



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DÉBORA DOS SANTOS ALVES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS: ANÁLISE DE DECISÕES
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO SOBRE O MÉTODO DA
HETEROIDENTIFICAÇÃO NO CONTEXTO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

FORTALEZA
2021

DÉBORA DOS SANTOS ALVES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS: ANÁLISE DE DECISÕES
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO SOBRE O MÉTODO DA
HETEROIDENTIFICAÇÃO NO CONTEXTO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional, Direito Administrativo.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- A478j Alves, Débora dos Santos.
Judicialização da política de cotas raciais : análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região sobre o método da heteroidentificação no contexto das universidades públicas / Débora dos Santos Alves. – 2021.
90 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia.
1. Judiciário. 2. Cotas raciais. 3. Verificação da autodeclaração. 4. Universidade pública.
I. Título.

CDD 340

DÉBORA DOS SANTOS ALVES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS: ANÁLISE DE DECISÕES
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO SOBRE O MÉTODO DA
HETEROIDENTIFICAÇÃO NO CONTEXTO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Constitucional,
Direito Administrativo.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Helena Stela Sampaio
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Geórgia Oliveira Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Eva e Izaias.

Aos meus melhores amigos, Isadora e
Lucas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Eva e Izaias, pelo apoio, mesmo quando minhas escolhas lhes pareceram equivocadas; pelo carinho, mesmo quando me mantive rebelde; e pelo amor incondicional, apesar de nem sempre eu me mostrar merecedora.

Sou igualmente grata à Isadora, minha irmã mais nova e melhor amiga. Desde a infância, tenho a certeza de que a nossa ligação ultrapassa (e muito) os laços sanguíneos. Obrigada pelos momentos de leveza, pela convivência fácil e pela influência de sua sabedoria em minha vida.

Agradeço a Lucas, meu namorado e também melhor amigo, pelo incentivo constante, pelo aconchego infindável e pelas cartas de amor: você é a minha boa ventura. Sou também profundamente grata a Fátima e a Edivaldo, meus sogros e segundos pais.

Registro, outrossim, meus agradecimentos às três integrantes da banca avaliadora, por aceitarem participar de um momento tão importante quanto este, com menção especial à minha orientadora Gretha Leite Maia, pois sua contribuição na minha caminhada no Direito foi imensa e suas dicas valiosas muito colaboraram para a finalização desta monografia.

Tenho, ainda, uma gigantesca gratidão por meus amigos de faculdade, sem os quais teria sido muito mais difícil chegar à reta final da graduação: Antônio Nickson Queiroz, Dávila Ribeiro, Vivian Sampaio, Camille Andrade, Maria Clara Fernandes, Lauro Moura, Larissa Falcão e Bianca Aragão.

Agradeço também ao Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, por todo o imenso crescimento proporcionado por esses cinco anos de trabalho voluntário; aos amigos Antônio Davi, Débora Ximenes e Gabriela Magalhães, grandes exemplos de dedicação ao Curso; e aos amigos que, junto a mim, compõem ou compuseram a Equipe de Redação do Paulo Freire, sobretudo Juan Amorim e Tales Muniz.

Do mesmo modo, sou grata aos professores que fizeram parte da minha jornada até aqui, especialmente estes que, com suas virtudes, muito me incentivam a seguir o magistério: Gretha Leite Maia, Raul Nepomuceno, William Marques, Reginaldo da Costa e Janaína Noletto.

Sou também grata à Defensoria Pública da União no Ceará, pelas experiências tão edificantes vivenciadas durante o período de estágio; ao defensor público Daniel

Teles Barbosa, pelos preciosos ensinamentos jurídicos e pelo exemplo profissional; e aos amigos maravilhosos que fiz no estágio, principalmente Jeniffer Castro, Fernanda Mylena, Matheus Garcia, Natan Araújo, Marcos Vinícius e Sávio Silveira.

Por fim, agradeço aos amigos Ariádna Alencar, José Cleudon, Isabela Carvalho e Paula Ribeiro, pelo companheirismo de longa data, apesar das dificuldades da vida adulta; aos amigos Cláudio Albuquerque, Marcos Maia, Rafael Pereira e Thalia Nascimento, pelo carinho que perdura desde o colégio; e às amigas Carolina Farias, Lara Sampaio, Mariana França e Yana Maria, pela dádiva de conviver com as mulheres fortes e resilientes que são.

Não me atraía a matemática, muito menos as letras de dona Lourdes. Não me interessava por suas aulas em que contava a história do Brasil, em que falava da mistura entre índios, negros e brancos, de como éramos felizes, de como nosso país era abençoado.

VIEIRA JUNIOR, Itamar. Torto Arado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que versam sobre o uso do método da verificação da autodeclaração no contexto da execução da política de cotas raciais em universidades públicas. Busca, portanto, compreender as características da atuação desse Tribunal frente aos procedimentos administrativos de heteroidentificação instaurados por universidades. Examinou-se também se a postura adotada pelo Tribunal é oportuna, considerando os objetivos da ação afirmativa. Nos capítulos iniciais, a metodologia utilizada foi a análise bibliográfica e legislativa referente ao tema. Posteriormente, o método fundamentou-se no exame de decisões judiciais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, selecionadas por um sistema virtual de busca jurisprudencial. Ao final, constatou-se que, no âmbito das demandas coletivas, a atuação do Tribunal tem sido mais ativa e, no âmbito das demandas individuais, tem sido menos interventiva (com maior tendência de manter a decisão administrativa adotada pela comissão de verificação). Concluiu-se, ainda, que o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região é oportuno à luz dos objetivos da política de cotas raciais implementadas por universidades públicas.

Palavras-chave: Judiciário. Cotas raciais. Verificação da autodeclaração. Universidade pública.

ABSTRACT

The main purpose of the present work is to analyze decisions made by the Federal Regional Court of the 5th Region that deal with the use of the self-declaration verification method in the context of the implementation of the racial quota politics in public universities. Therefore, it seeks to understand the characteristics of this Court's performance in view of the administrative verification procedures instituted by universities. It was also examined whether the posture adopted by the Court is opportune, considering the objectives of affirmative action. In the initial chapters, the methodology used was the bibliographic and legislative analysis related to the topic. Subsequently, the method was based on the examination of judicial decisions by the Federal Regional Court of the 5th Region, selected by a virtual system of jurisprudential search. In the end, it was found that, in the scope of collective demands, the Court's performance has been more active and, in the scope of individual demands, it has been less interventionist (with a greater tendency to maintain the administrative decision adopted by the verification committee). It was also concluded that the position of the Federal Regional Court of the 5th Region is opportune in light of the aims of the racial quota politics implemented in public universities.

Keywords: Judiciary. Racial quota. Self-declaration verification. Public university.

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1 – Distribuição das decisões do TRF 5 de acordo com o ano de autuação dos respectivos processos judiciais59
- Gráfico 2 – Distribuição das decisões do TRF 5 de acordo com a turma julgadora ..61

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Percentual de jovens negros e de jovens brancos que cursam ensino superior no Brasil	24
Tabela 2 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões desfavoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de apelação	71
Tabela 3 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões favoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de apelação	74
Tabela 4 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões desfavoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de agravo de instrumento	76
Tabela 5 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões favoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de agravo de instrumento	77

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DPU	Defensoria Pública da União
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPES	Instituição Pública de Ensino Superior
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
PROUNI	Programa Universidade para Todos
TRF 4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF 5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFAL	Universidade Federal de Alagoas
UFC	Universidade Federal do Ceará

LISTA DE SÍMBOLOS

- § Parágrafo
- % Porcentagem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS	18
2.1 Fundamentos da política de cotas raciais em universidades públicas.....	18
2.2 O cenário jurídico brasileiro.....	26
2.2.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186.....	28
2.2.2 A Lei nº 12.711/2012.....	30
2.3 Critérios de identificação étnico-racial: autoidentificação e heteroidentificação	32
3 O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS	39
3.1 A tendência de judicialização das políticas públicas.....	39
3.2. O controle judicial dos atos administrativos	43
3.2.1 Fundamentos: o Estado de Direito.....	43
3.2.2 O controle judicial dos atos administrativos vinculados e discricionários.....	46
3.3 Panorama da judicialização do critério da heteroidentificação	51
4 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO SOBRE O MÉTODO DA HETEROIDENTIFICAÇÃO	57
4.1 Aspectos externos	59
4.1.1 Data de autuação do processo	59
4.1.2 Distribuição por turma	61
4.1.3 Natureza da demanda.....	61
4.1.4 Classe judicial	63
4.2 Aspectos internos	64
4.2.1 As decisões em demandas coletivas	64
4.2.2 As decisões em demandas individuais	69
4.2.2.1 As apelações	69
4.2.2.2 Os agravos de instrumento.....	76
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	79

REFERÊNCIAS.....82

**APÊNDICE – PROCESSOS JUDICIAIS REFERENTES ÀS 58 DECISÕES
ANALISADAS NO CAPÍTULO 490**

1 INTRODUÇÃO

Considerando a desvantagem histórica enfrentada pela população negra no Brasil – esta última definida pela Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) como a soma das pessoas autodeclaradas pretas e pardas –, o poder público, a partir do século XXI, passou a elaborar e a executar políticas públicas, com natureza de ação afirmativa, com vistas a equilibrar a balança de oportunidades sociais, que continua a favorecer indivíduos brancos em detrimento de indivíduos negros.

Dentro desse contexto, pouco após o julgamento da ADPF 186, cujo resultado foi declaração de constitucionalidade do sistema de cotas raciais instituído pela Universidade de Brasília (UnB), foi promulgada a Lei nº 12.711/2012, diploma legal que estabeleceu uma política de reserva de vagas nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, em favor de grupos específicos, inclusive aquele formado por estudantes autodeclarados pretos e pardos.

Nos primeiros anos de efetivação da política de cotas raciais, foi comum que, para fins de determinação dos beneficiários da ação afirmativa, as universidades utilizassem somente o critério da autodeclaração, tendo em mente a literalidade da Lei nº 12.711/2012. Todavia, o aumento de denúncias de prestação de declarações raciais fraudulentas e o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADC 41 (constitucionalidade do uso de critérios subsidiários de heteroidentificação) fomentaram a implantação de procedimentos de verificação da autodeclaração por instituições públicas de ensino superior de todo o país.

Paralelamente, o fortalecimento da figura do Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais – fenômeno perceptível após a redemocratização do país e a promulgação da CRFB/88 – emerge como um fator determinante para a inequívoca expansão da judicialização da política de cotas raciais para ingresso no ensino superior público, com notório avolumamento, nos últimos anos, do número de ações judiciais individuais interpostas por estudantes excluídos do processo seletivo universitário ou afastados da universidade devido à não confirmação de sua declaração racial por bancas de heteroidentificação.

Tomando por base esse cenário, o presente trabalho possui como objetivo analisar, mais de uma perspectiva quantitativa do que qualitativa, decisões judiciais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que deslindem controvérsias relativas ao

método da heteroidentificação, especificamente situadas no âmbito do sistema de reserva de vagas para negros nas universidades públicas.

Assim, pretende-se examinar como o referido Tribunal tem atuado frente à instauração (ou à não instauração) de procedimentos de heteroidentificação pelas universidades: seu posicionamento tem sido mais ativo e interventivo frente a uma atividade (a heteroidentificatória) própria da Administração Pública? Ou sua atuação tem se mostrado mais tímida e prestigiado a manutenção das decisões administrativas? Sua postura tem sido mais favorável ou menos favorável aos indivíduos que tiveram sua autodeclaração rejeitada? Seja qual for sua postura, quais os argumentos que mais invoca? Qual a implicação de seu comportamento para a consecução dos fins da ação afirmativa em questão?

A metodologia utilizada neste trabalho, em relação aos dois primeiros capítulos, foi o levantamento bibliográfico e legislativo referente à temática tratada. No tocante ao terceiro capítulo, a metodologia baseou-se na análise de decisões judiciais colegiadas do TRF 5, selecionadas pelo sistema virtual de busca jurisprudencial desse Tribunal, a partir da inserção das palavras-chave “heteroidentificação” e “universidade”, como será detalhadamente explicado adiante.

No primeiro capítulo, buscou-se traçar um panorama geral da política de reserva de vagas para pretos e pardos nas universidades, através do estudo dos elementos jurídicos e não jurídicos que a ancoram, assim como da investigação dos critérios a partir dos quais se dá sua implementação (autodeclaração e heteroidentificação).

Já no segundo capítulo, explorou-se o contexto, os fundamentos e os limites do controle jurisdicional incidente sobre o sistema de cotas raciais na esfera do ensino superior. Para alcançar esse propósito, analisou-se temas como a atual tendência de judicialização das políticas públicas, o controle judicial de atos administrativos e o panorama da judicialização de casos envolvendo o critério da heteroidentificação.

Finalmente, no terceiro capítulo, promoveu-se a análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Em um primeiro momento, tais decisões foram investigadas sob o prisma de aspectos secundários, isto é, de aspectos não relacionados ao conteúdo em si das decisões: o ano de autuação do respectivo processo judicial, a distribuição dos julgados de acordo com a turma julgadora, a natureza individual ou coletiva da demanda e a classe judicial (apelação ou agravo de instrumento). Em um segundo momento, foram analisados os aspectos principais das decisões: o resultado dos julgamentos, os argumentos utilizados pelo TRF 5 para

firmá-los e, no caso das demandas individuais, a ocorrência ou não da análise judicial de questões ligadas ao mérito da decisão emitida pelas comissões de heteroidentificação.

2 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

O presente capítulo tem por objetivo apresentar um panorama geral da política de cotas para pretos e pardos em universidades públicas brasileiras. Para isso, inicialmente, serão analisados os fundamentos extrajurídicos (históricos, políticos e culturais) que respaldam a implementação dessa política no Brasil. Em seguida, será examinado o cenário jurídico (constitucional, legal e jurisprudencial) que sustenta sua concretização. Finalmente, discutir-se-ão os métodos atualmente utilizados para delimitar os beneficiários das cotas raciais no ensino superior público. Em resumo, este capítulo será guiado, em cada tópico, respectivamente, pelas seguintes perguntas: por que reservar vagas para pretos e pardos em universidades públicas? Quais os suportes jurídicos para a instituição dessa reserva? E, finalmente, quais critérios têm sido usados para determinar quem são os cotistas?

2.1 Fundamentos da política de cotas raciais em universidades públicas

Mesmo decorridos quase nove anos da publicação da Lei nº 12.711/2012, que determinou a reserva de vagas para pretos, pardos e indígenas em universidades federais e em instituições federais de ensino técnico de nível médio, continua intensa a discussão sobre os motivos de se estabelecer cotas raciais para ingresso em universidades públicas. Um dos questionamentos mais frequentes é: por que designar uma parcela das vagas especificamente para pessoas negras, se o Brasil é um país profundamente miscigenado, onde pretos e pardos representam a maioria da população (56,8%), de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, divulgados em 2020 pelo G1¹?

Indagações como esta demonstram o quanto o ideário nacional ainda é fortemente influenciado pelo pensamento de que a formação étnico-racial do Brasil, em razão da acentuada miscigenação, teria culminado em uma espécie de “democracia racial”, praticamente livre de racismo, cenário no qual, para a efetivação da igualdade de oportunidades, seria relevante não a raça, mas sim a classe, além de outras formações identitárias, a exemplo de gênero, região e idade (RIOS, 2018).

¹ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/06/com-alta-crescente-de-autodeclarados-pretos-e-pardos-populacao-branca-tem-queda-de-3percent-em-8-anos-diz-ibge.ghtml>

Quanto à origem e ao uso político da romantização da mestiçagem no Brasil, ressalta Jessé Souza (2015, p. 19):

Foi Freyre, afinal, o primeiro a articular a tese do “mestiço is beautiful”, permitindo interpretar a miscigenação visível e palpável da sociedade brasileira como uma “virtude cultural” – quando durante todo o século XIX e até os anos 1930 era considerado por todos como nosso principal defeito – e sinal, “empiricamente verificável nas ruas”, da suposta tolerância e abertura cultural brasileira. Foi Freyre, portanto, quem construiu o “vínculo afetivo” do brasileiro com uma ideia de Brasil, em alguma medida, pelo menos, “positiva”, com a qual a nação e seus indivíduos podiam se identificar e se autolegitimar. Essa ideia caiu “como uma luva” nos interesses de arregimentação política do governo industrializante e modernizante de Getúlio Vargas e passou, como política de Estado, a ser ensinada nas escolas e cantada em prosa e verso como fundamento da “unidade morena” da nação brasileira. Afinal, a miscigenação racial funcionava como “reductor de todas as diferenças”, especialmente das de classe social e prestígio, além de permitir uma associação “espontânea” com ideias como “calor humano”, hospitalidade, sensualidade, cordialidade e todas as qualidades ambigualmente “pré-modernas” que hoje são patrimônio afetivo de todo brasileiro.

Portanto, no século XX, com suporte inicialmente nas obras de Gilberto Freyre, forjou-se uma carga afetiva e identitária associada à miscigenação brasileira, esta última considerada como um fator de apaziguamento de eventuais conflitos raciais, o que teria desembocado em um festejado “paraíso racial”. À época, no afã de comprovar a validade dessa tese, homens negros e mulatos, como Machado de Assis e Nina Rodrigues, foram utilizados “como evidências da mobilidade social dos negros, da ausência de preconceito e de discriminação racial” (COSTA, 1999, p. 376). Esse recurso é similar àquele utilizado nos dias atuais por alguns grupos avessos à política de cotas raciais, quando sustentam a desnecessidade da ação afirmativa com base em exemplos pontuais de pessoas negras que conquistaram posições de poder e prestígio.

Contudo, a idealização propagada pelos defensores da existência de uma democracia racial mascara um elemento cruel vinculado ao processo de “mistura” de raças no Brasil. Consoante explica Abdias do Nascimento (1978), os produtos de sangue misto (mulato, pardo, moreno, pardavasco, fusco, homem de cor) têm origem no estupro da mulher negra por homens brancos, mecanismo empregado, dentre outros motivos, para alcançar o branqueamento da população e, assim, neutralizar a “ameaça racial” representada pelos africanos. Destarte, o processo de “mulatização” surge como um fenômeno de genocídio do povo negro (NASCIMENTO, 1978).

Ainda segundo Nascimento (1978), até mesmo o mulato – a despeito de seu aparecimento ter sido comemorado por propiciar o clareamento da população –

encontra-se em condição equivalente à do negro, já que ambos foram sujeitos a igual desprezo, preconceito e discriminação; ambos vítimas do desdém provindo de uma sociedade institucionalmente branca. Logo, a formação histórico-cultural do Brasil se apoiou em uma visão depreciada do “não-branco”, sendo a figura do mulato enxergada como uma espécie de “mal menor” (em relação ao negro), nunca ocupante do mesmo patamar do branco.

Em suma, a realidade de um Brasil miscigenado, onde é elevada porcentagem de pretos e pardos, não desestimulou a reprodução, no pensamento nacional, de um dos pilares mais caros ao colonialismo: a ideia de superioridade das pessoas brancas, cujos traços físicos ainda são vistos como parâmetros estéticos e cuja identidade étnico-cultural continua a ser exaltada, por ser percebida como herança europeia. Em contraposição, a desvalorização do indivíduo negro é sistemática: seus traços são considerados antiestéticos e à sua identidade étnico-cultural (seus cultos, por exemplo) é atribuída uma natureza primitiva e folclórica (DIAS, 2014).

Apesar de, contemporaneamente, a maior parte dos estudiosos das ciências humanas compreender a “democracia racial” como um mito – haja vista a “intolerável contradição entre o mito da democracia racial e a real discriminação contra negros e mulatos” (IANNI, 1970, *apud* COSTA, 1999, p. 364) –, o fato é que esse pensamento sobrevive, “seja no sentido de falsa ideologia, seja no sentido de ideal que orienta a ação concreta dos atores sociais, seja como chave interpretativa da cultura” (GUIMARÃES, 2002, p. 168).

