

Cotas raciais: problematidade prática da definição de seus beneficiários

Anelise Becker

Procuradora da República. Doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: A disseminação de ações afirmativas voltadas à neutralização dos efeitos da discriminação racial mediante reserva de vagas vem suscitando problemas práticos relevantes no que tange à definição do universo de beneficiários de tais ações, fundada na autoidentificação do candidato como negro. Quanto a esta, apresentam-se duas considerações: de um lado, a insindicabilidade da autodeclaração, a colocar em risco a própria política afirmativa; de outro, a insuficiência da mera admissão da possibilidade da revisão, a exigir que se reflita sobre os correspondentes critérios e condições. Se, quanto à primeira, a jurisprudência já se vem inclinando por sua aceitação, é no segundo ponto que as divergências se mostram mais acentuadas. Não obstante as dificuldades que oferece, a sindicabilidade da autodeclaração consiste em pressuposto fundamental não apenas da constitucionalidade da reserva de vagas para negros, mas da própria juridicidade de tal reserva.

Palavras-chave: Cotas raciais. Autodeclaração. Sindicabilidade. Critérios.

Abstract: The dissemination of affirmative actions aimed at the neutralization of the effects of racial prejudice upon the reservation of vacancies has aroused relevant practical problems concerning the definition of the universe of beneficiaries of such actions, based on the candidate's self-identification as a black person. Concerning this, two considerations are presented: on one hand the lack of control of the self-declaration, putting at risk the affirmative policy itself; on the other hand, the lack of the mere admission of possibility of review, demanding some reflection on the corresponding criteria and conditions. If, concerning the first, there is a trend in the jurisprudence to accept it, it is in the second point that the

differences are even bigger. Notwithstanding the difficulties it brings, the inquirability of the self-declaration consists of fundamental prerequisite not only of the constitutionality of reservation of vacancies for black people but the juridicity of such reservation.

Keywords: Racial quotas. Self-declaration. Inquirability. Criteria.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos destinatários da reserva de vagas prevista nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014: as potenciais vítimas do “preconceito de marca”. 3 A autodeclaração de raça para acesso a vagas reservadas como problema de direito, a exigir abordagem em perspectiva multilateral. 4 Vencendo o dogma da insindicabilidade da autodeclaração. 5 Da necessária correlação entre os processos de auto e heteroatribuição de raça e a consequente relevância do contexto social em que inserido o candidato. 6 A sindicabilidade da autodeclaração como condição essencial à constitucionalidade das cotas raciais. 7 Possíveis critérios de decisão. 8 Conclusão.

1 Introdução

A relativamente recente disseminação, no direito pátrio, de ações afirmativas voltadas à neutralização dos efeitos da discriminação racial mediante reserva de vagas, seja para acesso ao ensino público superior, seja para acesso a empregos e cargos públicos – temas que, na esfera federal, são tratados, respectivamente, pelas Leis n. 12.711/2012¹ e n. 12.990/2014² –, vem suscitando problemas práticos relevantes no que tange à identificação do universo de beneficiários de tais ações.

Explica-se: fundadas tais medidas na autodeclaração do candidato como negro, são cada vez mais frequentes as ações, coletivas

1 Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

2 Reserva aos negros 20% 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.

ou individuais, questionando os critérios de acesso a essas vagas, seja quando a instituição responsável pelo certame efetua algum tipo de controle de eventuais fraudes, seja quando não o faz³. Em qualquer de tais hipóteses, há o risco tanto de preterição indevida como de ocupação indevida de vagas reservadas a negros.

Envolvem tais ações, em geral, candidatos autodeclarados negros que, embora possam ter ascendência negra, não ostentam as suas características fenotípicas. É o caso de pessoas que se situam na zona limítrofe entre o pardo e o branco, ou mesmo visualmente identificáveis com o estereótipo racial branco⁴, cuja autodeclaração como negras para fins de acesso a vagas reservadas acaba por ser posta em causa, seja por comissões criadas pelas próprias instituições que promovem o certame ou, quando inexistentes ou falhas estas, por outros candidatos, negros ou brancos, que se sentem injustamente preteridos.

Em tais circunstâncias, a efetivação, afinal, da política pública de que aqui se trata, assim como a justiça que os indevidamente preteridos clamam, fazem do recurso ao Poder Judiciário o caminho natural para o enfrentamento de tais questões. As dificuldades a elas inerentes, porém, redobram a importância das diretivas ou modelos jurídico-normativos para a realização do direito que,

3 Ilustram tais hipóteses, v.g., as Ações Cíveis Públicas movidas pelo Ministério Público Federal sob o n. 0119328-36.2015.4.02.5001/ES e n. 0071142-59.2015.4.01.3400/DF, tendo por objeto, respectivamente, concurso promovido pela União no ano de 2014, para provimento de vagas de Agente da Polícia Federal, e concurso promovido no ano de 2015 pelo Instituto Rio Branco, para admissão à carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores. As reflexões desenvolvidas no presente artigo têm como ponto de partida os fundamentos que embasaram o ajuizamento, também pelo Ministério Público Federal, das Ações Cíveis Públicas n. 5003045-53.2016.4.04.7101 e n. 5003858-80.2016.4.04.7101, perante a Subseção Judiciária de Rio Grande/RS, cujas petições iniciais foram elaboradas pela autora.

4 Para confirmar tal assertiva – de que não necessariamente uma pessoa que tenha ascendência africana geneticamente identificável terá a pele escura ou o cabelo ulútrico –, pode-se citar estudo realizado por Sérgio Pena e outros (2000) acerca de um grupo de brasileiros brancos de ascendência africana (28%), europeia (39%) e ameríndia (33%), cuja parcela africana não fazia deles membros da raça negra, tampouco sujeitos à discriminação racial.

proporcionando meios de resolução correta de problemas, sejam passíveis de oferecer fundamentação para suas decisões⁵.

De um lado, a insindicabilidade da autodeclaração, ao argumento de que a adoção de um critério de acesso eminentemente subjetivo ensejaria um impasse no controle de acesso às vagas reservadas, pois não seria possível definir quem é preto ou pardo para tal fim⁶, coloca em risco a própria política afirmativa em questão, pois qualquer indivíduo que se autodeclare negro, somente por fazê-lo, fará jus ao benefício.

De outro, não basta reconhecer a possibilidade de revisão da autodeclaração sem refletir sobre os critérios e condições sob as quais esta terá lugar, pois, nesse caso, apenas se retornará à aporia inicial, pela imprestabilidade do controle levado a efeito, seja por aspectos formais, atinentes ao devido processo legal, seja por aspectos materiais, relativos ao mérito da própria avaliação.

O que nos remete, necessariamente, a recordar o *caráter prático* da ciência do direito, manifestado em sua função de *conduzir o agir* – e, portanto, a vontade que o move – *ao domínio da razão*, mediante argumentos que não sejam meros disfarces da vontade, mas sim *autênticos chamamentos a uma comunidade de razão*, preocupados, ademais, com sua idoneidade para disciplinar efetivamente a

5 Consoante anota Castanheira Neves, hoje o próprio sentido da elaboração doutrinariamente dogmática do direito positivo vem repensado como o de exercício de “uma tarefa pragmática (ou prática)” passível, como tal, de oferecer diretivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito, e, pois, fundamentação para decisões práticas (NEVES, 1998, p. 45, 51 e 116, reportando-se a WIEACKER, 1980, p. 721-722, para quem incumbe à dogmática não construir um edifício doutrinário mental e logicamente contingente de contextos de dedução, mas sim oferecer meios de resolução correta de problemas).

6 Neste sentido, v.g., decisão proferida por maioria, em 24.6.2012, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação/Reexame Necessário n. 5002408-12.2010.404.7102/RS, rel. des. fed. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Em sentido contrário, v.g. voto acolhido por unanimidade em 5.11.2015, também pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido por seu relator, o des. fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, no Agravo de Instrumento n. 5036049-78.2015.4.04.0000/RS.

realidade conforme o valor que os princípios jurídicos lhe atribuem (ZAGREBELSKY, 2003, p. 120-122).

