

# **Afirmativa e Igualdade: O Tribunal Regional Federal da 6ª Região dá os primeiros passos na análise do tema**

## **André Prado de Vasconcelos**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1991)  
Mestrado em MCL - Master in Comparative Law - Samford University (2007)  
Desembargador do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

## **Yasmin Alves Camargos**

Estudante universitária da Faculdade de Direito Dom Helder Escola Superior e estagiária no gabinete do Desembargador Prado de Vasconcelos

### 1. Introdução:

Com o edital de chamamento para a primeira edição da Revista do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, fomos todos conclamados a participar da construção desse poderoso instrumento de divulgação do pensamento da Nova Corte.

Entendemos que sobre todos nós, que estamos participando da construção dessa realidade, uma corte de apelação que nasce mais de 30 (trinta) anos depois do desenho constitucional original do Poder Judiciário Federal e que traz consigo tanta esperança ao povo das Minas Gerais, repousa a obrigação de contribuir com nossa voz para dizer ao que veio a “Corte da Liberdade”.

Somos mineiros e nos orgulhamos do nosso passado, reafirmamos o compromisso com o presente e projetamos nosso futuro nas mesmas bases sólidas de que herdamos nossas raízes. Somos “filhos da liberdade” e para ela dedicamos nossa força.

E, se vamos falar de liberdade, começamos por falar em exclusão, em vergonha, em escravidão. Nada, como mineiros, nos envergonha mais. Mas, a despeito da vergonha, também não podemos esquecer que esse fenômeno nos fez o que somos.

Por isso, tem o presente trabalho o escopo de apresentar a escravidão como formadora da sociedade brasileira e mineira e seus contrastes.

A partir de tal constatação, procuraremos verificar se existe um “melhor critério” para definição de raça. É o fenotípico? É o genotípico? Dessas indagações e do que restou decidido após a edição da Lei nº 12.711/12 com alterações pela Lei nº 13.409/16, se procurará fazer uma análise dos critérios existentes para tratar da matéria.

Seguimos nos aprofundando para examinar o que diz o Supremo Tribunal Federal a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras, para, em seguida, cuidar de como doutrina e prática administrativa tentam encontrar o melhor método de controle da autodeclaração para fins de acesso afirmativo às instituições de ensino públicas.

A partir daí, a ideia é dar um vislumbre do que pensa a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, sem um caráter científico-empírico, mas apenas para apresentar, exemplificativamente, o que vem entendendo os julgadores de um dos órgãos fracionários na nova corte federal na questão da adoção de critérios de auto e heteroindentificação no acesso às vagas por critério étnico-racial nas instituições de ensino públicas de Minas Gerais.

Então, passa-se ao exame do direito comparado, em especial o julgado da Suprema Corte Americana *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265, que orientou, por mais de quatro décadas, a jurisprudência norte-americana a respeito do tema, orientação reafirmada no julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003) vinte e cinco anos depois do histórico voto do Ministro Lewis F. Powell, e, ao fim, cuida-se do julgado *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* 600 US (2023).

Dessa “reviravolta” jurisprudencial, procuram-se constatações a respeito do efeito do tempo sobre ações afirmativas.

Trata-se, pois, do objeto desse singelo estudo comparado, da verificação de suas premissas, dos êxitos e das contradições de tal política pública, à luz da interpretação dada pelo direito americano, pelo Supremo Tribunal Federal e, também, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

Segundo Ministro Barroso: “Em 1998, eu dei a aula inaugural da universidade, falando para uma plateia de professores e de alunos em que quase 100% eram brancos. A cota racial era inequívoca: só entravam brancos. Este ano” – 2013 – “voltei a dar a aula inaugural, já agora celebrando 25 anos da Constituição. Os professores continuavam todos brancos. Mas a audiência” – beneficiária da política de cotas – repleta, interessada e calorosa, era um arco-

íris de cores, de Angola à Escandinávia. Um dia será assim, também, no corpo docente. Um esclarecimento: não se trata de imitação do que se passa nos Estados Unidos, pois lá cotas raciais não são admitidas pela Suprema Corte”.<sup>1</sup>

São essas indagações/aspirações que nos inspiram aqui.