Nesse sentido, a sua permanência como ideal orientador das ações de parcela da sociedade explica o surgimento, nas palavras de Sueli Carneiro (2011, p. 32-33), da

atual reação conservadora que busca com monumental aparato deter esse processo [de avanços alcançados no reconhecimento da problemática da desigualdade racial] e, sobretudo, restabelecer os velhos mitos que nos levaram à situação atual. São “neogilbertofreyreanos” que entram em ação em um novo tipo de ativismo sobre a questão racial. Assiste-se, portanto, nesse momento, a um novo tipo de ativismo: um suposto antirracismo que se afirma pela negação do racismo existente. (...) Convergem, nessa estratégia, posições de direita e de esquerda em que a classe social ou a cordialidade racial retornam aos discursos para nublar as contradições raciais.

Diante desse cenário, não é de se espantar a firme persistência, no país, da discriminação indireta, conceituada por Silvio Luiz de Almeida (2020) como o processo em que a circunstância específica de certos grupos ou é ignorada ou é enxergada sob

o prisma de uma “neutralidade racial”, sem que sejam sopesadas as diferenças sociais significativas existentes entre os sujeitos.

No Brasil, a manutenção dos negros nessa posição desprivilegiada guarda íntima relação com o tratamento deferido aos recém-libertos após a abolição da escravidão. Para Florestan Fernandes (2008, p. 21), os negros e mulatos tiveram “o pior ponto de partida para a integração ao regime social que se formou ao longo da desagregação da ordem social escravocrata e senhorial do desenvolvimento posterior do capitalismo no Brasil”. Desse modo, na transição do regime escravista para o regime de trabalho assalariado, o ex-escravo não recebeu qualquer assistência ou proteção – seja dos antigos senhores, seja da Igreja, seja do Estado –, pelo que se viu repentinamente responsável por prover sua subsistência e a de seus dependentes, embora não detivesse condições materiais e morais para realizar essa tarefa no âmbito de uma economia competitiva (FERNANDES, 2008).

À época, a colocação dos negros em um ponto de desvantagem foi fomentada inclusive por uma parcela significativa dos defensores da abolição da escravidão. Como pontua Souza (2015), no pensamento antiescravista, havia espaço para um discurso de viés liberal, mais preocupado em dismantlar a ordem antiga (escravocrata) para dar lugar à expansão de uma organização social guiada pelos interesses da economia de mercado – isto é, para dar lugar a uma nova ordem social e econômica não inclusiva para os recém-libertos.

Além disso, nas obras de algumas importantes figuras do abolicionismo, como do próprio Joaquim Nabuco², é perceptível a noção da abolição como benéfica por atrair a imigração de indivíduos brancos (trabalhadores europeus) e, assim, proporcionar a assimilação, pela sociedade brasileira, do “sangue caucásio vivaz, enérgico e sadio” (NABUCO, 2000, p. 101). Nessa perspectiva, a abolição da escravidão representou uma medida conveniente não só por promover o desenvolvimento de ditames capitalistas, como também por abrir portas para a presença de sujeitos brancos, considerados como símbolos do progresso e da civilização.

² Na obra “O abolicionismo”, Nabuco (2000, p. 101-102) aduz: “Compare-se com o Brasil atual da escravidão o ideal de pátria que nós, abolicionistas, sustentamos: um país onde todos sejam livres; onde, atraída pela franqueza das nossas instituições e pela liberdade do nosso regime, a imigração européia traga, sem cessar, para os trópicos uma corrente de sangue caucásio vivaz, enérgico e sadio, que possamos absorver sem perigo”.

Em síntese, como destaca Emília Viotti da Costa (1999, p. 16), “a abolição liberou os brancos do peso da escravidão e abandonou os ex-escravos à sua própria sorte”. Não foi, porém, abandonada a perseguição contra os recém-libertos, evidenciada, por exemplo, pela edição do Decreto nº 145, de 11 de julho de 1893, que previu, em seu art. 1º, a punição de “vadios, vagabundos e capoeiras”, papéis majoritariamente atribuídos aos negros no período pós-escravidão.

Assim sendo, a inserção do recém-liberto, sem qualquer amparo, em uma sociedade competitiva (atuação negativa) e a repressão institucionalizada contra o ex-escravo – contra suas manifestações culturais e, inclusive, contra sua condição involuntária de desemprego e mendicância após a abolição – (atuação positiva) são aspectos intrinsecamente ligados à exclusão metódica de pessoas negras no país e, por isso, surgem como pontos centrais para se compreender o aparelhamento e a manutenção do racismo no Brasil.

O racismo, por sua vez, é conceituado por Almeida (2020, p. 32) como “uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios, a depender ao grupo racial ao qual pertençam”.

Para Almeida (2020), trata-se de um fenômeno sempre estrutural, pois decorre da própria estrutura social, ou seja, da maneira como as relações políticas, jurídicas, econômicas e familiares são concebidas. Dentro dessa concepção estrutural, não apenas as pessoas, mas também as instituições têm seu comportamento condicionado à organização social preexistente (ALMEIDA, 2020).

Por conseguinte, tendo em conta o fato de a estrutura social brasileira ser ainda extremamente marcada pelo racismo, é de se concluir que as universidades públicas, na condição de instituições públicas, tampouco estão isentas da influência de pensamentos e práticas racistas.

Seguindo essa lógica, Nascimento (1978, p. 95) declara que “o sistema educacional funciona como aparelhamento de controle nessa estrutura da discriminação cultural [praticada em face da cultura negra]”. Segundo o autor, a situação é a mesma em relação às universidades, nas quais “o modelo europeu ou norte-americano se repete, e as populações afro-brasileiras são tangidas para longe do chão universitário como gado leproso” (NASCIMENTO, 1978, p. 95).

Para Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 10), esse acesso dificultado ao espaço do ensino superior gera uma crise de legitimidade da universidade, crise esta ensejada pela

contradição entre a hierarquização dos saberes especializados através das restrições do acesso e da credenciação das competências, por um lado, e as exigências sociais e políticas da democratização da universidade e da reivindicação da igualdade de oportunidades para os filhos das classes populares, por outro.

É impossível não conjecturar que tal estado de coisas possui raiz no histórico elitista do ensino superior brasileiro. De fato, com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, alterações significativas foram perpetradas, dentre as quais sobressai a criação dos primeiros cursos de ensino superior não teológicos, que tinham como exclusivo objetivo a promoção da educação destinada a uma elite aristocrática e nobre (ROMANELLI, 1986).

Ainda conforme Romanelli (1986), com a independência política do Brasil, os poucos indivíduos privilegiados pelo recebimento de uma educação formal foram os ocupantes de cargos políticos e administrativos no contexto da nova ordem, de forma que sobretudo as Faculdades de Direito, instituídas na década de 1820, passaram a ser fornecedoras de pessoal qualificado para essas funções. Essas faculdades constituíam o centro da discussão intelectual da época; eram os locais onde, segundo Schwarcz (1993), foi defendido o racismo científico (por parte, mormente, da Faculdade de Direito de Recife) e exaltado um “liberalismo conservador” que apoiou a escravidão (atribuído à Faculdade de Direito de São Paulo).

Assim, vê-se o quanto o histórico da universidade no país está, de certo modo, associado a um ciclo de retroalimentação de privilégios: apenas integrantes da elite aristocrática (majoritariamente branca) conseguiam ingressar em faculdades, e eram precisamente as poucas faculdades da época as fontes de “pessoas à altura” para exercer o poder político-administrativo e protagonizar os debates intelectuais.

Quanto à conjuntura universitária atual, Maia e Melo (2017) enfatizam que, conquanto a população autodeclarada branca seja pouco menor do que a população autodeclarada parda e preta ou indígena, existe no Brasil uma população universitária em que esse percentual não se reproduz, em função do desfavorecimento histórico das pessoas negras.

No que diz respeito à evolução numérica de jovens negros (pretos e pardos) e de jovens brancos que cursam ensino superior, veja-se a tabela a seguir, contendo dados do IBGE, publicados pela Agência Brasil/EBC³.

Tabela 1 – Percentual de jovens negros e de jovens brancos que cursam ensino superior no Brasil

Ano de referência	Percentual de pessoas pretas e pardas, entre 18 e 24 anos, cursando o ensino superior	Percentual de pessoas brancas, entre 18 e 24 anos, cursando o ensino superior
2004	16,7%	47,2%
2014	45,5%	71,4%
2016	50,5%	*
2018	55,6%	78,8%

*dado não divulgado pela EBC

Tabela elaborada por Débora dos Santos Alves em 2021

Tendo-se em mente a tabela acima, é possível tecer duas observações. Em primeiro lugar, é notório o expressivo crescimento do número de pretos e pardos, de 18 a 24 anos, em cursos de graduação, quadro possivelmente viabilizado, entre outros fatores, pela instauração de ações afirmativas, bem como de programas como o PROUNI. Em segundo lugar, as informações relativas aos estudantes brancos da mesma faixa etária – dentre os quais aproximadamente 79% fizeram-se presentes no ensino superior em 2018 – apontam para a perpetuação da posição de vantagem dos indivíduos pertencentes a esse grupo.

Outro relevante aspecto a ser discutido é o de que as desigualdades entre estudantes brancos e negros não se limitam ao acesso à universidade, estendendo-se também ao acesso a cursos de graduação específicos.

De fato, é possível observar uma mudança gradual do perfil do estudante universitário da rede pública, com um significativo aumento da presença de pretos e pardos nesse universo, o que pode ser vislumbrado a partir do resultado do levantamento⁴ realizado pelo Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Estudantis (Fonaprace), segundo o qual o percentual de negros alcançou, pela primeira vez, a

³ Dados disponíveis em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/ensino-superior-avanca-25-pontos-percentuais-entre-jovens-estudantes-em-10> e <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pela-primeira-vez-negros-sao-maioria-no-ensino-superior-publico>

⁴ Disponível em: <https://portal.unila.edu.br/noticias/pesquisa-da-andifes-mostra-que-70-2-dos-estudantes-universitarios-vem-de-familias-com-renda-de-ate-um-salario-minimo-per-capita>

marca de 51,2% dos estudantes de instituições públicas federais de ensino superior⁵. Entretanto, para a obtenção de um panorama realista sobre a composição étnico-racial das universidades públicas no Brasil, é essencial levantar o questionamento a seguir: o aumento da presença de negros nos denominados cursos “de ponta” (a exemplo de Medicina e Direito), que possuem notas de corte mais elevadas, tem sido proporcional ao aumento da presença desse grupo racial na universidade como um todo?

A resposta parece ser não. Em recente estudo sobre o perfil socioeconômico e racial de estudantes de Medicina de uma universidade pública do Rio de Janeiro (não mencionada para fins de preservação do anonimato coletivo dos participantes da pesquisa), Souza *et al* (2020) constataram que o perfil majoritário é branco, proveniente de escola particular com renda anual superior a US \$ 8.640; e, em relação à inserção de pessoas não brancas no curso, concluíram que, mesmo com o sistema de cotas, não houve aumento significativo das mencionadas pessoas.

Nessa ordem, o acesso a cursos de graduação específicos por estudantes negros continua sendo mais custoso do que para estudantes brancos, de modo a reforçar o panorama de desigualdade racial, assim descrito por Mano Brown, integrante do grupo de rap “Racionais MC’s”, durante a introdução da canção “A vida é um desafio”:

Desde cedo a mãe da gente fala assim: “filho, por você ser preto, você tem que ser duas vezes melhor”. Aí passado alguns anos eu pensei: “Como fazer duas vezes melhor, se você tá pelo menos cem vezes atrasado pela escravidão, pela história, pelo preconceito, pelos traumas, pelas psicoses... por tudo que aconteceu? Duas vezes melhor como?”

Não obstante, parcela da sociedade continua a negar a existência dessa desigualdade no círculo universitário brasileiro. Grande parte desse grupo negacionista se apoia em um atraente discurso meritocrático. Segundo Carneiro (2011, p. 87), trata-se de uma armadilha do individualismo liberal, que propaga a bandeira de que “a mobilidade social está aí, disponível igualmente para todos, dependendo apenas do esforço pessoal de cada um para a sua realização”.

⁵ De acordo com sítio virtual da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), os dados da pesquisa em questão foram colhidos em 63 universidades e 2 Centros Federais de Educação Tecnológica (Cefet), em Minas Gerais e no Rio de Janeiro, de fevereiro a junho de 2018, em um espaço amostral total de 424.128 questionários validados, o que corresponde a 35,34% dos 1,2 milhão de estudantes.

Dentro desse contexto, é ainda mais justificável a criação medidas com o propósito de equilibrar a balança de oportunidades sociais, o que encontra amplo amparo no ordenamento jurídico pátrio.

2.2 O cenário jurídico brasileiro

A Lei nº 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, define políticas públicas como “as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais” (art. 1º, inciso V).

Já as ações afirmativas são conceituadas como “um conjunto de condutas, comportamentos ou ocorrências com o objetivo de promover o bem-estar e o acesso a direitos constitucionalmente tutelados em benefício de pessoas e grupos excluídos da sociedade” (COUTINHO, 2014, p. 49). A ação afirmativa pode ter como recorte diferentes aspectos, a exemplo da raça, da etnia, do gênero ou da casta.

Em face desses conceitos, constata-se que o sistema de cotas raciais para ingresso em universidades públicas brasileiras é uma política pública, com natureza de ação afirmativa, vez que se traduz em uma ação governamental, cujo objeto é a garantia da igualdade de acesso a um direito social constitucionalmente previsto (educação), visando a remediar os efeitos de um processo histórico que resultou na marginalização de pessoas negras.

Nessa linha de raciocínio, um dos principais fundamentos jurídicos para a efetivação dessa política é o princípio da isonomia. A Constituição Federal de 1988, ao consagrar esse preceito (vide art. 5º, caput), pautou-o sob um viés não apenas formal (consubstanciado na igualdade de todos perante a lei), mas também sob um viés material ou substancial, centrado no reconhecimento e no combate das desigualdades (sociais, raciais, culturais etc) existentes entre os indivíduos no plano fático.

Pontue-se que a igualdade formal é um ponto obrigatório de passagem na construção de uma sociedade democrática e justa, mas a adoção de uma concepção apenas formalista não é suficiente em países com níveis importantes de desigualdade socioeconômica e exclusão social, como é o caso do Brasil (BARROSO, OSÓRIO, 2016). Daí a insuficiência de implantação de políticas com teor exclusivamente universalista, uma vez que, nelas, segundo Lariú (2004), a distribuição de bens e serviços é garantida igualmente a todos os cidadãos, independentemente de qualquer

condicionante prévia, de maneira a desconsiderar a situação de desfavorecimento enfrentada por alguns e, em consequência, postergar o enfrentamento desse cenário inconstitucional. Assim, para Carneiro (2011, p. 85), “a realização dos ideais das políticas universalistas no Brasil depende de sua focalização⁶ nos segmentos sociais que, historicamente, elas mesmas vêm excluindo”.

Nessa mesma lógica, ensina Sarmiento (2008, p. 246) que, na CRFB/88, “partiu-se da premissa de que a sociedade brasileira é profundamente assimétrica e desigual e de que esse é um mal que deve ser energicamente combatido através de ações positivas por parte do Estado e da sociedade”. Sendo assim, a política de reserva de vagas para pretos e pardos em universidades públicas surge como medida positiva do Estado, cuja legitimidade advém de seu propósito de extinguir a “desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros” (DALLARI, 2005, p. 309).

Para Boaventura de Sousa Santos (2003), o alcance da igualdade depende da exigência de dois elementos: redistribuição e reconhecimento. Ao comentar esse binômio, Piovesan (2008) aduz que, enquanto o direito à redistribuição demanda medidas de enfrentamento da desigualdade econômica, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios. Dessa maneira, na busca pela efetivação do direito ao reconhecimento, as políticas de cotas assentadas no critério racial adquirem papel de extrema relevância, pois como seria possível combater a discriminação contra a identidade negra, sem que pessoas negras passem a frequentar espaços na sociedade, como a universidade pública?

As ações afirmativas em favor de estudantes negros também possuem respaldo jurídico por maximizarem a dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, inciso III, da CRFB/88; bem como por contribuírem para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, elementos dispostos como objetivos fundamentais no art. 3º, inciso I, da CRFB/88.

⁶ Para Lariú (2004), focalizar é “concentrar recursos disponíveis na população de beneficiários potenciais claramente identificada, concedendo, diante de determinados problemas, tratamento preferencial a certos grupos da população, de maneira que os recursos cheguem verdadeiramente aos mais pobres e fragilizados”.

Não bastasse isso, o próprio constituinte prestigiou a atitude de discriminar positivamente certos sujeitos, com o fito de contrabalancear a exclusão por eles sofrida. É o que se observa a partir do art. 7º, inciso XX, e do art. 37, inciso VII, os quais, preveem, respectivamente, a proteção do mercado de trabalho da mulher e a fixação de reserva de vagas para pessoas com deficiência no serviço público. Portanto, o estabelecimento de tratamento diferenciado para minorias, inclusive mediante reserva de vagas em concursos, não se trata de fenômeno estranho ao texto constitucional.

Por fim, cumpre salientar o teor do inciso V do art. 208 da CRFB/88, o qual fixa que o compromisso estatal para com a educação deve ser efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um. Decerto, a leitura isolada do final desse dispositivo (“segundo a capacidade de cada um”) pode levar à apressada conclusão de que o acesso ao ensino superior deve se dar tão somente pela via da meritocracia. Não obstante, como ressalta Frias (2012), a educação pública tem como objetivo primordial a justiça social (se não tivesse, seria muito mais difícil justificar a cobrança de impostos para garanti-la), motivo por que aliar outros elementos, como o da raça, ao critério meritocrático é plenamente possível, como modo de garantir a igualdade equitativa de oportunidades.

2.2.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186

A despeito dos argumentos em favor da constitucionalidade da política de cotas raciais, o Partido Democratas - DEM ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, com pedido de liminar, intencionando a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes. O julgamento da citada ação ocorreu em 26 de abril de 2012.

A parte autora sustentou que os atos administrativos e normativos embasadores da implantação das cotas raciais ofenderam o arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da Constituição Federal. Essas normas estão relacionadas, em síntese, ao princípio da

dignidade da pessoa humana, ao combate ao racismo, ao princípio da isonomia, ao direito universal à educação e à meritocracia no acesso ao ensino superior.

Em sua exordial, o Partido Democratas argumentou que a ADPF 186 não questionava a constitucionalidade das ações afirmativas como gênero, mas sim das ações afirmativas fundadas no critério racial. Defendeu que, na conjuntura brasileira, a discriminação se trata de uma questão social, e não racial, pois, para o arguente, “ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro”. Ademais, alegou que o sistema de cotas na UnB, ao prever a instauração de comissões de verificação da autodeclaração dos estudantes, findou por instituir “verdadeiro tribunal racial” para definir quem é ou não negro.

Em sede de relatoria, o Min. Ricardo Lewandowski julgou improcedente a ADPF 186, no que foi acompanhado por todos os outros ministros do STF, e considerou constitucional o sistema de cotas raciais da UnB. O dispositivo do voto Lewandowski foi escrito nos termos abaixo:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF. (STF, 2012)

Em seu voto, Lewandowski realçou que, para dar efeito à igualdade material, o Estado pode lançar mão de ações afirmativas, dirigidas a grupos sociais determinados, atribuindo-lhes certas vantagens, por tempo limitado, com o fito de propiciar a superação de desigualdades (STF, 2012). Em sentido contrário à argumentação do Partido DEM, o ministro reconheceu ser reduzido o número de negros e pardos no exercício de cargos ou funções de relevo na sociedade, situação que demanda a instauração de políticas com o escopo “compensar a discriminação histórica, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente” (STF, 2012).

O relator evidenciou também o papel simbólico desempenhado pela política de cotas raciais, enfatizando que uma “criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida” (STF, 2012).

