



[Artigos inéditos]

Entre a “igualdade” e os pactos da branquitude: uma análise de decisões dos Tribunais Regionais Federais brasileiros envolvendo cotas raciais, no período de 2022-2023

Between "equality" and the pacts of whiteness: an analysis of the Brazilian Federal Regional Courts' decisions regarding racial quotas in the period 2022-2023

Mariana Paganote Dornellas¹

¹ Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. E-mail: marianapaganote@yahoo.com.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2937-1916>.

Luciana Costa Fernandes²

² Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: lucianafernandesppa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1364-7420>.

Artigo recebido em 27/06/2024 e aceito em 16/11/2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



Resumo

Neste artigo, estudamos como decisões que foram tomadas pelos Tribunais Regionais Federais brasileiros, entre 2022 e 2023, em ações que debatem possíveis fraudes nas cotas raciais em universidades e cargos públicos federais, constroem discursos e práticas sobre ações afirmativas no Brasil. Nosso objetivo é analisar os julgados, qualitativa e quantitativamente, e abrir caminhos para a problematização de como órgãos colegiados da magistratura têm atuado no contexto da implementação do sistema de reserva de vagas, considerando a sua inscrição sistêmico-estrutural com os pactos da branquitude.

Palavras-chave: Cotas Raciais; Judiciário; TRF; Branquitude.

Abstract

In this article, we study how decisions made by the Brazilian Federal Regional Courts between 2022 and 2023, in lawsuits debating possible fraud in racial quotas in universities and federal public positions, construct discourses and practices on affirmative action in Brazil. Our aim is to qualitatively and quantitatively analyze the judgments and open paths to problematize how the courts have acted in the context of implementing the quota system, considering its systemic-structural inscription with the pacts of whiteness.

Keywords: Racial Quotas; Judiciary; Whiteness.



1. Introdução

Em 28 de abril de 1987, Lélia Gonzalez, durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, dizia que o comprometimento com um conceito de isonomia que passasse pela fragmentação do mito da democracia racial implicava na discussão sobre o acesso de pessoas negras ao mercado de trabalho e à educação:

Nesse momento em que aqui estamos para discutir a questão da Constituinte, não podemos, se pretendemos efetivamente construir uma sociedade onde o princípio de isonomia efetivamente se concretize, não podemos mais construir mentiras que abalem a possibilidade, que são uma grande ameaça à possibilidade da construção da nação brasileira, porque sem o crioulu, sem os negros, não se construirá uma nação neste país! Não adianta continuarmos com essa postura paternalista de debater nos ombros, mas que na hora H fecha todas as portas para que o negro, com toda a sua competência histórica, não tenha acesso ao mercado de trabalho, à organização dos partidos políticos. Sempre somos as bases, já perceberam isso? Ou então somos cooptados para representarmos o teatro da democracia racial. Não queremos mais isso. (GONZALEZ, 2020, p. 251)

A disputa pelo acesso universal ao ensino, sobretudo superior, no Brasil, tomou as arenas políticas institucionalizadas na década de 1980 (ALBERTI; PEREIRA, 2007). Seguindo o legado da trilha histórica das rebeliões pelo reconhecimento da igualdade, em um país constituído pelo racismo, uma série de articulações foram feitas para dar visibilidade à agenda que remonta a séculos antes (RUFINO, 1985), honrando as lutas contra os pactos que consolidaram, no seio do colonialismo escravista genocida, raça como principal marcador da estratificação social no Brasil.

As discussões que atravessaram os preparativos e, depois, que tomaram as reuniões da Assembleia Nacional Constituinte (GONZALEZ, 1982; NERIS, 2018) preenchem o conteúdo não escrito de uma série de dispositivos constitucionais que mencionam a igualdade e cuja abrangência não deve apagar o fundo político e histórico de sua construção. Desde 1824, as Constituições brasileiras têm em seu texto alguma menção à “isonomia”, mas é só desde 1988 que a escrita consolidou as disputas que os coletivos negros agenciaram, sendo ainda mais recentes as legislações e os atos administrativos que passaram a dispor e realizar o sistema de cotas raciais no Brasil.

As fileiras da luta convivem, porém, com os pactos da branquitude (BENTO, 2022) que inscrevem as principais burocracias estatais em nosso território e que vêm, através de mecanismos em grande parte não enunciados, alterando os rumos dessa e de outras políticas que foram construídas para romper com a composição majoritariamente branca e burguesa



das universidades públicas e dos cargos públicos do país. Parte deste organograma, o judiciário vem posicionando-se na trama sobretudo em ações judiciais que discutem o direito ao ingresso pelo sistema das ações afirmativas nos espaços do ensino superior e das burocracias estatais.

Neste artigo, estudamos como decisões que foram tomadas por Tribunais Regionais Federais brasileiros selecionados, entre 2022 e 2023, discursaram sobre o direito de ingresso pelas cotas raciais em universidades e cargos públicos federais, em ações que debatem possíveis fraudes ao sistema. Nosso objetivo é analisar, qualitativa e quantitativamente, os julgados e abrir caminhos para a problematização de como a magistratura tem atuado no contexto das ações afirmativas, considerando a sua inscrição sistêmico-estrutural com os pactos da branquitude (FERNANDES, 2024).

Dividimos este texto em dois principais blocos. O primeiro promove uma contextualização normativa e jurisprudencial das ações afirmativas, considerando a historicidade das agendas das políticas de ações afirmativas no contexto internacional e interno de pautas sobre igualdade racial e apresentando indicadores, da última década, sobre os seus impactos no Brasil. O segundo bloco apresenta os dados da pesquisa empírica conforme os Tribunais Regionais responsáveis pelos julgados, e as categorias que criamos para compreender os discursos de desembargadores/as a respeito das ações afirmativas para ingresso em universidades e cargos públicos considerando o critério étnico-racial. Concluímos o artigo analisando os modos como decisões podem manifestar o alinhamento de magistrados/as com as burocracias que são responsáveis pela manutenção de uma série de vantagens atribuídas à branquitude (FLAUZINA, PIRES, 2020) no que concerne ao acesso à educação e ao emprego, o que lhes confere posição bastante particular nos conflitos que têm como fundo propostas de ruptura com a supremacia branca.

2. Trajetória da implementação das cotas raciais em território brasileiro

Os movimentos que compuseram a Assembleia Constituinte progrediram rumo à criação de uma agenda em torno das ações afirmativas no Brasil, quebrando a tradição desses documentos serem “não mais que conversa entre brancos”. Junto às mobilizações do movimento negro organizadas na disputa dos espaços de institucionalidade estatal, entre a



década de 70-80, bem como toda as frentes que conduziram à redemocratização, a Constituição abriu espaço para a normatização de políticas que buscavam a justiça racial no país.

No plano internacional, a Convenção 111 da OIT foi um dos primeiros espaços de consolidação da igualdade racial na oportunidade de emprego, acompanhada, também na década de 1960, pela Convenção contra Discriminação no Ensino, da UNESCO e, entre 1964-65, pela I Convenção internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial. Mas foi na celebração das três décadas de combate ao racismo, em 2001, ano que ficou conhecido como de “mobilização contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância”, que aconteceu um dos maiores eventos, no campo do direito internacional dos direitos humanos, sobre igualdade racial: a Conferência de Durban.

No Brasil, tanto os preparativos para Durban quanto os seus resultados concretos, sobretudo com a inclusão da Declaração e de seu programa de ação, contribuíram para a implementação dos primeiros programas de ações afirmativas em órgãos públicos, as primeiras políticas de cotas raciais em universidades estaduais e, em 2003, com a criação da Secretaria Especial de Política de Promoção da Igualdade Racial, com status de Ministério. O texto da Declaração, incorporado em 2010, passou a ser mobilizado por uma série de movimentos que, já há décadas, reivindicavam o reconhecimento de que as desigualdades raciais são estruturais e estruturantes de nossa sociedade e que uma agenda de políticas voltadas à quebra do monopólio de acesso à educação e ao emprego é urgente¹.

Com a incorporação do Estatuto, as demandas por uma legislação que regulamentasse as cotas em ensino público arrefeceram e, uma década depois de Durban, em 2012, surge então a primeira Lei que dispõe sobre as cotas para ingresso no ensino superior, que ainda é aplicável quanto à matéria. A Lei nº 12.711, de 2012, emerge em um momento em que, segundo a Secretaria de Educação Superior (BRASIL, 2022, p. 4), das 59 universidades federais existentes, 32 já reservavam vagas para candidatos/as egressos/as da rede pública. O texto demorou tanto para ser aprovado que, quando da sua sanção, o STF já havia inclusive consolidado o entendimento da constitucionalidade das cotas raciais no

¹ Art. 1º, VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades. Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.



juízo da ADPF 186, em decisão que importa ser analisada nesse artigo já que reverbera sensivelmente nas arenas do judiciário.