Consoante ressalta Gustavo Zagrebelsky, se o direito deve se voltar à realidade, ou seja, se deve operar em cada caso concreto em conformidade com o valor que os princípios lhe assinalam, não basta considerar o “direito nos livros”, é preciso ter em conta o “direito em ação”: para a norma valer, não basta que ostente uma “validade lógica”, é necessária sua “validade prática”. Por isso, as *consequências práticas do direito* não são de modo algum um aspecto posterior, independente e carente de influência sobre o próprio direito, mas sim um elemento qualificativo seu⁷.

Decorre daí a importância, no que diz respeito ao tema em análise, de não se fechar o operador do direito na literalidade da lei, menos ainda na literalidade de recorte seu, em que está prevista a autodeclaração de raça, para sobre ela assentar todo o edifício das ações afirmativas correlatas.

Até mesmo pela possível infelicidade de sua redação, porquanto discutível se poderá ser falso algo que é uma “autodeclaração”⁸, são outros os critérios – para além da eventual primeira impressão que possa restar de sua leitura isolada, a remeter para um tipo de dogma da insindicabilidade da autodeclaração – que devem nortear a compreensão do conteúdo da norma jurídica nela positivada⁹,

7 Zagrebelsky (2003, p. 122), esclarecendo que não se trata de assinar ao “fático” uma prioridade sobre o “normativo”, mas de manter uma concepção do direito que permita que esses dois momentos não sejam irrelevantes um para o outro.

8 Referência ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014, segundo o qual, “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”.

9 Consoante princípio hermenêutico elementar, a solução para cada controvérsia jurídica não pode ser encontrada levando em conta apenas o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, o inteiro ordenamento jurídico, e, especialmente, seus princípios fundamentais (PERLINGIERI, 1997, p. 5), consignados no texto constitucional.

critérios, esses, atentos não apenas à realidade dos fatos observados na vivência comunitária em que se dá a discriminação que se busca combater (a realidade fática na qual o direito há de lograr validade prática), como sobretudo ao fundamento normativo da ação afirmativa mobilizada para tanto, a fim de evitar que se consagrem artificialismos conflitantes com a intenção material em que normativamente se funda aquela ação.

Esses artificialismos, no caso, consistem na aceitação acrítica de que, num contexto em que vige o “preconceito de marca”, possa um candidato, apenas porque *autodeclarado* negro e ainda que possua tal ascendência (genótipo), concorrer às vagas reservadas, embora não apresente qualquer traço característico da aparência física das pessoas negras (fenótipo).

Considerando que, à luz do comportamento habitual da sociedade brasileira, dificilmente possa ter sido ou ser tal pessoa, na interação social, alvo de preconceito e discriminação¹⁰ raciais em razão da cor da pele e dos traços que ostenta, a validade prática da solução jurídica a ser buscada para o caso exige a sindicabilidade de sua autodeclaração.

Assim, a menos que se pretenda assumir a real possibilidade de que tais ações afirmativas resembram letra-morta, relegadas ao subjetivismo insondável dos candidatos que se autodeclarem a elas fazerem jus – em franco prejuízo aos demais candidatos, autodeclarados negros ou não –, a interpretação das normas que regem ditas ações afirmativas há de observar a necessidade de que o candidato efetivamente ostente, para si e para a comunidade que o cerca, a condição que declara portar.

10 Segundo anota Bobbio (2011, p. 103-108), o preconceito pertence à esfera do não racional, consistindo numa opinião ou conjunto de opiniões, às vezes até mesmo em uma doutrina completa, que é acolhida acrítica e passivamente, isto é, sem que seja verificada, e com tal força que resiste a qualquer refutação fundada em argumentos racionais, distinguindo-se, por isso, das opiniões errôneas passíveis de correção por meio da razão e da experiência. Sua consequência principal é a discriminação: uma diferenciação injusta ou ilegítima, por ir contra o princípio fundamental da justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais.

Animada pela intencionalidade prática ínsita ao direito – o qual não basta ser intencionalmente pensado (*law in the books*), mas exige fazer-se realmente prática ou prática cumprida (*law in action*) (NEVES, 2002, p. 74)¹¹ –, pretende ser a presente reflexão mais um contributo para o direito que concretamente se realiza.

2 Dos destinatários da reserva de vagas prevista nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014: as potenciais vítimas do “preconceito de marca”

Em trabalho publicado originalmente na década de 1950, Oracy Nogueira, partindo de uma comparação entre o tipo de preconceito existente nos Estados Unidos e no Brasil, desenvolveu um “quadro de referência” para a caracterização das correspondentes “situações raciais” (NOGUEIRA, 1985)¹². Um é o tipo que vigora nos Estados Unidos, o qual Oracy Nogueira define como “preconceito racial de origem”. Outro, o existente no Brasil, consistente no “preconceito racial de marca”. Dependendo do tipo de preconceito para o qual tendem com maior intensidade as relações raciais, alteram-se os mecanismos pelos quais a discriminação se torna efetiva. E, consoante alerta Rafael Guerreiro Osório, ainda que na maior parte dos casos as marcas remetam à origem e a origem às marcas, a correspondência entre ambas não é necessária (OSÓRIO, 2003, p. 20–21).

Oracy Nogueira define o preconceito racial como uma disposição ou atitude desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, os quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido à ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca. Quando basta a supo-

11 Expressões de Podgorecki, citado por Teubner (1993, p. 145, nota 293).

12 Trabalho citado pela min. Rosa Weber, no voto proferido na ADPF n. 186, p. 129.

sição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem¹³.

Nos casos em que o preconceito é *de origem*, presume-se que o mestiço tem as “potencialidades hereditárias” do grupo discriminado, a ele se filiando, seja qual for a sua aparência e qualquer que seja a proporção de ascendência que dele se possa invocar, de modo que o branqueamento pela miscigenação, por mais completo que seja, não implica em incorporação do mestiço ao grupo branco. Onde o preconceito é *de marca*, o critério discriminatório é o fenótipo ou aparência racial, variando a concepção de branco e não branco em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região. A amplitude de variação, porém, em qualquer caso, resta “limitada pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem”, pois o indivíduo portador de traços caucasoides *será considerado branco*, ainda que se conheça sua ascendência negra, até mesmo porque, sendo o preconceito de marca mais intelectual e estético, sua intensidade varia na proporção direta dos traços negroides (NOGUEIRA, 1985, p. 79-82).

A marca principal, que permite a identificação das potenciais vítimas de preconceito, é a cor, para a qual existe uma espécie de escala de gradação que vai do estritamente branco ao completamente preto. *O preconceito se intensifica na razão direta dessa escala de cor e do porte de outras marcas (cabelo, nariz, boca): quanto mais negra é uma pessoa, maior é a probabilidade de ser vítima do preconceito* (OSÓRIO, 2003, p. 22).

Veja-se que, confrontado com a possibilidade de permissão – no contexto brasileiro – de ingresso na universidade, com base em elementos genotípicos, a quem, pelas características fenotípicas,

13 Nogueira (1985, p. 78-79), esclarecendo que, enquanto o preconceito de marca determina uma preterição do indivíduo, o de origem leva à exclusão incondicional dos membros do grupo atingido, em relação a situações ou recursos pelos quais venham a competir com membros do grupo discriminador.

nunca foi por estas discriminado, classificou-a o ministro Cezar Peluso como uma *contradição*, pois

[...] ninguém discrimina alguém porque terá recorrido a exame genético e aí descoberto que a pessoa tenha gota de sangue negro. Isso não faz sentido. O candidato que sempre se apresentou na sociedade, por suas características externas, como não pertencente, do ponto de vista fenotípico, à etnia negra, mas que genotipicamente a ela pertença, a mim me parece que não deva nem possa ser escolhido e incluído na cota, pois nunca foi, na verdade, discriminado¹⁴.

