



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5005318-74.2017.4.04.7002/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

APELANTE: ITAIPU BINACIONAL (INTERESSADO)

APELANTE: DIRETOR - ITAIPU BINACIONAL - FOZ DO IGUAÇU (IMPETRADO)

APELADO: [REDACTED] (IMPETRANTE)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PROCESSO SELETIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. COTAS RACIAIS. HETEROIDENTIFICAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIO FENOTÍPICO.

1. Essa Corte possui entendimento de ser possível o manejo de ação mandamental para examinar a higidez de processos seletivos da Itaipu Binacional.

2. A fixação de cotas raciais para processos seletivos foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 186/DF).

3. A autodeclaração relativamente à condição de "*preto ou pardo*" (Lei nº 12.288/10) pode ser confrontada pela heteroidentificação feita Ente, a qual deve-se basear na fenotípia, e não na ancestralidade, do candidato.

4. Para se valer do benefício legal, não basta ser afrodescendente: tem que parecer ser afrodescendente, aos olhos do homem médio.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação e à

remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 24 de outubro de 2018.

Documento eletrônico assinado por **LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000696144v6** e do código CRC **205c4738**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

Data e Hora: 24/10/2018, às 18:50:4

5005318-74.2017.4.04.7002

40000696144 .V6



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5005318-74.2017.4.04.7002/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

APELANTE: DIRETOR - ITAIPU BINACIONAL - FOZ DO IGUAÇU (IMPETRADO)

APELANTE: ITAIPU BINACIONAL (INTERESSADO)

APELADO: [REDACTED] (IMPETRANTE)

RELATÓRIO

[REDACTED] impetrou Mandado de Segurança em face do Diretor - Itaipu Binacional - Foz do Iguaçu, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da disposição do edital que estabelece a eliminação do candidato pelo sistema da heteroavaliação, com a consequente nulidade de sua exclusão do certame, com a imediata nomeação e posse do impetrante no cargo de Técnico em Mecânica, em decorrência de sua classificação nas vagas reservadas a negros e pardos.

Afirma que participou do Processo Seletivo nº 1006/2015 (cargo nº 20/1006 – Profissional de Nível Técnico I) promovido pela Itaipu Binacional, tendo concorrido a uma das vagas destinadas pelo edital para candidatos descendentes da raça negra/parda. Refere que foi aprovado na prova escrita, passando para a fase de avaliação e identificação racial, realizada por uma Comissão Avaliadora composta por 06 pessoas indicadas e que são empregados da empresa ITAIPU BINACIONAL. Sustenta que o parecer conclusivo da comissão foi de que o fenótipo do autor/candidato “não atende ao requisito cor/raça”, razão pela qual foi excluído do certame.

Alega que a avaliação pelo método de heteroatribuição (em que outra pessoa define o grupo do sujeito) seria ilícita (ev. 1).

A sentença dispôs:

3. Dispositivo

*Posto isso, resolvo o mérito para, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, **conceder a segurança pleiteada:** a) reconhecer a ilegalidade parcial do edital, nos termos da fundamentação; b) determinar, inclusive em caráter liminar, à impetrada que proceda à imediata nomeação e posse do autor para o cargo de Técnico em Mecânica, em decorrência de sua classificação nas vagas reservadas a negros e pardos, desde que não haja outro impedimento para tanto, observando-se quanto aos efeitos laborais e financeiros, a data de fevereiro de 2017.*

