilidade de interposição de recurso a uma comissão composta por três integrantes distintos dos membros da comissão originária de heteroidentificação. Por sua vez, o artigo 15 dispõe que a comissão recursal deverá considerar a filmagem do procedimento, o parecer emitido inicialmente e o conteúdo do recurso elaborado pelo candidato.

58 O artigo 6º, § 4º da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 exige o critério da diversidade na composição da comissão, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

59 Folha 36 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC n.º 41 (*cf.* nota 20).

60 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A medida extrema de eliminação do concurso público do candidato cuja declaração não é confirmada desconsiderada a autonomia identitária do indivíduo, expressão do direito à autodeterminação⁶¹. É que, ao presumir a existência de falsidade no ato da autodeclaração, a comissão instituída nos termos da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 acaba por invadir a própria autoidentificação dos candidatos.

Como consequência, as cotas raciais, concebidas para alcançar o fortalecimento da identidade racial e do sentimento de pertencimento da população negra, paradoxalmente podem ser desvirtuadas a ponto de restringir, de modo significativo, a chance de pessoas fenotipicamente ambíguas acessarem cargos e empregos públicos, seja diante da efetiva exclusão do concurso na hipótese de reprovação pelo mecanismo da heteroidentificação, seja pelo desestímulo para que se inscrevam na condição de cotistas.

Tais ponderações isoladamente consideradas já apontam para prejuízos à promoção da igualdade material e ao processo de formação da identidade racial, suscitando dúvidas acerca da constitucionalidade do dispositivo.

Outrossim, apesar de os critérios subsidiários de heteroidentificação serem constitucionais, a Lei n.º 12.990/2014 determina que os candidatos inscritos como cotistas concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência (art. 3º, *caput*) e que estes serão eliminados do certame na hipótese de “declaração falsa” (art. 2º, parágrafo único).

Os atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. Apesar de estabelecerem regras gerais e abstratas, que devem ser obedecidas pela Administração e pelos administrados, não são leis em sentido formal e por isso estão necessariamente subordinados aos limites jurídicos da regra legislativa.⁶²

61 *cf.* DUARTE JUNIOR, op. cit., p. 04-05; PANIZZI, op. cit., p. 102.

62 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Por essa razão, o ato normativo elaborado pela Administração Pública não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II e artigo 37, *caput*, da Constituição da República.⁶³

Bandeira de Mello aponta que a tradicional proibição de inovar no ordenamento jurídico por meio do poder regulamentar, que é exercido pelo Presidente da República dentro de sua competência prevista no artigo 84, incisos IV da Constituição, aplica-se, com maior razão, às instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais da Administração Pública. E assevera: “Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração”.⁶⁴

Dito isso, infere-se que a Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 inovou na ordem jurídica ao consagrar a eliminação do candidato não admitido como negro pela comissão de heteroidentificação, uma vez que a sua fonte legislativa previu exatamente o oposto: que os candidatos possuem o direito de concorrer, também, no âmbito da ampla concorrência e que sua exclusão somente se justifica diante da constatação de “declaração falsa”, que demanda a comprovação de má-fé.

Em que pese tal fundamento provoque até mesmo questionamentos sobre a validade, na íntegra, da portaria do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – que, em última análise, teria arquitetado um mecanismo próprio de controle, capaz de restringir direitos, jamais previsto expressamente pelo legislador –, o propósito da reflexão é tão somente demonstrar que a portaria foi muito além da concessão legislativa ao determinar

63 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 378.

a eliminação dos candidatos que não apresentaram “declaração falsa”, mas que apenas não tiveram o reconhecimento confirmado pela heteroatribuição.