2. A escravidão como elemento ativo da formação da sociedade brasileira e mineira com seus contrastes:

A escravidão como fenômeno social não está adstrita à formação da sociedade brasileira/mineira e nem mesmo à estruturação social moderna. Ao contrário, é fenômeno que se observa pelos registros históricos desde as mais antigas eras registradas.

A título de exemplo, como não lembrar da história de “José do Egito”, hebreu e filho preferido de Jacó (primogênito de Jacó com Raquel, a filha mais bela de Labão e “mulher que mais amou”).

O favoritismo de que José era alvo por parte do pai, valeu o ciúme dos irmãos. Estes, quando ele contava 17 para 18 anos, venderam-no como escravo a mercadores ismaelitas que o levaram ao Egito, no período da XVII dinastia.

Seria José, o grande artífice da fixação do povo hebreu no Egito, onde também foram escravizados, até que libertados pela liderança de Moisés.

Essa breve citação histórica tem como escopo apenas demonstrar ser a escravidão um fenômeno que acompanha a humanidade desde os primórdios, No particular esse entendimento é compartilhado por escritor Laurentino Gomes no seu livro “Escravidão” – Volume I quando assevera:

A escravidão é um fenômeno tão antigo quanto a própria história da humanidade. No mundo inteiro, desde a mais remota Antiguidade, da Babilônia ao Império Romano, da China Imperial ao Egito dos Faraós, das conquistas do Islã na Idade Média aos povos pré-colombianos da América, milhões de seres humanos foram comprados e vendidos como escravos. Provinham e todas as regiões, raças e linhagens étnicas, incluindo eslavos (designação que originou a palavra “escravo”) de olhos azuis das regiões do Mar Báltico.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *In*, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

<sup>2</sup> *In* Gomes, Laurentino – *Escravidão (Volume I)* – Rio de Janeiro/RJ: 2.019 – 1ª Edição - pág. 25.

De ver-se, pois, que a escravidão é uma chaga que acompanha o homem desde sempre, mas tal fenômeno apresentou características mais marcantes quando da colonização das Américas e, particularmente, do território brasileiro e, por consequência, mineiro.

Foi um fenômeno social estruturado que promoveu a maior migração forçada de que se tem notícia, pelo qual foram responsáveis quase todos os seres humanos à exceção dos próprios cativos e que redesenhou a organização demográfica da então colônia de Portugal, gerando como efeitos a segregação e o preconceito racial.

A obra de Laurentino Gomes é particularmente rica ao demonstrar, com lógica Durkheimiana, a transformação do Brasil, como de resto, das Américas, por esse fenômeno que gerou o tecido social que encontramos hoje, pelo que merece citação:

A descoberta e a ocupação de um novo continente pelos europeus na virada do século XV para o XVI, porém, adicionaria ingredientes inteiramente novos a essa história. Nada foi tão volumoso, organizado, sistemático e prolongado quanto o tráfico negreiro para o Novo Mundo: durou três séculos e meio, promoveu a imigração forçada de milhões de seres humanos, envolveu dois oceanos (Atlântico e Índico), quatro continentes (Europa, África, América e Ásia) e quase todos os países da Europa e reinos africanos, além de árabes e indianos que dele participaram indiretamente. Além disso, redesenhou a demografia e a cultura da América, cujos habitantes originais, os indígenas, foram dizimados e substituídos por negros escravizados. Até 1820, para cada branco europeu que aportava no continente americano, chegavam outros quatro africanos cativos. Também, pela primeira vez, escravidão se tornou sinônimo da cor de pele negra, origem da segregação e do preconceito racial que ainda hoje assustam e perturbam a convivência entre as pessoas em muitos países, caso do Brasil e dos Estados Unidos.