A Itaipu Binacional apresenta apelação. Requer, preliminarmente, a extinção do feito, sem julgamento do mérito, por inadequação da via eleita, tendo em vista que a resolução da discussão travada nos autos - se o impetrante é ou não pardo, para fazer jus à vaga - exigiria dilação probatória. No mérito, afirma que não integra a Administração Pública direta ou indireta, razão pela qual não se submete ao regime jurídico de contratação por concurso público. Sustenta que a adoção de processo seletivo concorrencial não decorreria, portanto, da previsão do art. 37 da Constituição Federal, mas sim de decisão empresarial, que visa à democratização do ingresso na instituição. Defende a legalidade do método misto de avaliação fenotípica realizado no certame, que comunga os sistemas de autoatribuição - em que a própria pessoa declara o seu pertencimento étnico - e de heteroatribuição - no qual terceiros efetuam o enquadramento do indivíduo em determinado grupo em razão de seu fenótipo. Salienta que o item 1.4 do Edital previa a possibilidade de os candidatos apresentarem questionamentos quanto às regras da seleção, e que, face à inércia do impetrante em exercer essa faculdade, operou-se a preclusão. Sustenta a licitude do procedimento de análise de fenótipo com base em fotografias. Assevera que todos os candidatos foram fotografados no mesmo ambiente e que, portanto, não haveria como o impetrante ter sido prejudicado pela luminosidade do local. Afirma que a sentença, ao considerar o impetrante pardo, com base em critérios não estipulados no Edital, ofende aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia. Aduz que, ainda que fosse admitida a indevida atuação do Judiciário em substituição à Comissão Avaliadora, a sentença mereceria reforma, porquanto não comprova a condição racial do impetrante. Subsidiariamente, defende que a retroação dos efeitos laborais e financeiros à data da eliminação do impetrante do certame importaria em enriquecimento sem causa deste, na medida em que não houve qualquer contrapartida laboral no período, razão pela qual os efeitos financeiros e laborais do cargo somente poderiam fluir a partir da sua efetiva contratação.

Com contrarrazões vieram so autos a esta Corte, inclusive, por força da remessa oficial.

A Itaipu apresentou pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação 5017540-94.2018.4.04.0000, o qual foi parcialmente deferido.

O MPF, em seu parecer, opinou pelo acolhimento da preliminar, com a extinção do feito sem julgamento do mérito, face à inadequação da via eleita. No mérito, pelo parcial provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

A sentença dispôs:

Decido.

2. Fundamentação

Subsume-se a pretensão do autor ao reconhecimento do direito de não ser excluído do Processo Seletivo nº 1006/2015 (cargo nº 20/1006 – Profissional de Nível Técnico I), promovido pela Itaipu Binacional, em razão do sistema da heteroavaliação.

O problema da identificação de quem pode ser reconhecido como negro ou pardo em um país onde gigantesca parcela da população é afrodescendente, para fins de atender à política de cotas, que exige uma análise de fenótipo, faz exurgir discussões que refogem à questão meramente principiológica, no que toca à igualdade.

Através do sistema da autodeclaração, o candidato informa no ato da inscrição a condição de pessoa negra ou parda, a fim de concorrer à vaga relacionada à cota racial.

Trata-se de método que, embora legítimo, não pode ser considerado absoluto, uma vez que a realidade fática do candidato que se autodeclara negro ou pardo deve ser avaliada à luz dos requisitos exigidos no edital.

Vale ressaltar, a respeito do assunto, a tese fixada pela Corte Constitucional no julgamento da ADC 41, em 08/06/2017:

"É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa".

(ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017)

O Supremo Tribunal Federal, em anterior julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, ao mesmo tempo em que firmou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, manifestou-se especificamente sobre a legitimidade do sistema misto de identificação, no qual o enquadramento do candidato como negro (preto ou pardo) não é feito exclusivamente com base na autodeclaração, sendo essa declaração posteriormente analisada por terceiro, em regra por um comitê ou comissão designada especialmente para tal fim.

Infere-se que a finalidade da Comissão Avaliadora é certificar-se de que o candidato autodeclarado preto ou pardo efetivamente se amolda às características do grupo, constantes no Censo Oficial do IBGE, a fim de atestar que, pelo conjunto de características visíveis, como cabelo, cor da pele, formato da boca e do nariz, o candidato é assim reconhecido na sociedade, apresentando traços fenótipos que o identificam com o tipo preto ou pardo.

No caso em apreço, a Comissão examinou fotos de frente e de perfil do candidato, concluindo por unanimidade que as características do impetrante não correspondem ao fenótipo de pessoa parda (ev. 18, OUT9).