A ação foi ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra o sistema de reserva de 20% das vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de estudantes da Universidade de Brasília, decisão que acabou transbordando à futura legislação federal sobre o tema. No voto, o relator², ministro Ricardo Lewandowski, comentou o aspecto histórico das políticas, destacando que a “experiência da escravidão, repressão e preconceito” promoveram uma “percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados”, e que uma interpretação meramente formal da igualdade contribuiu para “perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas”, o que é perceptível no “reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade”, resultado da “discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que (...) de forma camuflada ou implícita” (BRASIL, 2012, p. 66/67). O voto considera as cotas um sistema de reparação e compensação histórica de processos de discriminação e que romperia com a tradição das instituições de ensino superior serem espaços reservados à “formação das elites brasileiras”, representando um “celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País” (BRASIL, 2012, p. 75).

Quanto aos papéis que desempenham, o ministro, na posição de fala da Cúpula do Judiciário, debateu a função simbólica e democrática dessas políticas, ao criar lideranças capazes de lutar pelos direitos de grupos discriminados e ampliar os horizontes de espelhamento de jovens (BRASIL, 2012, p. 71). Também, discorreu sobre o papel integrador das universidades que, no Brasil, não se limitam a ser um espaço de formação profissional, mas constituem também “locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais”, sendo essa mais uma indicação de sua vinculação à agenda democrática (BRASIL, 2012, p. 75). Ele destacou os efeitos da política, discursando sobre seus impactos na pluralidade e representatividade, apontando como a diversidade é componente essencial da formação universitária, e afirmando ainda a natureza necessariamente transitória das políticas de ação afirmativa, pois quando as distorções históricas forem corrigidas “não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado” (BRASIL, 2012, p. 89).

² que foi seguido pelos demais, por unanimidade



Por fim, dentre os trechos que destacamos para o contexto deste artigo, foi examinada a conformidade com a ordem constitucional dos instrumentos utilizados para a efetivação das políticas de ação afirmativa, particularmente os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial. Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou uma combinação de ambos os sistemas, para o STF seriam plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional, desde que respeitassem a “dignidade pessoal dos candidatos” (BRASIL, 2012, p. 84), tema que foi resgatado em diversas decisões dos TRFs, como debateremos no próximo tópico.

2.1. Lei 12.711/2012 e as cotas para ingresso no ensino superior

A Lei 12.711/2012, que já nasceu com a constitucionalidade assegurada pela ADPF 186, anteriormente tratada, hoje beneficia diferentes grupos. Ela determina a reserva de no mínimo 50% das vagas das instituições federais de educação superior para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno. Dentro das vagas reservadas a alunos/as de escolas públicas, 50% deverão ser reservados a estudantes por critérios socioeconômicos.

Somente depois desses dois critérios é que o critério racial aparece, considerando que o total das vagas reservadas deverá ser preenchido por pessoas autodeclaradas pretas, pardas indígenas e, desde 2024, quilombolas, sendo também contempladas pessoas com deficiência³. Caso as vagas reservadas por critério racial ou de deficiência não sejam preenchidas, elas serão destinadas a estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. A Lei dispõe de forma semelhante em relação a instituições federais de ensino técnico de nível médio, e prevê a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior no prazo de dez anos, o que aconteceu recentemente em 2022, resultando na ampliação do sistema.

A partir de 2024, o sistema passa a prever que as pessoas inscritas na política, primeiramente, concorrem considerando as notas pela ampla concorrência e, posteriormente, pela reserva de vagas para cotas. Também foi reduzido o valor definido para

³ Algumas instituições estão incluindo também outros grupos, como de pessoas transexuais, nos seus editais internos, situação que não é proibida pela lei, visto que ela dispõe sobre os grupos necessariamente contemplados, não impedindo o reconhecimento de outros.



o teto da renda familiar de estudantes que buscam cota para ingresso no ensino superior por meio do perfil socioeconômico, além da inclusão de estudantes quilombolas como grupo contemplado. E ainda, houve o estabelecimento de prioridade para cotistas no recebimento do auxílio estudantil, e a extensão das políticas afirmativas para a pós-graduação.

Segundo os últimos dados publicados pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), a Lei de Cotas ampliou o número de ingressos na educação superior federal por meio de ações afirmativas que, em dez anos, aumentou 167%. No ano da promulgação da Lei, 2012, 40.661 estudantes teriam ingressado em cursos de graduação em virtude de políticas dessa natureza. Já o Censo da Educação Superior 2022, o último realizado até 2024, revela que o número aumentou em mais de 2,5 vezes: foram 108.616 pessoas contempladas.

2.2. Lei 12.990/2014 e as cotas para ingresso em cargos públicos

Dois anos depois da Lei de Cotas no ensino superior, foi publicada a Lei 12.990/2014, que determinou a reserva a pessoas negras de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, incluindo autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Inicialmente, estipula que a reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3, e que a reserva de vagas a candidatos/as negros/as constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido. O sistema de atribuição das vagas é parecido com o das instituições de ensino, já que as pessoas concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

Devido a interpretações judiciais conflitantes em relação à Lei 12.990/2014, que inclusive afastavam a sua aplicação em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41, para que o STF se manifestasse sobre a constitucionalidade da referida lei. O relator, dessa vez, foi o ministro Roberto Barroso, que corroborou as teses



fixadas na decisão da ADPF 186, já analisada, acrescentando alguns parâmetros importantes em seu voto.

Barroso apontou que, no caso dos concursos públicos, além do mérito do/a candidato/a está em discussão o “princípio da eficiência” na prestação do serviço público, apontando que a Lei nº 12.990/2014 ostentaria uma “presunção reforçada de constitucionalidade” e se destinaria à “proteção de direitos fundamentais de grande relevância material – como o direito à igualdade – titularizados por minorias estigmatizadas” (BRASIL, 2017, p. 38). O voto indica que a reserva de vagas para negros na administração federal seria capaz de “potencializar o princípio da eficiência”, a partir do “conceito da representatividade”, pois a participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos, refletindo a composição da população que atende, “produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas” em matéria de serviço público (BRASIL, 2017, p. 56/57). E que, além da isonomia, estariam protegidos os “princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade”, uma tríade que muitos desembargadores/as retomam, nas decisões que pesquisamos.

Quanto ao critério racial, ele indicou se tratar de políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade, que “veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença” (BRASIL, 2017, p. 39). Parte-se da constatação da existência do “racismo estrutural (ou institucional) e das consequências que ele produz em nossa sociedade” (BRASIL, 2017, p. 41), trazendo o voto uma série de considerações sobre a relação entre racismo e escravismo e sobre o mito da democracia racial no Brasil (BRASIL, 2017, p. 42). Debatendo o caráter institucional das hierarquias raciais ele pontua que embora não seja “explicitamente desenhado para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas” (BRASIL, 2017, p. 41).

Por fim, o ministro afirmou que é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes, a fim de garantir a efetividade da política de ação afirmativa, indicando que podem acontecer tanto por candidatos que “venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame”, embora não sejam beneficiários da medida;



quanto pela própria Administração Pública, “caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos” (BRASIL, 2017, p. 61).

Quanto ao primeiro caso, ele apontou que o sistema de autodeclaração definido como critério principal para a definição dos beneficiários da política apresenta vantagens, pois simplifica os procedimentos e privilegia a autopercepção a partir do fenótipo, encorajando os indivíduos a assumirem a sua raça e favorecendo o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira (BRASIL, 2017, p. 62). Para desestimular fraudes e punir aqueles que fizerem declarações falsas a respeito de sua cor, o ministro entendeu também ser legítima a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, mas destacou a dificuldade em instituir um “método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa”, considerando o “elevado grau de miscigenação da população brasileira” (BRASIL, 2017, p. 63).

O voto sustentou que o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser “idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos”, como já estava decidido na ADPF, e que devem ser “garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato”. Ainda, em orientação que se mostrou relevante nesta pesquisa, que há de se ter “bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas”, pois “quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial” (BRASIL, 2017, p. 63/64). Os demais ministros/as apresentaram seus votos, e embora houvesse algumas divergências pontuais, a lei foi declarada integralmente constitucional por unanimidade.