Até meados do século XIX, com exceção dos próprios cativos, quase todos os demais seres humanos estiveram envolvidos, participaram ou lucraram com o tráfico negreiro, incluindo reis e chefes africanos, que forneciam escravos para seus parceiros europeus. Na Europa, o negócio do tráfico negreiro nunca foi restrito aos países mais ativos na colonização da América, caso de Portugal, da Espanha e Inglaterra. Entre os demais participantes,

estavam os alemães, os italianos, os suecos e os dinamarqueses. A Inglaterra, baluarte do abolicionismo no século XIX, fora a maior traficante de escravos no século anterior. Por volta de 1780, os ingleses transportavam em média 35 mil cativos por ano da África, numa frota de aproximadamente noventa navios negreiros. O primeiro grande traficante inglês, John Hawkins, tinha como sócia ninguém menos do que a rainha Elizabeth I, a mesma soberana que foi a mecenas do poeta William Shakespeare. Fernando, rei da Espanha, chamado de “Atleta de Cristo” pelo papa Alexandre VI, assinou o primeiro assiento, alvará de licença para o transporte de escravos em larga escala para o Império Colonial Espanhol na América.<sup>3</sup>

Prosseguindo, o autor apresenta o resultado, em dados sociológicos irrefutáveis do quanto a escravidão e, por consequência, o preconceito e a discriminação dela advindos, é responsável por uma chocante, para dizer o mínimo, exclusão de um grupo populacional (no caso brasileiro majoritário) do acesso à equidade em termos de posição no contexto social mesmo depois de banida da legalidade pela abolição, senão veja-se:

Oficialmente, a escravidão acabou em 1888, mas o Brasil jamais se empenhou, de fato, em resolver “o problema do negro”, segundo expressão usada pelo próprio Nina Rodrigues. Liberdade nunca significou, para os ex-escravos e seus descendentes, oportunidade de mobilidade social ou melhoria de vida. Nunca tiveram acesso a terras, bons empregos, moradias decentes, educação, assistência de saúde e outras oportunidades disponíveis para os brancos. Nunca foram tratados como cidadãos. Os resultados aparecem nas estatísticas a respeito da profunda e perigosa desigualdade social no país:

Negros e pardos — classificação que inclui mulatos e uma ampla gama de mestiços — representam 54% da população brasileira, mas sua participação entre os 10% mais pobres é muito maior, de 78%. Na faixa dos 1% mais ricos da população, a proporção inverte-se. Nesse restrito e privilegiado grupo, situado no topo da pirâmide de renda, somente 17,8% são descendentes de africanos.

Na educação, enquanto 22,2% da população branca têm 12 anos de estudo ou mais, a taxa é de 9,4% para a população negra. O índice de analfabetismo entre os negros em 2016 era de 9,9%, mais que o dobro do índice entre os brancos. A brutal diferença se repete

---

<sup>3</sup> *In Op. Cit* – págs. 25/26.

na taxa de desemprego, de 13,6% e 9,5%, respectivamente. Os negros no Brasil ganham em média R\$ 1.570,00 por mês, enquanto a renda média entre os brancos é de R\$ 2.814,00.

Nos cursos superiores, em 2010, os negros representavam apenas 29% dos estudantes de mestrado e doutorado e 0,03% do total de aproximadamente 200 mil doutores nas mais diversas áreas do conhecimento e só 1,8% entre todos os professores da Universidade de São Paulo (USP).

Um homem negro tem oito vezes mais chances de ser vítima de homicídio no Brasil do que um homem branco. Afrodescendentes formam a maior parte da população carcerária e são mais expostos à criminalidade. São também a absoluta maioria entre os habitantes de bairros sem infraestrutura básica, como luz, saneamento, segurança, saúde e educação.