A decisão da Comissão pautou-se nos seguintes fundamentos (ev. 18, OUT9):

(i) Ao analisar as fotos encaminhadas pelo candidato, a Comissão observou, além da cor de pele, as demais características faciais, como o formato do rosto, olhos, nariz e boca, concluindo que o candidato não se enquadra na condição de pessoa preta ou parda;

(ii) O candidato apresentou a Certidão de Nascimento de seu pai e o Certificado de Reservista de seu irmão, porém, conforme consta do item 7.12, "c", do Edital do Processo Seletivo, a análise da Comissão observa apenas o fenótipo do candidato, motivo pelo qual tais documentos não são hábeis a comprovar a sua condição de negro ou pardo, já que referentes à ascendência genética;

(iii) O candidato apresentou, como documento comprobatório de sua raça/cor, um cadastro do Sistema Único de Saúde, em que se autodeclara pardo. Porém, tal cadastro foi realizado no dia 14/02/2017, às 9h47, sendo que o recurso do candidato contrário à decisão da Comissão Avaliadora foi protocolizado no dia 14/02/2017, às 16h22. Assim, por se tratar de documento produzido de forma unilateral e confeccionado posteriormente à inscrição do candidato no Processo Seletivo e à avaliação inicial da Comissão, não possui força probante suficiente para alterar o entendimento da Comissão;

(iv) O candidato não apresentou documentos pessoais próprios, emitidos anteriormente à inscrição no Processo Seletivo, que demonstrem sua condição de negro ou pardo.

Dentre os motivos utilizados pela comissão para o indeferimento da pretensão do autor, em relação ao direito de participar pelo sistema de cotas, está a argumentação de que não apresentou documentos pessoais emitidos anteriormente à inscrição no Processo Seletivo, a demonstrar sua condição de negro ou pardo (item i retro).

Nada obstante a legitimidade do sistema misto de avaliação, não se pode perder de vista a subjetividade inerente a ambos os sistemas, o que por certo choca com necessidade de precisão para o estabelecimento de critérios de regência de concursos públicos.

Com efeito, necessário o estabelecimento de critérios objetivos para a definição de quem será considerado negro ou afrodescendente, com parâmetros devidamente explicitados no edital do concurso.

Nesse sentido, ao tratar da inscrição para as vagas destinadas às pessoas negras ou pardas, o Edital dispôs:

7.1. Para se inscrever neste Processo Seletivo na condição de pessoa negra, o candidato deverá, no ato da inscrição e em formulário próprio, declarar-se pessoa preta ou parda.

Não há controvérsia quanto ao fato de o impetrante haver se autodeclarado pardo.

Obtempero que nas razões do indeferimento da comissão de avaliação¹ constou que "o candidato não apresentou documentos pessoais próprios, emitidos anteriormente à inscrição".

Todavia, tal exigência não constou no edital, sendo, portanto, descabida, já que o candidato não teria como supor sua necessidade.

No requerimento de matrícula do autor, no Ensino Médio, correspondente ao ano de 2008, portanto, há 10 anos, foi declarada pelos seus pais a condição de "raça parda" (ev. 1, OUT2).

Seguindo o mesmo sentido, as fotografias de familiares e certidões de nascimento, bem como certificado de reservista de familiares próximos comprovam a condição de pessoas pardas (ev. 1).

No que respeita à avaliação realizada pela Comissão, dos candidatos aprovados, o edital do concurso prevê o seguinte:

7.12. A avaliação da Comissão quanto à condição de pessoa negra considerará os seguintes aspectos:

- a) informação prestada no ato da inscrição quanto à condição de pessoa preta ou parda;*
- b) autodeclaração assinada pelo candidato no ato da análise documental (comprovação dos requisitos), ratificando sua condição de pessoa preta ou parda;*
- c) fenótipo apresentado pelo candidato em foto tirada pela equipe da ITAIPU no momento do comparecimento do candidato para análise documental (comprovação dos requisitos).*

7.13. O candidato será considerado não enquadrado na condição de pessoa preta ou parda quando:

- a) não cumprir ou negar-se a fornecer algum dos documentos indicados no item 7.12;*
- b) houver unanimidade entre os integrantes da Comissão quanto ao não atendimento do quesito cor ou raça por parte do candidato.*

In casu, não se verificou por parte do autor negativa quanto ao fornecimento de documentos e ao cumprimento dos aspectos indicados no item 7.12, a fim de que não fosse enquadrado na condição de pessoa preta ou parda, de modo que o único vetor a nortear a Comissão, ao que parece, foi subjetivo, lastreado na análise de fotografias do autor, tiradas pela própria impetrada de forma unilateral, desconsiderando por completo os demais aspectos e documentos acostados.