A presente Lei e política estão atualmente em debate, considerando as revisões recentemente feitas na Lei 12.711/2012 e o prazo estabelecido na Lei 12.990/2014, havendo PL em tramitação (1.958/2021) pela ampliação do sistema. Diferente das cotas voltadas para o ensino superior, as de acesso a cargos públicos têm menos registro de seu impacto, considerando o menor número de pesquisas com indicadores mais gerais, já que os relatórios consideram os setores específicos dos cargos públicos. Mesmo assim, é possível lançar alguns dados: segundo o República.org, no ano 2000, antes da referida lei, para cada 100 novos servidores do executivo federal, 17 eram negros. Em 2020, essa relação saltou para 43 em 100 novos aprovados. Em nota técnica do IPEA, Tatiana Silva apresenta outros percentuais de composição por órgão e as respectivas tendências:



O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que a desigualdade racial entre os magistrados é extremamente elevada, sendo negros apenas 12,8% desta categoria. Estima-se que, apenas em 2055, no melhor cenário, seria possível contar com 22% de juízes e juízas negros no Judiciário brasileiro (CNJ, 2021). (...) No Executivo civil federal, embora sejam negros 35,1% dos(as) servidores(as) civis permanentes e ativos, em 2020, este percentual se reduz, quando analisados apenas cargos de nível superior, e é ainda mais desigual ao se considerarem carreiras específicas ou a participação em cargos de direção (Silva e Lopez, 2021). (SILVA, 2023, p. 352)

Relacionando-se com a política diretamente, em julgamentos tais como os de ações que debatem possíveis fraudes no ingresso por cotas raciais, o judiciário brasileiro tem modulado os contornos das ações afirmativas. Projetando-se como ator que interpela a trajetória histórica de lutas pela ruptura da supremacia branca na educação e nos cargos públicos, mas que reflete organicamente esses interesses, as decisões nos convidam a refletir sobre limites e possibilidades da magistratura nesses casos.

3. Como desembargadores dos Tribunais Regionais Federais brasileiros julgaram casos envolvendo cotas raciais em 2022-2023

Nesse artigo, buscamos compreender a implementação da política de cotas étnico-raciais em universidades e em cargos públicos federais a partir da sua historicidade - o que apresentamos no tópico anterior - e através do estudo de decisões judiciais sobre possíveis fraudes. Considerando que o prazo de dez anos da revisão das cotas no ensino superior se encerrou em agosto de 2022, e que este período foi marcado por intensos debates sobre a matéria, buscamos analisar os julgamentos em 2ª instância realizados tanto na iminência do fim do prazo de revisão, quanto no período imediatamente posterior a ele. Por isso, delimitamos o marco temporal da pesquisa empírica entre os anos de 2022-2023.

Pesquisamos acórdãos proferidos entre 08 de maio de 2022 e 08 de maio de 2023, que selecionamos a partir do mecanismo de busca disponibilizado nos portais eletrônicos de cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais brasileiros⁴, utilizando as palavras-chave

⁴ Os Tribunais Regionais Federais foram instalados em 30 de março de 1989, como a segunda instância da Justiça Federal brasileira e dividem-se por região. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) contempla as seções do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) do Rio de Janeiro e Espírito Santo. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) de São Paulo e Mato Grosso do Sul. O Tribunal Regional Federal



“fraude” e “cotas raciais”. Nosso objetivo foi compreender como o judiciário estava lidando com as complexas questões advindas da implementação das políticas afirmativas de reserva de vagas com base em critérios étnico-raciais, especialmente a partir da atuação das comissões de heteroidentificação, criadas para impedir fraudes na autodeclaração.

Cabe mencionar que, dentre as principais dificuldades listadas por gestores de universidades na implementação da lei de cotas, segundo o Relatório de acompanhamento da Lei de cotas no âmbito das universidades federais (BRASIL, 2022, p. 48), estão as tentativas de fraude, principalmente nos cursos mais concorridos, e a falta de normativas claras e objetivas para a heteroidentificação. O relatório destaca que, por mais que a maioria das universidades defenda a existência dos comitês de heteroidentificação, ainda há uma grande heterogeneidade na forma de atuação desses comitês, o que tem gerado desgastes emocionais aos concorrentes e prejuízos materiais às instituições, considerando as medidas judiciais sofridas pelas universidades em decorrência deste - em uma média de 33 processos por universidade (BRASIL, 2022, p. 61). Embora não haja um relatório consolidado sobre a questão em se tratando de cargos públicos, dada a circunstância da dispersão de dados institucionais já mencionada, e considerando os casos que encontramos na pesquisa, podemos dizer que este também é um desafio para o setor.

O universo da pesquisa é composto por 177 decisões, e, excluindo-se os 17 processos em que não houve julgamento de mérito, foram analisadas 160 decisões: 63 do TRF1; 4 do TRF3, 62 do TRF4 e 31 do TRF5. Foram encontrados 1121 processos a partir das palavras-chave utilizadas nos sistemas do TRF2, mas considerando-se o grande volume de processos e a quantidade desproporcional em relação aos outros tribunais, optamos por não utilizar os discursos deste Tribunal neste artigo e trabalhar esses dados, especificamente, em outra oportunidade. Organizamos os dados gerais das ações em uma planilha para cada TRF e catalogamos os processos a partir do sentido da decisão. Percebemos que a maioria das ações foram iniciadas a partir do inconformismo de candidatos/as com a existência de comissão de heteroidentificação ou com a conclusão desta. Assim, classificamos os julgamentos a partir da confirmação ou não da conclusão/existência da comissão de heteroidentificação. Os casos de confirmação foram registrados, mas nos pareceu ser mais interessante estudar a fundo os casos de “não-confirmação da conclusão da comissão de

da 4ª Região (TRF4) as do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Por fim, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) as seções Judiciárias de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.



heteroidentificação”, que seriam aqueles em que magistrados/as se colocariam em lugar de protagonismo na implementação da ação afirmativa.

A seguir, catalogamos os principais argumentos mobilizados pelos/as desembargadores/as nos casos de “não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação”, considerando uma primeira pesquisa exploratória, em: não-confirmação a partir de “análise do fenótipo” e não-confirmação a partir de “argumentos técnicos”.

A primeira categoria, de não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação a partir da “análise de fenótipo”, se refere aos casos em que desembargadores/as decidiam se as pessoas que pleiteavam as cotas pertenciam ao grupo étnico-racial que afirmaram na autodeclaração, com a avaliação de seu “fenótipo” - que foi o termo mobilizado nas decisões⁵. Estes julgados tiveram dois desfechos distintos: i) discordância da comissão (que negou a cota) e atribuição de cota; ou, mais rara, a ii) concordância com a comissão e manutenção do candidato fora das vagas reservadas. Nesses casos, nos pareceu que o Tribunal assumia um papel de comissão de heteroidentificação, em geral a partir apenas da análise de fotos juntadas aos autos judiciais.

Quanto à segunda, referente aos “argumentos técnicos” apresentados para a não-confirmação da conclusão/existência da comissão de heteroidentificação, trata-se de casos em que os/as julgadores/as não avaliavam se a pessoa fazia ou não parte do grupo étnico-racial da ação afirmativa, mas, a partir de motivações jurídico-normativas, atribuíam um direcionamento à política. Identificamos cinco blocos de argumentos: i) a ausência de previsão da comissão no edital do concurso; ii) decisão genérica da comissão (não fundamentada) para afastar a autodeclaração; iii) fato consumado/segurança jurídica, em razão do tempo decorrido; iv) avaliação divergente de comissão anterior, quando a pessoa havia conseguido ser reconhecida como parda/negra em certame anterior; v) excesso de formalismo na avaliação da comissão⁶. Esses argumentos, muitas vezes, apareceram

⁵ A título ilustrativo: “Assim, a FUFMT adotou o critério fenotípico, que se baseia na cor da pele, formato do nariz e do rosto, textura do cabelo. 6. Hipótese em que as fotos juntadas aos autos, bem como o Relatório médico, no qual constou que a requerente tem a pele morena (parda) moderada, documentos que não foram objeto de impugnação da ré, bem demonstram que a autora se enquadra no fenótipo de cor parda, não sendo, portanto, razoável o indeferimento de sua matrícula no curso de Medicina” (1006315-28.2020.4.01.3600).

⁶ Essa foi uma categoria pouco relevante em termos de recorrência para as decisões estudadas no presente artigo. No entanto, a mantivemos no instrumento de coleta e como indicador de análise, pois o formalismo e a instrumentalidade das formas, que formulam o argumento, são parte importante do repertório de outras decisões nestes Tribunais. Além disso, nos parece que esse indicador pode ser, junto aos demais que compõem o instrumento, replicado em futuras pesquisas, considerando outros marcos temporais.



combinados nas decisões dos Tribunais e por esse motivo o somatório dos argumentos pode ser superior ao número total de casos⁷. Cada um desses argumentos nos parecia indicar algo sobre como os/as julgadores/as se posicionavam em relação à política afirmativa.

