

# MINISTRO LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO

Autos: **PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO - XXXXXXXX-  
-XX.2022.2.00.0000**

Requerente: **XXXXXXXX**

Requerido: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXXXX**

**EMENTA: CONCURSO DE INGRESSO NA MAGISTRATURA ESTADUAL. QUESTIONAMENTO QUANTO À INCLUSÃO DE CANDIDATO NA COTA RACIAL. ILEGALIDADE NA FORMA DE INSTITUIÇÃO E ATUAÇÃO DE “COMISSÃO MULTIPROFISSIONAL” PARA AFERIÇÃO DA HETEROIDENTIFICAÇÃO DE CANDIDATO AUTODECLARADO NEGRO. CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO EXTERNA, A PARTIR DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS NA LEI FEDERAL Nº 1.990/2014 E NA PORTARIA Nº, COM AQUIESCÊNCIA DO CANDIDATO. QUESTIONAMENTO POSTERIOR DO RESULTADO PELO CANDIDATO.**

1. De modo a dirimir dúvida quanto à inclusão de candidato na cota racial, a Comissão do Concurso determinou a realização de exame de verificação de autodeclaração por médica do Tribunal, integrante de Comissão Multidisciplinar, competente para analisar os pedidos de candidatos com deficiência.
2. A entrevista presencial com o candidato foi realizada exclusivamente pela médica e o laudo assinado por outros 2 integrantes da Comissão, todos brancos e sem experiência prévia com a questão racial.
3. O laudo, que considerou o candidato apto a concorrer as vagas reservadas, foi confirmada pela Comissão do Concurso e impugnado perante o CNJ.
4. Necessária a realização do controle de legalidade do referido ato, em razão de sua discordância ao que dispõe a Lei Federal nº 12.990/2014, assim como a Portaria Normativa que a regulamenta, de nº 4/2018, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, relativamente à composição da comissão multiprofissional e da metodologia utilizada para aferir a condição de cotista negro do candidato.
5. Facultada ao candidato a submissão de sua autodeclaração à avaliação de Comissão de Heteroidentificação estruturada a partir dos critérios definidos no §1º do art. 6º da Portaria nº 4/2018, do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, composta por cidadãos experientes na temática da promoção da igualdade racial e no enfrentamento ao racismo, com comparecimento espontâneo do candidato.
6. A metodologia de análise utilizada pela Comissão de Heteroidentificação instituída aferiu exclusivamente as características fenotípicas do candidato em conformidade com o art. 9º da referida Portaria 4/2018, e concluiu pela inexistência de traços comuns à população negra (relativos aos lábios, cabelos e tom de pele).
7. Refutados os argumentos do candidato de que a identificação racial é subjetiva e exclusivamente pessoal, porquanto ainda que o sujeito se veja como negro, é preciso aferir se constitui alvo dos estereótipos que o colocam em posição subalterna em razão da cor da pele.
8. A produção do racismo é dialógica, e desta relação se retira um conjunto de elementos objetivos que permitem identificar quem sofre e quem pratica o racismo, quem está numa posição subalterna e quem não está.
9. A noção de racialização é um processo sociopolítico em que uma pessoa se torna negra porquanto é identificada a valores negativos e desumanizantes, limitando sua forma de apresentar-se ao mundo e de aceder às relações de poder. Tal processo social é definido por critérios distintivos e ostensivos, que apartam os negros do resto da população.
10. A utilização conjugada dos critérios de auto-identificação e heteroidentificação permite a aferição, de forma razoavelmente objetiva, da condição pessoal e social de negro do candidato.
11. A heteroidentificação racial de uma pessoa parda, especialmente de pele mais clara, demanda um olhar especial e cuidadoso, em razão da ausência de marcadores raciais claros. Por esta razão, a criação de comissão de heteroidentificação formada por especialistas faz-se necessária nestas circunstâncias.
12. Inobstante, a literatura especializada já definiu critérios bastantes claros sobre o fenótipo do negro (que inclui pretos e pardos), que devem ser utilizados nas avaliações de heteroidentificação, somados, se necessário, ao questionamento de experiências de discriminação racial já sofridas. Necessário excluir provas documentais, imagens antigas e alegações de pertencimento baseadas na ascendência.

13. Inexistência de comprovação de má-fé por parte do candidato requerido em sua auto-identificação como negro.
14. Acolhida proposta para a criação de grupo de trabalho para promoção de estudos e definição de critérios a serem utilizados pelas comissões de heteroidentificação nos concursos públicos promovidos pelo Poder Judiciário.
- PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

## 1. RELATÓRIO

**O EXMO. CONSELHEIRO MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO (RELATOR):** Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo (PCA) proposto pela XXXXXXXX no qual, requer, liminarmente, a suspensão do XXXXXXXX Concurso para Ingresso na Magistratura do TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXXXX (TJXX), ou, alternativamente, a exclusão liminar do candidato XXXXXXXXXXXX da lista de convocados para a prova oral. Insurge-se contra a ausência de comitê de heteroidentificação pelo TJXX após a autoidentificação do candidato XXXXXXXXXXXX.

Afirma que encaminhou impugnação à inscrição do referido candidato em 11/03/2022, sendo autuada em 15/03/2022, sob o número TJXX SEI XXXXXXXX. Aduz que, por meio do Edital nº XXXXXXXX, os candidatos autodeclarados negros (pretos ou pardos) foram convocados, nos termos do item 6, para denominada “Verificação da Autodeclaração”, sem qualquer especificação quanto à composição ou criação do comitê de heteroidentificação nos moldes da *ratio decidendi* firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF.

Acrescenta que, conforme Ata da reunião de “Verificação da Autodeclaração”, composta pela Comissão de Concurso e pela Comissão Multiprofissional, foram intimados os candidatos impugnados para apresentação de respostas e autuadas as impugnações apresentadas. Indica que, no dia 04/04/2022, foram divulgadas as inscrições definitivas deferidas (Edital nº XX), constando o nome dos candidatos impugnados com a seguinte expressão “INSCRIÇÃO DEFINITIVA PENDENTE – Aguarda o resultado do julgamento de impugnação à inscrição em vaga reservada – cota racial”. Afirma que, por meio do Edital nº XXX, foi divulgado o julgamento das impugnações à inscrição em vaga reservada aos (às) candidatos(as) negros(as), pretos(as) e pardos(as), com a posterior publicação da Ata da Sessão e do resultado da inscrição definitiva dos candidatos impugnados (Edital nº XXX).