Pelo contrário, os elementos coligidos demonstram que o autor efetivamente é afrodescendente, de cor parda, assistindo-se-lhe o direito à vaga pelo sistema de cotas, em razão da aprovação no certame.

Assevera-se necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação da comissão, sob pena de ilegitimidade, por impossibilitar o acesso à tutela jurisdicional para verificação de lesão direito individual pelo uso desses critérios.

Sendo assim, a despeito da legitimidade do sistema misto, entendo que a ausência de objetividade do edital, no caso sub examine, maculou o ato administrativo que culminou na eliminação do impetrante, que comprovou preencher os critérios fixados no edital para concorrer à vaga pelo sistema de cotas, logo, a concessão da segurança é medida que se impõe.

1. Inadequação da Via Eleita

Em casos análogos essa Corte tem aceito a ação mandamental para examinar a higidez de processos seletivos da Itaipu Binacional:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. ITAIPU BINACIONAL. CANDIDATO ELIMINADO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA O CARGO. SÚMULA 266 DO STJ. NECESSIDADE DE PREPARAÇÃO PARA A POSSE EFETIVA DO CANDIDATO. Como já tem entendido a jurisprudência deste Tribunal, a Súmula nº 266 do STJ não busca estabelecer que o dia da posse é o dia em que pode ser exigido do candidato o preenchimento dos requisitos para o cargo respectivo. O melhor entendimento aplicável é no sentido de que a exigência de comprovação desses requisitos será feita como preparação à posse efetiva do candidato, sendo inadmissível imaginar que devesse a Administração empossá-lo para, somente então, aferir se estão preenchidos os requisitos do cargo. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005747-80.2013.404.7002, 4ª TURMA, Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JÚNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 07/05/2015)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. RESERVA DE VAGAS. AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. É cediço que não cabe ao Judiciário intervir na condução de processos seletivos, promovidos pela Administração Pública, e nas avaliações por ela procedidas, que são pautadas por certa discricionariedade, exceto se houver ilegalidade ou abuso/desvio de poder. O Edital do processo seletivo - do qual participou o agravante - previa a autodeclaração como um dos requisitos para a participação na condição de cotista étnico, bem como a submissão do candidato à avaliação de Comissão designada pela Itaipu Binacional, para a averiguação da veracidade do conteúdo da declaração prestada para esse fim. Tal procedimento é idôneo e legítimo, porque, para fazer jus ao ingresso no serviço público pelo sistema de cotas, o candidato deve implementar os requisitos legais e sua verificação pela entidade constitui medida indispensável para assegurar a ocupação da vaga reservada por quem efetivamente é destinatário da política pública. Remanescendo controvérsia sobre matéria fática, a demandar dilação probatória inviável em sede de agravo de instrumento, há que prevalecer, em um juízo de cognição sumária, a presunção de legitimidade da negativa administrativa de nomeação do agravante. (TRF4, Agravo de Instrumento Nº 5007048-43.2018.4.04.0000, 4ª TURMA, Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 30/05/2018)

Desse modo, uma vez que o exame da presente apelação se restringe à (i)legalidade do processo de seleção, tenho que a prova documental, já constante nos autos, é suficiente para a solução da lide.

2. Itaipu Não é Administração Pública

Consoante afirmado pela apelante, não integra a Administração Pública direta ou indireta e, portanto, não lhe é exigido concurso público para contratação dos seus empregados.

Entretanto, tal premissa em nada importa para o julgamento da presente ação, uma vez que a questão analisada tem a ver com a legalidade ou não do processo seletivo, não havendo pleito para que a referida seleção seja reconhecida como concurso público.

Ademais, devido às peculiaridades da personalidade jurídica de ITAIPU, este Regional tem entendido possível figure seu Diretor como autoridade coatora em sede de ação mandamental, conforme jurisprudência colacionada no item 1 supra.