O Ministro Edson Fachin apreciou a expressão “declaração falsa” em seu voto⁶⁵ proferido na ADC n.º 41/DF. Em síntese, ele argumentou que se a declaração é uma verdade sobre o próprio sujeito, “a fraude só poderia ser apurada por má-fé, tendo em vista que a essência da má-fé implica, como falava Jean Paul Sartre, que o mentiroso está em posse completa da verdade que ele esconde”, daí por que o critério legal de fraude só poderia ser empregado se o autor da declaração reconhecesse não estar abrangido pela política de ação afirmativa, mas ainda assim afirmasse estar nela incluso.

Não se ignora a necessidade de penalizar o candidato que, embora tenha se autodeclarado negro para fins do certame, admite não pertencer ao grupo beneficiado pela ação afirmativa e, portanto, deliberadamente faz uma declaração falsa. Conquanto o elemento subjetivo, em tal hipótese, seja de difícil prova, uma vez demonstrado cabalmente não haveria óbice jurídico para que o indivíduo fosse excluído da seleção.

Entretanto, a exclusão nesse cenário não deveria ser baseada na “reprovação” pela comissão de heteroidentificação, cuja função é realizar análise externa dos traços fenotípicos do indivíduo, em um modelo de identificação paralelo, e não perquirir as motivações e a legitimidade da autodeclaração. Deveria, isso sim, se pautar em cláusulas genéricas de eliminação para casos de conduta fraudulenta geralmente previstas nos editais regulamentadores.

Para ilustrar o raciocínio, considere-se uma pessoa que, ao se inscrever para um programa social do governo destinado à população carente, informa dados verdadeiros sobre sua renda – que, porém, não são compatíveis com o limite máximo de renda definido para o programa. Nesse caso, o órgão competente deverá indeferir a participação, sem aplicar qualquer penalidade administrativa ou demandar sanções cíveis e criminais para o indivíduo, uma vez que não houve má-fé, mas somente uma desconformidade com os requisitos

65 Folha 13 do voto do Ministro Fachin na ADC n.º 41 (*cf.* nota 20).

previstos. Imagine-se, por outro lado, que uma pessoa se inscreve para o mesmo programa e apresenta, de forma intencional, dados falsos sobre sua remuneração mensal com o objetivo de usufruir da política pública. Essa situação, diferentemente, para além de inviabilizar o acesso ao programa social, deverá ensejar a aplicação de sanções administrativas, cíveis e criminais por envolver a prática de fraude contra a Administração Pública.

Fazendo-se uma comparação no âmbito dos próprios concursos públicos: é inimaginável que os candidatos com pedidos de isenção da taxa de inscrição indeferidos sejam excluídos da seleção. Nessas situações, eles são instados a efetuar o pagamento e podem continuar no concurso. A mesma lógica deveria ser reproduzida quanto ao procedimento de heteroidentificação.

Não obstante, o fundamento mais relevante a ser invocado na análise da constitucionalidade do artigo 11 da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 refere-se à proporcionalidade, que, para Ávila⁶⁶, constitui um postulado normativo aplicativo, consistente em uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas – ou seja, uma “metanorma”.

Silva⁶⁷ rejeita a natureza de princípio à proporcionalidade, ante o argumento de que ela tem a estrutura de uma regra porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é feita no todo e, mesmo que se admita outras denominações, como “postulado normativo aplicativo”, seria necessário reconhecer seu caráter de regra.

Embora não expresso na Constituição da República de 1988, o referido postulado tem por alicerce a cláusula do devido processo legal em sua dimensão substantiva, o Estado de Direito, a cláusula que consagra a garantia de direitos

66 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

67 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

implícitos decorrentes do regime constitucional e a natureza principiológica dos direitos fundamentais.⁶⁸

O postulado da proporcionalidade aplica-se às situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis (um meio e um fim), de forma a permitir três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).⁶⁹

Para Sarmento⁷⁰, um ato estatal só será proporcional se satisfizer, simultaneamente, a três subprincípios⁷¹, que devem ser utilizados em um percurso preestabelecido: primeiro, verifica-se se a medida satisfaz o subprincípio da adequação; se a resposta for positiva, passa-se ao subprincípio da necessidade; se, mais uma vez, o resultado for favorável à validade do ato, recorre-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. A verificação seria de observância obrigatória e a violação a qualquer dos subprincípios já bastaria para concluir a inconstitucionalidade da medida.