Entre os 1.626 deputados distritais, estaduais, federais e senadores brasileiros eleitos em 2018, apenas 65 menos de 4% do total - são negros. Incluindo os pardos, o número chega a 27%, ainda assim, proporcionalmente a metade da população brasileira total que se encaixa nessas duas classificações (54%). No Senado, a mais alta câmara legislativa do país, a proporção é ainda menor. Só três dos 81 senadores (3,7%) se declaram negros. Entre os governadores dos estados e do Distrito Federal, não há nenhum. E também nenhum entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, desde que Joaquim Barbosa se aposentou, em 2014.

Nas quinhentas maiores empresas que operam no Brasil, apenas 4,7% dos postos de direção e 6,3% dos cargos de gerência são ocupados por negros.

Os brancos são também a esmagadora maioria em profissões de alta qualificação, como engenheiros (90%), pilotos de aeronaves (88%), professores de medicina (89%), veterinários (83%) e advogados (79%).

Só 10% dos livros publicados no Brasil entre 1965 e 2014 são de autores negros. Entre os diretores de filmes nacionais produzidos de 2002 a 2012, apenas 2%.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *In Op. Cit* – págs. 31/33.

Como se observa, os dados falam por si só, há uma brutal diferenciação de oportunidades na sociedade brasileira que depende exclusivamente da cor, como, de resto, ocorre em outros países mundo afora.

O mais interessante de ver avaliado no âmbito nacional, contudo, é como tem sido tímida a resposta da sociedade brasileira a esse cenário de absurda distorção. Não conseguimos enfrentar esse problema de frente como sociedade até bem pouco tempo. E, agora, as iniciativas ainda podem ser consideradas tímidas quando comparadas à realidade retratada por Laurentino Gomes.

Vale aqui, ainda, mencionar passagem que com Patrus Ananias, ex-prefeito da Capital Mineira, ex-ministro de Estado e, atualmente, Deputado Federal quando tratamos do tema em breve conversa.

Estávamos no aeroporto de Confins a aguardar o avião para Brasília quando nos encontramos naqueles instantes que antecedem o embarque. Em breve conversa, falamos a respeito do tema escravidão.

Ao ouvir que estava muito impressionado com os dados sociológicos apresentados na obra de Laurentino Gomes a respeito da escravidão, houve concordância mútua de que o Brasil e a sociedade brasileira não enfrentaram de maneira adequada e suficientemente profunda a questão ao longo da história.

Com a educação e elegância de sempre o deputado Patrus Ananias sacou da bolsa um livro de sua autoria com o título “Reflexões sobre o Brasil”, e, apresentando-o, afirmou que a questão da discriminação racial já era tratada com maestria por Machado de Assis, o maior escritor brasileiro.

No livro que há uma série de textos que cuidam de literatura, políticas sociais, soberania nacional, estado democrático de direito e educação.

Particularmente, no texto “Machado de Assis e a escravidão”, as conclusões de Patrus sobre a formação jurídica brasileira, a relação do direito de propriedade, presença do Estado na construção do tecido social e os motivos da quase perene exclusão da população negra são muito pertinentes e merecem citação:

“O tema, presente em nossos dias, não passou indiferente ao sábio do Cosme velho. O personagem machadiano [Barão de Santa-Pia] quer, como tantos hoje querem, o Estado mínimo. Ele não admite o Estado agindo em nome e em sintonia com a sociedade para promover avanços e conquistas civilizatórias, o bem comum, o projeto nacional. A questão dos escravos, "seres humanos impossibilitados de SER", para o barão era um assunto privado, uma questão de propriedade privada, nada a ver com a sociedade,

com o Estado. Ademais ele tinha certeza, considerando os limites em que se deu a abolição, que os nossos antepassados escravos não foram objeto de nenhuma reparação, nenhuma política pública que lhes abrisse as portas dos direitos referentes à nacionalidade e à cidadania; que a questão, não obstante a Lei Áurea, continuaria no terreno privado, em face omissão do Estado em garantir desdobramentos à lei. Ciente dessa realidade, o personagem ousa dizer, com a segurança dos coronéis “donos de terra, gado e gente”: "estou certo que poucos deles deixarão a fazenda; a maior parte ficará comigo, ganhando o salário que lhes vou marcar, e alguns até sem nada - pelo gosto de morrer onde nasceram”.