3. Legalidade da Heteroidentificação

3.1. Ações Afirmativas

As cotas raciais, para favorecer o ingresso de afrodescendentes nos *campi* universitários, foram inicialmente implantadas nos Estados Unidos da América, dentro de uma política pública mais ampla de inserção de tal população, denominada de "*ações afirmativas*", servindo de exemplo para o seu ingresso na legislação brasileira. Entretanto, os objetivos são diversos: lá, esclarece CASS SUNSTEIN ("**Why societies need dissent**"), visou-se a trazer ao meio universitário **diversidade cultural e de pensamento**. Aqui, o objetivo foi **compensar**, no presente, um odioso passado de discriminação racial, promovendo o resgate de uma dívida histórica, tendo em vista que os negros correspondem a apenas 2% do contingente universitário brasileiro, apesar de representarem 45% da população.

O primeiro passo em solo brasileiro foi dado pela Lei nº 12.288/10, denominada "Estatuto da Igualdade Racial", a qual conceituou "*população negra*" como o "*conjunto de pessoas que se declaram pretas ou pardas*".

A seguir, para dar efetividade ao Estatuto, foi promulgada a Lei nº 12.711/12, a qual reservou nas faculdades federais uma faixa de 50% das vagas para alunos oriundos do ensino médio em escolas públicas, sendo metade para alunos cuja renda familiar seja igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (cota social) e a outra metade a alunos "*autodeclarados negros, pardos e indígenas na proporção da população local segundo o IBGE*" (cota racial).

Passados mais dois anos, nova lei (12.990) veio a reservar 20% das vagas em concursos públicos da Administração Federal para aqueles que se autodeclararem negros, pardos ou indígenas.

Face às críticas que surgiram em nome da alegada quebra do princípio da isonomia, a constitucionalidade do sistema de cotas foi amplamente reconhecida, por unanimidade, pelo STF, já no ano de 2012, por obra da ADPF 186/DF.

O Min. Relator, Ricardo Lewandowski, em seu voto, ao analisar se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional,

reconheceu a existência de duas forma distintas de identificação, a saber, a **autoidentificação**, decorrente da autodeclaração feita pelo candidato, e a **heteroidentificação**, feita pela administração universitária, atestando a constitucionalidade de ambas, *verbis*:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional".

3.2. Genotipia e Fenotipia.

O critério legal em que se baseou o Estatuto da Igualdade Racial é o da fenotipia, e não o da ancestralidade. A lei é clara ao afirmar que a população negra é formada pelo conjunto de pessoas que se declaram **pretas ou pardas**. O que valida o uso do privilégio legal é a aparência afrodescendente e não uma alegada ascendência afrodescendente. A autodeclaração não é critério absoluto da condição de ser negro ou pardo. Não apenas a interpretação literal do EIR levam a tal conclusão, conforme acima referido. Numa interpretação teleológica, verifica-se que a finalidade do sistema de cotas raciais vem a se a de compensar candidatos passíveis de discriminação racial, sob a forma odiosa de preconceito racial. Porém, para se valer do benefício legal, **não basta ser afrodescendente: tem que parecer ser afrodescendente**, aos olhos do homem médio. A autodeclaração, por si só, representa porta aberta à fraude, em prejuízo daqueles a quem a lei visa a beneficiar. Por outro lado, a maneira científica de sindicat a ancestralidade africana seria o estudo completo do genoma de cada candidato, o que, por óbvio, seria inviável. Assim, repita-se, considerando que as cotas raciais visam a reparar e compensar a discriminação social eventualmente sofrida por afrodescendente, para que dela se valha o candidato, faz-se mister que possua fenótipo pardo ou negro. Se não o possui, não é discriminado e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio para ingresso acadêmico.

O histórico julgamento da ADPF 186/DF não deixa dúvida quanto a isso.

O E. Relator faz citação de DANIELA IKAWA ([Ações afirmativas em universidades](#), p. 129/123):

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas - há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração e formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações

assinadas ; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

*A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiro; (b) **o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência**; (...) (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos" (grifos nossos).*

No mesmo diapasão, votou a Min. Rosa Weber:

*Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, deve-se considerar que **a discriminação, no Brasil, é visual.***

(...)