Embora a fonte de toda a ambiguidade esteja no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco (OSÓRIO, 2003, p. 29), pode-se dizer que, independentemente de sua ascendência genética, aqueles que não ostentam fenótipo negro ou, reversamente, ostentam fenótipo branco, restam como que “imunes” às discriminações que costumam cercar o fenótipo negro num contexto em que vige o “preconceito de marca”, a importar na conclusão de que dificilmente terão sofrido perda de oportunidades sociais associadas à condição negra que justifiquem acesso privilegiado a vaga em instituição federal de ensino superior ou cargo público por meio de ação afirmativa voltada exatamente a igualar os desfavorecidos em razão de condição fenotípica que não ostentam.

Destaca Gomes (2001, p. 137) que um dos objetivos das ações afirmativas é criar as chamadas “personalidades emblemáticas”: representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, servem de exemplo às gerações mais jovens, que veem em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à concretização de seus projetos de vida. Com essa conotação, as ações afirmativas atuam como mecanismo de incentivo à educação

14 Voto proferido na ADPF n. 186, p. 166-167. Também Ikawa (2010, p. 366, 392 e 393) defende a estruturação das ações afirmativas de cunho racial à luz do contexto discriminatório específico em que se inseriram, a envolver, no caso brasileiro, o reconhecimento de que nele vige um “racismo de cor”, identificado socialmente, e não de ascendência, a refletir-se nas medidas afirmativas correlatas. Em tal contexto, o fenótipo é o único critério que faz sentido.

e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

Esse *efeito multiplicador* não passou despercebido quando do julgamento da referida ADPF n. 186, consoante dá conta o voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, destacando o relevante papel simbólico das ações afirmativas (p. 72 e 74). Assim, a ocupação, por um candidato não negro, de vaga reservada a negros evidentemente *esvazia o efeito multiplicador* inerente aos diplomas legais em comento, pois o jovem negro jamais se identificará com o candidato cuja *cor da pele* não seja a sua, ainda que este *se declare* como tal. Pelo contrário: ver um indivíduo não negro utilizando-se das cotas para lograr acesso ao ensino superior ou aprovação em concurso público só causará aos negros sentimentos de impotência e descrédito. Esse desvirtuamento só avultará aquilo que o ministro Ricardo Lewandowski chamou de “*componente multiplicador às avessas*” e que representa, em síntese, ceifar as perspectivas dos jovens negros.

Decorre daí a destacada preocupação que ensejam os casos limítrofes, situados na fronteira entre o pardo e o branco, em que há dúvida acerca da legitimidade da ocupação da vaga reservada a pretos e pardos pelo candidato que, embora autodeclarado como tal, não ostenta o correspondente fenótipo.

3 A autodeclaração de raça para acesso a vagas reservadas como problema de direito, a exigir abordagem em perspectiva multilateral

Como dito, a fonte de toda a ambiguidade está no pardo e, mais especificamente, na fronteira entre o pardo e o branco (OSÓRIO, 2003, p. 29), especialmente porque em sua distinção reside o divisor de águas entre aqueles que fazem jus às ações afirmativas e aqueles que a elas não fazem jus.

As categorias étnico-raciais elencadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) buscam organizar o conjunto de terminologias voltadas a estabelecer identificações e diferenciações nas linhas de cor, contribuindo, direta ou indiretamente, para modelar e legitimar um certo perfil identitário na população brasileira. Ao colaborar, assim, para a construção de fronteiras entre os grupos que a compõem, tais categorias assumem o papel de ferramentas do Estado, necessárias para auxiliar, entre outras tarefas, nas escolhas referentes à adoção de políticas públicas e à definição de seus beneficiários (NASCIMENTO; FONSECA, 2012, p. 3). Uma vez que as leis em comento hajam feito expressa referência ao uso de tais categorias para os fins de delimitação daqueles que podem acessar a reserva de vagas que elas estabelecem, alçam tais categorias *status* jurídico, cuja concretização, contudo, não pode prescindir do aporte histórico, cultural, político, estatístico, sociológico e antropológico que informa a sua definição original.

Considerando que essas categorias e suas fronteiras não são produto de um conhecimento supostamente objetivo da realidade, mas *sócio-historicamente construídas*, é ilusório pensar, em nome de uma idealizada segurança jurídica, que será possível dispor, no campo do Direito, de meios outros, que supostamente confirmam maior objetividade e/ou precisão à sua distinção, pois, nesse caso, a natureza própria de tais categorias restará violentada. Um tal esforço, aliás, viria diametralmente de encontro ao empenho de grande parte dos estudiosos das relações étnico-raciais e de setores do movimento negro brasileiro (a envolver, inclusive, uma revisão da história, de seus procedimentos e interpretações) na criação e no emprego de conceitos que superem as velhas e novas armadilhas que definem o “eu” e o “outro” segundo dados, normas e métodos classificatórios arbitrários, ou seja, de acordo com *termos e métodos que se fixaram numa hipotética essência racial* (NASCIMENTO; FONSECA, 2012, p. 6).

Tampouco será legítimo que a estranheza e a dificuldade naturalmente derivadas da adoção de conceitos oriundos de outras

ciências¹⁵ dêem ensejo a mitificações biologizantes inibidoras da assunção do problema da definição dos beneficiários das ações afirmativas como *problema de direito* que, a partir da positivação de tais medidas, passou a ser.

Veja-se que, em relação às pessoas com deficiência, os tribunais já vêm delimitando os tipos de incapacidades autorizadores de sua inserção, ou não, no regime de cotas previsto no art. 37, inciso VIII, da Constituição da República, havendo o Superior Tribunal de Justiça proferido centenas de decisões para determinar quais deficiências são ou não suficientes para permitir que o candidato faça jus ao benefício, a tal ponto que estabeleceu que a visão unilateral é deficiência para fins de concurso (Súmula 377), mas não a audição unilateral¹⁶.

Não obstante, em debate promovido em 14 de outubro de 2015 pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado, foram apontadas distorções no uso das cotas para ingresso de deficientes no serviço público: pessoas com cegueira unilateral são consideradas iguais em direitos às que não enxergam nada; pessoas que tem dois dedos dos pés amputados concorrem em igualdade, nas vagas reservadas para os cotistas, com quem não tem as duas pernas e anda com cadeira de rodas. Considerando que tais distorções ferem o objetivo constitucional da ação afirmativa, pois culminam por priorizar quem perdeu dois dedos, tem limitações de extensão de algum membro ou encurtamento da perna, mas não pessoas com grandes deficiências, concluiu-se que não basta o diagnóstico médico-biológico da existência do problema, sendo imprescindível a análise da funcio-

15 A nota Sousa (1994, p. 23-26) que, no Direito, em geral os conceitos são indeterminados, ainda que assim não pareçam. O que varia é seu grau de indeterminação: alguns reúnem o consenso generalizado com relativa facilidade; relativamente a outros, esse consenso já é mais difícil de se obter, havendo ainda aqueles quanto aos quais o consenso é quase impossível de se obter. No que tange aos conceitos *descritivos* ou *empíricos* – caso de “raça” – embora seu conteúdo possa não se apresentar imediatamente ao intérprete, é possível fixá-lo objetivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos.

16 MS 18.966/DF, rel. p/acórdão min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 20 mar. 2014, AgRg no REsp 1379284/SE, j. 18.11.2014, rel. min. Benedito Gonçalves.

nalidade da pessoa com deficiência: *a análise de até que ponto essa deficiência prejudica sua integração social, para que faça jus à reserva de vagas*¹⁷.