Quanto ao primeiro exame, um ato normativo pode ser considerado adequado se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim.⁷² Sobre esse ponto, parece muito claro que o artigo 11 da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 promove o fim almejado pela Administração Pública, qual seja, o controle contra fraudes, eis que a exclusão do certame pautada no resultado da heteroidentificação tem o potencial efetivo de obstruir a participação, no âmbito das vagas reservadas para negros, de candidatos que visam burlar a política de ação afirmativa.

68 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

69 ÁVILA, op. cit., p. 112-113.

70 SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 470.

71 Sarmento entende que a proporcionalidade representa um princípio autêntico, pois sua aplicação deve ser harmonizada com outros princípios constitucionais e não se submete à lógica do “tudo ou nada”, daí por que seria válido falar em “subprincípios” dele derivados. (Ibid., p. 471).

72 ÁVILA, op. cit., p. 116.

O exame da necessidade é um teste comparativo, o qual verifica se um ato estatal é proporcional mediante comparação com outras alternativas que poderiam ter sido empregadas para a mesma finalidade.⁷³ Nesse exame, diversamente, o dispositivo analisado não resistiria, pois a simples transferência dos candidatos reprovados no procedimento de heteroidentificação para o regime da ampla concorrência já seria suficiente para assegurar a higidez da política pública. Com essa alternativa, não haveria restrição do direito à participação no concurso público dos candidatos que não foram reconhecidos como negros e tampouco se observaria uma presunção de má-fé e um desestímulo na inscrição dos cotistas.

A última etapa da proporcionalidade ocorre por um sopesamento entre os direitos envolvidos e tem por função principal evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. Se fossem suficientes apenas os dois primeiros exames, uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa, poderia ser considerada proporcional e, portanto, constitucional.⁷⁴

Apesar de não ter superado a segunda etapa, ainda que se avançasse para o exame final da proporcionalidade em sentido estrito apenas para fins argumentativos, também nesse ponto a medida prevista pelo Poder Público não se afiguraria constitucional. É que as vantagens promovidas pelo sistema de controle contra fraudes, que podem ser interpretadas como uma promoção do direito à igualdade em sua dimensão material ao permitir que a ação afirmativa seja usufruída apenas por seus legítimos beneficiários, não superam os prejuízos individuais e difusos que a eliminação poderia ocasionar aos indivíduos fenotipicamente ambíguos que se inscreveram de boa-fé para as cotas raciais.

Os prejuízos individuais são atinentes aos candidatos multirraciais excluídos da seleção, que têm seu direito à participação no concurso público – e, conseqüentemente, de potencial acesso aos cargos efetivos e empregos da

73 SILVA, op. cit., p. 170-171.

74 Ibid., p. 177.

Administração Pública – obstruído. Os difusos, por sua vez, envolvem todos aqueles indivíduos que, por temerem os resultados do procedimento de heteroidentificação, optam por concorrer às vagas gerais, mesmo quando inseridos em um quadro de discriminação e desigualdade que motivou a formulação de uma política inclusiva pretendendo alcançá-los.

CONCLUSÃO

Em sede conclusiva, verifica-se que a formação da identidade racial é um processo extremamente complexo, especialmente para pessoas pardas e fenotipicamente ambíguas, considerando a intensa miscigenação que caracteriza a sociedade brasileira e o preconceito que acompanha a decisão de se autodeclarar negro para o meio social.

Dessa maneira, a autodeclaração é concebida como um instrumento do direito à autodeterminação e projeção da dignidade humana, eis que representa a autonomia identitária de cada indivíduo, que deve ser respeitada pelo Estado mesmo diante do emprego de comissões instituídas para o controle de fraudes em políticas de ação afirmativa.