*Fez Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos de **preconceito de origem e preconceito de marca**. Segundo o seu magistério, 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** (grifos nossos).*

No mesmo sentido, o Min. Cezar Peluso:

*Eu também preferiria que o critério racial fosse aliado ao critério socioeconômico como objetivo ideal da política de inclusão. Mas não posso também deixar de assinalar certa contradição - não conheço exatamente quais são os critérios adotados por essa comissão encarregada da apuração dos destinatários das cotas -, se o fato é verdadeiro, **em se levarem em conta elementos genotípicos para permitir a entrada, na universidade, de quem, pelas características fenotípicas, nunca foi por estas discriminado. 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, discriminado** (grifos nossos).*

3.3. Comissões de Verificação da Veracidade das Autodeclarações Raciais.

O voto acima esmiuçado não deixa dúvidas sobre: (a) a constitucionalidade do sistema de cotas; (b) a constitucionalidade do critério de heteroidentificação; (c) a aplicação do critério fenotípico de identificação em detrimento da ancestralidade; (d) a constitucionalidade da verificação da autodeclaração por comissão criada para tanto no âmbito universitário.

Assim, caem por terra as insinuações de que estariam criando "Tribunais Raciais", a exemplo do que fizeram os regimes nazistas ou de apartheid. Tais sistemas, de triste memória, visavam a retirar direitos e solapar a dignidade da pessoa humana, ao contrário da Comissões criadas nos âmbitos administrativos, que visam a garantir direitos a pessoas que sofreram, sofrem ou poderão sofrer preconceito racial. Tais comitês visam a compensar desvantagens, e não humilhar grupo social.

A constituição de comissões de verificação da veracidade das autodeclarações está dentro do âmbito da autonomia dos Entes conferida pela Constituição, dispensando gênese legislativa. Com efeito, no RE 597.285, o Min. Lewandowski, Relator, declarou ser desnecessária lei formal para disciplinar a matéria, no que concerne às universidades, por já estar inserida no âmbito da autonomia universitária, aduzindo, ainda, que a Lei nº 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, ao silenciar sobre os critérios a serem utilizados na seleção de estudantes, deixou tal regulamentação a cargo das universidades (Tribunal Pleno em Repercussão Geral, pub. 118-3-2014).

Não discrepa o STJ:

ADMINISTRATIVO. AÇÕES AFIRMATIVAS. POLÍTICA DE COTAS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS. OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1. No caso em tela, conforme premissa de fato fixada pela origem, o estudante cursou quatro disciplinas no ensino médio, modalidade EJA- Educação de Jovens e Adultos, em instituição particular gratuitamente, com o auxílio de bolsa. 2. O Tribunal de origem concluiu não ser razoável enquadrar o recorrente como egresso da rede pública de ensino, uma vez que "se o candidato frequentou disciplinas do ensino médio em instituição particular, ainda que gratuitamente, não faz jus à matrícula dentro do sistema de cotas para egressos do ensino público" (fls. 660). 3. A matéria de fundo já foi objeto de análise por esta Corte Superior de Justiça, fixando entendimento de que a forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade, bem como as normas objetivas de acesso às vagas destinadas à política pública de reparação, fazem parte da autonomia específica prevista no art. 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e que a exigência de que os candidatos a vagas como discentes no regime de cotas "tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil", constante no edital do processo seletivo vestibular, é critério objetivo que não comporta exceção, sob pena de inviabilizar o sistema de cotas proposto. Precedentes: REsp

1328192/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe23/11/2012; REsp 1254042/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012; REsp 1247728/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011; REsp 1132476/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009.4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.314.005, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª T, j. 28-5-2013).

E nem este Regional:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. AUTODECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL. COMISSÃO AVALIADORA.

A constitucionalidade do sistema de cotas para acesso ao ensino superior já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 186/DF e do RE nº 597.285/RS.

As universidades, no exercício de sua autonomia, podem instituir validamente sistemas de cotas no processo seletivo de ingresso de discentes, desde que estabeleçam critérios objetivos, aplicáveis a todos os candidatos.

O reconhecimento da legitimidade da atuação de uma comissão de avaliação, nos moldes estabelecidos no Edital, não implica outorgar ao Estado o poder de selecionar, dividir ou classificar os cidadãos em raça, cor ou etnia para a fruição de benefícios ou a vedação de direito públicos ou privados, mas, sim, a possibilidade de aferir a exatidão da autodeclaração (naturalmente subjetiva) do candidato ao preenchimento de uma vaga - extremamente concorrida - em universidade pública. Isso porque não se afigura razoável, à revelia das normas que regulam o concurso vestibular (a que foi dada ampla e prévia publicidade), atribuir valor absoluto e incontestável à autodeclaração de quem almeja obter tratamento jurídico diferenciado.

