

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Recurso 08006865520224058101
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins
Julgado em 18/03/2024

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. COTAS. INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ.

EMENTA

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. COTAS. INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. AFASTAMENTO DA AUTODECLARAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA E DA APELAÇÃO.

1.

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ - IFCE em face de sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a segurança pleiteada para determinar a anulação do ato administrativo que eliminou o impetrante do processo seletivo IFCE/SISU 2022.1, devendo o nome do impetrante, assim, constar na lista de aprovados no resultado final do certame nas vagas reservadas a "pardos" para o Curso de Licenciatura em Educação Física do IFCE no campus de Limoeiro do Norte, devendo a autoridade impetrada reativar sua matrícula para o próximo semestre letivo.

2. O cerne da discussão consiste em saber se é possível a anulação do ato administrativo praticado pela comissão de heteroidentificação e respectiva comissão recursal as quais, em complemento à autodeclaração do candidato, foram designadas para confirmar ou não a presença de características fenotípicas do concorrente com o fim de preencher as vagas destinadas a pretos e pardos no Processo Seletivo para ingresso no curso de graduação de Educação Física do IFCE, nos termos da Lei 12.711/2012.

3. A Lei 12.711/2012 estabelece cota de 50% das vagas dos cursos de graduação em instituições federais de educação superior para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (art. 1º), subdividindo-se entre candidatos que se declararem pretos, pardos ou indígenas, com renda familiar per capita de até um salário-mínimo e meio e pessoa com deficiência (art. 1º, § 1º, e 3º). Por sua vez, a Lei 12.990/2014 estabelece cota de 20% das vagas em concursos públicos realizados no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (art. 1º) para os que se declararem negros (pretos ou pardos) no ato da inscrição no concurso público (art. 2º).

4. Para resolver a difícil e sempre delicada questão de saber quem é negro/pardo, e quem não é, para fins de usufruir desse benefício legal, a lei estabeleceu como critério primordial o da autodeclaração da condição de preto ou pardo. Admite-se a possibilidade de instituição de mecanismos de controle, por parte da

organização do concurso, do conteúdo da autodeclaração, a autorizar o afastamento de candidato que, com o intuito de burlar o certame, venha a firmar declaração falsa sobre sua cor/raça.

5. O sistema de cotas étnico-racial visa promover a inclusão social das pessoas negras e pardas.

Inicialmente, é preciso reconhecer a legitimidade da política pública (ação afirmativa) que adota o critério racial como fator de favorecimento de determinados grupos em desvantagem socioeconômica. O que se deseja combater com tais políticas públicas são os efeitos perversos do preconceito racial. Sendo assim, é razoável que o fator racial seja levado em conta na elaboração dos critérios de favorecimento de grupos em desvantagem.

6. Existem, pelo menos, dois métodos capazes de proporcionar a pertença de uma pessoa a um grupo racial: (a) o subjetivo e (b) o objetivo. Pelo primeiro, a definição da pertença de certo indivíduo a determinado grupo protegido contra discriminação decorre da percepção subjetiva do envolvido, conforme, portanto, sua declaração (critério da autodeclaração). Pelo segundo, é o atendimento a uma série de requisitos, caracterizadores do grupo de modo objetivo, que confere ao indivíduo a qualidade de membro do grupo protegido, merecedor, portanto, das consequências jurídicas da norma antidiscriminatória. O sistema constitucional brasileiro prestigia a perspectiva subjetiva, que, inclusive, é recomendada pelo Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial, órgão das Nações Unidas encarregado da interpretação e da aplicação da Convenção para a Eliminação de Discriminação Racial.

7. A adoção da autodeclaração como regra para a atribuição de identidade racial não obsta que, na presença de razões suficientes, a Administração analise a honestidade e a correção da declaração. Contudo, a legitimidade da revisão da autodeclaração depende de vários elementos, abrangendo considerações fáticas e normativas. Do ponto de vista normativo, o procedimento revisional deve não apenas assegurar a manifestação da parte contrária, conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa, como também partir da presunção relativa (*juris tantum*) de boa-fé em favor da declaração. Deve também valer-se da compreensão constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal acerca das identidades raciais, resultantes de um processo social, político-cultural.

8. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 41, já teve oportunidade de assentar a plena constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, tanto no que concerne à possibilidade de reserva de vagas para negros no serviço público, como também da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, a fim de evitar fraudes na autodeclaração.