Nesse contexto, a mera presunção de que os indivíduos não enquadrados como negros pelo procedimento de heteroatribuição, que se desenvolve paralelamente à autoidentificação, pretendem fraudar o sistema de cotas raciais representa uma violação ao direito à autodeterminação no aspecto da autonomia identitária.

Ademais, ao prever a eliminação do candidato no âmbito do concurso público, o artigo 11 da Portaria Normativa MPDG n.º 4/2018 contraria as próprias diretrizes estabelecidas pela Lei n.º 12.990/2014, a qual enuncia que os candidatos inscritos como cotistas devem concorrer concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, bem como aponta a constatação de “declaração falsa” como única hipótese de eliminação do certame.

Por fim, para além da clara violação ao princípio da legalidade, a medida estatal não resiste ao exame inerente ao postulado da proporcionalidade, que foi incorporado pela ordem constitucional brasileira. Isso porque a simples transferência do candidato não identificado como negro pela comissão de heteroidentificação para o regime de ampla concorrência já seria suficiente para evitar a ocorrência de fraudes, além de não restringir a participação no concurso público de candidatos que presumidamente agiram com honestidade e de não provocar desestímulo às pessoas multirraciais na utilização da medida de ação afirmativa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 12, p. 89-137, nov. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Brasília, 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018**. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 41**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 186**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 82.424/RS**, Relator: Min. Moreira Alves, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo: LTR, 2014.

CITTADINO, Gisele. Identidade, “invisibilidade” e reconhecimento. In: PAIVA, Angela Randolpho (Org.). **Ação afirmativa na universidade**: reflexão sobre

experiências concretas Brasil - Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio - Desiderata, 2004. p. 07-12.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira. A autodeclaração e as medidas afirmativas para a promoção da igualdade racial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 43, p. 01-17, 2019.

EDUCAFRO. **Memorial do amicus curiae apresentado na ADC nº 41**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2016/08/uerjdireitos_constitucionalidade-de-cotas-raciais-em-concursos-publicos-adc-41.pdf>. Acesso em 20 jul 2020.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.5 , n. 1, p. 99-141, 2018.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Entre o medo de fraudes e o fantasma das raças. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 215-217, jan./jun. 2005.

HADDON, Phoebe. Políticas de ação afirmativa na educação superior: o caso Michigan. In: PAIVA, Angela Randolpho (Org.). **Ação afirmativa na universidade: Reflexão sobre experiências concretas no Brasil – Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio; Desiderata, 2004. p. 25-43.

HALL, Stuart. **A identidade cultural da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

IKAWA, Daniela. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-410.

JENSEN, Geziela. **Políticas de Cotas Raciais em Universidades Brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Recomendação Geral n.º 32**. O significado e escopo das medidas especiais na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Genebra, 2009. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/4adc30382.html>>. Acesso em 20 jul 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Durban de 31 de agosto de 2001**. Durban, 2001. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/03/durban-2001.pdf>>. Acesso em 20 jul 2020.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE**. Texto para Discussão n.º 996. Brasília: IBGE, 2003.

PANIZZI, Mariana Santos. **A autodeclaração nas ações afirmativas nas universidades**: a teoria jurídica da raça eletiva. Porto Alegre, 2017. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, UniRitter Laureate International Universities.

PAP, András László. Is there a legal right to free choice of ethno-racial identity? Legal and political difficulties in defining minority communities and membership boundaries. **Columbia Human Rights Law Review**, n. 153, p. 153-232, 2014-2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NORBERTO, Aurilena Pereira; RODRIGUES, Sandra Maria Coelho. O Direito à inclusão: implantação de políticas de ações afirmativas nas IES públicas brasileiras – experiência na UFC. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p.136-147, jan./jun. 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 345-363.

VITORELLI, Edilson Diniz Lima. **Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

VITORELLI, Edilson Diniz Lima. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, jan./abr. 2016.