No caso das cotas raciais, a situação é análoga (VITORELLI, 2015, p. 59). Quando há dúvidas sobre se o fenótipo, vale dizer, a aparência física do candidato autodeclarado negro, categoria que inclui pretos e pardos, de fato o expõe ao preconceito racial, é sempre imprescindível verificar *se efetivamente se representa, apresenta e é reconhecido em seu meio social como negro*, encontrando-se por isso exposto ao preconceito e à discriminação passíveis de levá-lo à dificuldade de acesso, ou mesmo à perda de oportunidades sociais em decorrência de sua cor, para justificar seu favorecimento pela política de ação afirmativa.

Uma vez que o Poder Público tenha exercido a sua faculdade de abrir o processo seletivo, a publicação do edital dá causa ao surgimento de uma vantagem concreta para todas as pessoas *que preenham os requisitos legais* para nele se inscrever: o direito a se inscrever possui a natureza jurídica de direito formativo gerador, a cujos efeitos, previamente determinados na lei e/ou no edital, submetem-se o Poder Público quando o particular candidato exterioriza sua vontade de nele participar (SILVA, 2004, p. 85).

Exercido tal direito, porém, a relação jurídica relevante não se esgota naquela que se forma, com a inscrição, entre o candidato e a Administração. Sendo vários os candidatos inscritos, forma-se uma *relação jurídica multilateral*, ou poligonal, que envolve os vínculos formados entre estes, individual e coletivamente considerados, e a Administração, assim como entre os candidatos entre si e, ainda, entre todos esses termos da relação e a coletividade em geral.

Esclarece Canotilho (1995, p. 233-234) que, nas relações jurídicas poligonais, estão presentes interesses diferenciados, sejam eles convergentes, concorrentes ou contrapostos, assim como diferentes

17 SENADO FEDERAL. Especialistas apontam distorções no uso das cotas para deficientes. *Agência Senado*, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/10/14/especialistas-apontam-distorcoes-no-uso-das-cotas-para-deficientes>>. Acesso em: 15 maio 2016.

situações jurídicas subjetivas, nas quais se interpenetram interesses públicos e interesses privados potencialmente conflitantes, carecedores de uma cuidadosa ponderação. A complexidade de tais relações exige, por isso, não apenas respostas devidamente articuladas, como mesmo implica a mobilização de uma perspectiva jurídica que as compreenda adequadamente.

Quando parte dos candidatos, ao se inscrever no processo seletivo, emite manifestação de vontade, autodeclarando-se negra, a fim de nele lograr posição mais favorecida do que os demais, ao atrair para si os efeitos vantajosos previstos na Lei n. 12.711/2012, ou na Lei n. 12.990/2014, resta evidente que, para a *legitimidade* do exercício de um tal direito formativo gerador suplementar àquele de se inscrever no processo seletivo, e para a manutenção da *justiça* nos termos da relação jurídica poligonal que se estabelece entre os candidatos entre si e entre estes e o restante da coletividade, é imprescindível que o candidato preencha os requisitos legais para o exercício de tal direito, vale dizer: *que se represente, apresente e seja reconhecido como preto ou pardo*, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE, e, por isso, potencialmente sujeito às discriminações que a ação afirmativa em pauta visa superar.

Isso se deve ao fato de que a autodeclaração como negro não gera efeitos unicamente para o candidato que a emite em sua relação bilateral com a Administração, mas também para os demais candidatos, inclusive os outros autodeclarados negros, assim como para o restante da coletividade. Considerando seus efeitos em relação a terceiros, a declaração de vontade de concorrer às vagas reservadas aos negros não cria apenas uma relação unidimensional entre o candidato que se autodeclara negro, individualmente tomado, e a Administração, mas sim uma relação poligonal, que tem de um lado a Administração, e que, do lado dos candidatos, abrange aquele que é beneficiado e o(s) outro(s) que é(são) prejudicado(s) de forma correspondente a esse benefício.

Explica-se o prejuízo na medida em que, tendendo a ação afirmativa a desigualar os candidatos, reservando vagas a alguns, os

demais, que não se enquadram nos requisitos definidos para acesso a tais vagas, a elas não têm acesso, salvo se nenhum candidato a elas se inscrever, ou se os inscritos não restarem aprovados. Da mesma forma, em sendo mais de um candidato à reserva de vagas, se o(s) melhor(es) colocado(s) não preencher(em) o requisito definido para a ela ter legítimo acesso, os demais candidatos autodeclarados negros aprovados em colocação inferior ficarão injustamente preteridos. Nessa hipótese, restará igualmente frustrado o objetivo maior da coletividade, de redução das desigualdades sociais por meio da mencionada ação afirmativa.

Necessária, pois, uma ampliação do olhar, que possibilite a apreensão do conjunto das relações jurídicas que efetivamente exsurge e releva quando o exercício de direitos formativos contra a Administração possa causar danos a terceiros não visados imediatamente por seu exercício.

Vale dizer: a *justiça* exigida pela presença de um terceiro quanto à relação fundamental considerada (entre o candidato autodeclarado negro e a Administração) constitui um *limite* à absolutização da auto-declaração¹⁸. A presença de um terceiro exigente de justiça permite reconhecer o caráter *jurídico* da problematidade suscitada por tal relação, que passa então a solicitar uma resposta *de direito*. Consiste, este, precisamente num problema *de direito* – ou seja, num problema a exigir uma resposta de direito – porquanto, tomado em relação a uma concreta situação social, nele se encontra em causa uma interação humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um espaço objetivo-social em que é explicitamente relevante a tensão entre a liberdade (no caso, de declaração de vontade) e a vinculação ou integração comunitárias, a convocar,

18 Conclusão inspirada no pensamento de Lévinas (2004, p. 143, 144, 247 e 293), para quem a multiplicidade humana não permite esquecer o *terceiro* que, para além do Rosto do “primeiro a chegar”, é “também um outro”, importando saber qual dos dois, em princípio incomparáveis, passa à frente. Por isso, atrás das singularidades únicas, é preciso entrever indivíduos do *gênero*, é preciso compará-los. A presença do terceiro exige uma ordem de justiça, exige comparação, o que coloca um limite à responsabilidade infinita pelo outro que vige na ordem puramente ética do face a face.

de um lado, a exigência de uma garantia para aquela liberdade e, de outro, a imposição, a seu titular, de uma obrigação cumpridora da responsabilidade decorrente daquela vinculação ou integração comunitárias¹⁹. Um problema cujo sentido estritamente jurídico é expresso pela fórmula de Cícero: *suum cuique tribuere* (NEVES, 2008, p. 113).

4 Vencendo o dogma da insindicabilidade da autodeclaração

A identificação racial deve se dar sempre *primeiro pelo próprio candidato*, seja em prestígio à imagem que este faz de si mesmo, seja para evitar identificações externas ainda presas a estereótipos da discriminação negativa²⁰. Não é outro o sentido da Recomendação Geral CERD n. VIII²¹, atinente à interpretação e aplicação do artigo 1º, itens 1 e 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (internalizada pelo Decreto n. 65.810/1969), por meio da qual, em 22 de agosto de 1990, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, considerando relatórios dos Estados-Partes acerca dos modos como indivíduos são identificados como pertencentes a uma raça específica ou grupo étnico, emitiu a opinião de que, se não existir justificação em contrário, tal identificação deve basear-se em autoidentificação pelo indivíduo em questão²².

19 V. NEVES, 2007, p. 62.

20 V. IKAWA, 2010, p. 393.

21 COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD). CERD General Recommendation, 23 Aug. 1990. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453882fd22.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

22 Pode-se colher semelhante orientação, ainda, na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (internalizada pelo Decreto n. 5.051/2004), cujo artigo 1º, item 2, estabelece, quanto aos povos indígenas ou tribais, que a consciência de sua identidade como tal deverá ser considerada como critério fundamental para sua determinação, e no Decreto n. 4.887/2003, cujo art. 2º prevê a caracterização dos remanescentes étnico-raciais das comunidades dos quilombos mediante autodefinição da própria comunidade.