No mais, Lewandowski esclareceu que o fato de o conceito de raça, entre a espécie humana, não existir do ponto de vista biológico ou genético não impede a implementação de políticas fundadas no critério étnico-racial (STF, 2012). Isso porque existe um conceito histórico-cultural de raça, artificialmente construído para justificar a discriminação de certos sujeitos (STF, 2012). Então, segundo o ministro, tal como os constituintes de 1988 partiram desse conceito artificial de raça para qualificar o crime de racismo como inafiançável e, assim, impedir a discriminação negativa dos negros, também é possível que, com base na mesma lógica, o Estado se utilize da discriminação positiva para estimular a inclusão social desses indivíduos (STF, 2012).

Outrossim, Lewandowski explicou que a utilização do critério racial nas universidades auxilia na construção de um espaço público plural e culturalmente heterogêneo, aberto à inclusão do outro. Nesse diapasão, “o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente” (STF, 2012).

Ainda no julgamento da ADPF 186, os ministros discutiram a validade dos métodos de identificação étnico-racial, o que, por conveniência, será aprofundado somente no tópico subsequente.

Feita essa breve exposição de alguns dos principais argumentos da relatoria, é observável o saldo positivo provindo do julgamento da ADPF 186, porquanto nele foi privilegiada uma interpretação do texto constitucional que maximiza o princípio da igualdade e reforça a atuação positiva do Estado no combate aos efeitos do racismo no Brasil, estabelecendo, com isso, postulados que orientarão a atividade da Administração Pública na construção de uma universidade pública mais inclusiva.

Por fim, deve-se considerar que, à época do julgamento, ainda não haviam sido editadas a Lei nº 12.711/2012 (Lei de Cotas nas Universidades) e a Lei nº 12.990/2014 (Lei de Cotas no Serviço Público). Dessa forma, além de pacificar importante celeuma jurisprudencial, o posicionamento do STF funcionou como meio de impulsionar medidas dos demais Poderes no enfrentamento às desigualdades provenientes do fator racial.

2.2.2 A Lei nº 12.711/2012

A primeira instituição pública de ensino superior no Brasil que adotou um sistema de cotas em seus vestibulares foi a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), que, no ano 2000, com amparo em lei estadual, reservou 50% das vagas para alunos oriundos de escolas públicas. A Universidade de Brasília (UnB), por outro lado, foi a primeira a instituir, em 2003, um sistema de cotas baseado no critério racial.

No entanto, foi somente a promulgação da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que proporcionou a implementação da política de cotas raciais em nível nacional. Tendo em vista sua relevância para o presente trabalho, passa-se à análise dos principais dispositivos desse diploma legal.

O caput do art. 1º da Lei nº 12.711/2012 estabelece o dever das instituições federais de ensino superior vinculadas ao MEC de reservar 50% das vagas dos cursos de graduação para alunos que cursaram todo o ensino médio em escolas públicas. Conforme o parágrafo único desse artigo, dentre as vagas reservadas aos alunos da rede pública, 50% deve ser destinada àqueles oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo *per capita*. Observa-se, portanto, que as vagas reservadas pela Lei de Cotas são distribuídas em dois grupos: metade é voltada para estudantes de escola públicas com renda livre, e a outra metade para estudantes de escola pública com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo *per capita*.

Consoante o art. 3º do diploma em comento, as vagas reservadas (de ambos os grupos supracitados) devem ser preenchidas, por curso e turno, por pessoas autodeclaradas pretas, pardas e indígenas, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE. Desse modo, nas universidades brasileiras, as cotas nunca estão restritas ao recorte racial, vez que sempre se associam ao critério da escola pública e, por vezes, ligam-se ao critério socioeconômico. Assim, a raça é vista como um fator adicional, e não isolado, dentro do sistema de cotas. Tal estrutura é benéfica na medida em que parece diminuir a força de um discurso frequentemente suscitado entre os críticos das cotas raciais, a saber, o de que a reserva de vagas desprivilegiaria o “branco pobre”, enquanto favoreceria o “negro de classe média”⁷.

⁷ Esse discurso foi suscitado na petição inicial da ADPF 186. Nessa peça, o Partido Democratas defendeu que “cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra”.

Como regra transitória, o art. 8º da Lei nº 12.711/2012 prevê o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral da reserva de vagas. Logo, somente a partir de 2016, a política de cotas passou a ser implementada em sua totalidade.

O art. 7º da Lei nº 12.711/2012, por seu turno, dispôs que, no prazo de dez anos a contar da data de sua publicação, deve ser promovida revisão do programa de cotas instaurado em favor de estudantes pretos, pardos e indígenas. Esse dispositivo se coaduna com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810/1969. No art. II desse documento internacional, é previsto que as medidas de eliminação de discriminação racial “não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

Essa ideia de transitoriedade também foi defendida pelo Min. Lewandowski em seu voto de relatoria da ADPF 186. Para o ministro,

as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo (STF, 2012)

Certamente, a Lei nº 12.711/2012, em sintonia com a ADPF 186, implicou significativo avanço na inclusão de pessoas pretas e pardas na seara universitária, tornando esta última mais plural, em conformidade com o disposto no art. 206, inciso III, da CFRB/88. Contudo, persistem desafios quanto à execução do sistema de cotas raciais nas universidades públicas.

Às vésperas da data marcada para a revisão da Lei nº 12.711/2012, torna-se ainda mais essencial debater tais desafios, dentre os quais se destaca a busca pelo(s) modelo(s) mais satisfatório(s) de determinação dos beneficiários da política de cotas raciais.

2.3 Critérios de identificação étnico-racial: autoidentificação e heteroidentificação

De acordo com o consultor da Diretoria de Estudos Sociais do IPEA Rafael Osório (2003, p. 7), “método de identificação racial é um procedimento estabelecido

para a decisão do enquadramento dos indivíduos em grupos definidos pelas categorias de uma classificação, sejam estas manifestas ou latentes”. Osório (2003, p. 7/8) define resumidamente os métodos de identificação existentes da seguinte forma:

O primeiro é a auto-atribuição de pertença, no qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro. O segundo é a heteroatribuição de pertença, no qual outra pessoa define o grupo do sujeito. O terceiro método é a identificação de grandes grupos populacionais dos quais provieram os ascendentes próximos por meio de técnicas biológicas, como a análise do DNA.

Ao examinar o ordenamento jurídico pátrio, é possível afirmar que existe uma prevalência do critério da autodeclaração em detrimento do critério da heteroidentificação. Com efeito, o inciso IV do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.288/2010 adota explicitamente a autodeclaração como método de identificar os indivíduos pertencentes à população negra:

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

Além disso, a Lei nº 12.711/2012 (Lei de Cotas nas Universidades), em seu art. 3º, prevê que “as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas”, ausente, nos demais artigos, qualquer alusão a métodos distintos da autoatribuição. No mesmo sentido é a Portaria Normativa nº 18/2012 do Ministério da Educação⁸, que, ao dispor sobre a reserva de vagas para pretos e pardos nas universidades públicas, menciona somente a autodeclaração.

Em vista desse cenário normativo, as universidades públicas, na condição de autarquias federais submetidas ao princípio da legalidade, optaram, de início, por observar rigorosamente a Lei nº 12.711/2012 e Portaria Normativa nº 18/2012, razão pela qual a autodeclaração por escrito foi considerada como o documento suficiente para o enquadramento como cotista (MAIA; MELO, 2017).

⁸ Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012.

No campo jurisprudencial, por ocasião do julgamento da ADPF 186, o Min. Lewandowski considerou a autoidentificação plenamente aceitável do ponto de vista constitucional. Ademais, não são poucos os precedentes de tribunais pátrios defendendo a primazia da autodeclaração em prejuízo da heteroidentificação, mormente nos casos em que são grandes as incertezas quanto ao grupo racial do candidato examinado pela banca de heteroidentificação.

A preferência, no contexto jurídico brasileiro, pela autodeclaração é explicada, segundo Rios (2018, p. 224), “não só pela sua previsão destacada no instrumento internacional e na legislação interna, como também pela concordância prática com outros direitos fundamentais, como a liberdade, da privacidade e a dignidade humana”.

Realmente, em um país no qual a população negra foi historicamente subjugada pela visão de mundo de um grupo racial dominante, a adoção da autodeclaração é essencial como ferramenta de, nos termos de Pannizi (2017), possibilitar agência pelo próprio indivíduo diante de sua história e contexto social. No mais, a concepção vigente de raça – caracterizada por certo dinamismo, pois resultante não de aspectos biológicos imutáveis, mas de processos históricos, políticos, sociológicos e culturais – parece, de maneira geral, ser mais condizente com o critério da autodeclaração.

Não obstante, reconhecer os méritos da autoatribuição não significa que esse método deva ser adotado com exclusividade. Com as frequentes denúncias de fraudes na ocupação de vagas reservadas aos negros e com o aumento da publicização desses casos na mídia nacional, intensificou-se o debate sobre os prejuízos da aplicação isolada do critério da autodeclaração.

É, pois, nesse panorama que ganha relevo o critério da heteroidentificação, o qual encontra fundamento no poder-dever que detém Administração Pública para fiscalizar a execução do sistema de cotas, como meio de garantir a consecução dos objetivos da política pública instaurada.

Em consonância com a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 76), “o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de direito público”. Portanto, é legítimo que a Administração verifique se o candidato atende ao perfil compatível com os objetivos da política pública, sob pena de perpetuação do cenário de exclusão que a ação afirmativa busca combater.

O método da heteroidentificação pode ser aplicado com base em diferentes critérios, como o fenotípico (características observáveis do indivíduo) e o da ancestralidade (atinente à genealogia). Com efeito, o fenotípico é o mais frequentemente utilizado, considerando que, como leciona Oracy Nogueira (2007), o racismo brasileiro (intitulado pelo autor como “preconceito de marca”) está majoritariamente associado ao fenótipo ou aparência racial dos indivíduos.

Embora não fosse o objeto da ADPF 186, a validade das comissões de heteroidentificação chegou a ser debatida pelos ministros. O min. Luiz Fux, defendendo a legitimidade da comissão de verificação da UnB (instaurada com base no fenótipo), declarou:

A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior. (STF, 2012)

A discussão definitiva sobre a constitucionalidade do critério da heteroidentificação ocorreu no bojo da ADC 41, julgada em 08/06/2017. Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ação tinha como propósito, nos termos da exordial, somente a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, 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 direta e indireta.

No entanto, no memorial apresentado pela entidade Educafro, admitida como *amicus curiae*, requereu-se a realização de interpretação conforme a Constituição do art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, a fim de assentar a necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais.

O voto do Rel. Min. Luís Roberto Barroso, acompanhado pela totalidade plenário, foi pela procedência da ADC, com a declaração da legitimidade do modelo de heteroidentificação. Ao final do julgamento, foi firmada a seguinte tese:

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. (STF, 2017)

Em seu voto, Barroso frisou os riscos inerentes à aplicação exclusiva do modelo da autoidentificação, principalmente “o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública”, evidenciando a necessidade de critérios subsidiários de heteroidentificação para dar concretude à Lei nº 12.990/2014 (STF, 2017). Todavia, na mesma ocasião, o ministro defendeu que, no caso de dúvida razoável sobre o fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial (STF, 2017).

Urge frisar que, consoante se extrai do conteúdo do julgamento da ADC 41, a heteroidentificação não se apresenta como incompatível com a autoatribuição. Ao contrário, é um método de suplementá-la. No processo seletivo de alunos para o ensino superior público, a intervenção de um terceiro no curso da identificação étnico-racial não é uma forma de determinar “a verdade” sobre a identidade racial de alguém, tampouco é um meio de suprimir ou invalidar a visão do sujeito sobre si; trata-se tão somente de método que, aliado à autodeclaração, auxilia na definição de quais sujeitos fazem jus à reserva de vagas em universidades, por possuírem atributos específicos, que os tornam alvos de discriminação racial.

Nesse viés, a rejeição da autodeclaração realizada por comissões de heteroatribuição implica uma rejeição não em sentido amplo, mas uma rejeição apenas no específico âmbito da política pública de cotas raciais.

Ainda que a ADC 41 tenha como pano de fundo os certames públicos federais, a racionalidade manifestada nesse julgado também se aplica ao sistema de cotas raciais em universidades públicas. Logo, a tese fixada na ADC 41 tem sido amplamente utilizada em decisões referentes à execução das políticas afirmativas no ensino público superior.

Uma vez pacificada a sua legitimidade, é válido discutir aspectos da execução da heteroidentificação. A forma mais utilizada é a instauração de comissões, formadas por membros que verificam a condição autodeclarada, por intermédio, preferencialmente, de contato presencial com os avaliados (embora haja notícias de comissões de heteroatribuição que realizam a identificação racial por via remota, como a partir de fotografias ou de arquivos de som e imagem).

Malgrado a inexistência de ato normativo regulamentando o procedimento de heteroidentificação no âmbito das universidades públicas, é razoável delinear, com base na jurisprudência do STF e em dispositivos da Portaria Normativa nº 4/2018 do

Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão⁹, preceitos a serem seguidos pelas instituições públicas de ensino superior na execução do modelo da heteroidentificação: a) respeito à dignidade da pessoa humana (ADC 41 e art. 1º, I, da Portaria nº 4/2018); b) observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (ADC 41 e art. 1º, II, da Portaria nº 4/2018); b) garantia de padronização e de igualdade de tratamento entre os candidatos (art. 1º, III, da Portaria nº 4/2018); c) garantia da publicidade e do controle social do procedimento de heteroidentificação (art. 1º, IV, da Portaria nº 4/2018); d) garantia de diversidade na composição da comissão de heteroidentificação, cujos membros devem ser distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade (art. 6º, §4º, da Portaria nº 4/2018); e) realização da atividade heteroidentificatória, preferencialmente, sob a forma presencial e, excepcionalmente por via telepresencial, devendo a excepcionalidade ser devidamente motivada (art. 8º, §1º, da Portaria nº 4/2018); f) deliberação da comissão realizada sob a forma de parecer motivado (art. 12º da Portaria nº 4/2018).; g) possibilidade de interposição de recurso a uma comissão recursal (art. 14º da Portaria nº 4/2018).

Roger Rauppi Rios (2018) sistematiza com maestria os elementos norteadores da tarefa heteroidentificatória. Para o autor, a heteroidentificação se mostra não como ferramenta de derrogação da autodeclaração, mas como atividade complementar e necessária, voltada a retificar eventual autoatribuição identitária considerada equivocada à luz objetivos da ação afirmativa, retificação esta que, dada a complexidade do fenômeno identitário, não implica necessariamente a presença de má-fé do candidato cuja autodeclaração foi rejeitada (RIOS, 2018). Além disso, Rios (2018) atenta que a previsão de consideração exclusiva dos aspectos fenotípicos deve ser compreendida de modo contextual, pois a compreensão da raça social, da identidade racial e do racismo subjacentes às ações afirmativas é sociológica, política, cultural e histórica, e não fundada em fatores biológicos.

Não obstante tais tentativas de sistematização, a análise da identidade étnico-racial de pessoas pardas que possuem alguns aspectos físicos mais próximos da

⁹ 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. Alguns editais de seleção para instituições públicas federais já têm previsto essa portaria como guia para a realização de procedimentos de aferição de autodeclaração, a exemplo do Edital nº 5/2020 DI/PROEN/REITORIA-IFCE, que tem por objeto a seleção de alunos para cursos de graduação do Ensino do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE).

branquitude continua a despontar como uma das questões mais complexas da atividade heteroidentificatória. Excluídos os casos de manifesta fraude na autodeclaração e os casos de certeza positiva sobre a negritude, a conclusão das comissões de heteroidentificação sobre os casos restantes será potencialmente controversa, considerando a realidade de um país de elevada mestiçagem.

Em conclusão, a autoatribuição e a heteroatribuição coexistem no ordenamento jurídico e ambos devem ter suas aplicações voltadas para a maximização da efetividade da política de cotas raciais. Desde a pacificação da possibilidade da realização de procedimentos de heteroidentificação, as searas normativa, jurisprudencial e doutrinária têm se esforçado em fixar balizas para sua execução. Todavia, relevantes entraves continuam a surgir e, cada vez mais, os sujeitos neles envolvidos têm optado pela judicialização de seus casos.

3 O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS

Conforme frisado ao final do capítulo anterior, é notória a intensificação da judicialização da política de reserva de vagas para pretos e pardos no ensino superior público, mormente no tocante aos procedimentos de heteroidentificação. Em virtude disso, acentuou-se o debate sobre os fundamentos e os limites do controle judicial incidente sobre a ação afirmativa em comento.

Com o propósito de contribuir para esse debate, o presente capítulo terá como foco, em um primeiro momento, o exame da tendência atual de judicialização das políticas públicas. Isso porque o estudo desse fenômeno auxilia na compreensão do contexto no qual tem se dado a apreciação jurisdicional do sistema de cotas raciais em universidades, sistema que, afinal, trata-se de uma política pública.

Em um segundo momento, a discussão terá como pontos centrais as justificativas e as restrições ao controle judicial de atos administrativos, dado que a política de cotas raciais é empreendida mediante atividade administrativa.

Por fim, a partir dos temas supracitados, será traçado um breve panorama da judicialização de questões atinentes ao uso do critério da heteroidentificação por universidades públicas, o que dará amparo à análise de decisões judiciais efetuada no capítulo posterior.

3.1 A tendência de judicialização das políticas públicas

Em princípio, cumpre assinalar que a discussão sobre a tendência contemporânea de judicialização das políticas públicas será explanada a partir de duas premissas fundamentais, ambas apoiadas na Constituição Federal de 1988: a) a postura prestacional adotada pelo Estado brasileiro; e b) o fortalecimento do Poder Judiciário. Passa-se, portanto, à análise dessas premissas.

No decorrer do século XX, observou-se uma significativa transformação no que diz respeito aos objetivos perseguidos pelo Estado. O modelo estatal até então vigente – o qual ainda se escorava em um paradigma abstencionista, com vistas a resguardar a liberdade do cidadão (seus direitos civis e políticos) em face do Estado – foi superado para dar lugar a um modelo social de Estado, centrado no alcance da justiça social, meta cuja concretização exige uma atuação positiva dos governantes.

Em consequência, como enfatiza Maria Paula Dallari Bucci (2006), foi operada profunda alteração no campo jurídico: as Constituições, que até então se limitavam a tratar das liberdades públicas e da estruturação do poder, passaram também a salvaguardar os direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo especificamente sobre os direitos sociais.

Seguindo essa tendência, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988, que, por seu conteúdo, pressupõe um comportamento ativo do Poder Público no sentido de implementar uma série de direitos e garantias ausentes ou pouco protegidos em Constituições anteriores. Em razão disso, Paulo Bonavides (2004, p. 371), defende que a CFRB/88 “é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social”.

Foi nesse contexto que houve a expansão das políticas públicas, ferramentas empregadas pelo Poder Executivo com a finalidade de viabilizar a execução dos objetivos constitucionais, em particular daqueles vinculados à redução das desigualdades (vide art. 3º, inciso III, da CRFB/88) e à garantia dos direitos exemplificativamente fixados no caput do art. 6º da CRFB/88¹⁰. Nessa lógica, a ampliação das políticas públicas é alicerçada na teoria da efetividade das normas constitucionais¹¹, largamente aceita pelos constitucionalistas brasileiros.

Paralelamente à expansão da materialização de direitos em favor dos cidadãos, a Constituição Federal, promulgada no contexto de redemocratização do Brasil, robusteceu a figura do Judiciário, que passou a ser, no arranjo pós-1988, “um poder político forte e com a capacidade de exigir o devido cumprimento da Constituição e das leis ordinárias, inclusive confrontando-se com os demais Poderes” (CARVALHO, 2016, p. 139).