As decisões da Comissão de Autodeclaração Étnico-Racial da Universidade, no exercício de legítima função regimental, possui presunção de legitimidade, que só pode ser afastada por prova em contrário (AC 5001510-23.2015.4.04.7102, 4ª T.j.4-5-2016).

Não cabe ao Judiciário sindicá-los, desde que tenha sido respeitado o devido processo legal e as decisões devem ser fundamentadas.

3.5 Caso Concreto

A Comissão Avaliadora proferiu o seguinte parecer a respeito do fenômeno do autor:

A comissão recebeu por email, quatro fotos do candidato, duas de frente e duas de perfil, em anexo, tiradas pela equipe da ITAIPOU, por ocasião do seu comparecimento para análise documental (comprovação dos requisitos para o cargo).

Cada membro da Comissão, individualmente, avaliou o fenótipo do candidato por meio das fotos e emitiu parecer formalmente.

A Comissão de Avaliação considerou, por unanimidade, que o candidato [REDACTED] não se enquadra na condição de pessoa preta ou parda, motivo pelo qual o candidato foi excluído do Processo Seletivo, conforme previsão constante nos itens 7.13 e 7.14 do Edital.

7.13. O candidato será considerado não enquadrado na condição de pessoa preta ou parda quando:

- a) não cumprir ou negar-se a fornecer algum dos documentos indicados no item 7.12;*
- b) houver unanimidade entre os integrantes da Comissão quanto ao não atendimento do quesito cor ou raça por parte do candidato.*

7.14. Caso o candidato não seja enquadrado na condição de pessoa preta ou parda, será excluído do Processo Seletivo.

Interposto recurso pelo autor, a Comissão assim se manifestou:

(i) Ao analisar as fotos encaminhadas pelo candidato, a Comissão observou, além da cor de pele, as demais características faciais, como o formato do rosto, olhos, nariz e boca, concluindo que o candidato não se enquadra na condição de pessoa preta ou parda;

(ii) O candidato apresentou a Certidão de Nascimento de seu pai e o Certificado de Reservista de seu irmão, porém, conforme consta do item 7.12, "c", do Edital do Processo Seletivo, a análise da Comissão observa apenas o fenótipo do candidato, motivo pelo qual tais documentos não são hábeis a comprovar a sua condição de negro ou pardo, já que referentes à ascendência genética;

(iii) O candidato apresentou, como documento comprobatório de sua raça/cor, um cadastro do Sistema Único de Saúde, em que se autodeclara pardo. Porém, tal cadastro foi realizado no dia 14/02/2017, às 9h47, sendo que o recurso do candidato contrário à decisão da Comissão Avaliadora foi protocolizado no dia 14/02/2017, às 16h22. Assim, por se tratar de documento produzido de forma unilateral e confeccionado posteriormente à inscrição do candidato no Processo Seletivo e à avaliação inicial da Comissão, não possui força probante suficiente para alterar o entendimento da Comissão;

(iv) O candidato não apresentou documentos pessoais próprios, emitidos anteriormente à inscrição no Processo Seletivo, que demonstrem sua condição de negro ou pardo.

Assim, a decisão da banca avaliadora, órgão criado para a finalidade específica de analisar a declaração, concluiu pelo não reconhecimento do autor como pardo.

Desse modo, ausente qualquer ilegalidade, também pelo fato de a decisão ter restado fundamentada, bem como por ter havido respeito ao contraditório e ampla defesa é de ser prestigiada a conclusão da banca examinadora.

Não cabe ao Judiciário adentrar no mérito de verificar se as características fenotípicas do candidato atribuem-lhe a condição de negro, pardo ou indígena. Tal averiguação é feita no seio da comissão de veracidade da autodeclaração, por pessoas habilitadas para tanto. Não há, pois, o que censurar no proceder da empresa.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação e à remessa oficial.

Documento eletrônico assinado por **LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000696143v7** e do código CRC **c959f940**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

Data e Hora: 24/10/2018, às 18:50:4

1. Evento 18, OUT9, item i

5005318-74.2017.4.04.7002

40000696143 .V7