O que é a autodeclaração? É o modo como o candidato expressa um dado sobre sua condição pessoal que, embora formado no íntimo de sua autoimagem (autorrepresentação), não sem o influxo de fatores externos, possui aspectos objetivos externamente verificáveis, consistentes na sua consequente autoapresentação e reconhecimento como tal em seu meio social.

Diversamente daquele que opta por concorrer às vagas do turno da tarde, por conveniência pessoal ou porque a elas tendencialmente acorrerão menos candidatos, aquele que se autodeclara negro para concorrer às vagas reservadas expressa um dado de sua vivência pessoal, cujo teor – para que seja válida sua autodeclaração – deve ser congruente com o modo como de fato ele se representa, apresenta e é reconhecido em seu contexto social.

Sob esse ângulo, o problema lógico encerrado na impossibilidade de ser falso algo que é uma “autodeclaração”²³ pode se tornar apenas aparente, pois a verdade que se inquire não diz com o modo como se representa, em seu íntimo, o candidato, mas sim com a *conformidade da autorrepresentação declarada em relação aos dados objetivos de sua manifestação social pelo candidato*.

A objetividade aqui tratada não tem relação com a obtenção de um critério exterior/objetivo para definir quem é preto ou pardo, mas sim com a aferição da veracidade do conteúdo da declaração ante sua manifestação exterior/objetiva pelo próprio candidato. Nenhuma novidade experimentará o operador do direito a propósito, se recordar a infinidade de fenômenos subjetivos que encontram ressonância jurídica, não obstante seu inegável fundo íntimo,

23 Neste sentido, Vitorelli (2015, p. 72). Desconforto semelhante foi demonstrado pelo min. Gilmar Mendes, no voto proferido na ADPF n. 186, quando, embora reconhecendo que o critério da autodeclaração seria demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva, aduz que a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente, pois, ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da heteroidentificação como a base do modelo de cotas, pois quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado: um critério de autodeclaração que se transmuda em heteroidentificação (p. 192).

a exemplo dos vícios da vontade, da culpa e da boa-fé, cuja aferição se dá a partir de indícios exteriores, de elementos observáveis na atitude exprimida externamente pelo indivíduo no ambiente social²⁴.

Em que pese às evidentes dificuldades que a questão impõe, não será a fuga para um suposto dogma da insindicabilidade da autodeclaração que porá fim, e dará solução, ao problema da definição dos beneficiários da política de ações afirmativas estabelecida pelas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014, até mesmo porque, coerentemente com a complexidade das relações em causa, o ordenamento jurídico prevê a eliminação do concurso, ou anulação da nomeação, do candidato que prestar declaração falsa. É certo que, feliz ou não em sua redação, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 12.990/2014 aponta no sentido da *necessária sindicabilidade da autodeclaração*, sobretudo nas situações em que o fenôtipo do candidato gere dúvida quanto ao seu legítimo enquadramento na ação afirmativa. Do contrário, se a autodeclaração for o único critério estabelecido para a constatação de cor ou raça, qualquer pessoa que assim se declare terá o incontestável direito de concorrer às vagas reservadas aos negros, *apenas por fazê-lo*.

No que tange ao acesso ao ensino público superior, embora nem a Lei n. 12.711/2012, nem o Decreto n. 7.824/2012 ou a Portaria ME n. 18/2012, que a regulamentam, prevejam ou estabeleçam procedimento de revisão da autodeclaração de raça, mas apenas de apuração e comprovação da renda familiar (arts. 8º e 9º desta), isso não impede sua instituição pelo estabelecimento de ensino, nem o controle *a posteriori* da autodeclaração em caso de fraude, má-fé ou aproveitamento indevido das cotas raciais, “a ser realizado, mediante

24 Pronunciando-se sobre a boa-fé subjetiva no âmbito possessório, observa Cordeiro (1985, v. I, p. 424) não poder o juiz, de modo direto, pronunciar-se sobre o conhecimento ou desconhecimento do possuidor, por se tratar de fenômeno de consciência passível, inclusive, de deixar na dúvida o próprio. Recorrendo a indícios externos, o julgador apenas pode concluir pelo estado de espírito provável, natural perante o condicionalismo que se tenha demonstrado, de modo que, caso esse condicionalismo inculque a ignorância do possuidor, há boa-fé, caso contrário, existe má-fé, pois ou se verifica ciência, ou, por não saber o que devia, negligência indesculpável.

o devido processo legal, pelo Ministério Público, pela parte lesada ou até pela própria instituição de ensino”²⁵. Assim, embora inclusive em atenção ao princípio da dignidade humana a identificação racial deva partir do próprio indivíduo, ao qual cabe predicar sobre si, traduzindo-se numa autoidentificação, isso não significa que, em contextos sociais mais amplos, em que concorra com outras individualidades, também elas igualmente dignas, deva tal identificação permanecer imune a qualquer questionamento externo²⁶.

Da possibilidade de concurso às vagas reservadas a candidatos negros, por parte daqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, não decorre, por óbvio, restar assegurada ao candidato aprovado, frente à mera declaração, acesso ao ensino ou nomeação e posse incondicionais. Considerar que a autodeclaração teria sido instituída como critério único e absoluto resultaria em um sistema de cotas desprovido de qualquer mecanismo contra fraudes, o que é inadmissível, ainda que a boa-fé se presuma, até mesmo porquanto se trata, esta, de *presunção relativa*. Ainda mais do que isso: a absolutização da autodeclaração arrisca levar ao completo descrédito não apenas a lei em comento, como o próprio sistema de cotas em si. Implícita, pois, a admissibilidade de critérios outros, além da autodeclaração, para o legítimo acesso do candidato às vagas reservadas para negros.

Certamente não por outra razão o próprio movimento negro vem se insurgindo contra a falta de controle no acesso às cotas raciais oferecidas em concursos públicos²⁷ e participando de comis-

25 Conforme decisão monocrática proferida em 26.10.2015 pela des. fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 5041459-20.2015.4.04.0000/RS. No mesmo sentido, ainda, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 5014376-29.2015.4.04.0000/RS, rel. des. fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, un., j. em 23.6.2015.

26 Neste sentido, v. especialmente Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. juiz federal Roger Raupp Rios, p.m., j. em 4.8.2009, publicado no *DE* de 2 set. 2009.

27 V.g. PACHECO, Lorena. Movimento negro fará protesto em todo o país contra suspeitos de fraudar cotas em concurso. *Correio Brasileiro*, 19 jan. 2016. Disponível em:

sões voltadas à revisão de autodeclarações prestadas por optantes pelas ações afirmativas²⁸.

Recorde-se que, ao analisar a constitucionalidade – na citada ADPF n. 186 – dos mecanismos empregados pela UnB na identificação do componente étnico-racial para acesso a vagas do ensino superior, reputou o ministro Ricardo Lewandowski plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que respeitem a dignidade pessoal dos candidatos (p. 83-84). O ministro Luiz Fux, a seu turno, partindo do correto pressuposto de que a discriminação e o preconceito existentes na sociedade brasileira não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano, mas sim baseiam-se em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais, traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial aqui ainda existentes, negou haver qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos beneficiários do sistema de cotas estabelecido pela UnB. E, ato contínuo, afastou a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configuraria um “Tribunal Racial”, pois referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil, mas sim fazer com que o programa cumpra efetivamente seus desideratos, *beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas* que, mediante fraude ou abuso, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior (p. 119).