Por certo, uma vez superado o quadro de cometimento de arbitrariedades sistemáticas pelo regime ditatorial, mostrou-se essencial fortificar o Poder Judiciário – cujos membros se tornaram detentores de uma série de prerrogativas institucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) –, a fim de possibilitar

¹⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹¹ Para essa teoria, as normas constitucionais, inclusive as de eficácia limitada, possuem força normativa e têm de ser aplicadas de forma direta e imediata, devendo ser encaradas não somente como um viés ideológico, mas como um mandamento, o que reforça a necessidade de instauração de políticas públicas com o fito de assegurar o cumprimento de direitos veiculados na Constituição (LULIA; PELLICCIARI, 2016).

uma atuação judicial mais ampla e, dessa forma, facilitar a construção de uma via de proteção efetiva dos preceitos pertinentes ao Estado Democrático de Direito.

A consolidação do Poder Judiciário como ator social de relevância também foi sustentada pelo movimento neoconstitucionalista, que possui significativa influência no Direito brasileiro. Conforme sistematiza Humberto Ávila (2009), o neoconstitucionalismo é caracterizado, dentre outros aspectos, pela preferência pelos princípios em vez de regras, pela ponderação no lugar de subsunção, pela justiça particular em vez de justiça geral, pelo Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo e pela Constituição em substituição à lei. Deveras, a partir dessa perspectiva, uma atuação jurisdicional mais intensa seria um fato a ser estimulado.

Em decorrência dessa conjuntura, os juízes têm desempenhado, desde a CRFB/88, um papel mais ativo no cenário nacional, por meio da apreciação de importantes demandas sociais e políticas que, por vezes, possuem impacto em todo o país. Esse panorama abriu portas para o complexo fenômeno do ativismo judicial, designado por Barroso (2009) como a adoção de um comportamento proativo na interpretação das normas (mediante a ampliação de seu sentido e alcance), com maior interferência na esfera de atuação do Executivo e do Legislativo, sendo tal postura normalmente perfilhada em situações nas quais, por diversos motivos, as exigências sociais não são efetivamente atendidas.

Ante o exposto, sendo a ordem constitucional brasileira marcada, de um lado, por um paradigma prestacional e, de outro, pelo fortalecimento do Poder Judiciário, é de se constatar que o controle judicial de políticas públicas não se trata de um processo anômalo. Diz-se isso porque, se o ordenamento brasileiro tem prestigiado a prestação de direitos fundamentais pelo Estado através da instauração de políticas e, paralelamente, tem dado suporte à amplificação da atuação judicial no tratamento de demandas sociais, é coerente e legítimo que disputas envolvendo as políticas públicas sejam apreciadas por magistrados.

Nesse sentido é o entendimento de Salles (2006, p. 177):

O tratamento pelo Judiciário de políticas públicas não é algo a ser reputado anormal. Ao contrário, a intervenção judicial nessa área ocorre em razão da ligação, direta ou indireta, com políticas públicas ser característica marcante do próprio direito contemporâneo. As relações do cidadão com o Estado e mesmo aquelas estritamente privadas são todas fortemente pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e aplicação do direito de maneira geral. Forçosamente, o Judiciário acaba, assim, sendo

palco de disputas diversas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas.

Um dos principais fundamentos da intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas é o de que, no contexto do Estado Democrático Social de Direito, a apreciação jurisdicional se justifica como forma de efetivar ou dar suporte à efetivação dos direitos tutelados por essas políticas. Esta foi a situação da ADPF 186, em que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília, fomentou a concretização, dentre outros, do direito à igualdade material e do direito de acesso à educação por um grupo de pessoas historicamente marginalizadas.

Outrossim, o controle jurisdicional também se legitima por evitar que, no procedimento de execução da política pública, o Poder Executivo inobserve dispositivos constitucionais e legais e, desse modo, acabe por macular a própria política pública, a qual, por conta do desrespeito às normas, terá sua execução desempenhada em desconformidade com o Direito. Um exemplo claro de inobservância às Constituição e à lei é a realização de procedimentos de heteroidentificação sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao candidato avaliado, cenário no qual a intervenção do Judiciário é necessária.

Em suma, diante da tendência de judicialização das políticas públicas, é evidente a ocupação, pelo Poder Judiciário, de um lugar de protagonismo no âmbito da resolução dos conflitos sociais, o que abre espaço para a adoção de um viés ativista. Essa postura judicial mais enérgica tem sido, em diversos casos, vantajosa por proporcionar o atendimento de demandas sociais negligenciadas por outros Poderes e por promover o alcance dos próprios fins da política pública. É o caso da já citada ADPF 186, assim como o da ADC 41, cuja tese fixada pelo STF validou um sistema subsidiário de identificação étnico-racial que, ao inibir fraudes, favoreceu o alcance do objetivo da ação afirmativa – consubstanciado na discriminação positiva somente de um grupo específico, sujeito a um quadro de desigualdade de oportunidades.

No entanto, essa maior atuação judicial na esfera das políticas públicas (aqui inclusa a política de cotas raciais) precisa ser acompanhada de responsabilidade e de cautela. É necessário lembrar que o Poder Judiciário, não sendo o gestor administrativo, não possui conhecimento técnico, tampouco visão sistêmica da

execução da política pública e, em consequência, pode acabar por tomar decisões que, em última instância, acarretam mais prejuízos do que benefícios à luz dos fins da política pública.

Aliás, a tomada de decisões judiciais na ausência da perspectiva sistêmica tem o potencial de afetar negativamente direitos alheios. Nesse ângulo, conforme frisa Bucci (2006, p. 32-33), “na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade de meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide são imprevisíveis”.

Finalmente, quanto aos pleitos judiciais individuais, ainda mais cautela deve estar presente, vez que, em consonância com a lição de Gilmar Mendes (2017, p. 626), o “processo de judicialização individual é marcadamente assimétrico e, por isso, não logra universalizar os direitos”. No Brasil, ante a manutenção de desigualdades material entre os cidadãos, o próprio acesso ao Judiciário é permeado por assimetrias. Por conseguinte, a concessão de determinado pleito judicial pode resultar em um beneficiamento questionável de certos sujeitos, à luz dos objetivos da política pública.

3.2. O controle judicial dos atos administrativos

As políticas públicas são fruto da atividade administrativa, motivo pelo qual falar sobre a sindicabilidade judicial dessas políticas implica também abordar o conhecido tema do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, é essencial investigar o controle jurisdicional da política pública de cotas raciais sob o prisma do Direito Administrativo.

3.2.1 Fundamentos: o Estado de Direito

Para Canotilho (1999, p. 11), o “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”. Dentro dessa concepção, a ordem jurídica vigente é a responsável por impor restrições ao exercício do poder, através da previsão legal sobre a forma e os objetivos da atuação estatal, com o propósito de impedir o desempenho do poder de maneira arbitrária.

Com a ideia de Estado de Direito, surge a necessidade de ferramentas que frustrem concretamente os atos contrários ao Direito (incluídos os administrativos) praticados por instâncias de poder, missão na qual muito contribuem o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação de poderes. Ambos os princípios alicerçam o controle judicial dos atos administrativo, razão por que serão a seguir analisados.

No sistema do contencioso administrativo, também denominado modelo francês, há uma bipartição da função jurisdicional: as causas referentes aos interesses da Administração Pública são submetidas a órgãos administrativos de julgamento (“tribunais administrativos”); ao passo que as demandas comuns são levadas ao Poder Judiciário. Nesse sistema, portanto, não há falar em controle judicial dos atos administrativos, porque estes são de competência da jurisdição administrativa, que, assim como a jurisdição comum, pode proferir decisões definitivas, com força de coisa julgada.

O Brasil, porém, adotou o sistema da jurisdição una, também conhecido como modelo inglês, em que todas as demandas, incluindo aquelas atinentes à Administração Pública, podem ser conduzidas ao Poder Judiciário – único apto a produzir coisa julgada. Essa amplitude da apreciação judicial é estabelecida pela dicção do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, consagrador do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da tutela judicial efetiva, para o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa é a linha de raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Entre nós, que adotamos, neste particular – e felizmente -, o sistema anglo-americano, há unidade de jurisdição, isto é, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional. Ato algum escapa ao controle do Judiciário, pois nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída à sua apreciação (art. 5º, XXXV, da Constituição). Assim, todo e qualquer comportamento da Administração Pública que se faça gravoso a direito pode ser fulminado pelo Poder Judiciário, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis. (MELO, 2009, p. 86)

Sendo assim, no Brasil, indubitavelmente, podem os magistrados interferir na atividade administrativa caso se verifique que, em seu desempenho, direitos foram malferidos ou correm perigo de sê-lo. Decerto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição é grande valor para a efetividade da ordem constitucional, porquanto de pouco adiantaria que a Constituição Federal previsse uma série de direitos se não estabelecesse mecanismos eficazes, a exemplo da via judicial, para protegê-los.

Por sua vez, o princípio da separação de poderes é preconizado pela Constituição Federal em seu art. 2º (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”). Tendo em vista sua relevância, o princípio em questão foi fixado pelo poder constituinte originário como cláusula pétrea (vide art. 60, § 4º, inciso III).

Ao investigar o conteúdo do princípio da separação de poderes no contexto da CRFB/88, Marcelo Novelino (2016, p. 249) expõe:

Por não haver uma "fórmula universal apriorística" para este princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade. A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de "freios e contrapesos" para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

Com base na lição de Novelino (2016), é possível concluir que, no Brasil, o princípio da separação de poderes possui duas feições principais: a) o sistema de freios e contrapesos e b) a harmonia consubstanciada na obediência à repartição constitucional de prerrogativas e de faculdades entre os poderes.

No que se refere à primeira característica, foi fixada com o objetivo de que “nenhum deles [dos poderes] possa ultrapassar os limites estabelecidos pela constituição sem ser contido pelos demais” (NOVELINO, 2016, p. 248). Portanto, o sistema de freios e contrapesos é um notável sustentáculo do controle judicial dos atos administrativos, pois a intervenção do Poder Judiciário se explica como meio de evitar que um ato arbitrário cometido por outros poderes, como o Poder Executivo, continue a colocar em risco os mandamentos constitucionais.

Desenvolvendo um pensamento similar, Rodriguez (2013) aponta que existe uma variedade de desenhos institucionais para concretos da separação de poderes, de modo que o ponto principal da obra de Montesquieu é antes a armação de uma trama institucional que impeça a constituição de polos de poder absoluto, sobre os quais não incida qualquer controle.

Em relação à segunda característica (harmonia entre os poderes), tem sido largamente utilizada como motivo para alegar a impossibilidade da interferência judicial em atos administrativos. Todavia, essas alegações, frequentemente, são fundadas em um mito, “consistente na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados, no qual cada poder

recobriria urna função própria sem qualquer interferência dos outros” (NOVELINO, 2016, p. 249).

Na realidade, o controle jurisdicional de atos administrativos é compatível com a harmonia entre poderes, na medida em que esta, por estar vinculada aos pilares do próprio Estado de Direito, não impede a interferência judicial em atos contrários ao ordenamento jurídico.

No mais, é preciso considerar que “a separação das funções de Estado é estabelecida em prol da realização dos misteres estatais, nunca como forma de embargar esses objetivos” (MARTINS, 2016). Portanto, o princípio da separação de poderes não pode ser invocado pelo Poder Executivo como meio de garantir a intocabilidade de atos administrativos que deixem de atender às normas.

Não obstante o exposto, o controle judicial na seara administrativa não é ilimitado. O princípio da separação de poderes possui a clara finalidade de obstar, por intermédio de um poder constituído, que outro poder exceda as balizas constitucionais e legais, resultando, ao final, em saldo negativo para a ordem jurídica vigente. Não havendo esse excesso, a interferência judicial passa a ser indevida, por violar o princípio da separação de poderes, pois descabe ao Judiciário substituir o Executivo no desempenho de funções que lhes são próprias.

3.2.2 O controle judicial dos atos administrativos vinculados e discricionários

Justen Filho (2016, p. 399) conceitua ato administrativo como “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”. Ao passo que o ato jurídico de direito privado é uma manifestação da vontade autônoma, movido por um processo psicológico de realização de um interesse individual, o ato administrativo se associa a uma vontade funcional, objetivamente concatenada à satisfação de necessidades coletivas (JUSTEN FILHO, 2016).

Não se pode esquecer que, por disposição expressa do caput do art. 37 da CF/88, a Administração Pública necessita observar o princípio da legalidade. Tal princípio se manifesta de forma distinta para o ente administrativo e para o indivíduo: enquanto este se vincula a uma dimensão negativa da legalidade (“é permitido tudo quanto não for proibido”), aquele se sujeita a uma dimensão positiva, pois é guiado pelo dever de agir apenas em conformidade com a lei. Nessa ótica, a vontade

funcional presente no ato administrativo, referida no parágrafo anterior, é necessariamente orientada pela legislação vigente.

Quanto às espécies de atos administrativos, é oportuno apresentar os conceitos de ato vinculado e ato discricionário. Segundo Marinela (2018, p. 344), “atos vinculados ou regrados são aqueles em que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não lhe deixou opções”. Esse tipo de ato está diretamente relacionado ao poder vinculado, exercido pelo ente administrativo nas hipóteses em que a legislação já aborda exatamente como a atividade administrativa deve se dar. Nesses casos, a própria lei fixa que, diante do preenchimento de certos requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma, sem possibilidade de escolha, de forma a nascer, para o particular, o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato vinculado (DI PIETRO, 2018).

Em sentido contrário, os atos discricionários

são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Portanto, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei. (MARINELA, 2018, p. 345)

Os atos discricionários, por seu turno, estão associados ao poder administrativo discricionário, este exercido quando a lei não trata de todos os aspectos da atuação administrativa e, em razão disso, a autoridade possui certa autonomia para a tomada de decisões diante do caso concreto, ocasião em que pode optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas compatíveis com os preceitos do sistema jurídico vigente (DI PIETRO, 2018).

Realmente, é impossível que o legislador consiga sempre antever qual a ação mais conveniente a ser realizada pela Administração Pública, sem ter o conhecimento das particularidades presentes em cada circunstância específica. Dessa maneira, eventual tentativa de dispor legalmente sobre todos os aspectos da atuação da Administração Pública é potencialmente prejudicial para o alcance das próprias finalidades legais, dado que, pelas características do caso concreto, um comportamento não previsto em lei pode se mostrar o mais apropriado.

É dentro desse contexto que desponta o conceito de mérito administrativo, consistente, segundo Hely Lopes Meirelles (1998, p. 136), “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a

realizar”. Em resumo, enquanto o ato discricionário é a ação executada mediante certa margem de liberdade conferida pela lei; o mérito administrativo é o próprio processo de decisão de como a ação discricionária da Administração irá ocorrer.

Entretanto, importa esclarecer que, mesmo na execução de atos administrativos discricionários, a autoridade administrativa não goza de liberdade absoluta, razão pela qual é frequente a crítica à utilização do termo “discricionário”, que seria inadequado por remeter a uma atuação ilimitada, sem restrições – comportamento incompatível com o Estado Democrático de Direito.

No que se refere à limitação da discricionariedade administrativa, pontua Di Pietro (2018, p. 292):

o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz **que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.** (grifo nosso)

Por conseguinte, o fator que distingue a discricionariedade da arbitrariedade é o atendimento aos limites legalmente impostos, uma vez que a primeira se traduz em uma “liberdade vigiada pela lei”. No mesmo sentido, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), a liberdade administrativa atribuída pela lei não significa poder de opções livres, como as do direito privado, haja vista a necessária preocupação com o alcance dos fins legais.

Muito embora diversos doutrinadores se refiram, de maneira geral, somente às restrições legais, é essencial salientar que também a Constituição Federal de 1988 limita a atividade administrativa discricionária, dada a necessidade de se conceder efetividade às normas constitucionais.

Relativamente ao controle jurisdicional dos atos administrativos, a situação é diferente, a depender da espécie do ato tratado. Segundo Di Pietro (2018, p. 299), “com relação aos atos vinculados, não existe restrição [ao controle pelo Judiciário], pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu”. Sendo assim, no universo da ação administrativa vinculada, a análise judicial pode abranger todos os componentes do

ato administrativo, com o intuito de averiguar sua compatibilidade com os termos legais.

Se a Administração Pública se eximir de praticar o ato vinculado ou se o executar em desarmonia com mandamentos legais, surge para o particular o direito subjetivo à edição correta do ato, direito este exigível perante o Poder Judiciário, por força do art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88. Não restam, pois, maiores controvérsias sobre o tema da judicialização de atos administrativos vinculados.

Por outro lado, a intervenção de juízes sobre os atos discricionários é assunto que continua a ser objeto de debates por estudiosos de diversos ramos do Direito. A doutrina majoritária e a jurisprudência dominante argumentam ser possível o controle jurisdicional de tais atos, mas somente para verificar se a Administração Pública respeitou as limitações impostas ao poder discricionário, oportunidade na qual o magistrado deverá realizar apenas o controle de um aspecto do ato: o da legalidade. Em síntese, a invalidação judicial do ato discricionário é permitida, contanto que a autoridade administrativa tenha excedido os limites da discricionariedade. Não ultrapassados esses limites, não haverá comportamento arbitrário da Administração justifique a interferência judicial.

Já o exame valorativo da oportunidade e da conveniência do ato (mérito administrativo) constitui espaço reservado à Administração Pública, porquanto a margem de liberdade diante do caso concreto foi legalmente conferida ao ente administrativo, e não ao Poder Judiciário. Em razão disso, a análise judicial do mérito administrativo em si, ultrapassado o controle de legalidade, caracteriza uma violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 188-189):

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

Ainda sobre o controle judicial dos atos discricionários, ensina Celso Antônio Bandeira de Melo (2012, p. 49):

Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não poderá se lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o

ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* e incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Para Melo (2012), a liberdade administrativa associada à discricionariedade significa o dever jurídico funcional de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providencia ideal, capaz de cumprir com exatidão a finalidade da lei; não se tratando da providencia ideal, isto é, havendo medidas que atendam melhor aos fins legais, a atuação jurisdicional está autorizada. Mas haveria como o Judiciário ir á averiguar se o ato discricionário praticado pela Administração é o mais ideal à luz dos objetivos da lei, sem adentrar o mérito administrativo? Esse questionamento revela o quanto, em alguns casos, a linha entre a verificação de mérito e a verificação de aspectos relacionados à lei se mostra tênue.

Por fim, há uma corrente minoritária, para a qual seria cabível o controle judicial do mérito administrativo, a fim de garantir o atendimento aos princípios extraídos da Constituição Federal de 1988, bem como assegurar a observância dos ditames relacionados ao alcance do bem comum. Essa corrente ganha força a partir da propensão contemporânea de ampliar as limitações à discricionariedade administrativa:

Contudo, não apenas a lei limita a atividade do Poder Público, mas os princípios que informam todo o Estado Democrático, decorrentes implícita ou explicitamente da ordem constitucional brasileira. A escolha pela Administração Pública não se atém somente aos ditames legais, mas a todo um conjunto principiológico que informa e sobre o qual encontra-se assentado todo o ordenamento jurídico nacional, e ao qual se submete o Poder Público. (FARJADO, 2015)

Trilhando essa acepção, existe precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar que “o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade” (BRASIL, STJ, REsp 429.570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, Data de Julgamento: 11.11.2003).

Amparado na moralidade administrativa e no preceito do bem comum, o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Samuel Júnior entendeu:

O princípio da legalidade exige adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido

esteja em harmonia com o dever de bem administrar. **Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido ser resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.** E é inquestionável que o Judiciário pode e deve exercer controle de tais questões. Não se constitui invasão no poder discricionário da administração apurar-se e punir-se tais abusos de forma a fazer com que prevaleça o interesse comum e a boa administração. (SÃO PAULO, TJSP, Apelação Cível 0495374-32.2010.8.26.0000; Rel. Regina Capistrano; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/08/2011)

De fato, é inegável que os entendimentos judiciais ora colacionados tiveram por base situações concretas as quais, por suas especificidades, autorizaram, na perspectiva do julgador, o controle do Poder Judiciário. Consideramos, porém, uma atitude discutível a de sustentar abstratamente a legitimidade da intervenção judicial no mérito administrativo, em nome de nome de preceitos que, não raro, possuem conteúdo vago (a exemplo de “bem comum”, “interesse da coletividade” e “boa administração”) e em nome de princípios que necessitam ser ponderados com outros princípios, como o da separação de poderes¹².