Sustenta que a Comissão do certame desconsiderou a ausência de traços caracterizadores das pessoas negras (pretas ou pardas) do candidato, bem como convalidou o abuso de declaração do candidato branco inscrito nas cotas para negros, com o auxílio do corpo médico do próprio Tribunal de Justiça, ao destacar características isoladas (genéticas/ biológicas), que não se prestam a atribuir a aparência racial negra que o torne vítima ou potencial vítima de discriminação racial. Aponta que a Comissão do certame impugnado, formada integralmente por pessoas brancas, delegou aos médicos que compõem a Comissão Multiprofissional (prevista no item 11.11 do Edital, instituída para a avaliação dos candidatos com deficiência), decisão que deveria ser atribuída à Comissão de verificação da veracidade da autodeclaração, criada para este fim específico, ou seja, o de efetuar a identificação feita por terceiros, com formação posterior à autoidentificação pelo candidato.

Argumenta que o Tribunal Requerido deixou de observar a obrigatoriedade de que os componentes tenham experiências na temática racial. Afirma que tal delegação ultraja os termos da ADC nº 41 e da ADPF nº 186 e, igualmente da Resolução CNJ nº 203/2015 e da Lei nº 12.990/2014, que não preveem a avaliação médica enquanto substituta do comitê de heteroidentificação, que deve se ater a uma aferição fenotípica (cor da pele, textura do cabelo e formato do nariz e boca). Aponta que a referida comissão avaliadora organizada pelo Tribunal requerido foi composta por 01 (uma) única pessoa branca, de forma contrária ao previsto na Resolução CNJ 203/2015 e na Lei 12.990/2017.

Entende que o ato administrativo que possibilitou a concorrência do candidato XXXXXXXXXXXX às vagas reservadas para pessoas negras (pretas e pardas) viola a Resolução CNJ nº 203/2015, a Lei Federal nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), a Lei nº 12.990/2014, a Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância (Decreto Federal nº 10.932/2022), bem como a *ratio decidendi* firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF e na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF.

No mérito, pede: a) anulação da verificação da autodeclaração realizada pela banca que reconheceu como negro um candidato indiscutivelmente branco, com a consequente eliminação do candidato XXXXXXXXXXXX do certame, nos termos do art. 5º, §3º da Resolução CNJ nº 203/2015; b) alternativamente, a submissão do referido candidato

a um comitê de heteroidentificação independente do Tribunal de Justiça XXXXXXXX (composto por membros externos), com capacitação e expertise no procedimento de heteroidentificação; c) recomendação ao TJXX para que realize suas futuras verificações de heteroidentificação, nos termos da ADC nº 41 e do Ato Normativo CNJ n.º 2241 (sic) (aprovado por unanimidade na 349ª Sessão Ordinária), com a formação de um comitê plural para entrevista dos candidatos, formada não só por pessoas brancas, mas com diversidade de raça, classe econômica, orientação sexual e gênero, composta por pessoas comprovada experiência na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, integrantes ou não do tribunal; d) Encaminhamento de cópia do presente feito ao Ministério Público XXXXXXXX (MPEXX) para adoção das providências penais cabíveis em relação ao abuso de autodeclaração do candidato.

Intimado a prestar informações, o Tribunal de Justiça requerido trouxe as seguintes considerações:

*Inicialmente, cumpre destacar que houve dúvidas quanto à inclusão do candidato XXXXXXXXXXXX na cota racial. Para dirimir a controvérsia, foi realizado exame técnico pela Drª XXXXXXXXXXXX, médica deste Tribunal de Justiça e integrante da Comissão Multidisciplinar, criada pela Resolução XXXXXXXXXXXX para atuação no XXXX Concurso para Ingresso na Magistratura de Carreira. Vale frisar que a Resolução CNJ n. 203/2015 não previa a existência de uma Comissão de Heteroidentificação no momento do início do certame, assim como não a preveem a Resolução CNJ n. 75/2009 e o Edital do concurso. Desse modo, o exame da cor do candidato, no caso de dúvida, coube inicialmente à Comissão Multidisciplinar, que também afere os requisitos dos candidatos inscritos em vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais. O exame revelou ter o impugnado duas características (fenótipos) que indicam sua qualificação como pardo: a presença expressiva de quantidade de melanina em sua pele e a textura do cabelo, que se aproxima do crespo. Tal conclusão se coaduna com recente decisão da comissão do concurso para a magistratura no Estado de São Paulo, onde o candidato XXXXXXXXXXXX foi confirmado como cotista pardo.*

Deferi decisão liminar a fim de suspender o ato de posse do candidato.

No dia seguinte ao do deferimento da liminar, ou seja, na data da posse e previamente à sua realização, a fim de instruir o presente feito, facultei ao sr. XXXXXXXXXXXX a, querendo, submeter-se a Comissão de heteroidentificação constituída pelos seguintes membros: XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXX. Referida Comissão foi instituída a fim de dar parecer acerca da veracidade da autodeclaração do candidato em sua inscrição no concurso em análise.

O candidato compareceu espontaneamente à referida sessão e realizou entrevista com os integrantes da Comissão. Ao final, a Comissão de heteroidentificação remeteu ao Gabinete um parecer concluindo que o candidato XXXXXXXXXXXX não atende aos requisitos necessários para o preenchimento da vaga pleiteada de acordo com critérios legais em vigor no território nacional concernentes ao processo de heteroidentificação.