Tais diretrizes são perfeitamente aplicáveis às Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014, uma vez que ambas fazem menção aos critérios adotados pelo IBGE, cujo sistema classificatório, a despeito da ideia

<<http://blogs.correiobraziliense.com.br/papodeconcurseiro/movimento-negro-fara-protesto-em-todo-pais-contra-suspeitos-de-fraudar-cotas-em-concurso>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

28 Conforme noticiado no acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível n. 5006592-74.2011.404.7102, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 18.7.2012 e publicado no *DE* de 18 jul. 2012.

generalizada segundo a qual a identificação racial nas pesquisas daquele instituto se faz exclusivamente por autoatribuição, emprega simultaneamente os métodos da autoatribuição e da heteroatribuição de pertença (OSÓRIO, 2003, p. 8 e nota 3). No ano de 2008, o último em que realizado levantamento semelhante pelo IBGE, este incluiu, na pesquisa *Características étnico-raciais da população – um estudo das categorias de classificação de cor ou raça*, apoiado na fundamentação de diversos pesquisadores e especialistas na área de relações raciais no Brasil, o *questo 3.00*, no qual o entrevistador procede à classificação do entrevistado segundo a cor ou raça, o que se conhece como *heteroatribuição* da pessoa entrevistada²⁹.

De acordo com Osório (2003, p. 13-14 e nota 11), embora se possa considerar que a opção pela autoatribuição ou pela heteroatribuição de pertença racial consista, no fundo, numa escolha entre subjetividades (a do próprio sujeito da classificação ou a do observador externo, de modo que a heteroatribuição não é necessariamente mais objetiva do que a autoatribuição), consideram-se fidedignas e sinceras ambas as classificações, mesmo quando discordantes, tendo em mente que os entrevistados e os entrevistadores dessas pesquisas *não veem no quesito algo capaz de gerar vantagens ou desvantagens pessoais*.

É preciso não perder de vista, portanto, que o método de autoatribuição perante pesquisas censitárias pressupõe declarações desinteressadas e em contextos livres de tensões sociais. Bem diversas são as circunstâncias em que a autodeclaração é utilizada de forma isolada, em um cenário de concessão de benefícios ou vantagens. Assim, embora o sistema de classificação do IBGE tenha provado ser muito eficiente, alerta o referido cientista social que sua aplicação em contextos nos quais o enquadramento em determinadas categorias possa alavancar vantagens pessoais deve ser feita de forma refletida (OSÓRIO, 2003, p. 35).

29 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Características étnico-raciais da população: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça* 2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. p. 29. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49891.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

5 Da necessária correlação entre os processos de auto e heteroatribuição de raça e a consequente relevância do contexto social em que inserido o candidato

Na verdade, segundo sugerem Nascimento e Fonseca (2012, p. 2 e 11), a partir das reflexões de outros cientistas sociais sobre o tema, são as relações entre a autotransclassificação aberta e a fechada, bem como entre a auto e a heterotransclassificação, que possibilitam um quadro profícuo para ponderar sobre a construção das identidades étnico-raciais no País. E mais do que isso: é a *mobilização simultânea e explícita de tais procedimentos* que garante importantes subsídios para conhecermos as convergências, ambiguidades, hesitações, etc. que acompanham o complexo processo de definição identitária. Consoante advertem aqueles autores, embora *ser* seja “considerar-se como tal” (representar-se, sentir-se, ver-se, posicionar-se), “considerar-se como tal” requer e ao mesmo tempo impõe “ser considerado como tal”. Vale dizer: *a autotransclassificação envolve também a heterotransclassificação*: há uma dimensão relacional entre esses processos.

Ao contrário do que possa parecer, uma maior precisão na delimitação dos grupos ou um maior número de categorias não traz benefícios à classificação racial, pois o caráter “intelectivo e estético” do preconceito racial de marca faz com que a definição do grupo discriminado e a atribuição de pertença a este sejam *flexíveis*. Uma mesma pessoa, inserida em determinadas relações sociais em contextos delimitados, pode ser vista como branca e, em outras relações e contextos, como parda, ou mesmo preta (OSÓRIO, 2003, p. 23).

Recorde-se, aqui, a lição de Nogueira (1985, p. 80), transcrita acima, segundo a qual “a concepção de branco e não-branco varia em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região”, limitando-se a amplitude da variação “pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem”.

Depende a classificação, por isso, *do que os indivíduos são nos contextos em que estão inseridos* (OSÓRIO, 2003, p. 23), pois a percepção social da cor e a escolha e/ou atribuição de categorias de cor são operações complexas, que envolvem não apenas uma apreensão de características fenotípicas, aqui imbuídas de valor e carregadas de significado, mas também a compreensão de que essas operações se processam num contexto de interação social (ARAÚJO, 1987, p. 15).

Com isso, a abrangência da categoria parda e sua aparente indefinição ampliam, paradoxalmente, a objetividade da classificação, pois, sendo fluidas as linhas de fronteira que separam as três grandes zonas de cor – preta, parda e branca –, a classificação ganha a capacidade de apreender a situação do indivíduo classificado *em seu microcosmo social*, no contexto relacional que efetivamente conta na definição da pertença ao grupo discriminador ou ao discriminado. A classificação tira sua objetividade, assim, não de classificar pessoas invariável e precisamente segundo um padrão fenotípico único e supralocal, como parecem desejar os que reclamam um método dotado de “precisão” ou “objetividade científica”, mas da sua flexibilidade, que lhe proporciona a aceitação das definições locais das fronteiras de cor, sejam estas quais forem. Em lugar de implicar vieses nos resultados obtidos, essa aparente inconsistência chama a atenção para o fato de que a classificação racial é socialmente percebida de formas distintas (OSÓRIO, 2003, p. 23).

Essa constatação condiz com o fato de que a definição de “raça”, no contexto humano, não é um problema biológico, mas sim histórico, político e sociocultural³⁰, devendo, por isso, ser aferida segundo categorias e métodos adequados à sua natureza.

30 Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.424, Pleno, min. rel. Moreira Alves, j. em 17.9.2003, publicado no *DJ* de 19 mar. 2004 – segundo o qual, afastando a existência de subdivisões biológicas na espécie humana para confirmar a prática de racismo materializada na publicação de livros antisemitas, pontuou aquela Corte que “a divisão dos seres humanos em raças *resulta de um processo de conteúdo meramente político-social*. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” –, e reiterado no julgamento da ADPF n. 186, cujo relator, min. Ricardo Lewandowski, anotou em seu voto que o conceito de “raça”, mediante o qual enfrentada a

As reivindicações de maior precisão ou objetividade na classificação são insustentáveis, pois não é o instrumento de mensuração que é impreciso, mas o fenômeno ao qual se endereça, porquanto *a definição da pertença racial varia circunstancialmente*. E são exatamente as categorias abrangentes e de fronteiras fluidas da classificação que permitem lidar com a imprecisão do fenômeno da identificação racial (OSÓRIO, 2003, p. 35). Vale dizer: o propósito da classificação racial não é estabelecer com precisão um tipo “biológico”, ou o “fenótipo” nacional ideal do pardo, ou do preto, ou do branco, mas sim *se aproximar de uma caracterização sociocultural local*. O que interessa, onde vige o preconceito de marca, é a carga de traços nos indivíduos do que se imagina, em cada local, ser a aparência do negro³¹.

6 A sindicabilidade da autodeclaração como condição essencial à constitucionalidade das cotas raciais

O princípio da interpretação conforme a Constituição não é um simples princípio de conservação de normas, mas sim um princípio de integração hierárquico-normativa que impõe a mobilização das normas constitucionais para determinar o conteúdo das normas infraconstitucionais. Isso significa que, entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, sem revisão de seu conteúdo, deverá o intérprete optar por aquele que se encontre em conformidade com a Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 1100, 1171 e 1172).

discriminação social baseada nesse critério, consiste em um *conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação* ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores (p. 65).

- 31 Osório (2003, p. 23-24), esclarecendo que tal fato justifica duplamente a agregação de pretos e pardos e sua designação como negros no diploma legal em questão. Estatisticamente, pela uniformidade de características socioeconômicas dos dois grupos e, teoricamente, pelo fato de as discriminações, potenciais ou efetivas, sofridas por ambos os grupos, serem da mesma natureza, colocando-os, igualmente, na condição de beneficiários legítimos de quaisquer ações que venham a ser tomadas no sentido de reverter o quadro histórico e vigente dessas desigualdades.