Em relação ao tratamento judicial da política pública de reserva de vagas para negros no ensino superior, a corrente majoritária ora apresentada (fundada na não intervenção judicial na análise dos critérios de oportunidade e conveniência) também tem prevalecido. No entanto, até mesmo pela própria complexidade que cerca a temática do controle judicial de atos administrativos discricionários, é esperado que, por vezes, não se mostrem tão nítidos os limites da apreciação jurisdicional do sistema de cotas raciais.

3.3 Panorama da judicialização do critério da heteroidentificação

Inicialmente, pleitos judiciais relativos às cotas para negros em universidades públicas foram ajuizados com a finalidade de questionar a legitimidade da ação afirmativa em si e, ainda, a legitimidade de se utilizar critérios subsidiários de heteroidentificação na esfera do ensino superior público.

¹² Essa atuação judicial mais ativa, fundada nos princípios, é criticada por uma parcela considerável dos juristas brasileiros. Como exemplo, é possível citar Eros Roberto Grau, ex-ministro do STF. O autor, em sua obra *Por que tenho medo dos juizes*, desaprova o modo de ser dos juizes e tribunais de hoje, que, segundo ele, atuam “endeusando os princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial” (GRAU, 2014, p. 138).

A primeira questão (legitimidade do próprio sistema de reserva de vagas para pretos e pardos em universidades públicas) restou indubitavelmente pacificada a partir do julgamento da ADPF 186 pelo STF.

De outro lado, a pacificação do segundo tema (validade do uso do modelo da heteroatribuição em universidades públicas) enfrentou um caminho mais sinuoso, já que, como realçado no segundo capítulo, a tese do STF na ADC 41 foi firmada no contexto da Lei nº 12.990/2014, e não da Lei nº 12.711/2012. Inclusive, em diversas demandas judiciais, foi trazida ao debate uma diferença substancial entre esses dois diplomas legais: enquanto a Lei nº 12.990/2014 menciona expressamente, no parágrafo único de seu art. 2º¹³, a possibilidade de eliminação do candidato cuja autodeclaração for considerada falsa, a Lei nº 12.711/2012 permanece silente.

Apesar desses argumentos, a jurisprudência pátria pacificou-se no sentido de considerar plenamente válida a implantação do modelo da heteroatribuição por universidades públicas, com fundamento na ADC 41 e nos argumentos invocados por ocasião de seu julgamento, notadamente o argumento da necessidade de proteção da efetividade do sistema de cotas raciais frente à formulação de declarações falsas.

Mesmo pacificadas essas duas questões, demandas individuais continuam a ser propostas com grande frequência, mas, desta vez, com a intenção de refutar a validade de decisões exaradas por comissões de heteroidentificação, ora em razão de vícios processuais ou materiais que teriam permeado a atividade da comissão, ora em função de motivos pertinentes ao próprio mérito decisório.

Em paralelo, ações coletivas, notadamente propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, têm despontado como palco para discussões sobre o *dever* das universidades públicas de implementar modelos de verificação da autodeclaração – precipuamente frente aos numerosos casos de suspeita de fraude na ocupação das vagas reservadas, veiculados com grande frequência na imprensa brasileira nos últimos anos e, por diversas vezes, denunciados diretamente perante as ouvidorias das universidades – e sobre a forma como tais modelos têm sido concretizados.

No que se refere às demandas judiciais individuais, como já dito, a discussão frequentemente recai sobre a validade, *in concreto*, das decisões proferidas por

¹³ Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

comissões de heteroidentificação. Contudo, é preciso considerar que a avaliação realizada por tais comissões se encontra no campo do mérito administrativo, o qual, conforme corrente majoritária, não poderia ser examinado pelo Poder Judiciário, sendo a atuação deste último restrita ao controle de legalidade do ato discricionário.

Dentro dessa lógica, cometidos atos ilegais ou inconstitucionais¹⁴ no procedimento de heteroidentificação, a intervenção jurisdicional é inegavelmente autorizada, o que, inclusive é deveras benéfico para o próprio sistema de cotas raciais. A uma porque o controle judicial dos aspectos legais e constitucionais incentiva que a Administração, após sofrer interferência do Judiciário, tome precauções para a realização da heteroatribuição de modo compatível com os ditames constitucionais e legais, diminuindo, em tese, objeções futuras ao sistema de reserva de vagas para negros em universidades. A duas porque contribui para dar credibilidade à execução da política pública perante a população e perante os próprios avaliados pelas comissões de heteroatribuição.

Exemplo de vício passível de ser cometido no desenrolar do procedimento heteroidentificatório é a inobservância dos seguintes preceitos: a) garantias processuais no processo administrativo, como contraditório e ampla defesa, protegidos pela CRFB/88 (art. 5º, LV) e pela Lei 9.784/1999¹⁵ (art. 2º, caput); b) dever de motivar/fundamentar as decisões administrativas, elencado no art. 2º e no art. 50 da Lei 9.784/1999; c) tratamento isonômico dos avaliados, resguardado pela CRFB/88 (art. 5º, caput); d) princípio da vinculação ao instrumento editalício, pacificamente aceito pela jurisprudência pátria, segundo a qual os atos da Administração Pública em um certame são norteados pelo respectivo edital, de maneira a limitar a discricionariedade do agente administrativo.

É de se destacar que não necessariamente o desrespeito a esses parâmetros faz com que o Judiciário determine a admissão do indivíduo avaliado como universitário cotista. Na hipótese, por exemplo, de a ilegalidade cometida ter sido a de não motivar a decisão de indeferimento da autodeclaração do candidato, é possível que o magistrado apenas anule a referida decisão e determine o proferimento de um novo ato administrativo, contendo motivação¹⁶.

¹⁴ Como ressaltado no tópico anterior, por óbvio, a CRFB/88 (e não apenas a lei) limita o exercício da discricionariedade administrativa.

¹⁵ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

¹⁶ Esse foi caso da Apelação Cível de nº 0804990-20.2015.4.05.8400. Nesse processo, o TRF 5 declarou “a nulidade do ato administrativo que indeferiu a autodeclaração étnico-racial da autora,

Em outras situações, porém, não há como determinar a edição de novo ato administrativo, como no caso em que o próprio edital prevê tão somente a autodeclaração como método de identificação étnico-racial. Nessas ocasiões, a jurisprudência do STJ¹⁷ tem sido firme no sentido de invalidar o procedimento heteroidentificatório e restabelecer o candidato no concurso público/processo seletivo ou no cargo público/vaga universitária em questão, vez que, em observância ao edital, a autodeclaração seria suficiente para a ocupação de vaga como cotista.

No que tange às demandas individuais que impugnam o próprio mérito da decisão da comissão de heteroatribuição, o cenário torna-se mais complexo. Malgrado corrente majoritária (doutrinária e jurisprudencial) se posicione em sentido contrário, há a chance de que, na prática, algum magistrado se veja como apto a revisar o mérito da decisão enunciada pela comissão, o que, em consequência, culminaria na análise judicial da própria identidade étnico-racial do indivíduo avaliado¹⁸.

Poderia ser alegado que esse posicionamento do Judiciário (de adentrar o mérito da decisão da comissão de heteroatribuição) tem o condão de gerar benefícios, levando-se em conta a possibilidade de retificação judicial de eventual decisão administrativa equivocada ou injusta. No entanto, os termos “correto” e “justo” são extremamente genéricos e maleáveis. A depender das convicções e da formação do julgador, a utilização de cotas raciais por uma pessoa autodeclarada parda cujos traços se aproximam mais da branquitude pode ser considerada como correta e justa (já que a lei não faz distinção entre diferentes categorias de pardos), apesar de a

devendo a banca examinadora emitir novo ato, dessa vez motivado” (BRASIL, TRF 5, Apelação Cível 0804990-20.2015.4.05.8400, 4ª turma, Rel. Emiliano Zapata Leitão, Data de Julgamento: 18/06/2019).

¹⁷ A título exemplificativo, veja-se AgRg no RMS 47.960/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 18/04/2017.

¹⁸ Um recente caso no qual a análise judicial acabou por adentrar o exame da identidade étnico-racial do candidato é o caso a seguir ementado: “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IRREGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PRECÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (...) Conforme já atentado pela Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, a necessidade de a entidade realizar algum tipo de controle para coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais não torna, por si só, legítima a simples avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo ou aparência do candidato, sendo imprescindível uma análise de seu histórico familiar e pessoal e também cultural e ancestral. Caso contrário, a decisão da comissão pode beirar a arbitrariedade. 3. **As fotos que instruem a inicial (evento 1 - FOTO3 da ação originária) indicam, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que ela pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que é corroborado pelos traços aparentes de sua família.** Como observou o juiz, a confirmar o conteúdo da autodeclaração, as fotos do documento 3 do evento 1, corroboram, na linha dos fundamentos antes exarados, que a autora é efetivamente de família de negros.” (BRASIL, TRF4, AC 5006241-38.2015.404.7110, 3ª TURMA, Rel. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 17/05/2016)

pessoa em questão não ostentar características que justifiquem seu beneficiamento pelo sistema de reserva de vagas.

O fato é que, dificilmente, o Poder Judiciário será o agente ideal para realizar a análise da identidade étnico-racial para fins da ação afirmativa, haja vista “a falta de formação nas questões étnico-raciais e as dificuldades culturais disseminadas no senso comum em face das políticas públicas positivas, no que não se distinguem, em geral, os operadores do direito” (RIOS, 2018, p. 246). Já os integrantes das comissões de heteroidentificação, normalmente, possuem formação em assuntos étnico-raciais. Nessa toada, em obediência ao §1º do art. 6ª da Portaria Normativa nº 4/2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, os integrantes da comissão devem ter participado de oficina sobre a temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo (inciso III) e devem ser preferencialmente experientes na referida área (inciso IV).

Em decorrência da limitação quanto à formação técnica, somada à não detenção de informações e perspectivas típicas da atividade administrativa, torna-se impossível ao juiz identificar, de forma clara e abrangente, as particularidades dos casos analisados e as implicações das decisões tomadas: afinal, é inverossímil que o magistrado alcance o patamar de “Juiz-Hércules”, figura imaginada por Ronald Dworkin, detentora de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2002, p. 165).

É verdade que tampouco os membros das comissões de heteroidentificação irão realizar sua tarefa de modo impecável. Contudo, o mais provável é que eventuais benefícios advindos da revisão judicial do mérito das decisões das comissões de heteroidentificação não sejam superiores aos malefícios gerados pelo exercício judicial de uma atividade cabível à Administração Pública – exercício este que caracterizaria violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

De outra parte, cabe elucidar que, em alguns casos, não é tão simples a distinção entre o controle judicial de aspectos legais/constitucionais e o controle judicial do mérito da avaliação da comissão de heteroidentificação. A título de exemplo, cite-se a hipótese na qual o autor de um processo judicial levante este argumento: “apesar de existirem dúvidas razoáveis sobre meu fenótipo (ou seja, não há como sustentar seguramente que eu não sou pardo), minha autodeclaração como pardo não prevaleceu, o que entra em conflito com o fato de o ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 12.288/2010 e Lei nº 12.711/2012) privilegiar o modelo da autoatribuição”.

Nessa situação, o juízo conseguiria julgar procedente o pleito autoral somente a partir da análise de aspectos legais/constitucionais?

Como já dito, considerando a força do método da autoatribuição na ordem jurídica pátria, o Min. Luís Roberto Barroso, na discussão sobre a legitimidade do critério da heteroidentificação (vide ADC 41), declarou que “quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial”. Todavia, a discussão ainda persiste quanto ao seguinte questionamento: caberia ao Poder Judiciário determinar quando há ou não dúvida razoável sobre a fenotipia e quando deve ou não prevalecer a autoatribuição?¹⁹. É, pois, perceptível que se está diante de temática complexa.

Finalmente, em relação às demandas coletivas que têm por objeto procedimentos de heteroidentificação, tais ações possuem o importante mérito de se esquivar de alguns dos inconvenientes da judicialização individual. O tratamento judicial individual dos procedimentos de heteroidentificação propicia uma abordagem fragmentada do sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades e, portanto, é menos eficiente para a concretização dos objetivos dessa ação afirmativa. Reitere-se que a política de cotas raciais no ensino superior é uma política pública, focalizada no direito educacional de uma parcela desfavorecida da sociedade, o que, evidentemente, transcende a seara individual.

Ademais, no âmbito desta e de outras políticas públicas, a judicialização individual (por ser marcadamente assimétrica, como já realçado) possui um maior potencial de tornar o processo judicial um palco de litígios suscitados por indivíduos mais privilegiados social e economicamente do que aqueles originalmente selecionados pela Administração Pública como beneficiários da política pública.

Assim, pelo menos em tese, é preferível que tratamento judicial da ação afirmativa em tela se dê por via coletivas, ainda mais considerando que instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, legitimadas para a propositura da ação civil pública, atuam orientadas por deveres institucionais (vide arts. 127 e 134 da CRFB/88) cujo cumprimento tende a maximizar a consecução dos fins da ação afirmativa.

¹⁹ Quanto a esse tema, a terceira turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu o seguinte: “Diante da subjetividade que subjaz à definição do grupo racial de uma pessoa por uma comissão avaliadora e havendo dúvida quanto a isso, tem-se que a presunção de veracidade da autodeclaração deve prevalecer”. (BRASIL, TRF 4, AG 5036456-45.2019.4.04.0000, 3ª Turma, Rel. Rogerio Favreto, julgado em 28/01/2020)

4 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO SOBRE O MÉTODO DA HETEROIDENTIFICAÇÃO

Consoante apontado na introdução, a finalidade deste trabalho é a análise das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que discutam sobre o critério da heteroidentificação no contexto da execução da política de reserva de vagas para negros (pretos e pardos) em universidades públicas. O método utilizado para encontrar as decisões judiciais analisadas no presente capítulo foi a realização de pesquisas no sítio eletrônico do TRF 5, mais precisamente no sistema denominado “Júlia”, que é uma ferramenta de busca de jurisprudência.

De acordo com a página virtual²⁰ do referido Tribunal, o sistema Júlia – desenvolvido por servidores da Secretaria de Tecnologia da Informação (STI) do próprio TRF 5 – coleta informações processuais em toda a base de dados do Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), em tempo quase real (a atualização se dá com apenas um dia de atraso). A seleção das decisões pelo sistema ocorre sem a interferência humana, ou seja, acontece de forma automática, por meio de técnicas de Inteligência Artificial.

Uma vez esclarecidos esses pontos, cumpre explicar que, entre os dias 11 e 14 de janeiro de 2021, procedeu-se à inserção das palavras-chave “heteroidentificação” e “universidade” no sistema Júlia. Como resultado, a ferramenta de busca processual apontou um total de 93 (noventa e três) decisões judiciais colegiadas (acórdãos).

Das 93 (noventa e três), 28 (vinte e oito) decisões não se referiam a procedimentos de heteroidentificação implantados para selecionar beneficiários das cotas raciais no ensino superior público. Dessas 28 (vinte e oito), 2 (duas) tratavam de litígios envolvendo alunos excluídos do processo seletivo universitário por não terem sido considerados aptos a ocupar vagas reservadas a pessoas com deficiência (PCD)²¹. As 26 (vinte e seis) decisões judiciais restantes eram relativas à atividade heteroidentificatória exercida em certames voltados ao provimento de cargos públicos,

²⁰ Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=322690>.

²¹ Essas duas decisões apareceram no resultado da pesquisa porque, em ambos os casos, os alunos se inscreveram em cotas destinadas a pessoas com deficiência que se autodeclararam pretas, pardas ou indígenas. No entanto, a Administração questionou somente a existência de deficiência, e não a autodeclaração como negro, a qual foi confirmada pela comissão de heteroidentificação. Assim, a via judicial foi invocada apenas para discutir a condição de PCD, de modo que o termo “heteroidentificação” surgiu na decisão apenas como parte da narrativa do caso, o que fez com que o julgado fosse selecionado pelo sistema Júlia.

de sorte que foram escolhidas pelo sistema seja porque tratam de concursos públicos instaurados para preencher o quadro de servidores de uma universidade pública (grande maioria dos casos), seja porque a palavra “universidade” é citada, por mero acaso, em algum momento da decisão (como na hipótese em que uma ementa colacionada pelo magistrado inclui tal palavra).

É interessante notar que, mesmo direcionando a pesquisa jurisprudencial para o âmbito do ensino superior público, o sistema encontrou um número significativo de decisões judiciais concernentes a certames para preenchimento de cargos públicos. Além disso, a inserção somente do termo “heteroidentificação” no sistema Júlia desvela diversos julgados, dos quais a imensa maioria diz respeito a concursos públicos.

Esse cenário pode ter raiz no nível de instrução potencialmente maior dos concorrentes a cargos públicos em comparação ao dos alunos recém-saídos do ensino médio, fomentando um maior ajuizamento de ações judiciais pelos primeiros em detrimento dos segundos. Para esse quadro também colabora o fato de que, no campo dos concursos públicos, há um aproveitamento direto da vaga de um candidato eliminado e, por isso, há maior lógica em denunciar os casos de fraudes nas cotas raciais, questões que acabam por alcançar a via judicial.

De toda forma, por não atenderem ao propósito deste trabalho, as 28 (vinte e oito) decisões judiciais supracitadas foram excluídas do rol daquelas que serão analisadas neste capítulo.

Diante dessa exclusão, restaram 65 (sessenta e cinco) decisões, dentre as quais 7 (sete) veiculam o julgamento de embargos de declaração. Como não efetuaram quaisquer mudanças significativas no conteúdo da decisão embargada (não promoveram efeitos infringentes), as 7 (sete) decisões que julgaram os embargos declaratórios, por conveniência, também foram excluídas do elenco de julgados do TRF 5 a seguir examinados.

Nesse sentido, sobraram, ao final, 58 (cinquenta e oito) decisões judiciais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que discutem o método da heteroidentificação no âmbito do ensino superior público. Elas, por seu turno, serão exploradas a partir de seus aspectos “internos” e “externos”.

Neste trabalho, a denominação “internos” será o termo usado para se referir aos aspectos ligados ao conteúdo em si das decisões, a exemplo da argumentação usada pelo magistrado. Por outro lado, “externos” serão os aspectos relacionados não ao

conteúdo dos julgados, mas sim a outros dados, como a informação de qual a turma julgadora.

Por último, importa frisar que o estudo empreendido neste capítulo não tem por finalidade formular um retrato fiel das características das demandas que têm chegado ao TRF 5 e da maneira como o Tribunal tem lidado com elas. É preciso lembrar que a pesquisa feita no sistema Júlia se deu com base em palavras-chave específicas que, embora abrangentes, não implicam necessariamente o aparecimento de todas as decisões pertinentes à temática estudada.

4.1 Aspectos externos

Em síntese, os aspectos externos a serem investigados são: a) a data de autuação dos processos nos quais as decisões judiciais analisadas foram proferidas; b) a distribuição delas de acordo com a turma do TRF 5 que as prolatou; c) a classe judicial respectiva (apelação ou agravo de instrumento); e d) a natureza das demandas (individual ou coletiva) às quais os julgados examinados estão vinculados.