Intimado a ingressar no feito, o sr. XXXXXXXXXXXX trouxe manifestação em que sustenta, em síntese: **1.** Padecer de ilegalidade decisão de não enquadramento do candidato nas vagas reservadas aos candidatos negros, visto que o edital não estabeleceu de antemão e objetivamente os critérios de heteroidentificação que viriam a servir de parâmetro para a comissão avaliadora, e conseqüentemente, para este Conselho. Assim, forçoso reconhecer que houve indevida inovação, na decisão de caráter administrativo deste Colendo Conselho, ao arrepio da proteção da confiança depositada pelos candidatos na estabilidade das regras do certame. O edital, como se sabe, é a lei do concurso; **2.** O Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública e rever os critérios de avaliação utilizados pela comissão organizadora de determinado concurso público. Inteligência de reiterados precedentes jurisprudenciais (STF: RE 268.244/CE; STJ: MS 5415/DF.); **3.** A conclusão acerca das fotografias analisadas - que podem ser plenamente manipuladas para atingir quaisquer interesses - não podem superar, na hierarquia das provas, o laudo médico que destacou ter o candidato 2 (dois) dos 3 (três) elementos fenotípicos da cor parda; **4.** Portanto, a identificação racial é subjetiva, complexa e indiscutivelmente pessoal. Tanto que, na maioria das comissões e bancas, atribui-se relevante peso a que identidade racial a pessoa se acha pertencente. **5.** É equivocado afirmar, como pretende o autor do presente procedimento de controle administrativo, que a metodologia de identificação racial adotada pelo IBGE categoriza o pardo necessariamente como afrodescendente ou, em outros termos, com características negroides. **6.** Que nos registros internos do Departamento de Identificação da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo consta que este candidato tem a cor da pele “morena” (documento em anexo), o que, segundo já salientado acima pelo pesquisador do IBGE XXXXXXXXXXXX, quer significar pardo, já que “normalmente são as pessoas que se classificam como ‘morenas’ ou

‘mulatas’. 7. Que o candidato, ao longo de sua existência, sofreu constrangimentos e casos de discriminação racial. A título de exemplo, cite-se que, em companhia da esposa, sogra e filha em um restaurante, presenciou conversas com terceiros cujo assunto envolvia uma certa “exaltação” de pessoas de pele clara e de fenótipos italianos.

Requer, ao final, a manutenção da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça XXXXXXXXXXXX – TJXX, com a validação da inscrição e respectiva aprovação do candidato, na qualidade de pardo, no XXXX Concurso para o ingresso na Magistratura do XXXXXXXXXXXX, ante fundamentos jurídicos e fáticos anteriormente apresentados.

É o relatório.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### O EXMO. CONSELHEIRO MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO (RELATOR):

#### 2.1 PRELIMINARES

Argumentou o requerido haver **ilegalidade quanto à instituição e atuação da Comissão de Heteroidentificação** que exarou parecer no âmbito deste PCA, assim como **nos critérios por ela utilizados**, considerando a ausência de previsão no edital do XXXXX Concurso para ingresso na magistratura do XXXXXXXXXXXX. Também impugnou a **composição da Comissão** e sua forte inclinação ideológica.

#### Sem razão a defesa.

Cabe a este Conselho o controle dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, sendo que nessa atuação eventualmente é exigida a produção de elementos probatórios necessários para a tomada da decisão.

Destaco que a decisão proferida não se prestou a criar requisito não contido no edital; tão somente realizou o controle a legalidade de ato administrativo exarado no procedimento do certame, o qual carecia de elementos de sustentação.

Na presente hipótese, muito embora não estivesse em vigência, ao tempo do edital, a Resolução CNJ 457/2022, o TJXX decidiu instituir **Comissão Multiprofissional** para aferir, dentre outros elementos, o pertencimento racial dos candidatos.

Em razão de elementos que indicavam irregularidade na composição da referida comissão, assim como nos critérios por ela utilizados, determinou-se a criação de nova comissão, instituída para aferir a veracidade da autodeclaração do candidato (**Comissão de Heteroidentificação**).

Tal ato em nada altera o edital do concurso. Muito pelo contrário, a Comissão de Heteroidentificação foi instituída para atuar na fase instrutória deste procedimento, de modo a sanar irregularidade na produção das provas, e não como fase adicional do concurso.

Procedeu-se, desse modo, ao controle da legalidade dos atos praticados pela comissão do concurso que, embora não previsse expressamente, determinou a atuação da referida Comissão Multiprofissional em desacordo com a Lei 12.990/14 [que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União], diploma que não pode ser ignorado, em especial porque constitui o único marco regulatório sobre a questão.

A lei, ao definir em seu art. 1º que as vagas reservadas são para pessoas negras, ou seja, pretas e pardas, vincula a destinação das vagas a esse público, não admitindo destinação diversa, como ocorreu na hipótese.

Qualquer instrumento convocatório ou ato administrativo que viabilize que bancas examinadoras permitam a indevida fruição da ação afirmativa, contraria a lei e reclama intervenção deste órgão de controle. O edital do concurso não é um fim em si mesmo, não é ato primário e, ainda que fosse, não poderia fugir de uma racionalidade pautada por coerência, razoabilidade e proporcionalidade.

A Portaria Normativa nº 4, de 6/4/2018 - que regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 - do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e

Gestão, atual Ministério da Economia, dispõe, em seu art. 9º, que a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o **critério fenotípico** para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público.

Nesse sentido, a nossa tradição concebe como sendo pessoa negra aquele que apresenta cor preta ou parda, ou outros elementos negroides, como cabelos crespos ou encarapinhados; nariz curto, largo ou chato; boca com lábios grossos; maxilar saliente e acentuado; e “maçãs do rosto” ressaltadas e salientes. Todos estes elementos devem determinar o reconhecimento do indivíduo, nas relações sociais, como pertencente a um grupo social racializado a partir do conjunto de pessoas negras, o qual constitui o núcleo dos beneficiários eleitos pelo art. 1º da Lei 12.990/14.

Acerca da composição da Comissão de Heteroidentificação instituída neste PCA, a alegada ausência de pluralidade não prospera. Como o próprio requerido apontou, foi integrada por pessoas que possuem elevado conhecimento em questões raciais e experiências em processos de heteroidentificação, atendendo aos requisitos necessários para atuação na instrução deste feito.

Aliás, o mesmo não se pode dizer acerca da Comissão Multiprofissional instituída pelo TJXX, cuja composição não contava com pessoas negras e tampouco dotadas de formação ou experiência em questões raciais, exigência prevista no art. 6º da Portaria Normativa nº 4, de 6/4/2018, do atual Ministério da Economia. Transcrevo:

§1º A comissão de heteroidentificação será constituída por cidadãos:

III - *que tenham participado de oficina sobre a temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo com base em conteúdo disponibilizado pelo órgão responsável pela promoção da igualdade étnica previsto no § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010; e,*

IV - *preferencialmente experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo.*

Como se vê, a Comissão Multiprofissional do Tribunal foi constituída em desacordo com o único normativo disciplinador da matéria hoje existente.

Além da inexperiência dos componentes da referida Comissão Multiprofissional do Tribunal – 3 (três) pessoas brancas e sem experiência prévia em questões raciais - depreende-se dos autos que 2 (duas) delas sequer realizaram qualquer exame, não obstante tenham assinado o laudo que registra resultado de achados que estão distantes de critérios fenotípicos comumente utilizados.