Considerando as condições em que se deu a abolição, apenas no campo formal, os ex-escravos não tinham para onde ir. As portas da inclusão e da cidadania permaneceram rigorosamente fechadas.

O contrário é a obra esplêndida de Machado: abre com genial estilo e elegância literária, acompanhada de refinadíssimo senso crítico que, ora um pouco mais se explicita; mergulha, às vezes, nas entrelinhas, nos entretons das metáforas, dos pensamentos sutis que mais questionam ou sugerem em uma descrita linha montaigneana, mas, no limite, abre com delicadeza as portas para que melhor possamos compreender os limites, conflitos e mistérios da alma humana e as enormes ambiguidades e desafios que se colocam àqueles que querem melhor compreender os caminhos e descaminhos de nossa formação, a formação do povo brasileiro. Machado de Assis foi uma expressão muito singular, genial, discretamente iluminadora dessa caminhada de um povo em busca de sua identidade e independência. Com suas raízes profundamente brasileiras expressa na sua obra genial as grandes possibilidades do povo brasileiro”.<sup>5</sup>

Levando em conta as lições acima, uma primeira conclusão que fica é que grande parte da problemática estratificação social brasileira e, por consequência, mineira advém da estruturação da ordem jurídica através da história para privilegiar uma separação/segmentação que impede a igualdade de oportunidades entre todos. Um “país de imigrantes” que, curiosamente, nega aos descendentes dos imigrantes africanos a cidadania dos que no passado não quiseram vir pra cá, só o fazendo porque foram forçados.

---

<sup>5</sup> In Ananias, Patrus - Reflexões sobre o Brasil – Brasília/DF: 2021.

Isso se dá com a construção de “muros legais” que isolam para fora da legalidade as residências dos aglomerados e favelas, que isolam pelas dificuldades econômicas o acesso aos melhores locais de compras, às melhores escolas e, porque não dizer, quando se tenta ultrapassar essas diferenciações, criam novíssimas formas de distinção como, por exemplo, os condomínios horizontais, simulacros de cidades protegidas por muros que substituem as barreiras legais por obstáculos concretos à equidade.

Partindo dessas premissas, avulta a indagação sobre se há um critério científico mais adequado do qual se possa partir para definir “raça” e, conseqüentemente, medidas de compensação por políticas públicas para tentar diminuir essa realidade de desigualdade hoje existente.

3. Afinal de contas existe “melhor critério” para definição de raça? Fenotípico ou genotípico: o que restou decidido após a edição da Lei nº 12.711/12 com alterações pela Lei nº 13.409/16?

Segundo o Desembargador Federal Edilson Vitorelli “não há dúvidas de que o critério para se definir que alguém é negro, para fins de cotas, no Brasil, deve ser fenotípico, não genotípico”.<sup>6</sup> A definição do autor parte do consenso científico da falta de precisão que uma análise genotípica redundaria.

Até porque, o conceito de raça é mais uma construção social, política e cultural do que propriamente biológica. Segundo Sérgio Danilo Junho Pena e Maria Cátira Bortolini, sob o ponto de vista estritamente biológico, toda a discussão racial gravita em torno de 0,0005% do genoma humano, sendo, pois muito mais correlacionadas com o continente de origem da linhagem à qual pertence o indivíduo.

É dizer, a questão racial de maneira geral tem muito mais que ver com aceitação dos grupos sociais entre si do que efetivamente com alguma diferença entre os indivíduos pertencentes aos respectivos grupos.

E mais, Sérgio Danilo Junho Pena e Maria Cátira Bortolini demonstram, com base em pesquisas empíricas já existentes embora com pouca acuidade, que não há nem mesmo correlação direta entre o coeficiente de brasileiros autodeclarados negros ou pardos e as respectivas matrilineagens africanas. Em outras palavras, a própria autodeclaração, o próprio autoconhecimento/autoreconhecimento dos brasileiros não se coaduna com sua verdade genotípica.