4.1.1 Data de autuação do processo

As 58 (cinquenta e oito) decisões judiciais do TRF 5 estão, por sua vez, vinculadas a 58 (cinquenta e oito) processos distintos. Estes últimos estão distribuídos da seguinte forma, de acordo com seus respectivos anos de autuação:

Gráfico 1 – Distribuição das decisões do TRF 5 de acordo com o ano de autuação dos respectivos processos judiciais

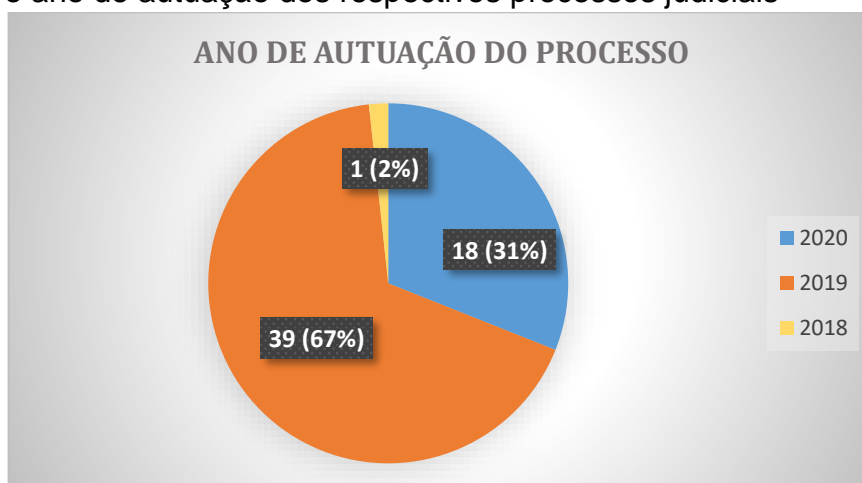


Gráfico elaborado por Débora dos Santos Alves em 2021

Conforme anteriormente mencionado, a ADC 41, que pôs fim à celeuma em torno da compatibilidade dos critérios subsidiários de heteroidentificação com o ordenamento jurídico brasileiro, foi julgada somente em 08/06/2017. Dessa forma, é compreensível que a pesquisa pelos termos “universidade” e “heteroidentificação” tenha resultado no aparecimento de processos cuja autuação ocorreu nos últimos três anos – 2018 (um processo), 2019 (trinta e nove processos) e 2020 (dezoito processos).

Nos primeiros anos de execução da ação afirmativa, uma parcela significativa das universidades públicas implementava a política de cotas raciais a partir somente da autodeclaração, tendo em vista a literalidade da Lei nº 12.711/2012 e da Portaria Normativa nº 18/2012 do Ministério da Educação. Porém, o julgamento da ADC 41 em 2017, de certa maneira, estimulou o movimento de instituição de comissões de heteroidentificação por universidades de todo o país. Sendo assim, sobretudo a partir de 2017, houve a expansão da implantação do método da heteroatribuição e, com isso, controvérsias envolvendo a temática passaram a surgir com mais frequência, culminando no aumento progressivo de demandas judiciais atinentes a esse assunto nos anos seguintes.

O baixo percentual de processos autuados em 2018 provavelmente se deve ao fato de que, nesse período, o sistema de heteroatribuição ainda se encontrava em vias de ser executado por algumas universidades públicas ou, no caso de já estar sendo praticado, boa parte das controvérsias resultantes ainda não havia sido judicializada. Quanto aos processos autuados em 2020, é importante observar que muitas ações judiciais, por serem recentes, ainda não alcançaram a segunda instância, razão pela qual não aparecem no sistema de busca de jurisprudência do TRF 5 e, por consequência, não constam no gráfico acima.

O ano de autuação dos processos, embora possa parecer, de início, aspecto externo de baixa relevância, tem um considerável impacto na análise jurisprudencial empreendida. É que todas as 58 (cinquenta e oito) decisões judiciais foram proferidas já sob a égide da tese estabelecida pelo STF na ADC 41, a saber, a tese da legitimidade da heteroatribuição, sob a condição de serem respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, desde já, é possível deduzir uma tendência de que as decisões examinadas apresentem uma certa uniformidade quanto ao seu conteúdo.

4.1.2 Distribuição por turma

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região possui quatro turmas, cada uma delas formada por três desembargadores federais. Entretanto, enquanto a primeira e a segunda turma prolataram, cada uma, 19 (dezenove) decisões das 58 (cinquenta e oito) estudadas, a terceira turma prolatou 12 (doze) e a quarta turma, 8 (oito). Vejamos:

Gráfico 2 – Distribuição das decisões do TRF 5 de acordo com a turma julgadora

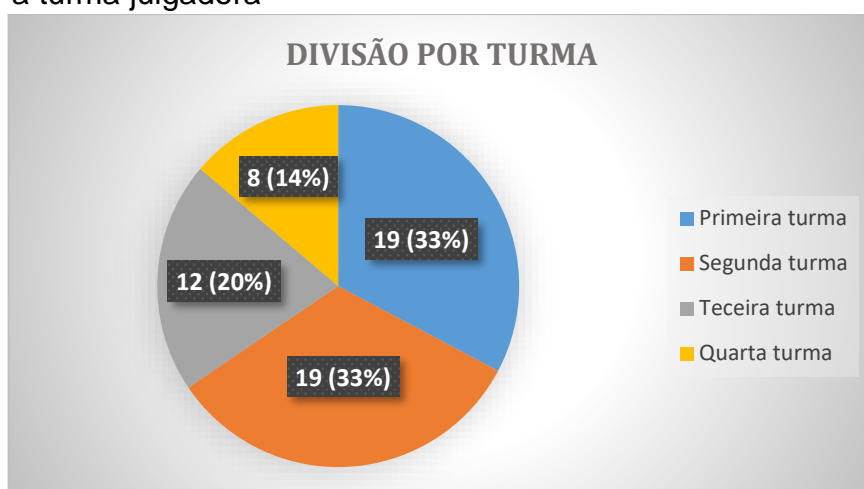


Gráfico elaborado por Débora dos Santos Alves em 2021

Essa discrepância numérica, possivelmente, deve-se ao já aludido fato de que a utilização de termos específicos na busca jurisprudencial não acarreta o aparecimento de todos os julgados pertinentes, impedindo um diagnóstico exato das atividades de cada turma. De toda maneira, acórdãos das quatro turmas serão avaliados neste capítulo.

4.1.3 Natureza da demanda

Das 58 (cinquenta e oito) decisões judiciais investigadas, verificou-se que 56 (cinquenta e seis) se vinculam a demandas de natureza individual e somente 2 (duas) estão ligadas a demandas de natureza coletiva. Por conseguinte, a imensa maioria dos acórdãos examinados (aproximadamente 96,5%) foi proferida no campo da judicialização individual.

Todos os processos individuais ora explorados têm como premissa fática a exclusão de um candidato do processo seletivo universitário ou o afastamento de um aluno da universidade, mediante cancelamento de sua matrícula, por conta de parecer desfavorável da comissão de heteroidentificação. A fim de facilitar futura referência a essas duas situações (exclusão do candidato e afastamento do aluno), passar-se-á a usar a expressão “candidato/aluno”.

Dentre as 56 (cinquenta e seis) demandas individuais, 55 (cinquenta e cinco) envolviam pleitos de indivíduos autodeclarados pardos e 32 (trinta e duas) tinham objetos relacionados aos cursos de Medicina, Direito e Engenharia.

Em relação ao grupo racial “pardo”, é necessário enfatizar que se trata de um termo abrangente²². Em razão dessa amplitude e da própria formação étnico-racial brasileira, um grande número de cidadãos brasileiros se autodeclararam pardos, inclusive “aqueles que, situados em posição intermediária no espectro de cor no Brasil, são posicionados mais perto da branquitude” (RIOS, 2018, p. 239).

No tocante aos cursos de Medicina, Direito e Engenharia, Maia e Melo (2017, p. 3) ressaltam ser possível afirmar, mesmo sem dados, “que determinada parcela da população mais rica tem interesse por cursos específicos das áreas médica e jurídica e das engenharias”. Outrossim, analisando recentes notícias veiculadas na imprensa, é notório que tais cursos, principalmente o de Medicina, são frequentemente citados em casos em que há suspeita de fraude na ocupação das cotas raciais. Nesse sentido, uma notícia divulgada em fevereiro de 2021 pelo O GLOBO²³ relata que, dentre os 27 (vinte e sete) alunos cujas matrículas foram canceladas por conta do parecer de uma Comissão de Verificação de Fraudes instituída pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 21 (vinte e um) cursavam Medicina.

A partir dessas considerações e dos dados acima expostos, é possível concluir que, quando o assunto é controle judicial do sistema de cotas raciais, com ainda mais cautela deve atuar o TRF 5, haja vista a preponderância da judicialização individual e a assimetria que a acompanha. Tal cautela é especialmente necessária a fim de evitar

²² Souza e Bressanin (2019, pág. 81) analisaram documentos oficiais do IBGE e chegaram à conclusão de que tal órgão, seguindo a mesma tendência observada em dicionários como Michaelis e Priberam, define a figura do pardo de modo amplo, conceituando-a “a partir da diversidade, da mistura inter-racial, da diferença entre pessoas mestiças que não possuem características físicas muito definidas”.

²³ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/ufrrj-expulsa-27-alunos-por-fraude-em-cotas-maioria-fazia-curso-de-medicina-24872116>.

que a via judicial se torne ferramenta de beneficiamento de indivíduos ostentadores de perfis não compatíveis com as finalidades da ação afirmativa.

4.1.4 Classe judicial

Quanto à classe judicial, as decisões judiciais em exame estão assim divididas: 31 (trinta e um) acórdãos relativos ao julgamento de agravos de instrumento e 27 (vinte e sete) acórdãos respeitantes ao julgamento de apelações cíveis. Nesse sentido, os primeiros representam cerca de 53,45%, enquanto os segundos representam aproximadamente 46,55%.

Portanto, os agravos de instrumentos são maioria. Todos eles – com exceção de um agravo da DPU (abaixo mencionado) – foram interpostos em face de decisão interlocutória, proferida por juízo de primeiro grau, que julgou (procedente ou improcedente) o pedido de tutela de urgência formulado pelo candidato/aluno.

Dos 31 (trinta e um) agravos de instrumento, 26 (vinte e seis) têm como parte agravante a figura do candidato/aluno, pois, nesses casos, o juiz de primeira instância indeferiu seu pedido de tutela de urgência. De outro lado, 4 (quatro) dos agravos foram interpostos pela instituição pública de ensino superior (IPES), na tentativa de reverter a decisão interlocutória que concedeu a tutela em favor do estudante cuja autodeclaração foi rejeitada. Abra-se um parêntese para concluir, com alicerce nesses dados, que o posicionamento das varas federais vinculadas ao TRF 5, em sede de tutela provisória, tem sido majoritariamente desfavorável ao candidato/aluno.

Por fim, 1 (um) agravo de instrumento foi interposto pela Defensoria Pública da União com o objetivo de modificar decisão interlocutória proferida nos autos de ação civil pública.

Embora o Poder Judiciário, no julgamento dos agravos, limite-se a analisar os requisitos da tutela de urgência (a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), o procedimento de heteroidentificação acaba por ser debatido, mesmo que de forma menos profunda (em comparação ao julgamento de apelações), por ocasião da análise do requisito da probabilidade do direito, também chamado de *fumus boni iuris*.

Já as decisões judiciais relativas ao julgamento de apelações são, ao todo, 27 (vinte e sete). Destas, 18 (dezoito) se referem a apelações interpostas em ações de procedimento comum, 8 (oito) dizem respeito a apelações interpostas em ações de

mandados de segurança e 1 (uma) se refere à apelação ligada a uma ação civil pública.

É relevante observar que aproximadamente 30% das apelações são associadas a mandados de segurança. Faz-se essa observação porque, no âmbito desse remédio constitucional, o Judiciário deve orientar sua análise somente a partir de provas pré-constituídas, vedada a dilação probatória. Nesses casos, torna-se ainda mais essencial que a atuação judicial não adentre o mérito reservado à comissão de heteroidentificação, vez que, do contrário, além de ofensa ao princípio da separação de poderes, promover-se-ia, como aponta Rios (2018), uma análise judicial da identidade étnico-racial de candidato/aluno com base apenas em documentos, como fotografias – estas sujeitas a diversas variações de edição e de iluminação.

4.2 Aspectos internos

No que tange ao conteúdo das decisões judiciais, serão avaliados três pontos principais: a) o resultado do julgamento; b) os argumentos mais utilizados pelo TRF 5 para fazer valer seu entendimento; e c) no caso de demandas individuais, a ocorrência ou não do exame judicial de questões ligadas ao mérito do parecer emitido pela comissão de verificação da autodeclaração. Para fins de organização, serão exploradas, em um primeiro momento, as decisões judiciais prolatadas na esfera das demandas coletivas e, em um segundo momento, as decisões judiciais proferidas em demandas individuais.

4.2.1 As decisões em demandas coletivas

A primeira das duas decisões judiciais a serem analisadas neste tópico é o acórdão proferido pela terceira turma do TRF 5 na Ação Civil Pública de nº 0803149-12.2018.4.05.8100, que tem o polo ativo ocupado pelo Ministério Público Federal (MPF) e o polo passivo formado pela União Federal e pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Tendo em vista a existência de denúncias de fraudes na ocupação de vagas reservadas a pretos e pardos na UFC, assim como considerando a resistência da universidade em instaurar sistemas de heteroidentificação, o MPF ajuizou a supramencionada ação coletiva, na qual requereu que fosse ordenada a implantação

de um modelo de verificação da autodeclaração de candidatos às cotas raciais, através da imediata aplicação analógica da Orientação Normativa n.º 03/2016 - MPDG²⁴ a todos os processos seletivos no âmbito do Sistema de Seleção Unificada (SISU), até a edição de regulamentação normativa específica por parte do MEC e/ou das IPES. Insta salientar que a UFC vinha utilizando somente o método da autodeclaração, o único expressamente previsto nos editais dos processos seletivos até então.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido do MPF, determinando que “a UFC, no prazo de 180 dias após o trânsito em julgado da presente ação, elabore e implemente um modelo de controle os casos de fraude no modelo de autodeclaração, observadas as condições estabelecidas na fundamentação desta sentença”. Ademais, condenou a União “a acompanhar a elaboração e implementação do referido modelo, prestando todo o apoio necessário para que o prazo acima estabelecido seja cumprido e as regras divulgadas”.

Tanto a União quanto a UFC interpuseram apelação com o fito de reformar a sentença. A primeira, em resumo, argumentou que a Lei nº 12.711/2012 não dispôs sobre fase administrativa de verificação das autodeclarações, motivo pelo qual seria incabível ao Judiciário estipular a inclusão de tal etapa, já que se trata de política pública elaborada, em todos os seus termos, pelo Poder Legislativo. Já a UFC arguiu, em suma, que: a) a pretensão do *parquet* federal contrariaria as normas editalícias (estas elaboradas no exercício da autonomia universitária) e adentraria o mérito administrativo, quanto aos critérios adotados para a realização dos processos seletivos; b) o atendimento do pleito do MPF implicaria ofensa ao princípio da separação de poderes; c) a autodeclaração da condição de preto ou pardo seria suficiente, nos termos do art. 3º da Lei nº 12.711/2012²⁵, do art. 2º, inciso II, da Lei nº 7.824/2012²⁶ e da Portaria Normativa nº 18/2012 do MEC.

²⁴ Trata da aferição de informação prestada por candidatos negros que se declararem pretos ou pardos em concursos públicos federais.

²⁵ Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE

²⁶ II - as vagas de que trata o art. 1º da Lei nº 12.711, de 2012, serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação pertinente, em proporção ao total de vagas, no mínimo, igual à proporção respectiva de pretos, pardos,

Julgadas em 23/07/2020, ambas as apelações foram improvidas, tendo sido mantida, por unanimidade, a sentença recorrida. Para o desembargador federal relator convocado Luiz Bispo da Silva Neto, o cerne da controvérsia consistiu “em saber se a Universidade Federal do Ceará tem o dever de realizar o controle da veracidade da autodeclaração dos candidatos à cota racial, especialmente em casos de indício de fraude” (TRF 5, 2020). Para o magistrado, a resposta parece ser afirmativa.

Em seu voto, registrou que “a utilização de outros critérios, além da própria declaração do candidato que pretende concorrer a uma vaga dentro das cotas destinadas para pretos e pardos, desde que respeitada a dignidade humana e o exercício de defesa, é de fundamental importância para dar efetividade à ação afirmativa em questão” (TRF 5, 2020). Argumentou que a adoção de critérios de heteroidentificação, apesar de não estabelecida expressamente na Lei nº 12.711/2012, resguarda os segmentos sociais que o sistema de cotas pretende promover (TRF 5, 2020).

Para manter a sentença apelada, o relator fundamentou ser possível o controle jurisdicional nos casos em que o ente administrativo não adota a interpretação que melhor atende à concretização da ação afirmativa. Para o magistrado, a intervenção do Judiciário também se justifica pelo fato de que a postura omissiva dos apelantes frente a autodeclarações fraudulentas viola os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da isonomia.

Finalmente, ainda em sede de relatoria, defendeu que ao princípio da autonomia universitária não podem ser atribuídos contornos absolutos, a ponto de possibilitar a manutenção de situações absurdas, consistentes na admissão de fraudes no sistema de cotas raciais.

À luz de uma análise mais apressada, a decisão judicial exposta aparenta versar simplesmente sobre o já pacificado tema da legitimidade da implantação de procedimentos de verificação da autodeclaração por universidades públicas. No entanto, como enfatizado no voto do relator, os pontos principais da disputa são outros, a saber: o *dever* de a IPES realizar tais procedimentos (mormente em face do adensamento das denúncias de fraudes), bem como a possibilidade de esse dever ser imposto pelo Poder Judiciário. Assim, a conclusão desse julgado fundamentou-se na obrigação da Administração Pública de impedir a manutenção de atos e situações

indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade federativa onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

contrários à lei e à CRFB/88, de maneira que o não cumprimento dessa obrigação faz nascer a possibilidade de intervenção de juízes e tribunais brasileiros.

Ante o entendimento adotado pelo TRF 5 nesse caso, é possível notar a assunção de uma postural judicial mais ativista no sentido de determinar medidas, a serem tomadas pela Administração, com o propósito de garantir a efetividade da ação afirmativa de cotas raciais.

A segunda decisão judicial avaliada foi proferida no julgamento (ocorrido em 01/09/2020) do agravo de instrumento de nº 0800234-69.2020.4.05.0000, promovido pela Defensoria Pública da União. É que a DPU, nos autos da Ação Civil Pública nº 0808376-55.2019.4.05.8000, requereu a concessão de tutela provisória, objetivando o acolhimento dos requerimentos a seguir, relacionados aos processos seletivos implementados pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL):

- a) Com base Lei nº 12.990/2014, os candidatos cotistas possam concorrer concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso e que os candidatos cotistas aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas;
- b) Os candidatos de boa-fé não enquadrados como cotistas, desde que tenham nota suficiente, sejam incluídos na classificação da ampla concorrência;
- c) Seja assegurado o contraditório e ampla defesa, com instauração de procedimento administrativo prévio, em caso de eliminação do candidato por suposta má-fé na autodeclaração racial ou não caracterização da deficiência;
- d) a Comissão de Heteroidentificação, ao indeferir a autodeclaração, explique tecnicamente os motivos de fato sobre o indeferimento, sobretudo com indicação do fenótipo identificado, bem como disponibilize o ato administrativo de indeferimento ao candidato, seja por mecanismo presencial ou virtual, antes do início do prazo recursal, não entendendo como suficiente a entrega imediata de mero "Parecer Conclusivo de Autodeclaração" com marcação de "x" no indeferimento;
- e) a Comissão de Heteroidentificação, ao indeferir a autodeclaração que já havia sido reconhecida por bancas em outros processos seletivos realizados por pessoa jurídica de direito público, disponibilize motivação mais detalhada confrontando as razões do ato administrativo originário, a fim de demonstrar os motivos que permitam superar a presunção de veracidade e fé pública do reconhecimento da autodeclaração;
- f) Os critérios eleitos pela Comissão de Heteroidentificação para comprovação do fenótipo sejam veiculados no Edital de abertura.