Acerca das alegações de que os membros da Comissão de Heteroidentificação instituída neste PCA possuem forte inclinação ideológica com a associação autora do presente feito, pois “*todos os três, sem exceção, são, além de acadêmicos, ativistas políticos participantes de movimentos negros que excluem ideologicamente a raça parda como categoria autônoma do grupo de etnia parda, por serem desprovidas de comprovação*”, entendo que o candidato requerido confundiu a experiência dos integrantes com eventual orientação ideológica. São conceitos bastante distintos e que aqui não se confundem.

Também sem qualquer demonstração, sustentou que foram olvidados critérios estabelecidos pelo IBGE, que não associam pardos à população negra, além de estipularem critérios que fogem completamente ao Edital do certame.

Parece haver alguma confusão no raciocínio. Em nenhum momento há registro de que o IBGE ignora as pessoas de cor parda como pertencentes à raça negra. São elementos distintos, cor e raça. A ação afirmativa se dirige aos negros, portanto, pessoas de cor preta e parda.

Tampouco subsiste o argumento de que este Conselho estaria, no presente julgamento, substituindo a banca examinadora.

Com efeito, é cristalina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e também deste Conselho Nacional de Justiça, no sentido de que a discricionariedade da banca, quanto ao conteúdo aplicado nas avaliações, não pode sofrer ingerência do Poder Judiciário.

Contudo, não se admite ausência de controle das atividades das bancas examinadoras. A jurisprudência também pacífica ao reconhecer os limites da atuação dos realizadores de certames públicos, em especial o limite da legalidade.

Após a instauração deste procedimento, sua instrução demandou a atuação de especialistas em questões raciais, razão pela qual determinei a criação de grupo de trabalho para sindicarem os trabalhos da Comissão Multiprofissional do TJXX. Tal providência não instituiu nova fase ao certame, não prevista no edital, menos ainda promover intervenção na atuação da banca e da comissão.

A correção foi necessária considerando os **vícios de legalidade** quanto aos elementos de **competência e forma** do ato.

Em relação à competência, verificou-se a ausência de pluralidade de agentes com conhecimentos em questões raciais na composição da comissão multiprofissional. Basta a leitura do laudo para se constatar a dificuldade de estabelecer critérios para a avaliação do candidato.

Em relação à forma do ato, destaca-se que apenas um membro (a médica do Tribunal) participou da entrevista presencialmente, utilizando-se de critérios de avaliação de forma equivocada [cabelo e cor da pele (“a despeito da coloração do examinado estar algo acentuada em razão da exposição solar”)], ou mesmo de critério não determinante (coloração das unhas) para indicação de pertencimento racial.

Tais vícios comprometeram a higidez do ato administrativo, a demandar o controle por este Conselho.

Superadas essas alegações, passo ao mérito.

## 2.2. MÉRITO

### 2.2.1 A racialização de grupos sociais

O Brasil é um país que, no período pós-escravidão, atravessou dificuldade insuperável acerca da sua identidade nacional, em especial em razão das teorias eugenistas, que colocavam em cheque a possibilidade de um Estado moderno fundado na composição racial da população até aquele momento existente. Por esta razão, adotou como política pública o branqueamento da população e, diante do seu insucesso, passou a forjar a ideia do mestiço como salvação da nossa questão nacional, seguido pela defesa do mito da democracia racial, que oculta os mais graves problemas do racismo à brasileira.

Por isso, nos debruçarmos sobre a questão do *pertencimento racial* é uma tarefa de alta complexidade, que implica a compreensão de elementos relacionados à raça, à discriminação racial, ao colorismo, às ações afirmativas no Poder Judiciário e aos critérios de identificação para ocupação de vagas reservadas às pessoas negras.

Talvez ainda seja necessário reafirmar que o conceito biológico de raça há muito se encontra superado. No presente, a hermenêutica adequada é a de uma noção de raça como processo sociopolítico. Para Silvio de Almeida, uma pessoa não nasce branca ou negra, mas torna-se a partir do momento em que seu corpo e sua mente são conectados a uma rede de sentidos compartilhados coletivamente, cuja existência antecede à formação de sua consciência e de seus afetos (*O que é racismo estrutural? Femininos plurais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 53).

Tais sentidos apagam as riquezas de suas ancestralidades e o qualificam a partir de valores negativos, até mesmo desumanizantes (a exemplo do comum xingamento que utiliza a expressão “macaco”), que ditam a maneira pela qual estes sujeitos se apresentam no mundo e de como lhe são atribuídas desvantagens. São considerados desprovidos de habilidades e competências para ocupar espaços de poder e ao mesmo tempo tidos como natos em periculosidade na seletividade do sistema de justiça criminal.

Da mesma forma, o compartilhamento de estereótipos de que mulheres negras são excelentes realizadoras dos afazeres domésticos ou vocacionadas à dança, à sensualização e à satisfação da lascívia, raramente tidas como pretensas companheiras para trocas de afetos e constituição de projeto familiar, tudo isso é um fenômeno *racializador*, que acompanha a existência destas pessoas, até que em determinado momento são consideradas “não sujeitos”.

Há um critério iniciador, identificador, distintivo e ostensivo que aparta o resto da população daqueles que se consideram brancos: a cor da pele e outros traços negroides. Aliás, a alegação de que as pessoas brancas não pertencem a uma raça, a não ser a humana, é desconstruída por Lia Vainer Schucman, em *Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo* (1ª ed. Editora Annablume: São Paulo, 2016). Basta nos debruçarmos sobre o que se invoca como processo de racismo reverso.

O que não pode ser admitido aqui é o relativismo, como pretende sustentar a defesa, ao afirmar que *não importa qual técnica eleita (autoclassificação ou heterpoclassificação), o resultado (cor da pele) sempre será subjetivo (e não científico/objetivo)*.

Subjetivismo não concorda com subjetividades.

Estamos a tratar de subjetividade quando o sujeito se interpreta no interior de um mundo como tendo determinadas identidades, como a de ser negro, por exemplo. Já o aspecto relacional trata da maneira como aquele sujeito é visto. Aqui vale a advertência de Lia Vainer, citada por Gabriele de Oliveira da Silva: “A forma como o racismo se manifesta tem a ver com onde ele está inserido, e não com sua pele. A gente tem que entender esse processo. Se não, estamos dizendo que é a melanina que faz a pessoa sofrer, e não os processos de dominação. Ninguém sofre pela cor da pele, sofre no encontro com o racista”.