---

<sup>6</sup> In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

Demais disso, dada à miscigenação em nossa população, por razões históricas próprias, pode-se dizer que nem mesmo as características físicas no Brasil são marcadores significativamente suficientes para assegurar tratar-se o indivíduo de ascendência branca, negra ou parda, senão veja-se:

Em resumo, as diferenças icônicas de "raças" correlacionam-se bem com o continente de origem (já que são selecionadas), mas não refletem variações genômicas generalizadas entre os grupos. Desta forma, deve ficar claro que se e quando a expressão "raça" for utilizada, ela irá representar uma construção social, política ou cultural, e não uma entidade biológica. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas insignificantes diferenças genéticas, que envolvem pouquíssimos genes.

Pelas frequências regionais de haplogrupos mitocondriais africanos encontrados em brasileiros brancos e pelas proporções populacionais das várias regiões, pode-se (assumindo que a proporção de linhagens mitocondriais do Centro-Oeste seja a mesma do Sudeste) calcular uma proporção ponderada de 31% de linhagens mitocondriais africanas em indivíduos brancos no Brasil como um todo. Considerando este valor e as 90.647.461 pessoas classificadas como brancas no censo de 2000, pode-se calcular que há aproximadamente 28 milhões de afrodescendentes entre os brasileiros autotomados como brancos. Para se ter uma contabilidade completa é preciso incluir neste cálculo a proporção de linhagens mitocondriais africanas presentes em brasileiros pretos e pardos. Bortolini *et al.* (1997) estudaram o mtDNA em 42 indivíduos negros (pretos + pardos). Entre os 34 indivíduos dos quais a origem da linhagem podia ser seguramente estabelecida, havia 27 matrinhagens africanas (80%) e apenas sete (20%) que não eram de origem africana (cinco ameríndias e duas européias). Extrapolando essa porcentagem de 80% de linhagens africanas para a população negra (preta e parda) do censo de 2000 (76.419.233), pode-se, então, computar que aproximadamente 61 milhões de brasileiros negros têm matrinhagens africanas. Somando-se esse número aos 28 milhões de brasileiros brancos que também apresentam linhagens africanas, conclui-se que 89 milhões de pessoas, ou seja, 52% dos brasileiros são comprovadamente afrodescendentes pelo lado materno. Obviamente, essas cifras têm limites de confiança muito amplos por serem baseadas em uma amostra pequena. Entretanto, elas permitem verificar que a proporção de afrodescendentes no Brasil

é majoritária, sendo desta forma bastante superior aos 45% dos brasileiros que se declararam pretos ou pardos no censo de 2000.

Esses estudos demonstram que esses marcadores genéticos autossômicos permitiram, com precisão, uma classificação ao nível individual do grau de ancestralidade genômica africana. Mostra ainda que, na população brasileira analisada, o alto índice de mescla gênica faz com que características físicas icônicas, como cor da pele, olhos, cabelos, lábios e narizes, sejam marcadores significativamente pobres na determinação da origem geográfica dos ancestrais de um indivíduo, quando comparados com estudos em populações africanas e européias, consideravelmente menos mescladas.<sup>7</sup>

Partindo-se, pois, dessas constatações observa-se que a própria noção de escravidão, de seu não enfrentamento de maneira adequada com resgate histórico da dívida social para com as populações afrodescendentes logo após a abolição da escravatura, somadas à alta miscigenação populacional que tem motivos diversos, são elementos que acabam por dificultar qualquer política pública de reparação ou ação afirmativa.

Talvez por essa razão tenha o legislador privilegiado, como critério de ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio, levando em conta o que restou decidido na ADPF nº 186/DF (meses antes da promulgação do texto legal) não apenas e tão somente a raça, mas sim uma mescla com critérios sociais (ser oriundo de escola pública, ser de família com renda mensal per capita igual ou inferior a 1 e ½ salário mínimo).