Diante da negativa da medida liminar pelo juízo de primeiro grau, a DPU interpôs agravo de instrumento, no qual renovou os pedidos acima enumerados. A segunda turma do TRF 5, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso somente para impor que a UFAL “se abstenha de indeferir a matrícula dos candidatos de boa-fé na hipótese de não validação da autodeclaração como negro ou indígena ou da não

caracterização da condição de deficiente, determinando-se o remanejamento para lista de ampla concorrência, caso obtenha pontuação suficiente” (TRF 5, 2020). Os demais pedidos suscitados no agravo de instrumento foram rejeitados.

O desembargador federal relator Paulo Roberto de Oliveira Lima considerou estar presente o requisito da probabilidade do direito, porquanto

a verificação pela Administração da inoportunidade de enquadramento do candidato como cotista não tem o condão de eliminá-lo do certame como um todo, mas tão só da lista destinada aos cotistas. Desse modo, se o candidato não for considerado como cotista, seja porque não fora enquadrado como negro ou indígena, seja porque não se caracteriza como na condição de pessoa com deficiência, ainda assim poderá participar de ampla concorrência. (TRF 5, 2020)

Quanto aos pedidos “d” e “f” formulados pela DPU, foram rejeitados porque, segundo o relator, a UFAL informou que, nos processos seletivos mais recentes, as orientações veiculadas nesses pedidos passaram a ser atendidas.

Igualmente, os pedidos “c” e “e” foram desacolhidos por, conforme alegado pelo relator, irem de encontro ao interesse público (ao, por exemplo, atrasar o calendário universitário) e implicarem formalidades excessivas, vez que, para fins de observância do contraditório e da ampla defesa, já seria suficiente a adoção de um modelo no qual elementos dispostos no pedido “d” e “f” são atendidos.

Nesse segundo acórdão, também é notória uma atuação mais intensa do Judiciário. Com efeito, mesmo diante da ausência de previsão na Lei nº 12.711/2012 e nos editais elaborados pela UFAL, o TRF 5 determinou o remanejamento dos candidatos indeferidos pela comissão de verificação para a lista de ampla concorrência, intervindo, pois, na forma como a IPES instrumentaliza o procedimento de heteroidentificação.

Entretanto, essa determinação judicial, em comparação com o acórdão anteriormente analisado, revelou-se mais tímida, pois não impôs à Administração a obrigação de executar um modelo totalmente distinto daquele que vinha sendo concretizado. Em verdade, o Tribunal estabeleceu o remanejamento para a ampla concorrência com base em jurisprudência do próprio TRF 5, fixada no âmbito dos concursos públicos e fundada em dispositivos da Lei nº 12.990/2014²⁷.

²⁷ Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

Ante o exposto neste tópico, evidencia-se uma posição mais ativa do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na seara das demandas coletivas, principalmente quanto ao entendimento exarado na Ação Civil Pública de nº 0803149-12.2018.4.05.8100 (ajuizada pelo MPF) como forma de proteger os fins da ação afirmativa.

4.2.2 As decisões em demandas individuais

Para facilitar a compreensão dos dados a seguir apresentados, os aspectos internos das 56 (cinquenta e seis) decisões proferidas em processos individuais serão avaliados, a princípio, no campo das apelações e, posteriormente, no campo dos agravos de instrumento.

4.2.2.1 As apelações

De início, é essencial sublinhar que, das 26 (vinte e seis) apelações julgadas pelo TRF 5 em demandas individuais, 16 (dezesesseis) foram decididas de forma desfavorável para o candidato/aluno. Ou seja, mais de 60% das apelações interpostas no âmbito da judicialização individual prestigiaram as decisões administrativas proferidas pelas comissões de heteroidentificação e, pois, confirmaram a exclusão do estudante do processo seletivo ou da própria universidade.

Por outro lado, 10 (dez) apelações foram julgadas de modo favorável ao estudante que teve sua autodeclaração rejeitada pela Administração. Neste estudo, considerou-se favoráveis não somente os julgados que provocaram a admissão (ou readmissão) do estudante na universidade. Levou-se em conta também os casos em que o Tribunal reconheceu a existência de vícios ou inadequações no processo seletivo desenvolvido pela instituição, mas apenas determinou a edição de novo ato administrativo, sem ordenar a realização ou a restauração da matrícula universitária. Como exemplo, tem-se a já mencionada hipótese em que o Judiciário determina a formulação de um novo parecer pela banca de heteroidentificação, desta vez adequadamente fundamentado.

Elucidadas essas questões, passa-se a expor os 6 (seis) argumentos mais utilizados pelo TRF 5 para decidir desfavoravelmente ao candidato/aluno.

O primeiro argumento mais invocado pelo Tribunal – pois aparece em 13 (treze) dos 16 (dezesseis) acórdãos desfavoráveis – é o de que o parecer da comissão de heteroatribuição é válido por ter sido adequadamente motivado, isto é, por não haver vício de legalidade consistente na ausência de fundamentação do ato administrativo. Ao ser levantado esse debate, com frequência, o TRF 5 considerou ser suficiente, para fins de cumprimento do requisito da motivação/fundamentação, que a comissão alegue que o indivíduo avaliado não possui características fenotípicas de pessoa negra. Isso porque:

A decisão da comissão não descreve objetivamente os critérios que caracterizariam uma pessoa como negra porque fazê-lo seria cair justamente no "cientificismo" que se deve evitar, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois não há um gabarito para a raça negra (ou para qualquer outra raça). (BRASIL, TRF 5, 3ª Turma, Apelação Cível nº 0800600-98.2019.4.05.8001, Relator: Cid Marconi Gurgel de Souza, Data de Julgamento: 07/05/2020)

O segundo argumento mais usado pelo TRF 5, com aparecimento em 12 (doze) das 16 (dezesseis) decisões desfavoráveis, é o de que o procedimento de heteroidentificação instituído pela IPES respeitou o contraditório e a ampla defesa – parâmetros fixados pelo STF no julgamento da ADC 41 e, ainda, pela Lei nº 9.784/1999. Em suma, nesses casos, o Tribunal concluiu pela conformidade do procedimento com o preceito do devido processo legal na seara administrativa.

Em terceiro lugar, sendo citado em 10 (dez) das decisões desfavoráveis ao candidato/aluno, aparece o argumento de que o procedimento instaurado pela IPES possui amparo nas normas editalícias e, por isso, é legítimo. Dessa forma, quando analisa a validade do procedimento de heteroidentificação instaurado pela universidade pública, o TRF 5 frequentemente recorre ao edital por ela elaborado, o que se encontra em conformidade com os princípios da autonomia universitária (art. 207 da CRFB/88) e da vinculação ao instrumento convocatório.

Também em terceiro lugar, tendo sido aludido em 10 (dez) das 16 (dezesseis) decisões desfavoráveis, está o argumento de que descabe ao Poder Judiciário interferir em campo de atuação próprio da Administração Pública, interferência esta que somente se justifica como meio de assegurar a legalidade do procedimento instaurado pelo ente administrativo. Em muitos dos acórdãos que adotam essa linha de raciocínio, foram apresentados entendimentos dos tribunais superiores no sentido

de que a intervenção judicial em certames públicos deve ser mínima. Trata-se de forte tese jurisprudencial, estabelecida no contexto dos concursos públicos.

Em quarta posição está o argumento de que o procedimento de heteroidentificação instituído pela IPES respeitou o princípio da dignidade da pessoa humana, consoante determinado pelo STF no julgamento da ADC 41. A referência a esse argumento ocorreu em 8 (oito) das 16 (dezesesseis) decisões desfavoráveis. De fato, a grande frequência de seu aparecimento (assim como a numerosa citação do argumento relativo à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa) confirma a influência dos parâmetros estabelecidos na ADC 41.

Também ocupando a quarta posição – com aparecimento em 8 (oito) decisões – está o argumento de que os atos administrativos (inclusive aqueles praticados pela comissão de heteroidentificação) são protegidos por uma presunção relativa de veracidade e legitimidade. Nesses acórdãos, o TRF 5 destacou que a presunção *juris tantum* do ato administrativo não foi desconstituída pelas provas acostadas aos respectivos autos.

Sistematizando os dados expostos até o momento, obtém-se a tabela a seguir:

Tabela 2 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões desfavoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de apelação

ARGUMENTO	NÚMERO DE DECISÕES EM QUE O ARGUMENTO É CITADO
Validade do parecer da comissão por ser adequadamente motivado/fundamentado	13
Observância do contraditório e da ampla defesa pela IPES	12
Conformidade do procedimento de verificação com as normas editalícias	10
Impossibilidade de exame judicial de critérios cuja análise é reservada à Administração Pública	10
Respeito ao princípio do dignidade da pessoa humana pela IPES	8
Presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos (o que inclui os atos da comissão de heteroidentificação)	8

Tabela elaborada por Débora dos Santos Alves em 2021

Passa-se, agora, à apresentação dos argumentos mais utilizados nos 10 (dez) acórdãos que julgaram as apelações favoravelmente ao candidato/aluno. Como se

verificou uma menor variedade de argumentos invocados nas hipóteses de favorecimento judicial do estudante, será possível analisar praticamente todos os fundamentos usados pelo TRF 5 nesses casos.

Os dois argumentos mais utilizados nesses 10 (dez) julgados, ambos mencionados em 4 (quatro) das decisões judiciais favoráveis (não necessariamente nas mesmas), são: a) a ausência de motivação/fundamentação do parecer da comissão de heteroidentificação, o qual, portanto, é nulo; e b) a possibilidade de remanejamento do candidato/aluno para as vagas destinadas à ampla concorrência (se obtiver nota suficiente para tanto), com fundamento na Lei nº 12.990/2014, bem como no princípio da proporcionalidade, já que não seria razoável exclusão do certame de candidato detentor de nota suficiente para ocupar vaga não reservada.

Quanto às decisões proferidas com fundamento nesses dois argumentos (“a” e “b”), nem sempre o favorecimento do candidato/aluno implicou, como já dito, a determinação judicial de que seja matriculado na IPES. Desse modo, em 2 (dois) dos casos relativos ao argumento “a”, o Judiciário se limitou a ordenar a realização de nova avaliação ou a emissão de novo parecer pela banca de heteroidentificação, haja vista a nulidade do ato administrativo anterior, por vício de motivação. Já em 1 (um) dos casos relativos ao argumento “b”, o Tribunal foi expresso ao frisar que o provimento judicial se destinava a assegurar não a classificação do estudante, mas tão somente seu direito de participar da seleção na lista da ampla concorrência e de ser classificado pela Administração, caso esta verifique a detenção de nota suficiente pelo candidato.

O segundo argumento mais invocado pelo TRF 5, tendo sido citado em 3 (três) das 10 (dez) decisões favoráveis, é o de não ser possível o cancelamento de matrícula universitária em casos nos quais o aluno, à época de sua admissão na universidade, foi considerado apto a ocupar vagas reservadas a pretos e pardos, com fundamento somente em sua autodeclaração. As três decisões tratam da hipótese em que as normas editalícias, ao tempo da seleção do estudante, não previam a realização de procedimentos de heteroidentificação, de maneira que, somente após o discente cursar alguns semestres, a Administração Pública instituiu procedimento que resultou na recusa de sua autodeclaração.

Como bases jurídicas desse entendimento, foram suscitados princípios como o da segurança jurídica, da vinculação ao edital e da proporcionalidade – este último invocado, principalmente, nas situações em que o aluno já concluiu parcela

significativa da carga horária do curso de graduação e, assim, o cancelamento da matrícula se mostraria desproporcional, notadamente em vista da perda dos recursos já investidos na formação acadêmica do estudante.

Todavia, é essencial pontuar que nem todos os casos com essas características têm obtido provimento favorável pelo TRF 5. Na realidade, em uma das 16 (dezesesseis) decisões desfavoráveis ao candidato/aluno, o Tribunal manteve o cancelamento da matrícula universitária, com esteio no parecer de comissão de heteroidentificação. Nesse acórdão, o Tribunal fundamentou que, apesar de o edital regulador do processo seletivo não ter previsto a instituição de comissão de verificação, o cancelamento da matrícula encontra suporte no poder de autotutela da Administração, fundado na Súmula 473 do STF²⁸. Nesse viés, o ente administrativo possuiria o poder-dever de reconhecer a nulidade de autodeclaração manifestamente fraudulenta. Nesse julgado, o TRF 5 argumentou também que a universidade agiu corretamente, pois atuou em obediência à Ação Civil Pública nº 0803149-12.2018.4.05.8100, interposta pelo MPF em face da UFC e da União (julgado analisado no tópico 4.2.1).

Finalmente, com aparecimento em somente 1 (uma) decisão favorável, está o argumento de que a ocupação anterior de vagas reservadas a pretos e pardos seria fundamento para a aceitação do estudante como cotista na universidade pública. No acórdão em referência, o relator sustentou que

o próprio sistema de ensino público federal já admitiu o enquadramento da autora no sistema de cotas, tendo esta comprovado haver cursado ensino médio no IFAL, em vagas reservadas ao critério racial, **o que demonstra a subjetividade e imprecisão das avaliações realizadas pelos Tribunais Raciais constituídos no âmbito destas instituições.** (Grifo nosso) (BRASIL, TRF 5, 1ª Turma, Apelação Cível nº 0804323-31.2019.4.05.8000, Relator: Ivan Lira de Carvalho, Data de Julgamento: 18/06/2020)

No excerto acima, é perceptível que, para proferir decisão favorável ao estudante, o magistrado recorreu a críticas atribuíveis ao modelo da heteroidentificação. Porém, essa linha de raciocínio, pelo menos em relação às decisões encontradas pelo sistema Júlia, tem sido exceção nos julgados do TRF 5, vez que a maioria enfatiza os benefícios da heteroidentificação como forma de dar eficácia ao sistema de cotas raciais.

²⁸ SÚMULA 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em resumo, os dados argumentativos referentes às decisões favoráveis, em sede de apelação, podem ser sistematizados da seguinte forma:

Tabela 3 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões favoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de apelação

ARGUMENTO	NÚMERO DE DECISÕES EM QUE O ARGUMENTO É CITADO
Nulidade do parecer da comissão, por ausência de motivação/fundamentação	4
Possibilidade de remanejamento para as vagas destinadas à ampla concorrência	4
Vedação à aplicação retroativa do modelo da heteroidentificação (à época de admissão do estudante, o edital não previa um sistema de verificação da autodeclaração)	3
Ocupação anterior de vagas reservadas a pretos e pardos como fundamento para a aceitação do estudante como cotista na universidade pública	1

Tabela elaborada por Débora dos Santos Alves em 2021

Frise-se, contudo, que nem todas as situações semelhantes às que embasaram as decisões judiciais favoráveis acima analisadas foram julgadas pelo TRF 5 do mesmo modo. A título de exemplo, alguns pedidos de remanejamento para a lista da ampla concorrência foram negados pelo Tribunal; porém, tais casos de negativa não apareceram em número suficiente para figurar na análise dos argumentos mais levantados nas decisões desfavoráveis.

Por fim, as 26 (vinte e seis) decisões judiciais (isto é, tanto as dezesseis desfavoráveis, como as dez favoráveis ao candidato/aluno) foram, ainda, examinadas a partir de um outro prisma: o da ocorrência ou não de análise judicial de aspectos ligados ao mérito da decisão da banca de heteroidentificação. Isto é, investigou-se se, nesses julgados, os magistrados se restringiram a verificar a legalidade do procedimento ou se, em algum momento, adentraram o debate sobre o acerto ou o erro da comissão em rejeitar a autodeclaração de certo indivíduo.

Ao final, constatou-se que 3 (três) decisões judiciais, em menor ou maior grau, adentraram esse debate. No entanto, é importante assinalar que, em todas as três, o TRF 5 atuou dessa forma para confirmar o entendimento da comissão de heteroidentificação de rejeitar a autodeclaração do estudante.

Em duas delas, o magistrado relator considerou ser acertada a decisão da banca, tomando por base fotografias do candidato/aluno, mas não aprofundou a discussão sobre seus aspectos fenotípicos. O terceiro julgado, contudo, foi mais explícito em discutir a fenotipia do sujeito avaliado:

Consideradas as fotos do apelado, vê-se que ele não tem qualquer outro traço fenotípico que pudesse levá-la a ser albergada na cota destinadas às pessoas negras (os cabelos são lisos e os traços do rosto, como a boca e o nariz, são finos/afilados, por exemplo). (...) Inclusive da análise dos documentos acostados aos autos salta aos olhos que as características fenotípicas da apelante como cor da pele, traços como nariz, boca e cabelos, não podem classifica-la como pessoa parda, sob pena de assim ser classificada grande parte da população brasileira, desvirtuando-se assim a mens legis. (BRASIL, TRF 5, 1ª Turma, Mandado de Segurança nº 0800201-02.2020.4.05.8303, Relator: Elio Wanderley de Siqueira Filho, Data de Julgamento: 24/09/2020)

Destarte, segundo os dados apresentados neste tópico, é de se concluir que, pelo menos em relação às apelações, o TRF 5 tem se posicionado predominantemente de modo desfavorável ao candidato/aluno, já que mais de 60% dos acórdãos mantiveram a decisão administrativa de excluir o candidato do processo seletivo ou de cancelar a matrícula do discente, com fundamento no parecer da comissão de verificação. Observou-se que esse posicionamento desfavorável foi manifestado, majoritariamente, com suporte em argumentos formais (ligados à análise da legalidade do procedimento e de sua adequação com o instrumento editalício) e, minoritariamente, com base em discussões atinentes ao mérito do parecer da comissão de verificação.

Esse panorama aponta que, em se tratando de judicialização individual, na maior parte das vezes, a atuação do Tribunal tem prestigiado o princípio da separação de poderes e evitado que o Judiciário, cujos membros carecem de formação nos temas étnico-raciais, interfira nas questões de competência da banca de heteroidentificação. Ademais, mesmo quando adentrou aspectos de mérito da atividade heteroidentificatória, o TRF 5 o fez para ratificar o acerto da decisão exarada pela comissão.

Já quanto às decisões favoráveis, verificou-se que são minoria (menos de 40%) e não necessariamente propiciam ao candidato/aluno a matrícula na IPES. Embora os acórdãos favoráveis nem sempre se utilizem de argumentos relativos a aspectos formais do procedimento, o fato é que, de forma geral, vinculam-se a argumentos

propriamente jurídicos, e não a discussões atinentes ao mérito do parecer da banca de heteroidentificação.

4.2.2.2 Os agravos de instrumento

Os acórdãos julgadores dos agravos de instrumento (em âmbito individual) são, ao todo, 30 (trinta), dos quais 21 (70%) são desfavoráveis ao candidato/aluno e 9 (30%) são favoráveis. Portanto, o percentual de decisões judiciais desfavoráveis, em sede de agravo, é ainda maior do que aquele verificado na apreciação das apelações.

Os 6 (seis) argumentos mais utilizados pelo TRF 5, no julgamento dos agravos, para proferir entendimento judicial desfavorável guardam semelhanças com aqueles usados no julgamento das apelações. Vejamos:

Tabela 4 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões desfavoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de agravo de instrumento

ARGUMENTO	NÚMERO DE DECISÕES EM QUE O ARGUMENTO É CITADO
Impossibilidade de exame judicial de critérios cuja análise é reservada à Administração Pública	18
Presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos (o que inclui os atos da comissão de heteroidentificação)	10
Conformidade do procedimento de verificação com as normas editalícias	7
Observância do contraditório e da ampla defesa pela IPES	6
Respeito ao princípio do dignidade da pessoa humana contraditório pela IPES	4
O fato bancas examinadoras de outros certames terem confirmado a autodeclaração do candidato não desnatura a negativa em processo seletivo futuro	3

Tabela elaborada por Débora dos Santos Alves em 2021

A tabela acima revela uma importante distinção em relação ao levantamento argumentativo realizado no tópico anterior. É que o argumento da não intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo é citado com maior frequência, pois aparece

em mais de 85% dos acórdãos que julgam os agravos de instrumento de forma desfavorável ao candidato/aluno.