Separamos os processos a partir das regiões dos Tribunais e registramos as Turmas em que foram julgados. Isso porque notamos que grupos de julgadores/as que compõem uma Turma tendem a adotar uma “cultura” de julgamento sobre as questões, dificilmente modificada, e que não dialoga com os entendimentos de outras turmas, o que também manifesta as vicissitudes do julgar no contexto estudado. Os dados são apresentados nos três subtópicos seguintes.

3.1. TRF1

No TRF1, analisamos 63 decisões, sendo que a maioria trazia apenas um argumento de decisão (36 casos), embora houvesse um número considerável de julgados com conteúdo misto (27 casos). Apenas três Turmas julgavam os casos relativos a cotas, a quinta, sexta e sétima, sendo a maioria dos casos decidida pela primeira⁸.

A primeira nota importante é que houve apenas duas decisões confirmatórias do parecer da comissão de heteroidentificação, e ambas foram julgadas pela 6ª turma. Este dado é muito inferior ao dos demais tribunais estudados, especialmente ao do TRF4, sendo fundamental, portanto, analisar as condições de regionalidade referentes à política afirmativa em questão. Parece que, na região que contempla os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, os Tribunais estão se opondo mais expressamente à conclusão das comissões⁹.

Conforme mencionamos, nos interessa destacar os casos de “não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação”, em especial a argumentação que envolve “análise de fenótipo”, que são aqueles em que o Tribunal se coloca explicitamente na posição de substituição da comissão de heteroidentificação para dizer se acredita que a pessoa faz jus ou não à cota racial. A maioria desses argumentos foram trazidos pela 5ª Turma (19 casos)

⁷ Nesses casos, destacamos o argumento preponderante, mas mencionamos também os outros argumentos mobilizados.

⁸ 48 foram julgados pela 5ª Turma; 14 pela 6ª Turma e 1 pela 7ª Turma.

⁹ Além disso, estes casos no TRF1, de confirmação, são interessantes de serem destacados, porque, em ambos, o edital do concurso não trazia a previsão expressa de comissão, mas a Turma entendeu pela existência de “uma cláusula aberta de responsabilidade”.



- embora também a 6ª o tenha feito (2 casos): destes, foram 14 casos de análise do fenótipo isoladamente e 7 casos de análise de fenótipo associada a argumentos técnicos.

Também é expressiva a prevalência no TRF1 das decisões de “divergência do parecer da comissão” (atribuição das cotas, embora a comissão tenha negado) com base em “argumentos técnicos” - sendo 40 do total dos casos (20 com esse argumento isolado e 20 em decisões mistas). Estes são casos que consideramos de implementação da política pelos/as desembargadores/as, pois embora se furtem ao debate se a pessoa pertence ou não ao grupo étnico-racial autodeclarado, e a despeito da avaliação técnica realizada pela comissão, há mobilização de argumentos técnico-jurídicos para atribuir ou manter a cota, exercendo o judiciário a atividade executiva do programa¹⁰.

Dentre as divergências com base em “argumentos técnicos”, foram elementos trazidos nos julgados: i) a ausência de previsão da comissão no edital¹¹ (27 casos); ii) fato consumado/segurança jurídica¹² (19 casos); iii) decisão genérica da comissão (não fundamentada)¹³ (14 casos); iv) avaliação divergente de comissão anterior¹⁴ (6 casos); e v) excesso de formalismo¹⁵ (1 caso).

O caso de não previsão da comissão no edital precisa ser destacado, já que está em contraponto com julgados no mesmo TRF, em outra turma, que entende que o edital não

¹⁰ O caso tensiona os limites entre os poderes, o que inclusive é trazido em alguns dos julgamentos, como no exemplo: “Não implica em quebra da autonomia universitária a intervenção do Poder Judiciário, quando desrespeitados os princípios da legalidade e da razoabilidade, não se tratando de substituição da Administração, no que se refere ao critério por ela adotado, mas, sim, quanto à sua observância.” (1006315-28.2020.4.01.3600).

¹¹ “Diante desse quadro, inexistindo previsão editalícia e regulamentar pela heteroidentificação complementar, sem também a presença de quaisquer critérios objetivos prévios que pudessem embasar a investigação de eventual fraude, tal avaliação não poderia ser realizada, em momento posterior ao processo seletivo, com o fim de verificar a validade da autodeclaração apresentada pela candidata” (1000525-02.2020.4.01.3200).

¹² “Ademais, atenta contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a exclusão do impetrante, após decorridos mais de 6 (seis) anos de seu ingresso na Universidade, considerando que, em razão do tempo decorrido desde o seu ingresso na UFMA, no primeiro semestre de 2015, ele concluiu o curso de Medicina, já que exerce o cargo de médico” (1025172-79.2021.4.01.3700).

¹³ “Tal como se deu no caso vertente, em que o indeferimento da matrícula do autor se fundamentou em ato proferido por meio de motivação genérica, sem especificar quais aspectos fenotípicos não teriam sido atendidos pelo candidato.” (1013442-19.2022.4.01.3900).

¹⁴ “Hipótese em que a Impetrante foi considerada negra (preto ou pardo) pela própria UFMT no processo seletivo SISU 2019, quando foi aprovada para o curso de Serviço Social ministrado pela mesma Instituição de Ensino. Assim, diante da disparidade das avaliações realizadas pela Comissão de Heteroidentificação, o ato que excluiu a Impetrante padece de legalidade e razoabilidade, merecendo ser anulado (sentença).” (1005413-75.2020.4.01.3600).

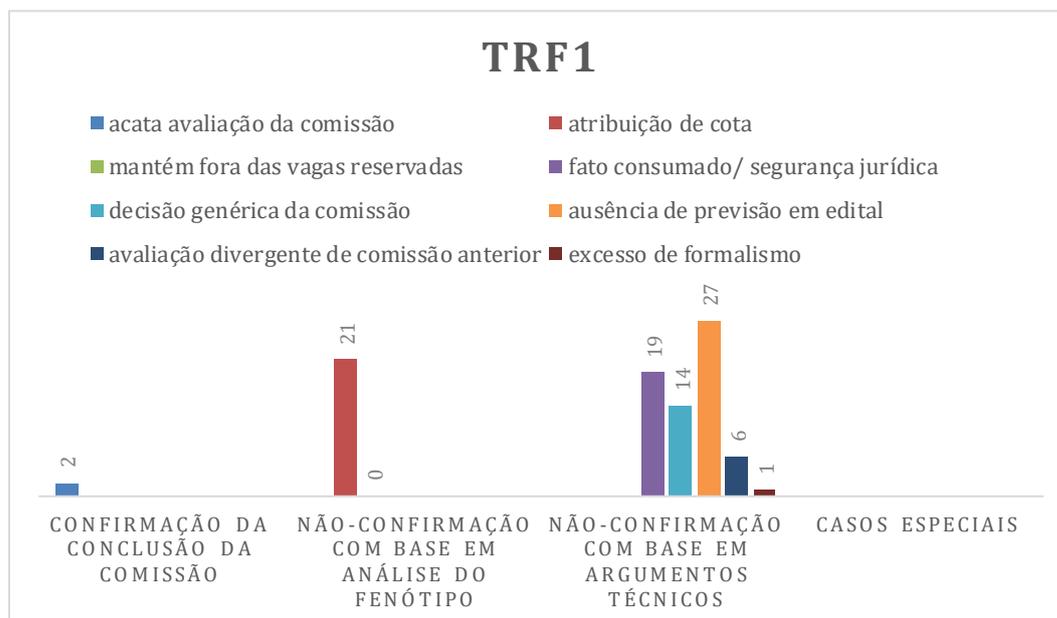
¹⁵ “Hipótese em que, segundo o magistrado de primeira instância, o vídeo enviado pela autora seria suficiente para que a ré verificasse o fenótipo da parte interessada e se ela se enquadra no sistema de cotas raciais, ferindo, assim, o princípio da razoabilidade, bem como configurando excesso de formalismo, o indeferimento de sua matrícula, simplesmente pelo fato de não constar do referido documento os dizeres de que se autodeclarava da cor preta ou parda, considerando, ainda, o princípio da instrumentalidade das formas, pois, ainda que o ato tenha sido realizado fora da forma prevista no edital, é certo que ele atingiu o seu objetivo.” (1027723-41.2021.4.01.3600).



precisa trazer explicitamente a atuação de comissão de heteroidentificação, sendo parte da cláusula de responsabilidade da instituição com a ação afirmativa. O contraste evidencia como os/as desembargadores/as podem estar em maior ou menor alinhamento com o papel das comissões na implementação da política, já que é possível subentender a sua responsabilidade pelos editais. Além de indicar como o desfecho do processo é definido pela distribuição aleatória do processo dentre as turmas no mesmo tribunal, a depender da sorte do/a candidato/a.