A produção do racismo é dialógica, e é desta relação que precisamos retirar um conjunto de elementos objetivos para identificar quem sofre e quem pratica o racismo, não no aspecto individual, mas de grupo, especialmente no que se refere a identificar qual deles está na posição subalterna em razão da raça, para a partir daí compreender a que tipos de violências os seus membros estão submetidos, com por exemplo, o bloqueio ao acesso aos espaços de poder ou cargos públicos.

De maneira muito objetiva, os elementos produzidos nestes autos demonstram que além da insuficiência de caracteres relativos à cor, o requerido não se insere no contexto daqueles que estão na rota das práticas do racismo cotidiano, em decorrência de uma rede de estereótipos que circulam, alimentando feixes de sentidos que o tornam desprovido de consideração e respeito, como milhões de pessoas pretas e pardas neste país.

Todavia, ainda é preciso, para o deslinde da questão, nos debruçarmos em torno do elemento *cor da pele* como identificador de pertencimento racial, especialmente quando cogitamos instituir instância verificadora de uma autodeclaração, o que desde já, adiantando, não se trata de criarmos “tribunais raciais”.

### 2.2.2 A cor da pele como critério identificador de pertencimento racial e o colorismo

Aduziu o requerido que é necessário “buscar o devido cuidado nos casos que podem ser considerados zonas cinzentas”. Ressaltou também que “*além disso, verifica-se que o candidato, no máximo encontra-se na zona cinzenta de dúvida razoável quanto ao fenótipo*” (...).

Para que sejam dissipadas quaisquer distorções quanto à dificuldade de precisar o pertencimento racial no Brasil, a abordagem sobre o colorismo, a meu ver, contribui consideravelmente.

O conceito surgiu em 1982, ao ser utilizado pela escritora Alice Walker em seu livro *If the Present Looks Like the Past, What Does the Future Look Like?*, traduzido em português como “*Se o presente se parece com o passado, como será o futuro?*”.

Com a presença entre os negros do sujeito mestiço - sim, porque branco não é, a não ser que admitamos estar ele em um não-lugar, o que não é o caso -, surge a proposta de classificação das pessoas pardas levando em consideração a tonalidade da cor da pele, se mais ou menos clara. Quanto mais distanciada da cor preta, em tese, haveria menos chance de sofrer discriminação racial, mesmo não sendo uma pessoa branca.

Já podemos adiantar aqui, como afirmou o comitê de heteroidentificação designado nestes autos, que este não é o contexto no qual se insere o requerido, que não foi considerada pessoa negra (parda).

Tampouco se deve acolher a tese do colorismo, que dissolve as divisões entre o pertencimento racial de pessoas pardas e brancas, como pretende o candidato requerido, que entende não haver critério objetivo para a sua exclusão do certame.

A tese não se sustenta, porque estamos tratando de pessoa branca. Ademais, não se refere o colorismo a simplórias perspectivas, trata-se de uma tecnologia de reprodução do racismo.

O colorismo tem causado efeitos perversos no combate à discriminação racial, pois promove uma subracialização da população negra levando em conta a intensidade da tonalidade da cor pele e, a partir desse processo, autorizar aqueles mais distantes da cor preta a circularem por alguns espaços de poder.

Para Alessandra Devulsky (*Colorismo. Femininos Plurais*. Belo Horizonte: Letramento, 2021, sem paginação), trata-se de um sistema sofisticado de hierarquização racial e de atribuição de qualidades e fragilidades que, no Brasil, é oriundo da implantação do projeto colonial português quando da invasão do território. Um sistema de valoração que avalia atributos subjetivos e objetivos, materiais e imateriais, segundo um critério fundamentalmente eurocêntrico.

Adiante diz ainda:

(...) que o colorismo é uma ideologia, assim como o racismo. Enquanto processo social complexo ligado à formação de uma hierarquia racial baseada primordialmente na ideia de superioridade branca, sua razão de fundo atende aos processos econômicos que se desenvolvem no curso da história. De um polo a outro, seja ao preterir os traços fenotípicos e a cultura associada à africanidade, ou ao privilegiar a ordem imagética da europeidade, sua constituição está ligada ao colonialismo e, indelevelmente, ao capitalismo.

Assim, ainda que o colorismo promova a rejeição, pelas pessoas pardas, dos traços físicos, da religiosidade, da língua, da estética e da arte africanas, jamais haverá a integração destes sujeitos como brancos. Instala-se uma perversa divisão racial no interior de um grupo que passa a sofrer dupla discriminação racial: dos seus próprios pares, que possuem pele mais clara, instrumentalizados para o processo discriminatório, e que não se veem mais pertencentes ao mesmo contexto racial, embora não consigam integrar outro, além de sofrerem com o desprezo de pessoas integrantes de segmento racial diverso.

Mais uma vez, reafirmo que o caso não se refere à dissolução das fronteiras que definem o pertencimento racial das pessoas, estabelecendo um não lugar, o que poderia advogar em favor do requerido. Não se está diante de uma eventual dificuldade em definir a qual grupo pertenceria, e que, portanto, o candidato não deveria suportar o ônus dessa dúvida. Para uma pessoa que é branca - como é a identidade racial do requerido - nada disso faz sentido.

Evidente que a heteroidentificação racial de uma pessoa parda, especialmente de pele mais clara, não se trata de uma operação sem demandas especiais. É o que passarei a tratar agora, desde já sugerindo que este Plenário adote como padrão a ser observado no âmbito do Poder Judiciário diretrizes que apresentarei a seguir para a aplicação da ação afirmativa de reserva de vagas para pessoas pretas e pardas.

### 2.2.3. A difícil e complexa tarefa de estabelecer critérios para a heteroidentificação

Temos, no Brasil, duas formas para o reconhecimento de uma pessoa como pertencente ao grupo social dos negros: a autodeclaração e a heteroidentificação.

A autodeclaração foi instituída com a ratificação da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, após recomendação do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial – CERD, da Organização das Nações Unidas. Também está prevista no Plano de Ações extraído da Declaração da Conferência de Durban, de 2001.

A autodeclaração pode ser definitiva, sem que haja qualquer procedimento para a confirmação do seu conteúdo, ou pode ser submetida a uma comissão de heteroidentificação.