Realmente, quando essa espécie de recurso busca reverter decisão que examinou o pedido de tutela provisória, a análise do magistrado acerca do mérito da ação judicial é mais superficial, porque, nesses casos, o exame se restringe aos requisitos da tutela. Assim, é compreensível que, especialmente nessa situação, o Tribunal se abstenha de interferir em certame instituído pela Administração, o que também explica o maior índice de provimentos jurisdicionais desfavoráveis no julgamento de agravos de instrumento, em comparação com os índices observáveis no âmbito das apelações.

Em relação às 9 (nove) decisões judiciais favoráveis, os argumentos invocados também se assemelham aos apresentados no tópico anterior:

Tabela 5 – Argumentos mais utilizados pelo TRF 5 em decisões favoráveis ao candidato/aluno proferidas em sede de agravo de instrumento

ARGUMENTO	NÚMERO DE DECISÕES EM QUE O ARGUMENTO É CITADO
Impossibilidade de exclusão de candidato do processo seletivo universitário, se o sujeito em questão, recentemente, teve sua autodeclaração confirmada por comissão instaurada pela mesma instituição de ensino.	4
Possibilidade de remanejamento para as vagas destinadas à ampla concorrência ou às vagas reservadas a outra modalidade de cota.	4
Vedação à aplicação retroativa do modelo da heteroidentificação (à época de admissão do estudante, o edital não previa um sistema de verificação da autodeclaração)	2
Desatendimento, pela IPES, dos ditames do contraditório e da ampla defesa.	1

Tabela elaborada por Débora dos Santos Alves em 2021

O primeiro argumento a aparecer na tabela acima trata especificamente situação na qual um estudante, em determinado ano, inscreve-se nas vagas reservadas para pretos e pardos oferecidas por certa instituição e tem sua autodeclaração confirmada pela comissão. Porém, no ano seguinte, inscreve-se novamente no sistema de cotas

raciais da mesma instituição, desta vez para outro curso de graduação, e é surpreendido com o indeferimento de sua autodeclaração. Tal situação, segundo alguns julgados do TRF 5, violaria preceitos como o da segurança jurídica e da confiança legítima.

Quanto ao adentramento de questões ligadas ao mérito da decisão da comissão, não se encontrou decisões prolatadas em sede de agravo de instrumento (favoráveis ou desfavoráveis) que discutam o acerto ou erro da banca em não confirmar a autodeclaração do estudante.

Tendo em conta esses dados, são notórias as semelhanças com o levantamento realizado no contexto das apelações. Todavia, uma diferença importante é a de que, quando se trata do julgamento de agravos de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem sido ainda mais cauteloso em intervir nos procedimentos administrativos de verificação da autodeclaração. Faz-se essa afirmação a partir do percentual ainda mais alto de acórdãos desfavoráveis ao candidato/aluno, os quais são frequentemente fundamentados no preceito de não interferência judicial no mérito administrativo e nunca baseados em debates pertinentes ao mérito em si da decisão da comissão de heteroidentificação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a contradição existente entre o alto percentual de pessoas negras (pretas e pardas) no Brasil e a persistente desigualdade de oportunidades encarada por essa parcela da população, situação diretamente associada, dentre outros fatores, ao tratamento deferido aos recém-libertos na passagem da ordem escravocrata para a ordem competitiva (FERNANDES, 2008). A análise desse panorama conduz, indubitavelmente, à conclusão de que, no Brasil, a “democracia racial” se trata de um mito, construído e disseminado de forma estratégica com o propósito de forjar um falso ideário de união nacional e de mascarar a verdadeira discriminação sofrida pelos integrantes de determinados grupos raciais.

Nessa lógica, por mais que se tenha observado significativos avanços na inclusão de pessoas pretas e pardas no círculo universitário, o ensino superior público ainda é profundamente marcado pela assimetria em seu arranjo, especialmente no que se refere à composição de cursos de graduação específicos, que possuem elevado *status* perante a sociedade, a exemplo da conhecida tríade formada por Medicina, Direito e Engenharias.

Diante dessa conjuntura, é indiscutivelmente legítima a implantação da política de reserva de vagas para negros nas universidades públicas do país, ainda mais considerando a sintonia dessa medida com os ditames constitucionais, legais e jurisprudenciais.

Evidentemente, a execução do método de heteroidentificação, embora já pacificada sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro (notadamente por impedir que indivíduos não atingidos pela discriminação racial sejam eleitos beneficiários da ação afirmativa), enfrenta consideráveis desafios frente à complexa composição étnico-racial de um país miscigenado, fazendo surgir controvérsias principalmente na avaliação de estudantes autodeclarados pardos que detêm características fenotípicas localizadas em uma espécie de “zona cinzenta racial”.

O fato de tais controvérsias desaguarem na via judicial é, em nosso entendimento, um cenário natural e inevitável, tanto em vista da atual tendência de judicialização das políticas públicas, que tem origem no fortalecimento do Poder Judiciário no contexto pós-88, quanto em vista do próprio Estado de Direito, cuja estrutura compreende o controle judicial dos atos administrativos como mecanismo essencial no processo de frustração de discricionariedades perpetradas por outros

poderes constituídos. Esse controle judicial, no entanto, é limitado pelos próprios preceitos do Estado de Direito, já que a intervenção judicial não se justifica perante a ausência de irregularidade (ilegalidade ou inconstitucionalidade) na atuação da Administração Pública.

Quanto às decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, observou-se que as demandas de natureza coletiva estão vinculadas a um posicionamento judicial mais ativo e interventivo – quadro previsível, dado que as ações coletivas, por tratarem de pontos mais abrangentes e relevantes para a sociedade como um todo, abrem portas para uma atuação mais intensa do Poder Judiciário em questões sociopolíticas. O caso da ação civil pública interposta pelo MPF em face da UFC (primeira decisão comentada no tópico 4.2.1) é especialmente emblemático porque, nele, o Tribunal ultrapassou o mero reconhecimento da *possibilidade* de implementação de procedimentos de heteroidentificação e impôs o *dever* de a UFC instituir um modelo de verificação da autodeclaração dos estudantes.

Decerto, a presença do Poder Judiciário no deslinde de conflitos sociais de grande monta é deveras importante, porquanto possui a aptidão de propiciar o atendimento de exigências sociais que, por quaisquer motivos, não foram efetivamente acudidas pelo Executivo ou pelo Legislativo. Ao nosso ver, a atuação do TRF 5 na supramencionada ação civil pública representa bem a relevância da intervenção judicial em ocasiões nas quais uma demanda da sociedade – a demanda por medidas inibidoras da prestação de declarações raciais fraudulentas – não foi adequadamente cumprida pela Administração.

Contudo, é preciso considerar que, conforme apontam os dados coletados, a imensa maioria dos pleitos levados ao TRF 5 tem natureza individual: são lides quase sempre interpostas por estudantes autodeclarados pardos e, muito frequentemente (mais da metade dos casos), relacionadas a cursos das áreas médica e jurídica e das engenharias. Assim sendo, um dos principais pontos que norteiam a conclusão deste trabalho é o de que, considerando a predominância da judicialização individual e os inconvenientes a ela associados, os juízes e tribunais brasileiros devem interferir no sistema de cotas raciais com cautela e responsabilidade, para evitar o beneficiamento judicial de indivíduos não detentores do perfil visado pela ação afirmativa.

Relativamente às decisões do TRF 5 na esfera da judicialização individual, notou-se um posicionamento mais tímido (menos interventivo) e predominantemente desfavorável ao candidato/aluno, pois tendente a privilegiar as decisões

administrativas das comissões de verificação da autodeclaração. Em relação aos acórdãos desfavoráveis, os argumentos utilizados pelo Tribunal foram majoritariamente formais (ligados à análise da legalidade do procedimento). Quanto às decisões favoráveis ao candidato/aluno, os argumentos invocados, embora nem sempre ligados a aspectos formais do procedimento, embasaram-se em fundamentos apenas jurídicos, e não em discussões atinentes ao mérito em si do parecer da banca de heteroidentificação – discussões estas situadas no campo de outras ciências humanas. Por fim, no âmbito dos julgados proferidos em sede de agravo de instrumento, foi perceptível uma cautela ainda maior em intervir nos procedimentos de heteroidentificação.

Nesse sentido, em nossa compreensão, a atuação do TRF 5 na seara individual tem se mostrado, de modo geral, apropriada por ser menos interventiva. Diz-se isso porque, especificamente no contexto da judicialização individual, não consideramos desejável o exercício de um papel judicial por demais intenso – a ponto de adentrar critérios reservados à comissão de heteroidentificação. É que, nessas circunstâncias, os magistrados (normalmente não versados em questões étnico-raciais) estarão interferindo intensamente na ação afirmativa a partir de um contexto atravessado por embaraços, tais como a perspectiva judicial fragmentada da política pública e as assimetrias que acompanham o processo de judicialização individual.

Diante do exposto, pelo menos a partir da perspectiva adotada neste trabalho – a qual, importa repetir, baseia-se em uma abordagem mais quantitativa do que qualitativa de decisões judiciais –, é possível concluir que a postura do Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem sido oportuna à luz do alcance dos objetivos da política de reserva de vagas para pretos e pardos nas universidades, à medida que o posicionamento mais ativo é destinado ao campo da judicialização coletiva, enquanto à judicialização individual é deferido um tratamento menos interventivo, mantenedor das decisões administrativas tomadas por comissões especificamente constituídas para a evitar a ocupação indevida das vagas reservadas.

É certo que os entraves envolvendo o método da heteroidentificação continuarão a ser levados ao Poder Judiciário, o qual persistirá a exercer importante papel na resolução de conflitos referentes a esta e a outras políticas públicas. Por isso mesmo, faz-se ainda mais necessário aprimorar o exercício jurisdicional mediante uma atuação permeada pela responsabilidade e pela preocupação com o atendimento dos fins da ação afirmativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário ibero-americano de justiça constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 204-232, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Decreto nº 145, de 11 de julho de 1893**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012**. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Casa Civil, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Casa Civil, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.** Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Casa Civil, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Ministério da Educação. **Portaria normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012.** Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas. **Portaria normativa nº 4, de 6 de abril de 2018.** Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: <encurtador.com.br/NPZ01>. Acesso em: 23 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41.** Rel. Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 8 jun. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.** Rel. Ricardo Lewandowski, Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473.** Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 47.960/RS.** Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 18 abr. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500736362&dt_publicacao=31/05/2017>. Acesso em: 26 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 429.570.** Rel. Eliana Calmon, Brasília, DF, 11 nov. 2003. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200461108&dt_publicacao=22/03/2004>. Acesso em: 25 fev. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5036456-45.2019.4.04.0000**. Rel. Rogério Favreto. Porto Alegre, 28 jan. 2020. <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001591699&versao_gproc=3&crc_gproc=56070b95>. Acesso em: 11 fev. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5006241-38.2015.404.7110**. Rel. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 17 mai. 2016. <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8286264>. Acesso em: 12 fev. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0803149-12.2018.4.05.8100**. Rel. Luiz Bispo da Silva Neto. Recife, 23 jul. 2020. Disponível em: <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=86a1cecb41f87152fcdccf1e33560dde>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Agravo de instrumento nº 0800234-69.2020.4.05.0000**. Rel. Paulo Roberto O. Lima. Recife, 01 set. 2020. <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=d4bb671293229647a71f174a3c9f650e>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 0804990-20.2015.4.05.8400**. Relator: Emiliano Zapata de Miranda Leitão. Recife, 18 jun. 2019. <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=ca272cba45a4a657e6f29e4d4bcd3bc9>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 0800600-98.2019.4.05.8001**. Relator: Cid Marconi Gurgel de Souza. Recife, 07 mai. 2020. <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=72d1f7ee0dc20e43052fe2100ff14230>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 0804323-31.2019.4.05.8000**. Relator: Ivan Lira de Carvalho. Recife, 18 jun. 2020. <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=2d95182a2eea993cfa4fba8c27c5b935>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Mandado de Segurança nº 0800201-02.2020.4.05.8303**. Rel. Elio Wanderley S. Filho. Recife 24 set. 2020. <<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=144ef07156265080c00cef30abb00fbc>>. Acesso em: Acesso em: 11 mar. 2021.

BRESSANIN, J. A.; SOUZA, M. R. Quem é pardo no Brasil? Uma análise dos sentidos de pardo nos modos de definir cor ou raça. **Revista de Estudos Acadêmicos de Letras**, vol. 12, n. 2, 2019. Disponível em:

<<https://periodicos.unemat.br/index.php/reactl/article/view/4112>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. In: _____. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Imprensa: Coimbra, Almedina, 1999.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CARVALHO, Josélda Frada Costa. **A oportunidade da cor: Judicialização das cotas sociorraciais da UFMA**. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Ciências Humanas, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/1846>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6.ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COUTINHO, Carlos Alberto José Barbosa. **Levantamento geral das decisões judiciais sobre política de cotas nas universidades públicas da Bahia (2003-2012)**. 2014. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Prof. Milton Santos, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16979>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Paulo Martins. A ideologia do branqueamento na educação e implicações para a população negra na sociedade brasileira. **RevistAleph**, ano XI, número 22, p. 304-316, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistaleph/article/view/39094>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARJADO, Maíra Costa Val. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários**. Âmbito jurídico, 01 abr. 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-dos-atos-administrativos-discricionarios/>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro da sociedade de classes**: o legado da “raça branca”. 5 ed. São Paulo: Editora Globo, 2008, v. 1.

FRIAS, Lincoln. As cotas raciais e sociais em universidades públicas são injustas? **Direito, Estado e Sociedade**. n. 41. p.130-156. jul-dez 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/7artigo41.pdf>> Acesso em 24 jan. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LARIÚ, Cecília Ishikawa. A política social que queremos: um embate entre universalismo e focalização. **Revista do Serviço Público**, v. 55, n. 4, p. 71-75, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1344>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

LISBOA, Vinícius. **Número de estudantes no ensino superior aumenta; maioria ainda é branca e rica**. Agência Brasil, 04 dez. 2015. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/ensino-superior-avanca-25-pontos-percentuais-entre-jovens-estudantes-em-10>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

LULIA, Luciana de Toledo Temer; PELLICCIARI, Natalia Rosa. Uma reflexão sobre a judicialização das políticas públicas com base na questão das cotas sociais e raciais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97, 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/22778>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

MAIA, Gretha Leite; MELO, César. Lei de Cotas no Ensino Público: fundamentos, dispositivos normativos e desafios de implementação. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. V. 2, jul-set./2017, p. 165-184. Disponível em: <<https://rdai.com.br/ojs/index.php/rdai/article/view/35>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Controle judicial de ações afirmativas pela ação civil pública**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tiago%20do%20Carmo%20Martins.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo Gustavo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Rio de Janeiro: Paz & terra, 1978.

NITAHARA, Akemi. **Pela primeira vez, negros são maioria no ensino superior público**. Agência Brasil, 13 nov. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pela-primeira-vez-negros-sao-maioria-no-ensino-superior-publico>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Sandiele Cunha de. **A constitucionalidade das comissões de verificação da autenticidade da autodeclaração racial para ingresso no serviço público federal**. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/24903>. Acesso em: 14 jan. 2021.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor e raça” do IBGE**. Brasília: nov. 2003. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

PANIZZI, Carolina Santos. **Identidade racial e teoria jurídica da raça eletiva no contexto brasileiro**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PORCIDONIO, Gilberto. **UFRJ expulsa 27 alunos por fraude em cotas; maioria fazia curso de medicina**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/ufrj-expulsa-27-alunos-por-fraude-em-cotas-maioria-fazia-curso-de-medicina-24872116>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

RACIONAIS MC'S. **A vida é um desafio**. Disponível em: <<https://www.letras.com.br/racionais-mcs/a-vida-e-um-desafio>>. Acesso em? 23 jan. 2021.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In: DIAS, Gleidson Renato Martins; TAVARES JUNIOR, Paulo Roberto Faber (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. 1. ed. Canoas, RS: IFRS campus Canoas, 2018, p. 215-249.

RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da Educação no Brasil**. 8 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177-191.

SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 0495374-32.2010.8.26.0000**. Relator: Regina Capistrano, São Paulo, 31 ago. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5363086&cdForo=0>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. O negro e a igualdade no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João (Orgs.). **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2008, p. 243-278.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25-68.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVEIRA, Daniel. **Com alta crescente de autodeclarados pretos e pardos, população branca tem queda de 3% em 8 anos, diz IBGE**. O GLOBO, 06 mai. 2020.

Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/06/com-alta-crescente-de-autodeclarados-pretos-e-pardos-populacao-branca-tem-queda-de-3percent-em-8-anos-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

SOUZA, Pedro Gomes Almeida de *et al.* Perfil Socioeconômico e Racial de Estudantes de Medicina em uma Universidade Pública do Rio de Janeiro. **Rev. bras. educ. med.**, Brasília, v. 44, n. 3, e090, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022020000300211&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 jan. 2021.

UNILA. **Pesquisa aponta que 70,2% dos universitários têm renda familiar de até um salário mínimo per capita**. Disponível em: <<https://portal.unila.edu.br/noticias/pesquisa-da-andifes-mostra-que-70-2-dos-estudantes-universitarios-vem-de-familias-com-renda-de-ate-um-salario-minimo-per-capita>>. Acesso em: 14 jan. 2021.

**APÊNDICE – PROCESSOS JUDICIAIS REFERENTES ÀS 58 DECISÕES
ANALISADAS NO CAPÍTULO 4**

Nº DO PROCESSO JUDICIAL	Nº DO PROCESSO JUDICIAL
0808072-63.2020.4.05.0000	0803675-51.2019.4.05.8000
0806177-67.2020.4.05.0000	0800925-73.2019.4.05.8001
0809561-38.2020.4.05.0000	0802020-51.2020.4.05.0000
0800588-84.2019.4.05.8001	0804323-31.2019.4.05.8000
0808370-55.2020.4.05.0000	0803733-54.2019.4.05.8000
0806831-54.2020.4.05.0000	0805733-27.2019.4.05.8000
0800301-75.2020.4.05.8102	0800600-98.2019.4.05.8001
0808655-48.2020.4.05.0000	0816331-81.2019.4.05.0000
0800201-02.2020.4.05.8303	0806227-86.2019.4.05.8000
0801136-12.2019.4.05.8001	0800456-37.2020.4.05.0000
0815654-98.2019.4.05.8100	0815182-50.2019.4.05.0000
0804552-95.2020.4.05.0000	0800963-73.2019.4.05.8102
0801297-22.2019.4.05.8001	0813508-37.2019.4.05.0000
0805321-06.2020.4.05.0000	0810498-82.2019.4.05.0000
0805857-17.2020.4.05.0000	0814516-49.2019.4.05.0000
0816123-47.2019.4.05.8100	0812856-20.2019.4.05.0000
0801221-95.2019.4.05.8001	0812284-64.2019.4.05.0000
0800234-69.2020.4.05.0000	0810390-53.2019.4.05.0000
0806550-98.2020.4.05.0000	0812660-50.2019.4.05.0000
0804680-47.2020.4.05.8300	0806182-82.2019.4.05.8000
0807244-33.2019.4.05.8300	0804616-98.2019.4.05.8000
0806861-82.2019.4.05.8000	0808809-32.2019.4.05.8300
0805345-27.2019.4.05.8000	0810899-81.2019.4.05.0000
0804044-45.2019.4.05.8000	0809027-31.2019.4.05.0000
0804037-53.2019.4.05.8000	0806944-42.2019.4.05.0000
0805204-15.2020.4.05.0000	0810368-92.2019.4.05.0000
0803149-12.2018.4.05.8100	0807971-60.2019.4.05.0000
0805205-97.2020.4.05.0000	0807497-89.2019.4.05.0000
0801543-67.2019.4.05.8308	0805704-18.2019.4.05.0000