Nas divergências com “análise do fenótipo”, que são os casos em que os/as desembargadores/as se manifestam sobre se a pessoa é ou não do grupo étnico-racial que tem direito à ação afirmativa (21 totais), a maioria (14) foi de decisões com este argumento sozinho, sendo 7 em conjunto com outros argumentos técnicos. A maioria (19) foi julgada na 5ª Turma e o restante (2) na 6ª Turma, e todos foram para “reconhecer a condição de pessoa parda” e atribuir, portanto, a cota. Não houve decisão demandando a submissão a nova comissão de heteroidentificação e em absolutamente todos os casos do grupo foi atribuída a cota.

Gráfico 01: dados sobre as decisões no TRF1



Fonte: elaboração própria.

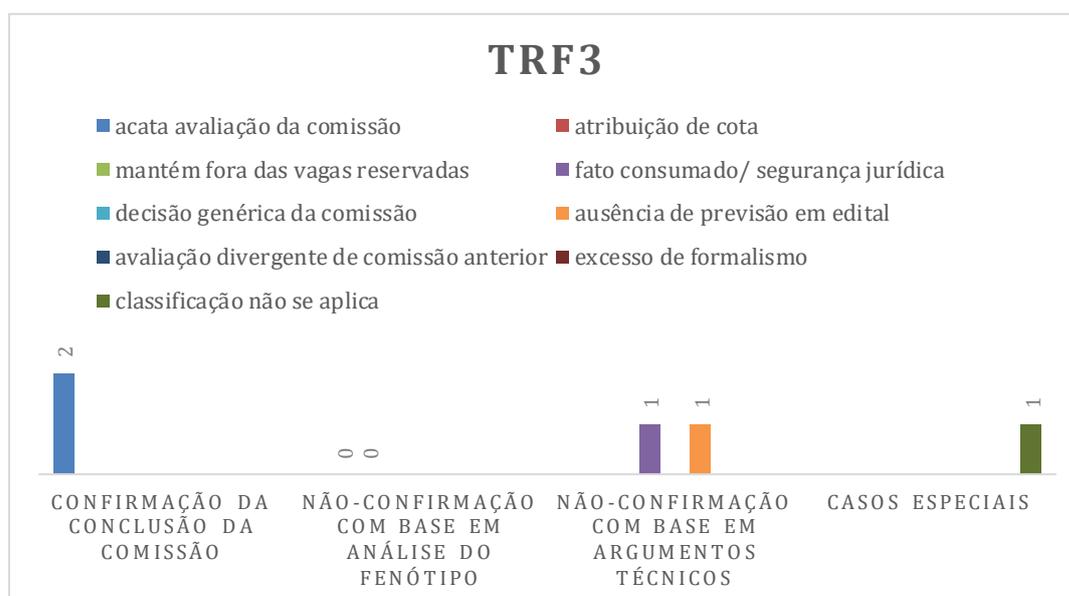
3.2. TRF3

Foram encontrados apenas 4 processos no âmbito da pesquisa no TRF3, 2 julgados pela 3ª Turma, e 2 julgados pela 6ª Turma. Em ambos os processos julgados pela 3ª Turma,



há confirmação da existência ou da conclusão da comissão de heteroidentificação. Em um dos processos julgados pela 6ª Turma, houve a não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação com base em argumentos técnicos, de ausência de previsão em edital e segurança jurídica¹⁶. O outro processo julgado pela 6ª Turma foi um caso especial, em que se decidiu pela permanência no certame de candidato que não foi reconhecido como negro ou pardo pela comissão de heteroidentificação, considerando sua aprovação pela lista de ampla concorrência¹⁷. A princípio poderíamos identificar diferentes tendências de julgamento em cada turma, mas o reduzido número de processos não permite fazer afirmações mais abrangentes sobre o tema.

Gráfico 02: dados sobre as decisões no TRF3



Fonte: elaboração própria.

¹⁶ "A submissão do agravante à verificação da veracidade da autodeclaração por critérios subsidiários, mediante a instituição de comissão de heteroidentificação que ateste o fenótipo social de pessoa negra, não encontra respaldo na legislação vigente à época da matrícula na Instituição de Ensino Superior e não estava prevista no edital do certame, de forma a demonstrar o cabimento da tutela mandamental liminar concedida." (5006949-61.2022.4.03.0000).

¹⁷ "Desarrazoado o item do edital que prevê a eliminação do candidato que não seja considerado negro pela comissão de heteroidentificação, ainda que tenha obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência. A autodeclaração reflete a percepção do próprio candidato sobre a sua condição, e não deve ser, por si só, motivo de sanção em caso de não confirmação, posto que se caracterizaria a incidência de má fé presumida, em clara violação dos princípios que regem o Estado de Direito, que preserva a configuração da regra de presunção de boa-fé, e somente admite o contrário em situações devidamente comprovadas. 4. Não havendo comprovação de tentativa de fraude, é perfeitamente possível que os candidatos que, após exame de heteroidentificação realizado pela banca examinadora, não tiveram reconhecido o direito de concorrer às vagas reservadas, possam ser mantidos no certame concorrendo nas vagas de ampla concorrência, desde que cumpridos os requisitos para tal." (5018701-64.2021.4.03.0000).



3.3. TRF4

Neste Tribunal, também percebemos certa concentração no julgamento dos processos referentes a cotas, pois apenas três Turmas realizaram o julgamento dos 62 processos analisados: 39 foram julgados pela 4ª turma, 21 pela 3ª turma, e 2 pela 12ª turma. No TRF4, a prevalência foi de acórdãos que “confirmaram a conclusão da comissão de heteroidentificação”, em 41 processos¹⁸, sendo muito comum o argumento do “descabimento da substituição do judiciário da Comissão de heteroidentificação”¹⁹. Este indicador revela como desembargadores/as que julgam os processos do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul aderem mais fortemente à competência administrativa/executiva da comissão, só substituindo-a excepcionalmente.

Dos 21 processos em que houve a “não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação”, casos mais relevantes ao nosso estudo, em 11 houve “análise de fenótipo” por parte dos/as desembargadores/as. Destes, em 9 processos houve análise de documentos, consideração de que a pessoa se enquadraria no grupo étnico-racial autodeclarado, e atribuição de cota²⁰. Em apenas 2 processos, houve a “análise de fenótipo” e manutenção do/a candidato/a fora das vagas reservadas²¹. Todos os processos em que houve análise de fenótipo foram julgados pela 3ª turma.

Nos casos de “não-confirmação da conclusão/existência da comissão de heteroidentificação”, em 9 foram utilizados “argumentos técnicos”, ou seja, argumentos pretensamente jurídicos, que não debatem o pertencimento étnico racial, mas atribuem cotas em oposição à avaliação da comissão de heteroidentificação: i) o de “fato consumado/segurança jurídica” aparece em 3 casos (4ª turma); ii) o de “decisão genérica da comissão (não fundamentada)” aparece em 2 casos (um da 4ª turma e um da 3ª turma) iii) o

¹⁸ Sendo 31 da 4ª turma, 8 da 3ª turma, e 2 da 12ª turma.

¹⁹ “Com efeito, descabe ao Poder Judiciário substituir-se à Comissão de Heteroidentificação, sob pena de o magistrado, com fulcro em fotografias acostadas no caderno processual, e sem a devida expertise, adentrar em exame realizado, legitimamente, pelos membros da Comissão designados conforme o instrumento convocatório.” (5020807-35.2022.4.04.0000)- 4ª Turma.

²⁰ “A prova documental confirma que a candidata é parda, a demonstrar que preenche as características para a aprovação no processo seletivo pelo sistema de cotas, pois demonstrado que tem fenótipo situado em zona cinzenta.” (5008361-44.2021.4.04.7110).

²¹ “No caso em análise, diante fotos pessoais apresentadas pelo autor, não é possível aferir traços que o aproximem de um fenótipo geralmente associado a pessoas negras, ainda que de pele clara. Se as fotos pessoais apresentadas efetivamente deixassem dúvidas, seria possível a complementação da prova, principalmente a partir das fotos de seus familiares (desde que pais e avós - ascendentes próximos). Todavia, não é caso de acolhimento recursal.” (5023877-60.2022.4.04.0000).



de “ausência de previsão em edital” aparece em 2 casos (4ª turma); iv) o de “avaliação divergente de comissão anterior” aparece em 2 casos (4ª turma).

Cabe destacar que, em dois dos casos em que o argumento foi de “fato consumado/segurança jurídica”, ele foi combinado com a inexistência de previsão em edital e, nesses casos, foi ratificada a indenização por danos morais em prol da pessoa investigada por fraude à cota, embora tenha sido determinada a redução de seu valor²².