Gianmarco Loures Ferreira (*Quem são os destinatários das cotas raciais em concursos públicos para as comissões de verificação*, 2018), cita a distinção feita por Dias (2018), no sentido de que a autodeclaração é tanto absoluta quanto relativa, a depender do momento e da função para sua apresentação. Nesse sentido o autor aponta que a autodeclaração terá efeitos jurídicos absolutos e incontestáveis, quando se relacionar a um direito subjetivo da pessoa que declara seu pertencimento racial (ou étnico), pois leva em conta como determinado indivíduo se reconhece. Entretanto, terá efeitos jurídicos relativos quando o ato de manifestar sua identidade estiver ligado ao acesso ou gozo de um direito material, transcendendo a questão da identidade.

Com isso, Dias faz uma distinção entre direito subjetivo de pertencimento (identidade) e direito material ou objetivo de pertencimento (fenótipo). Neste último caso, prevalece uma realidade visual, pois relacionada a um objetivo maior, de concretização de direitos e, no caso das ações afirmativas, de efetivação de uma política pública.

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 186 (Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014), e da ADC nº 41 (Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8/6/2017, Processo Eletrônico, DJe-180, Publicado em 17-08-2017), reconheceu a legitimidade da adoção da autodeclaração, sem prejuízo de instituição de instância heteroidentificadora para aferir a veracidade do conteúdo declarado, conforme constou do julgamento dessa última ação: “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”

No âmbito da Administração Pública Federal foi expedida, pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atual Ministério da Economia, a Portaria Normativa nº 4, de 6/4/2018, que regulamentou o procedimento



de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Ainda na obra de Gianmarco Loures Ferreira (*Ibidem*), em que foi analisada mais de meia centena de normas que dispõem sobre reserva de vagas em concursos públicos ou exames de vestibular, além da disciplina acerca dos critérios de identificação dos beneficiários, contata-se que 2 estados da federação e 9 municípios possuem previsão de comissões de verificação.

Indubitavelmente, o aspecto mais sensível repousa sobre os critérios para avaliação do pertencimento racial, especialmente se levada em consideração a concepção sobre raça já apresentada.

Todavia, o problema precisa ser enfrentado, pois a omissão quanto às fraudes empreendidas na execução da ação afirmativa é mais uma forma de manutenção das desigualdades em decorrência da raça.

A ausência de marcadores raciais configura a dificuldade central para avaliar a veracidade da autodeclaração, particularmente de pessoas pardas, pois nem sempre a tonalidade da pele tem indicativos suficientes para a definição imediata, razão pela qual outros elementos precisam ser adicionados.

Gianmarco (*ibidem*) adverte que a ascendência (genótipo) não costuma possuir um peso relevante em se tratando de políticas afirmativas, pois o preconceito e a sub-representação no serviço público decorrem da manifestação física de traços atribuídos a pessoas negras (fenótipo).

Embora haja resistência ao critério fenotípico, ele ainda é o instrumento que complementa - sem desprezar a subjetividade daquele que se declara pertencente a um grupo racial - o processo de aferição do atendimento dos requisitos exigidos para que candidato faça jus à determinação ação afirmativa.

No apanhado de Gianmarco (*ibidem*), foram encontrados diversos recursos utilizados pelas comissões de verificação: apresentação de fotografia recente, apresentação subsidiária de documentos, verificação das informações prestadas, condições individuais do candidato, entrevista para verificação de traços fenotípicos, documento oficial constando cor/raça, entrevista subsidiária (traços fenotípicos), documento de ascendentes com raça/cor e outros documentos.

Segundo o autor, o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará se utilizou dos seguintes padrões avaliativos a serem observados pela Comissão, quando da avaliação de candidatos/as cotistas:

1. Pele: 1.1. Melanoderma – cor preta; 1.2. Feoderma – cor parda; 1.3. Leucoderma – cor branca; 2. Nariz: 2.1. Curto/largo/chato (platirrinós); 3. Boca/dentes: 3.1. Lábios grossos; 3.2. Dentes muito alvos e oblíquos; 3.3. Mucosas roxas; 4. Maxilar (Prognatismo): 4.1. Prognatismo saliente a acentuado; 5. Crânio: 5.1 Crânio dolico-célio < 74,9 (largo 4/5 do comp.); 6. Face: 6.1. Testa estreita e comprida nas fontes; 7. Cabelo: 7.1. Crespos ou encarapinhados; 8. Barba: 8.1. Barba pouco abundante; 9. Arcos Zigomáticos: 9.1. Proeminentes ou salientes”. Logo abaixo ao quadro “compatível / não compatível”, seguiam as explicações: “1. No quesito cor de pele serão válidos os seguintes procedimentos: a) Caso a compatibilidade de cor PRETA ou PARDA ocorra na avaliação dos 3 membros, todos os outros critérios são desconsiderados acatando a autodeclaração do candidato; b) Caso a compatibilidade de cor BRANCA ocorra na avaliação dos 3 membros, passa-se a avaliar os demais critérios constantes nos itens 2 a 9. A autodeclaração será acatada se atender o mínimo de 62,5% dos demais critérios de compatibilidade. 2. Cada item compatível de 2 a 9 equivale a 12,5% da pontuação na tabela.

A Portaria Normativa nº 4, de 6/4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atual Ministério da Economia, dispõe no art. 9º que a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público. Pelo disposto no parágrafo 2º, não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais.

Na disciplina normativa do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro - Resolução “ad referendum” IFTM Nº 048/2020, de 30 de dezembro de 2020, há o conceito de fenótipo negróide, como o conjunto de características físicas do indivíduo, predominantemente a cor da pele, a textura do cabelo e os formatos do rosto, lábios e nariz, que, combinados ou não, permitirão a realização da análise da veracidade da autodeclaração (§1º, do art. 28). Diz o parágrafo 2º *que as características fenotípicas descritas no parágrafo anterior são as que possibilitam o reconhecimento do indivíduo, nas relações sociais, como pertencentes à etnia preta e parda, servindo estas como parâmetro de análise e validação da autodeclaração de negros (pretos ou pardos) (...)* (sublinhado meu).

A esta altura, penso que já temos a indicação das condições de uma avaliação fenotípica objetiva e segura. Inescapavelmente, o elemento primeiro é a cor da pele: preta ou cor parda. Não havendo precisão, avalia-se o formato do nariz: curto/largo/chato; da boca: lábios grossos; do cabelo: crespo ou encarapinhados. Por último, se necessário, questionamentos sobre as experiências de discriminação racial sofrida pelo candidato.