Em outras palavras as cotas são raciais, mas são também e, sobretudo, sociais, na medida em que procuram enxergar a lógica da estratificação social como resultado de um complexo conjunto de circunstâncias que impede indivíduos de um determinado grupo de ter acesso igual aos benefícios sociais que, supostamente, são fruto do trabalho coletivo (da sociedade como um todo) apenas e tão somente por pertencer a esse segmento.

Partindo, pois, do problema e assumindo que só através da ampla igualdade de oportunidades na promoção da educação que poderemos alterar tal circunstância, isso nos leva ao passo seguinte, que é de avaliar como a jurisprudência e doutrina brasileiras tem enxergado o problema e como tem visto

---

<sup>7</sup> In <https://www.scielo.br/j/ea/a/6Ym7R859tBjyNgV96LcZmKr/?lang=pt> – visto em julho/2023.

a necessidade desse resgate, em especial, no tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras.

4. O que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras?

Na análise do tema de inclusão racial nas universidades públicas brasileiras, um julgado do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância, a saber, a ADPF nº 186/DF (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 26/04/2012 – Supremo Tribunal Federal). Tal julgado, complementado pelas razões do decidido na ADC nº 41/DF (Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, julgado em 08/06/2017 (repercussão geral) – Supremo Tribunal Federal) estabelecem a perspectiva de enfrentamento ao racismo e à discriminação no Brasil.

A ADPF nº 186/DF foi ajuizada pelo Partido Democratas – DEM com o escopo de obter 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, os quais 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.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, trata da adoção do princípio da isonomia como algo que supera a mera igualdade formal para possibilitar que se atinja a igualdade material, podendo o Estado atingir tal desiderato seja através de políticas de cunho universalista, seja através de ações afirmativas. Diz ele:

“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

(...)

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados.

Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.

(...)

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial.

(...)

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. 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. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação

eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão”.<sup>8</sup>

Como se pode observar, o brilhante voto do Min. Ricardo Lewandowski giza, de maneira clara, a necessidade de enfrentamento da questão racial como forma de eliminação de desigualdades que vão desde o campo material até o simbólico, permitindo à população negra e parda se visualizar como construtora do desenvolvimento, da riqueza, do bem estar da sociedade brasileira e, por consequência, da mineira.

Finaliza o ilustre Ministro seu voto, pois, esclarecendo que as políticas de ação afirmativa são constitucionalmente aceitas, podem ser usadas para seleção de estudantes, especialmente nas escolas públicas e não há impedimento do uso do critério étnico-racial seja na modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas.

Por outro lado, não há como deixar de mencionar problemas que o critério fenotípico gera na execução de tal política pública. No dia a dia, nas decisões que tem de ser tomadas ora pra incluir cidadãos, ora para evitar que, sob o manto da equidade racial, sejam albergadas situações de injustiça e iniquidade.

E essas dificuldades oriundas do processo de miscigenação que ocorreu na sociedade brasileira ao longo dos séculos não passaram despercebidas no julgamento da ADPF nº 186/DF. No particular, dignas de citação as observações do Ministro Gilmar Mendes em seu voto, senão veja-se:

“Não é possível negar, tendo em vista a realidade que nós temos - o Ministro Cezar Peluso focou isso muito bem, e nós temos de julgar isso para o Brasil, e, obviamente, não para outros sistemas - , não podemos negar que, a despeito de termos um modelo de integração racial e de termos enorme dificuldade na classificação, isso é evidente, mesmo a autodesignação prepara dificuldades: quem é branco, quem é negro? Há pouco tempo, a mídia publicava aquela célebre declaração do jogador Ronaldo, o Fenômeno, em que ele dizia do preconceito no futebol; ele dizia: "mesmo branco como eu...". E aí logo alguém apontou que não era exatamente assim, ou pelo menos que ele tinha uma ascendência negra. Em suma, nós temos uma enorme dificuldade de fazer essa classificação. Mas, a despeito disso, não podemos negar que, em