Na hipótese de “decisão genérica da comissão”, em um dos casos foi ordenado que fosse realizado novo procedimento de heteroidentificação, preferencialmente de forma presencial. Em um caso (3ª turma), o acórdão possibilita nova avaliação por comissão de candidato investigado por fraude, mas nega a anulação imediata de sua matrícula, ressaltando que ele havia sido aprovado em avaliação étnico-racial realizada por comissão de heteroidentificação no processo seletivo em questão. Este é um caso excepcional, e por isso não consta das categorias estabelecidas.

Gráfico 03: dados sobre as decisões no TRF4



Fonte: elaboração própria.

²² “Considerando que não foi exigido dos alunos, à época do ingresso nos bancos universitários, em 2016, a submissão à Comissão de Heteroidentificação, a anulação da matrícula da apelada, quatro anos após o decurso dos estudos, enseja inegável abalo psíquico, a permitir o arbitramento de indenização por danos morais. À vista das peculiaridades do caso e, ainda, atendendo a critérios de moderação e prudência para que a repercussão econômica da indenização repare o dano sem representar enriquecimento sem causa à lesada, adequada a redução do quantum fixado pelo juízo de origem, porquanto não verificado efetivo prejuízo, por parte da autora, na continuidade de sua formação acadêmica.” (5010179-31.2021.4.04.7110).



Assim, percebe-se que, no TRF4, há prevalência da “confirmação da conclusão da comissão” na maioria dos casos (41/62), com decisões de todas as turmas. Todos os casos em que há “análise de fenótipo” foram julgados pela 3ª turma, na maioria deles (9/11), ao/à candidato/a, é atribuída a vaga como cotista mesmo em oposição à conclusão da comissão de heteroidentificação, e em 2 casos a vaga como cotista foi negada. A maioria dos casos em que há divergência da conclusão da comissão com “argumentos técnicos” foram julgados pela 4ª turma (8/9), apenas 1 pela 3ª turma, no caso de “decisão genérica da comissão (não fundamentada)”.

As turmas divergem nos julgamentos: a 4ª turma decide em geral pela prevalência da conclusão da comissão e quando a rejeita, a faz com base em “argumentos técnicos”, não se manifestando quanto aos critérios étnico-raciais relativos à política de cotas. A 3ª turma, por sua vez, é a única que substitui a comissão e “avalia o fenótipo” dos/as candidatos/as, decidindo na maioria dos casos pela atribuição da vaga de cotista ao/à candidato/a que teve essa vaga negada pela comissão de heteroidentificação designada para tal fim, o que revela maior resistência à atuação das comissões instituídas pela Administração. Os entendimentos diametralmente opostos em turmas do mesmo tribunal são sintomáticos da discricionariedade com a qual o tema vem sendo tratado pelo judiciário.

3.4. TRF5

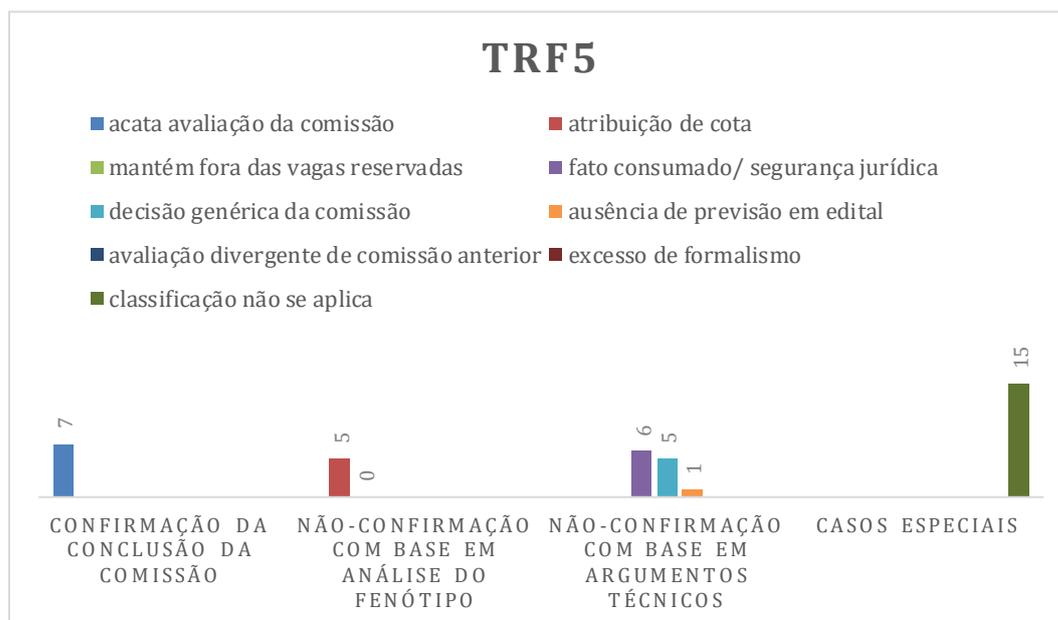
No TRF5, houve maior distribuição entre as turmas dos processos relativos a cotas: 2 foram julgados pela 1ª turma, 1 pela 2ª, 15 pela 3ª, 10 pela 4ª, 2 pela 5ª, 1 pela 6ª. Isso indica que a política vai sendo debatida por maior número de desembargadores/as, que manifestam entendimentos diferentes. A “confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação”, que estamos elaborando como indicativa de maior adesão, pelo judiciário, à decisão executivo-administrativa da cota, aparece em 7 processos: 4 da 3ª turma, 2 da 1ª turma, e 1 da 6ª turma. No entanto, a prevalência foi de acórdãos em que houve a “não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação” (9).

Nesses casos de “não-confirmação da conclusão da comissão de heteroidentificação”, houve uma preponderância de argumentos mistos, e a combinação de “argumentos técnicos” com “análise de fenótipo”. Nos cinco processos em que houve “análise do fenótipo”, todos julgados pela 4ª Turma, ela foi associada ao argumento do “fato



consumado/segurança jurídica”²³, combinada ora com “ausência de previsão em edital”, e em dois acórdãos com “decisão genérica da comissão (não fundamentada)”. Quanto à “não-confirmação da conclusão da comissão” com base apenas em “argumentos técnicos”, houve 4 casos: em um o argumento utilizado foi o de “fato consumado/segurança jurídica”²⁴, julgado pela 2ª turma, e em 3 foi o de “decisão genérica da comissão (não fundamentada)”, julgados pela 3ª turma. Nestes casos, a 3ª Turma decidiu que o candidato deve ser reavaliado por nova comissão de heteroidentificação²⁵.

Gráfico 04: dados sobre as decisões no TRF5



Fonte: elaboração própria.

²³ Como “Ademais, no caso concreto, não há notícias de que o postulante tenha praticado eventual falsidade em sua autodeclaração, sendo, inclusive, possível verificar na sua foto que seu fenótipo é compatível com a cor parda (id. 4058500.5462833), autos principais. 6. Vale frisar que, no caso concreto, resta justificada a intervenção do poder judiciário para sindicar o mérito administrativo diante do comportamento da instituição de ensino que atenta contra os princípios legais da segurança jurídica e razoabilidade, considerando que o postulante já cursou mais de metade do curso financiado com recursos públicos e sem nenhum indício específico de fraude.” (0800853-28.2022.4.05.0000).

²⁴ Como em “Com efeito, o momento para se aferir se o candidato atende às condições para ingresso na Universidade é até a conclusão do certame, ou seja, até quando o candidato é aceito e, então, matriculado. Após isso, não é dado à instituição de ensino retroagir no tempo e pretender cancelar matrícula de aluno que nela já ingressou, mormente quando já cursados quase 4 anos, como na hipótese dos autos.” (0806784-12.2022.4.05.0000).

²⁵ Afirmando que “Também não é possível que o Judiciário adentre no mérito administrativo, para aferir se o particular possui fenótipo apto a incluí-lo entre os beneficiários da política afirmativa, de modo que deve ser determinada, portanto, a reavaliação do mesmo por uma nova Comissão.” (0800592-08.2021.4.05.8501).



Desse modo, na maioria dos casos (9/16) há divergência da conclusão da comissão, em 5 deles com base em “análise do fenótipo” associada à “argumentos técnicos”, e em 4 apenas a partir de “argumentos técnicos”, seguida pelos casos em que prevalece a conclusão da comissão própria de heteroidentificação (7/16). Dos 31 processos analisados, apenas 16 puderam ser classificados segundo as categorias aplicadas aos outros tribunais. Desse modo, os casos especiais no TRF5 constituem quase metade dos processos do universo da pesquisa (15/31), sendo 10 mandados de segurança, 4 ações civis públicas e 1 agravo de instrumento, que se originaram em situações semelhantes.