Importante destacar a imprestabilidade de provas documentais, inclusive de imagens antigas, bem como alegações de pertencimento baseadas na ascendência.

Voltando ao caso concreto, de acordo com a avaliação realizada pela comissão instituída para instruir os presentes autos, não se encontra presente nenhum elemento que indique ser o requerido pessoa de cor parda, de modo a atender aos requisitos exigidos para concorrer às vagas destinadas a candidatos negros, visando à composição de uma magistratura cujo quantitativo de juízes e juízas negros, segundo dados deste Conselho, não passa de 12%.

Nestes termos, não há outro desfecho que não o da exclusão do candidato do certame.

#### 2.2.4. Teratologia da decisão controlada pelo CNJ

Como afirmado na decisão que deferiu medida cautelar neste feito, importa reconhecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora, salvo no caso de erro grosseiro ou flagrante ilegalidade (STF. 1.ª Turma. Mandado de segurança 30.859. Relator: Ministro Luiz Fux. 28 ago. 2012. Diário da Justiça eletrônico 209, divulgado 23 out. 2012, publicado 24 out. 2012). Isso é o que se verificou no caso em exame.

Evidenciou-se, desde a observação das imagens trazidas na inicial deste feito, a incompatibilidade da decisão impugnada com as normas aplicáveis e, sobretudo, com a realidade. Todas as características observadas nas fotos do candidato se afastavam de uma pessoa que tenha direito a concorrer pelas cotas.

Essa constatação foi confirmada pela avaliação dos especialistas, à qual se submeteu voluntariamente o sr. XXXXXXXXXXXX, como já referido no relatório. Trago as conclusões extraídas da sessão de heteroidentificação:

Por convocação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a comissão de heteroidentificação instituída para o concurso de juiz substituto do Tribunal de Justiça XXXXXXXXXXXX, formada pelos seguintes membros: XXXXXXXXXXXX, Coordenador do Instituto de Defesa da População Negra (IDPN), membro do Movimento Negro Unificado, ex-integrante do Fórum Permanente de Direito e Relações Raciais da EMERJ, membro do Instituto da advocacia Negra Brasileira, Mestre em Direito e Hermenêutica Filosófica.

XXXXXXXXXXXX, Integrante da organização de Direitos Humanos Justiça Global, jornalista e doutoranda em comunicação e cultura pela UFRJ;

XXXXXXXXXXXX, doutora em sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pesquisadora do Cidades – Núcleo de Pesquisa Urbana (UERJ) e integrante do Comitê Cidadania, Violência e Gestão Estatal da Associação Brasileira de Antropologia, e integrante da organização FASE;

Às quinze horas e quarenta minutos do dia dezoito de maio de 2022, a referida comissão deu início ao processo de avaliação do candidato XXXXXXXXXXXX, com duração de cerca de quarenta minutos. Com base nos questionamentos feitos ao candidato, a comissão emite o seguinte parecer:

Considerando as normativas legais: Recomendação nº 41/ 2016 do Conselho Nacional de Justiça; Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/2016 da Ordem dos Advogados do Brasil; Portaria Normativa nº 4/2016 do Ministério de Planejamento Desenvolvimento e Gestão, a comissão declara que o candidato XXXXXXXXXXXX, não atende aos requisitos necessários para o preenchimento da vaga pleiteada de acordo com critérios legais em vigor no território nacional concernentes ao processo de heteroidentificação.

A Portaria Normativa nº 4, em seu artigo 9º, regulamenta que “a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público” e o parágrafo 2º do mesmo artigo, por sua vez, reforça que “não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais”.

Com base na objetividade destes critérios legais, a comissão atestou que o referido candidato não apresenta características fenotípicas comuns à população negra, nem lábios, nem cabelos, nem o tom da pele. Desta forma, a comissão considerou que o candidato possui características físicas de pessoa socialmente branca, quais sejam, cabelo liso, tom de pele clara e lábios finos.

Importante considerar que a comissão ouviu o candidato sobre seu histórico familiar, episódios de discriminação racial e atuação em movimentos e ações antirracistas. O candidato mencionou ter passados por episódios de discriminação, no entanto, para a comissão, os constrangimentos apontados por ele não se deram em razão de sua identificação como um homem negro, mas por não se assemelhar fisicamente a membros da comunidade italiana, do qual a sua família paterna é originária.

Se faz necessário um esclarecimento acerca do conceito de racismo. De acordo com o jurista Adilson Moreira, o racismo é um sistema de dominação e poder que visa criar hierarquia e distinção entre as pessoas, a fim de determinar o poder de um grupo sobre outro. No caso do Brasil, cuja história é fundada na violência colonial e escravidão negra, dando origem a uma sociedade que tem no racismo estrutural em seu alicerce, pode-se afirmar que tal estrutura racial privilegia e protege o grupo composto por pessoas brancas.

Importante mencionar, na esteira do que já foi debatido pelo histórico militante Stokely Carmichael, que as pessoas brancas e pobres, embora possam ser exploradas, não sofrem a desumanização provocada pelo racismo, isto é, enquanto as pessoas brancas, ainda que pobres, podem ser exploradas, as pessoas negras são exploradas e simultaneamente desumanizadas.

Por fim, no ano em que a Lei 12.711/2012 completa 10 anos, a primeira legislação, em âmbito federal, que garantiu a aplicação de ações afirmativas para pessoas negras nas universidades brasileiras, é necessário reafirmar o compromisso dos órgãos públicos com as ações que garantam a diversidade e a pluralidade da sociedade brasileira, medida fundamental para combater o racismo de forma enérgica e efetiva.

Em síntese, constatou-se, apesar de todas as oportunidades para provar o contrário, que o sr. XXXXXXXXXXXX, possui características físicas de pessoa socialmente branca, quais sejam: cabelo liso, tom de pele clara e lábios finos.

Portanto, o ato administrativo que possibilitou a concorrência do candidato XXXXXXXXXXXX, às vagas reservadas para pessoas negras (pretas e pardas), impugnado neste PCA, afastou-se da realidade e afrontou as normas aplicáveis ao certame, exigindo o controle do ato pelo CNJ.