9. Conquanto seja permitido à Administração utilizar mecanismos de heteroidentificação para coibir tentativas de fraudes na sistemática de autodeclaração, é preciso que esse controle se dê em caráter realmente secundário, com máxima cautela, resguardando-se, no plano formal, as garantias do contraditório e da ampla defesa e, no plano material, a dignidade da pessoa humana. Cumpre enfatizar ainda a advertência feita pelo Min. Barroso de que, quando houver dúvida razoável sobre o fenótipo do(a) candidato(a), deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial. A atuação da comissão de verificação deve se dar na chamada zona de certeza negativa, em que se tem plena segurança de que o candidato não se enquadra como negro. Do contrário, caso a situação se situe no plano da denominada zona cinzenta (ou de dúvida), impõe-se prestigiar-se a autopercepção do candidato.

10. A jurisprudência é firme no sentido de que não compete ao Poder Judiciário rever os critérios adotados pela banca examinadora de concurso público, devendo a sua atuação se limitar à apreciação de aspectos de legalidade e da observância das normas do edital, inclusive com relação à reserva de vagas para os

candidatos que se declararem negros no ato da inscrição. Apenas em situações de evidente abuso ou desvio da banca é que caberia a excepcional intervenção do Judiciário para rever o mérito do ato administrativo.

11. No caso em tela, o juiz sentenciante julgou procedente o pedido e alegou que "analisando a fotografia do impetrante anexada no id. 26672217, concluo, com absoluta segurança, se tratar o requerente de pessoa 'parda', vez que apresenta fenótipo inquestionavelmente compatível com o resultado de miscigenações entre pessoas que se costumam enquadrar em 'raças' diferentes, conforme conceituação dada pelo próprio IBGE e em sintonia com o disposto no art. 1º, IV, da Lei nº 12.288/10."

12. Não é tarefa simples para uma comissão plural aferir se o candidato é preto ou pardo, sendo ainda mais difícil para o Poder Judiciário fazer tal avaliação com base em uma única foto 3x4.

13. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em seu art. 50, determina que "os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...]

III — decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; [...] e

V — decidam recursos administrativos". Diz ainda, no parágrafo 1º desse dispositivo, que "a motivação deve ser explícita, clara e congruente".

14. Analisando os autos, percebe-se que não foi anexado o processo administrativo referente à análise da comissão de heteroidentificação, documentação essa que costuma acompanhar processos análogos ao ora analisado. Consta apenas o EDITAL Nº 02/2022 - DI/PROEN/REITORIA-IFCE (id. 4058101.26672237), que traz o resultado que indefere a aferição do candidato nos seguintes termos: "A aparência do(a) candidato(a) NÃO compatível com as exigências estabelecidas no edital, levando em consideração os seguintes aspectos: cor da pele (sem artifícios) e fisionomia."

15. Assim, observa-se que o ato administrativo que indeferiu a matrícula do requerente padece de vício formal, consistente na exposição de motivos genéricos. Não há no referido edital ou em qualquer outro documento nenhuma indicação de característica presente ou ausente no autor, que possa evidenciar que houve uma análise individualizada e específica da condição do demandante. Pelo contrário, são apresentadas razões aplicáveis indiscriminadamente a qualquer caso, sem qualquer possibilidade de controle por qualquer instância que seja.

16. É nulo, portanto, o ato administrativo emanado pela comissão de heteroidentificação, por falta de fundamentação, que caracteriza violação ao devido processo legal, por não permitir ao prejudicado interpor recurso que ataque efetivamente o mérito da decisão.

17. Houvesse a Comissão, dentro de sua autonomia universitária, realizado uma análise individualizada e específica da condição do demandante, não caberia a este juízo realizar qualquer tipo de censura.

18. Dessa forma, a situação dos autos, portanto, merece a excepcional intervenção do Judiciário, para evitar grave injustiça causada pela Administração, sobretudo porque o ato administrativo que considerou o candidato inapto à vaga de cotista está lastreado em fundamentação/motivação flagrantemente genérica. Precedentes: PROCESSO Nº: 0804478-18.2021.4.05.8500 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Fernando Braga Damasceno - 3ª Turma, Assinatura: 30/09/2022;

PROCESSO Nº: 0800371-19.2021.4.05.8503 - APELAÇÃO CÍVEL, RELATOR(A): Desembargador(a)
Federal Convocado Marco Bruno Miranda Clementino - 6ª Turma, Assinatura: 3/5/2023.

19. Uma vez afastado o ato administrativo combatido, a matrícula do apelado deve ser mantida ativa até eventual realização de análise por nova comissão para avaliá-lo nos moldes da legislação pertinente, desta feita com motivação suficiente e adequada.

20. Provimento parcial da apelação e remessa necessária, apenas para viabilizar a realização de nova avaliação por outra banca de heteroidentificação, com pronunciamento devidamente motivado. Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.