Em 10 processos trata-se de mandado de segurança para não passar pela comissão de heteroidentificação instituída após a matrícula na universidade. Destes, os 6 julgados pela 3ª Turma foram negados, 2 pelo argumento de ausência de ilegalidade/irregularidade, e 4 de ausência de direito líquido e certo a não ser submetido ao exame da comissão para apurar a validade da autodeclaração. Já os 4 mandados de segurança julgados pela 4ª Turma foram concedidos, 3 pelo argumento do princípio da razoabilidade, e 1 deste princípio associado ao de segurança jurídica. Em 1 processo, o candidato não compareceu perante a comissão de heteroidentificação instituída após a matrícula, e pede tutela antecipada para evitar possível cancelamento desta, que é negada, sob o argumento de que não existe “circunstância específica e concreta hábil a ensejar um risco iminente de dano”.

Estes processos derivam de um mesmo fato: o de a Universidade Federal de Sergipe ter instituído comissões de heteroidentificação para avaliar fenótipo de estudantes que haviam ingressado por cota racial em anos anteriores, a partir do Edital de Convocação Extraordinária nº 58/2021/PROGRAD, após diversas denúncias de fraude, que resultaram na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nº 001/2020 com Ministério Público Federal. Assim, pessoas que haviam ingressado na universidade pelo sistema de cotas em anos anteriores foram convocadas para passar pela comissão de heteroidentificação, ainda que não houvesse a previsão de tal comissão no edital do concurso que participaram²⁶. Assim, foram 10 mandados de segurança para não se submeter à comissão de heteroidentificação com decisão no período da pesquisa, em que podemos observar o

²⁶ Considerando que havia a previsão de que “o candidato que apresente documentos falsos, forneça informações inverídicas, utilize quaisquer meios ilícitos ou descumpra suas normas será eliminado do processo seletivo e perderá o direito à vaga, a qualquer tempo, mesmo depois de matriculado, estando sujeito à aplicação das penalidades legais.” (0805318-28.2021.4.05.8500).



entendimento divergente da 3ª e 4ª turmas, com decisões diametralmente opostas para casos idênticos²⁷.

Nesse mesmo âmbito de investigação posterior de suposta fraude ao sistema de cotas raciais, desta vez na Universidade Federal de Alagoas (UFAL), decorrem as 4 ações civis públicas, em que o Ministério Público Federal pleiteia indenização por danos materiais e morais individuais e coletivos contra pessoas investigadas por fraude. Nos 2 casos julgados pela 3ª turma, o pedido foi negado, com o argumento de que não houve comissão de heteroidentificação e que não é possível concluir pela fraude apenas com base em “foto”. Nos 2 casos julgados pela 5ª turma, há análise de fotos e, a partir da “avaliação do fenótipo”, os/as desembargadores/as discutem a existência ou não de má-fé²⁸. Nestes processos, destaca-se a oposição de “segurança jurídica” com o poder-dever de autotutela da Administração presente nas decisões, especialmente considerando que são ações que tiveram início após a investigação por fraude de estudantes já matriculados/as²⁹, o que revela a importância da mobilização coletiva no acompanhamento da implementação da política de cotas.

²⁷ Em geral, para a 3ª Turma “Demais disso, não há nada de concreto nos autos que seja capaz de indicar como certo que o apelante não será enquadrado como pardo pela comissão de heteroidentificação, e, caso isso venha a ser feito, poderá interpor recurso em face dessa decisão ou ajuizar ação própria questionando os critérios utilizados pela referida comissão. Não há direito líquido e certo do apelante a não ser submetido ao exame da comissão de heteroidentificação para fins de apuração da validade da autodeclaração que apresentara por ocasião do seu ingresso na universidade.” (0805384-08.2021.4.05.8500) Por outro lado, o entendimento da 4ª Turma é no seguinte sentido: “Não se mostra razoável a instauração da referida comissão e convocação da autora para a aferição da veracidade de sua autodeclaração quando ela já se encontra no 7º período cursando medicina há mais de 03 (três) anos, depois de concluída grande parte da grade curricular, com o risco de cancelamento da matrícula e exclusão do corpo discente, mormente quando houver dúvida razoável quanto ao enquadramento ou não na condição de cotista. (...) Dessarte, deve ser anulado o ato administrativo que determinou a convocação da autora para submeter-se à comissão de heteroidentificação, garantindo-se a manutenção da recorrente no curso de medicina.” (0805606-73.2021.4.05.8500).

²⁸ No primeiro verifica-se que não houve má-fé na autodeclaração como parda, então a candidata não é condenada, e, no segundo, o acórdão indica que é possível que exista má-fé visto que “a candidata, aparentemente, não possuiria as características fenotípicas de indivíduos pretos, pardos ou indígenas, tendo se beneficiado indevidamente do sistema de cotas para ingressar no curso de Medicina” (0803277-36.2021.4.05.8000), então o feito é convertido em diligência para produção de mais provas.

²⁹ Nesse sentido, em decisão em que prevalece a conclusão da comissão própria de heteroidentificação: “(...) o Edital nº. 58/2021 PROGRAD da UFS visa a combater fraudes, tratando-se de uma atuação do Poder Público, a posteriori, no exercício de seu poder-dever de autotutela, a fim de apurar ilegalidade e, no caso específico das cotas étnico-raciais, também uma violação ao princípio da igualdade. Registrou, ainda, que o próprio edital que regeu o processo seletivo de ingresso dos estudantes na instituição de ensino já advertia que os candidatos poderiam perder o direito à vaga, a qualquer tempo, mesmo depois de matriculados, estando sujeitos à aplicação das penalidades legais, caso apurado e comprovado que prestaram informação inverídica no processo seletivo.” (0805791-14.2021.4.05.8500).



4. Considerações finais

A trajetória de implementação das cotas raciais, no Brasil, tem sido diretamente atravessada pelas ambivalências de termos um país que construiu parte de sua história social na fixação da supremacia branca no ensino e nas burocracias estatais como forma de consolidação do contrato racial (MILLS, 2023). Nesse sentido, embora, desde a Constituição de 1988, parte dos silêncios que sustentavam esses pactos estejam sendo quebrados, práticas que obliteram o conteúdo de equidade de ações afirmativas têm sido indiciárias de como a política pode ser modulada para garantir hegemonias.

Magistrados/as que, como se sabe, são parte de uma tradicional elite branca do país (CNJ, 2023) construída, institucionalmente, para a manutenção dos esquemas da branquitude (FERNANDES, 2024) podem manifestar, em suas decisões, parte dessas ambivalências. Em um primeiro momento, dois votos paradigmáticos (na ADPF 186 e na ADC 41) de ministros que representam a cúpula do judiciário abrem as discussões para manifestações explícitas sobre como o racismo se mantém em nosso país como uma estrutura que se revigora a cada cargo ou vaga em universidades públicas concentrados, ainda, em grupos brancos hegemônicos. Dezenas de páginas que traduzem para o “juridiquês” de princípios e termos como “isonomia, impessoalidade e moralidade” firmam o compromisso do STF em perceber as cotas raciais no país como uma parte inegociável de nossa democracia. Termos que são, reiteradamente, mencionados nas decisões pesquisadas, proferidas pelos/as desembargadores/as dos Tribunais Regionais Federais, inclusive para que efeitos diametralmente opostos aos termos da ADPF e da ADC sejam produzidos.

Aqui estão os casos que acabam sendo julgados pela manutenção das cotas, mesmo quando as comissões indicam que a pessoa não é negra, tendo em vista a argumentação brancocêntrica do “fato consumado” e/ou da “segurança jurídica”. Assim entendendo, julgadores/as sequer debatem como as fraudes podem inverter o sentido das ações afirmativas, privilegiando as trajetórias daquelas pessoas que, em virtude apenas do transcurso do tempo - e, portanto, “independente da raça” -, devem se manter no cargo ou na vaga da instituição de ensino superior a que tiveram acesso a partir da autodeclaração. Outro grupo de argumentações técnicas no sentido, também, de obliterar o debate racial, está no das decisões que atribuem a cota considerando que não havia “previsão da comissão no edital”, ainda que o STF já tenha se manifestado pela constitucionalidade e possibilidade



da sua instalação- justamente para impedir fraudes por meio de declarações falsas- e de sabermos os limites da autodeclaração em um país atravessado pelo mito da democracia racial. Nesses casos, o judiciário se revela como um obstáculo à correta implementação das políticas de ação afirmativa, restringindo a possibilidade de atuação da Administração no aprimoramento da política pública, por meio da realização de ajustes para assegurar que esta alcance apenas seus reais beneficiários, como é o caso da instituição de comissões de heteroidentificação posteriores ao ingresso.