No tema em análise, confrontam-se duas possibilidades interpretativas quanto à definição do universo de beneficiários das normas positivadas nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014. Uma, segundo a qual a autodeclaração restaria intangível, de modo que o candidato autodeclarado negro teria assegurado acesso às cotas raciais independentemente de seu fenótipo, do modo como é socialmente reconhecido e, pois, de sua real condição de sujeito à discriminação racial, somente pelo fato de se autodeclarar negro. Outra, segundo a qual a adoção da autodeclaração como regra para a atribuição de identidade racial não obsta que, na presença de razões suficientes, a Administração (e, na sua omissão ou revisando sua atuação, o Poder Judiciário) syndique o seu conteúdo, a fim de resguardar o acesso às vagas reservadas a negros àqueles efetivamente expostos à discriminação racial.

A base constitucional para a positivação de ações afirmativas encontra assento nos próprios objetivos constitucionalmente assinalados para a República Federativa do Brasil: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, incisos I, III e IV, da Constituição de 1988). Na condição de comandos constitucionais voltados a conferir efetividade material ao princípio da igualdade jurídica³², sua concretização não pode perder de vista os requisitos próprios deste princípio³³, a fim de que

32 Sobre o tema, v. especialmente Gomes (2001) e Rocha (1996).

33 Recorrendo às lições de Bobbio, Canotilho e San Tiago Dantas, anota Falcão (1999, p. 303-304) que, para a diferenciação ser aceita como constitucional, deve ser *justificada*, ou seja, razoável e racional, por assentada em motivos objetivos que a tornem, além de justificada, também *suficiente*. A esses critérios deve-se acrescer um terceiro, a *proporcionalidade*: justificar-se a diferenciação como um reajuste de situações desiguais. Assim, para que o atendimento ao princípio da redução das desigualdades sociais (igualdade material) não viole o princípio da igualdade formal, a diferenciação deve, concomitantemente: (I) decorrer de um comando, de um dever constitucional; (II) não ser geral, mas sim específica; e (III) ser eficiente.

a igualdade de oportunidades cuja concretização proclamam não deixe de ser uma igualdade *justa*.

Possuindo o princípio da igualdade um indelével *caráter relacional*, sua *justiça* reside na pressuposição de um *juízo* e de um *critério de valoração* para a distinção entre aqueles que, doutra forma, seriam tidos por iguais, a fim de que nem a igualdade nem a desigualdade de tratamento que lhes sejam dispensadas exsurjam como arbitrárias. E se a arbitrariedade decorre da carência de um fundamento sério, de um sentido legítimo e de um fundamento razoável para a diferenciação, a sua superação exige que se encontrem “elementos de comparação” aptos a fundamentar com justiça a disciplina jurídica³⁴ ou, no caso, o acesso às vagas em questão. Trata-se, pois, de obter uma resposta *de direito*, ou seja, uma resposta fundada num critério de validade axiológica, à *indiferenciação* de outra forma insólvel, senão arbitrariamente.

Veja-se que o *risco de diluição das fronteiras do universo de beneficiários* da ação afirmativa em pauta aumenta à medida que se evanesçam os critérios para a definição da raça dos candidatos, no pressuposto da insindicabilidade da sua autodeclaração, tudo em potencial prejuízo ao atendimento do comando constitucional que a embasa. Isso porque quanto mais ampliada (por incontrolada) a possibilidade de acesso a tais vagas, menor a probabilidade de que a ação afirmativa que materializa se revele eficaz, reduzindo, efetivamente, as desigualdades sociais visadas. E maior a probabilidade, por outro lado, de que a ausência de um juízo de necessária comparação entre os candidatos leve à materialização de injustiças.

34 V. Canotilho (1998, p. 390-392) e Falcão (1999, p. 308-309), segundo o qual deve adotar a lei, para tanto, não um *discrímen simplex* (ex: sexo), mas sim um *discrímen complexus* e, como tal, de natureza distinta da discriminação proibida, por ampla e geral, pois a Constituição proíbe tratamento desigual com base exclusivamente em tal condição. Para ser constitucional, por específico, é necessário associar a condição simples a alguma outra circunstância que a complexifique e, assim, especifique o destinatário do tratamento favorecido, como seu papel social ou *status* socioeconômico, por exemplo. A esta *associação* concede-se prioridade, e não simplesmente àquela condição. Caso contrário, a prioridade seria inconstitucional.

O absoluto da incomparabilidade entre os sujeitos é próprio do *plano ético*³⁵. Somente nesse plano se pode legitimamente sustentar a insindicabilidade da autodeclaração que o sujeito faça sobre si, sobre o seu ser, sobre como o representa intimamente, porque nesse plano ele é efetivamente único, incomparável, senhor do que predica sobre si. Ao formular sua autodeclaração para fins de acesso a vagas reservadas, porém, deixa o sujeito a unicidade que possui no plano ético para assumir a relatividade própria daquele que, como outros, eticamente tão únicos como ele, compete por um mesmo bem da vida. É quando a exigência de justiça entre os em princípio incomparáveis passa a exigir a sua comparação, cujo critério, no caso, será exatamente a sindicabilidade da autodeclaração, a fim de que seja possível fundamentar de modo objetivo (vale dizer, *racionalmente sindicável*) o acesso que uns terão, mas não outros, a essas vagas. Do contrário, restará a possibilidade de tal acesso relegada a arbitrariedade incompatível com a própria noção de direito.

Se, numa realidade como a brasileira, em que vige o preconceito de marca, a razão de ser do acesso favorecido é a discriminação historicamente sofrida em razão de determinado fenótipo, no pressuposto de que tal discriminação terá furtado a seus portadores a igualdade de oportunidades para competir com os demais em igualdade de condições, é preciso aferir – sempre que haja dúvida a respeito – se o candidato que afirma tal condição efetivamente a ela corresponde em seu meio social: se sua aparência em tal contexto faz dele potencial vítima de discriminação racial. Do contrário, não haverá nexos causal apto a justificar a desigualdade de tratamento nem esta atenderá a seu objetivo maior, que é a redução das desigualdades sociais derivadas da discriminação racial, caso em que o acesso às vagas reservadas ferirá o princípio da *proporcionalidade*, pois não se justificará como um reajuste de situações desiguais. Resta, assim, a *sindicabilidade da autodeclaração*, pressuposto fundamental não apenas da constitucionalidade da reserva de vagas para negros, mas da própria *juridicidade* de tal reserva.

35 V. *supra*, nota 18.

7 Possíveis critérios de decisão

Consoante inicialmente advertido, não basta reconhecer a possibilidade de revisão da autodeclaração: há que dispor de parâmetros para tanto. Se, quanto à primeira questão, a jurisprudência ainda não está pacificada, embora venha se inclinando por sua aceitação, é no segundo ponto que as divergências se mostram mais acentuadas.

Uma vez aceita a sindicabilidade da autodeclaração, pode-se dar por pacífico, inicialmente, do ponto de vista formal, cumprir à instituição responsável prevê-la no edital do concurso ou processo seletivo, assim como os correspondentes critérios³⁶, como requisito para levá-la a efeito ao ensejo do certame. A ausência de tal previsão, contudo, não impede seja a autodeclaração sobre a qual paire dúvida verificada administrativamente³⁷ ou questionada no âmbito judicial.