Vale lembrar que este Conselho já manifestou entendimento sobre a possibilidade de controle de atos de banca examinadora diante de ilegalidade e teratologia. Transcrevo precedente neste sentido:

PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA. INSERÇÃO DE FÓRMULA MATEMÁTICA PARA REDUÇÃO DE ESCORES DE CONTEÚDO JURÍDICO. REGRA DRACONIANA. ILEGALIDADE E IRRAZOABILIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA QUANDO DA DIVULGAÇÃO DE NOTAS. NÃO OCORRÊNCIA.

I- A Resolução CNJ n. 75 tem como um de seus propósitos a uniformização do procedimento e dos critérios relacionados ao concurso de ingresso na carreira da Magistratura do Poder Judiciário nacional.

II- A fórmula matemática, inédita em concursos para ingresso na Magistratura, que foi utilizada pelo TJCE para avaliação do domínio da língua culta por meio de redução de escores de conteúdo jurídico é draconiana e possui vício de finalidade porquanto permite que haja preponderância do critério da norma culta sobre os demais e, em muitos casos, até a verdadeira desconsideração do critério jurídico.

III- Muito embora tenham competência para definir os critérios de aplicação e de aferição da prova discursiva, os Tribunais devem desenvolver sua atividade em atenção à lei, nos limites dela e para a consecução dos fins nela previstos e, mesmo no exercício da discricionariedade, devem agir de modo razoável e guiados pelo senso de justiça, com vistas a atingir a finalidade desejada.

IV- A intervenção deste Conselho é imperiosa, haja vista a flagrante ofensa aos princípios da legalidade, razoabilidade e finalidade, que causou efetivo prejuízo aos candidatos, só constatado com a aplicação concreta da fórmula. Precedentes.

V- Não há ilegalidade na conduta do Tribunal que deixa de identificar especificamente cada erro cometido pelo candidato quando, a teor de reiterados precedentes, sequer existe obrigatoriedade de divulgação dos espelhos de correção da prova discursiva.

VI- Procedimento de Controle Administrativo n. 0009868-02.2018.2.00.0000 julgado parcialmente procedente e Procedimentos de Controle Administrativo n. 0010023-05.2018.2.00.0000 e 0010056-92.2018.2.00.0000 julgados procedentes, para nulificar a fórmula prevista nos subitens 9.8.2.2, “d” e 9.8.3.1, “d”, do Edital n. 1/2018, e determinar providências ao TJCE.

VII– Procedimentos de Controle Administrativo n. 0010055-10.2018.2.00.0000 e 0010220-57.2018.2.00.0000 julgados prejudicados.

VIII– Encaminhamento de cópia do Acórdão à Comissão Permanente de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas, para avaliação quanto ao aprimoramento da Resolução CNJ n. 75, nos termos da fundamentação. (CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0009868-02.2018.2.00.0000 - Rel. LUCIANO FROTA - 283ª Sessão Ordinária - julgado em 11/12/2018).

Trago, novamente, a lembrança de que o Plenário também confrontou matéria semelhante à tratada neste feito no julgamento do PCA 0002551-84.2017.2.00.0000, oportunidade em que afirmou:

Caberá, sim, ao CNJ avaliar se a comissão avaliadora agiu com arbitrariedade, abuso de direito ou praticou qualquer outra ilegalidade, hipóteses que atraem o comando do art. 103- B, §4º, inc. II, da CF/88, quando define a competência no sentido de controlar os atos administrativos dos tribunais pela ótica da legalidade e não da conveniência e oportunidade, o que suplantaria a própria discricionariedade da administração. Em outras palavras, a este Conselho só é permitido avançar sobre o mérito administrativo quando ao ato administrativo comportar afronta à lei em sentido amplo e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Leiº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo).

Referido precedente afirmou que “o Conselho Nacional de Justiça poderá (poder/dever) verificar se a comissão avaliadora atendeu a todos os requisitos formais, contidos na legislação aplicável à espécie e nos editais que regem o concurso, em especial aquele que convocar os candidatos para a entrevista pela comissão avaliadora, não sendo possível a este Conselho rever a decisão da comissão que tenha declarada (ou não) o candidato como sendo negro, salvo se houver violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade e da razoabilidade.” (CNJ – Procedimento de Controle Administrativo - Conselheiro - PCA 0002551-84.2017.2.00.0000 - Rel. Valtércio de Oliveira - 33ª Sessão Virtual - julgado em 20/04/2018).

Portanto, a presente decisão segue coerente com a jurisprudência desta Casa e indica a distinção que exsurge no caso, querendo seu controle.

A teratologia e a consequente nulidade da decisão decorrem da afronta (i) à Lei nº 12.990/2014; (ii) à Portaria Normativa nº 4, de 6/4/2018; (iii) à Resolução CNJ 203/2015; (iv) aos princípios do art. 37 da Constituição da República, em especial, da legalidade e moralidade.

Como afirmamos, é evidente a teratologia da decisão controlada, que tem consequências gravíssimas e que levam ao desrespeito sistemático à reserva de vagas para pessoas negras (pretas ou pardas) e ao prejuízo direto à política desenvolvida pelo CNJ.

Pelo exposto, voto pela **parcial procedência** do procedimento de controle administrativo para: **i) anular** a decisão que admitiu o sr. XXXXXXXXXXXX, no XLVIII Concurso para Ingresso na Magistratura do TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXXXXXXXX (TJXX) como candidato cotista, excluindo-o do certame, nos termos dos itens 7.1.4 e 11.21 do edital; **ii)** De modo a melhor viabilizar o acolhimento do pedido contido na alínea ‘c’ [recomendação ao TJXX para que realize suas futuras verificações de heteroidentificação, nos termos da ADC n.º 41 e do Ato Normativo CNJ n.º 2241 (sic) (aprovado por unanimidade na 349ª Sessão Ordinária), com a formação de um comitê plural para entrevista dos candidatos, formada não só por pessoas brancas, mas com diversidade de raça, classe econômica, orientação sexual e gênero, composta por pessoas comprovada experiência na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, integrantes ou não do tribunal] o Plenário **acolhe** a proposta para a criação de Grupo de Trabalho neste Conselho, visando a realização de estudos sobre o tema, cujos integrantes deverão representar organizações especializadas no tema; **iii)** quanto ao pedido para que se encaminhe cópia do presente feito ao Ministério Público do XXXXXXXXXXXX (MPExX) para adoção das providências penais cabíveis em relação ao abuso de autodeclaração do candidato, julgo **improcedente**, porquanto não verificada a má-fé do candidato.

Ministro **LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO**  
Conselheiro Relator  
GMLPVMF/1/2