Nos casos dos/as magistrados/as que decidem enfrentar o “argumento da raça”, destacam-se aqueles que o fazem com base em fotografias juntadas aos processos judiciais para, ao “analisar o fenótipo” de candidatos/as, divergir da comissão de heteroidentificação, e então, na grande maioria das vezes, afirmar serem pessoas que fazem jus às cotas. Como apontamos, além dos casos de “análise de fenótipo” representarem um conjunto expressivo dos processos analisados, esta é uma tendência particular de determinadas Turmas, e que indica como podem magistrados/as interpelar o papel de uma comissão formada por um colegiado de pessoas que encontra presencialmente os/as candidatos/as, para, tendenciosamente, atribuir a reserva de vagas a pessoas que foram consideradas brancas, apenas com base em fotografias- que são influenciadas por aspectos como luz, sombra, perspectiva, distância, nitidez, além de poderem ser editadas ou manipuladas digitalmente. Nesse contexto, repete-se nas decisões a tese de “zona cinzenta”, trazida por Barroso na ADC 41 para o caso de dúvida razoável a respeito do fenótipo, mas que vem sendo mobilizada pelos/as desembargadores/as para atribuir cotas a praticamente todas as pessoas que as pleiteiam judicialmente, considerando a ideia de mestiçagem estruturante do mito da democracia racial.

Quanto ao tema, cabe destacar que não é função da comissão apontar a “verdadeira” identidade étnico-racial dos indivíduos, mas sim identificar os destinatários da política pública de ação afirmativa, à luz dos objetivos para os quais foi criada (RIOS, 2018). O que se avalia, portanto, é a “raça social”, que deve ser compreendida contextualmente, considerando que a discriminação e a desigualdade de oportunidades atuam de modo relacional, a partir de uma dinâmica social e política fundada em uma hierarquia racial que limita o acesso a bens, status, serviços e prestígio social a pessoas negras (RIOS, 2018, p. 239). A composição das comissões, sua formação e o acúmulo de conhecimentos e experiência para o exercício de sua atribuição, embora não afastem eventuais questionamentos,



fortalecem a implementação da política de ação afirmativa, conferindo-lhe maior eficácia e legitimidade. A inversão realizada por algumas turmas, que em suas decisões substituem a comissão de heteroidentificação, reflete não apenas sua oposição às deliberações desta e à sua função de definir os contornos da política pública em si, mas também a posição de seus membros quanto às questões étnico-raciais, assentadas sobre os privilégios da branquitude e permeadas de senso comum (CESAR, 2023)³⁰.

Os julgados destacam, ainda, como Turmas específicas vão cristalizando formas de julgar através de “entendimentos consolidados” que são, em grande parte, refletores das dinâmicas institucionais e estruturais dos/as magistrados/as que lhe compõem. No caso das ações estudadas, todas relacionadas a possíveis fraudes nas cotas, essa tendência vai cristalizando o contato do judiciário com a política através da repetição e da autorreferência de julgadores/as aos próprios votos anteriores, distanciando-se do sentido da justiça social que a política, caso a caso e com o passar da história, pode ter. Esse também é um mecanismo de manutenção da supremacia branca a nível institucional, na medida em que blinda, por décadas, modos de julgar, a partir de um “discurso jurídico que enquanto proclama a igualdade, justiça e liberdade, convive em cumplicidade e conivência com atos de racismo quer individuais, quer institucionais” (BERTULIO, 1989, p. 150), no caso, com o esvaziamento da potência das políticas de ações afirmativas.

Na contramão dessas tendências, estão algumas ações que centralizam o debate racial e o mito da democracia racial que esses casos mobilizam, como as que discutem a necessidade do/a candidato/a indenizar a instituição, nos casos de reconhecimento de fraude, bem como o papel da articulação entre coletivos de estudantes e representação universitária que resultam em ações coletivas e termos de ajustamento de conduta, precedidas de uma ampliação do debate público sobre a matéria³¹. Nos limites entre a manutenção e a fragmentação do ciclo de clientelismo que a implementação (judicializada) de ações afirmativas pode expressar, parece ser urgente repensar os impasses nos modos como o judiciário vem constantemente discursando sobre os significados de nossa

³⁰ Nesse sentido, o estabelecimento de normas que determinem a formação racial dos magistrados de maneira regular é uma das recomendações do relatório de pesquisa realizada pela ENAP sobre o tema, tendo em vista que “é urgente e necessário o letramento racial dos magistrados que constituem o Poder Judiciário brasileiro” (CESAR, 2023, p. 80).

³¹ A exemplo dos casos especiais do TRF5, referentes às Universidades Federais de Sergipe e de Alagoas, em que a mobilização coletiva contra fraudes às cotas provocou a atuação do MPF.



identidade nacional, em maior ou menor alinhamento com os ganhos estruturais da manutenção dos pactos da branquitude (BENTO, 2022).

Referências bibliográficas

ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amilcar Araújo. **Histórias do movimento negro no Brasil**. Rio de Janeiro: Pallas, CPDOC-FGV, 2007.

BENTO, Cida. **O pacto da branquitude**. Companhia das letras, 2022.

BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 Distrito Federal**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Inteiro Teor do Acórdão disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>

BRASIL. **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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 169, p. 1, 30/08/2012.

BRASIL. **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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 109, p. 3, 10/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 Distrito Federal**. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, 8 de junho de 2017. Inteiro Teor do Acórdão disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>

BRASIL. Secretaria de Educação Superior (SESu). **Relatório de acompanhamento da Lei de Cotas no âmbito das universidades federais**. Brasília, agosto de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional/orgaos-especificos-singulares/secretaria-de-educacao-superior/arquivos-1/RELATORIO_LEI_COTAS.pdf>



BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Assessoria de Comunicação Social. **Censo da Educação Superior: ingresso por cotas aumentou 167% nas universidades**. Publicado em 20/11/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-da-educacao-superior/ingresso-por-cotas-aumentou-167-nas-universidades>

CESAR, Layla Jorge Teixeira. **Judicialização em concursos públicos a partir da Lei nº 12.990/2014**. Brasília: ENAP e UnB, 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico Étnico-Racial no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/diagnostico-etnico-racial-do-poder-judiciario.pdf>

GONZALEZ, Lélia. O Movimento Negro na última década. In: **Lugar de Negro**. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero Ltda, 1982.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, p. 1211-1237, 2020.

FERNANDES, Luciana Costa. **Entre vivos e mortos**: Uma etnografia documental sobre a atuação da magistratura em quinze operações policiais nas favelas da zona norte do Rio de Janeiro. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2024.

LOPES, Eugênia. Pessoas negras ganham salários menores e estão sub-representadas no serviço público. **República.org**. Publicado em 24 de setembro de 2023. Disponível em: <https://republica.org/pessoas-negras-ganham-salarios-menores-e-estao-sub-representadas-no-servico-publico/>

MILLS, Charles W. **O contrato racial**: Edição comemorativa de 25 anos. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2023.

NERIS, Nathalia. A participação de negros e negras na assembleia nacional constituinte. In: **A constituição golpeada: 1988-2018** / José Celso Cardoso Jr. (organizador). – São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2018.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. In: DIAS, G. R. M.; TAVARES JUNIOR, P. R. F. (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais**: dúvidas, metodologias e procedimentos. Canoas: IFRS campus Canoas, 2018. p. 215-249.



RUFINO, Joel. O movimento negro e crise brasileira. **Revista Política e Administração**, vol. 2, pp. 287-307, 1985.

SILVA, Tatiana Dias. Ingressantes no Executivo civil federal: uma análise no contexto da lei de cotas no serviço público. In: LOPEZ, Felix Garcia; CARDOSO JUNIOR. José Celso (org.). **Trajetórias da burocracia na Nova República**: heterogeneidades, desigualdades e perspectivas (1985-2020). Brasília, DF: Ipea, 2023. p. 351-370.

Sobre as autoras

Mariana Paganote Dornellas

Doutoranda em Direitos Humanos nas Sociedades Contemporâneas, pelo Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra (III/UC), com bolsa de doutoramento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, de referência UI/BD/152248/2021. Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), com bolsa CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. E-mail marianapaganote@yahoo.com.br. ORCID 0000-0003-2937-1916. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/1948526191034481>

Luciana Costa Fernandes

Doutora (2022) em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PPGD/PUC-Rio). Professora Assistente do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre (2018) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na Linha de Direito Penal (PPGD/UERJ) e graduada em Direito (2014) pela mesma universidade (UERJ). E-mail: lucianafernandesppa@gmail.com. ORCID 0000-0003-1364-7420. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/3551554985011228>.

As autoras contribuíram igualmente para a redação do artigo.