Ordinária ou *a posteriori*, é certo que a verificação administrativa da veracidade da autodeclaração deverá observar os princípios do contraditório e da ampla defesa e, na esfera federal, o disposto na Lei n. 9.784/1999, facultando ao candidato fazer-se acompanhar por advogado e produzir provas, e não apenas interpor recurso contra a decisão, que deverá, a seu turno, ser motivada de modo explícito, claro e congruente. Uma vez assim formado, goza o ato administrativo que confirma ou afasta o conteúdo da autodeclara-

36 Para fins do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 12.990/2014, o MPOG editou a Orientação Normativa n. 3, em 1º de agosto de 2016, estabelecendo que os correspondentes editais de concurso público deverão indicar que as informações prestadas no momento da inscrição (entre as quais a autodeclaração de raça) são de inteira responsabilidade do candidato, bem como prever e detalhar os métodos a serem adotados para a verificação da sua veracidade, mediante designação de comissão para tal fim (composta por pessoas de gêneros, cores e, preferencialmente, naturalidades distintos), e o momento em que se dará tal verificação, sujeita a recurso (art. 2º, incisos I a IV, e § 2º). Quanto aos critérios de verificação da veracidade da autodeclaração, prevê que deverão ser considerados apenas os *aspectos fenotípicos* do candidato, a serem verificados obrigatoriamente na sua presença (art. 2º, § 1º).

37 Neste sentido, decisão monocrática proferida em 1º.2.2011 pela des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria no Agravo de Instrumento n. 5004216-18.2010.404.0000/RS (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma).

ção de presunção de legitimidade, exigindo sua revisão judicial a produção de prova em contrário pelo interessado³⁸.

Quanto aos critérios para tanto, a Orientação Normativa MPOG n. 3/2016 é expressa ao prever a consideração, unicamente, dos *aspectos fenotípicos* do candidato, a serem verificados obrigatoriamente na sua presença. Embora tal orientação se encontre em consonância com a realidade brasileira, caracterizada pelo preconceito de marca, está longe de solucionar facilmente a questão, pois, consoante assinalado acima, a percepção social da cor é uma operação complexa que envolve tanto a apreensão de características fenotípicas carregadas de significado, como a compreensão de que esta operação se processa num contexto de interação social (ARAÚJO, 1987, p. 15).

Por isso, consoante já decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, “a revisão administrativa da autodeclaração feita pela candidata no momento da inscrição no vestibular, só poderá ser afastada mediante manifestação fundamentada e racional, e não apenas com base apenas nos traços fenotípicos do indivíduo”³⁹. Imprescindível, por conseguinte, a busca de parâmetros passíveis de orientar tal verificação, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. Um acórdão que bem ilustra a complexidade inerente à questão foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR⁴⁰, na qual, sustentando dever a Administração Pública partir da presunção *juris tantum* de

38 Neste sentido, acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n. 5036049-78.2015.4.04.0000/RS, rel. des. fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, un., j. em 5.11.2015, reportando-se a precedente da mesma Turma na Apelação Cível n. 5000923-98.2015.4.04.7102/RS, rel. des. fed. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, un., j. em 8.7.2015.

39 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Segunda Seção, Embargos Infringentes n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 13.5.2010 e publicado no DE de 24 maio 2010, confirmando o acórdão proferido por sua Quarta Turma na Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR.

40 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, AC n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. juiz federal Roger Raupp Rios, p.m., j. em 4.8.2009, publicado no DE de 2 set. 2009.

boa-fé em favor da autodeclaração e da compreensão constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal acerca das identidades raciais, como resultantes de um processo social, político-cultural, e não como dados biomédicos ou antropomórficos, aponta-lhe como possíveis elementos de convicção a sopesar, além do fenótipo do candidato: as declarações prestadas em documentos públicos ou privados; o preenchimento do censo como pessoa da cor que se autoatribui; a manifestação de terceiros confortando-a; sua filiação; e a eventual narrativa de experiências de discriminação.

8 Conclusão

Assim como a prioridade conferida aos aspectos fenotípicos não afasta a consideração da ascendência do candidato como forma de corroborar a sua condição de preto ou pardo quando o fenótipo suscita dúvidas, e ainda que se possa considerar inexigível que produza prova de vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo⁴¹, nenhuma de tais assertivas afasta a tese fundamental, defendida na presente reflexão, de que *o postulante a vaga reservada para negro deve se autorrepresentar, apresentar e assim ser reconhecido em seu contexto social*, pois de outra forma não estará exposto à discriminação racial visada pela ação afirmativa em pauta. Presume-se referida exposição à vista da assumida e reconhecida condição de negro. Na dúvida quanto a esta, imprescindível a demonstração, pelo candidato, de toda e qualquer circunstância que possa confortar o teor de sua autodeclaração. E quando ainda assim permanecer incerteza quanto à sua condição, uma perícia sociológica ou antropológica poderá auxiliar a aferir o modo como se apresenta e é percebido socialmente.

No que tange à reserva de vagas para acesso a cargos públicos, considerando que a Lei n. 12.990/2014, diversamente da Lei n.

41 Neste sentido, v.g. decisão proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Cível n. 5006592-74.2011.404.7102/RS, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 18.7.2012.

12.711/2012⁴², não efetua qualquer associação entre o *critério genérico* “raça” e outra circunstância que permita *especificar* seu destinatário, somente o interesse na criação das chamadas “personalidades emblemáticas”, exemplos vivos de mobilidade social ascendente de que nos fala Gomes (2001, p. 137), pode justificar a sua constitucionalidade. Caso da reserva constitucional de vagas para pessoas portadoras de deficiência e da reserva, para mulheres, de pelo menos 30% das candidaturas para o Poder Legislativo, prevista pela Lei n. 9.504/1997 (art. 10, § 3º), em que a dificuldade de acesso do beneficiário da ação afirmativa ao bem da vida em questão é *presumida*, independentemente de circunstâncias outras, o que justifica a indiferença do direito para com elas. É quando a *diversidade* vem priorizada relativamente à compensação como fundamento da ação afirmativa⁴³. Em tal hipótese, no caso das cotas raciais, avulta em importância o reconhecimento objetivo de que *o candidato se apresenta e é percebido socialmente como negro*.

Referências

ARAÚJO, Tereza Cristina N. A classificação de “cor” nas pesquisas do IBGE: notas para uma discussão. *Caderno de Pesquisa*, v. 63, nov. 1987. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1262/1266>>. Acesso em: 9 maio 2016.

42 A Lei n. 12.711/2012 prevê o preenchimento por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde instalada a instituição, das vagas de educação superior e de ensino técnico de nível médio reservadas a estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio ou fundamental em escolas públicas, metade das quais destinadas a estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio *per capita*. Com isso, resta especificado o destinatário de tais vagas como o estudante autodeclarado preto, pardo ou indígena que tenha cursado integralmente o nível de ensino anterior em escolas públicas ou seja oriundo de família de baixa renda.

43 V. Ikawa (2010, p. 382), que aponta diversidade (voltada sobretudo ao futuro) e compensação (voltada principalmente ao passado) como fundamentos independentes e, por isso, não cumulativos, para as ações afirmativas.

BOBBIO, Norberto. A natureza do preconceito. In: _____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.857, dez. 1995, e ss.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Direito da mulher: igualdade formal e igualdade material. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOSES, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 151, jul./set. 2001.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós – ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004.

NASCIMENTO, Alessandra Santos; FONSECA, Dagoberto José. *Mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça na PCERP/2008*. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33\[250\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33[250]ABEP2012.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2016.

NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIII, 2007.

_____. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, Castanheira. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3.

_____. *Teoria do direito – lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Universidade de Coimbra, policop., 1998.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem (sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil). In: _____. *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985.

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

Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2016.

PENA, Sérgio et al. Retrato molecular do Brasil. *Revista Ciência Hoje*, v. 27, n. 159, abr. 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* – introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, jul./set. 1996.

SILVA, Almiro do Couto e. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado/RS – Cadernos de Direito Público*, v. 27, n. 57, supl., 2004.

SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VITORELLI, Edilson. Da inconstitucionalidade formal e material das cotas raciais em concursos públicos. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 20, set./out. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* – ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.