---

<sup>8</sup> In ADPF nº 186/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário do S.T.F., julgado em 26/04/2012.

razão da sistemática adotada, do nosso desenvolvimento social - isso já foi falado aqui -, do modelo escravocrata de desenvolvimento, que, ao fim e ao cabo - e o que interessa é o resultado, o acesso à universidade pública; é o que interessa aqui, porque a discussão é o modelo da Universidade de Brasília - acaba sendo dificultado. E nós sabemos por quê. Porque, é claro, em geral, essa população assim entendida é aquela mais débil economicamente por razões históricas e, em princípio, não logra condições de pagar, essa perversidade do nosso sistema, que nós ainda fazemos mais perverso quando não permitimos a discussão sobre alguma forma de financiamento. Quer dizer, só chega à universidade quem, em princípio, passou pelas escolas privadas, porque esses vão ter condições de enfrentar esse sistema de vestibular que, em alguns casos, é um concurso de dificuldade quase que lotérica

(...)

Mas, Presidente, eu tenho muitas dúvidas - e deixo isso no meu voto - em relação ao critério puramente racial, porque também aqui não se contempla, ou melhor, permite-se uma possível distorção, que pessoas que tiveram, embora consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora sejam convidadas a trilhar um esse caminho facilitário das cotas, porque não se leva em conta o referencial de índole social. Parece-me que esse é um ponto que precisa ser discutido. Mas como é um projeto com essa demarcação de caráter de experimentalismo institucional, que deve ser reelaborado...

- Esse é um ponto que realmente me incomoda. Eu anotei isso aqui, chamando a atenção para esses aspectos. Fatos que são publicados na Imprensa:

"Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado 'negro', mas ela não" - (por esse, assim chamado, tribunal racial). "Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha (assunto que já foi referido) foram considerados de 'cores diferentes' pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado 'branco' pela comissão, enquanto sua filha Luá Resende de Aguiar foi considerada 'negra', mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo 'branca'".

Quer dizer, veja as dificuldades que esse modelo prepara. E isso decorre do próprio sistema de miscigenação e da dificuldade que

nós temos - e é bom até que não queiramos ter um critério tão científico de identificação. Então, este é um ponto delicado, por isso que - e acredito que há um certo consenso entre os críticos desse modelo - diferentemente do sistema adotado no ProUni, aqui falta esse referencial de índole social. E se a gente olhar o que ocorre, por exemplo: quem são os moradores de favela ou dos bairros pobres? Pode ter a maioria de pessoas de cor negra, mas nós temos brancos e negros. Agora, porque contemplar apenas os negros neste caso? Claro, nós temos a discussão sobre o modelo da escola pública, que é um referencial, que talvez seja até uma forma de, por figura de linguagem, entender que as pessoas que hoje frequentam, tendo em vista essa distorção brasileira, as escolas públicas são, em princípio, pessoas pobres. Por isso, acabou-se adotando aqui um critério racial - matéria que será objeto, inclusive, do debate que vai se seguir naquele recurso extraordinário”<sup>9</sup>

Do transcrito se observa, já no julgamento da ADPF nº 186/DF, que havia preocupação com as dificuldades que um critério fenotípico poderia gerar e, definitivamente, vem gerando na execução da política pública brasileira de inclusão racial nas Universidades Públicas.

Por tal razão, na análise do tema inclusão racial, há de se incluir os fundamentos da ADC nº 41/DF, que, embora trate do acesso aos cargos públicos mediante regime de cotas, previstas na Lei nº 12.990/14, traduz nova manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de se promover o resgate histórico com as populações marginalizadas de nossa sociedade.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a 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.

O cerne da questão deduzida em juízo era de que havia decisões contraditórias a respeito da validade da Lei nº 12.990/14 nas instâncias judiciárias do Brasil. Havia decisões que afastaram a aplicação da lei, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade. Por outro lado, quando do ajuizamento da ação

---

<sup>9</sup> In ADPF nº 186/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário do S.T.F., julgado em 26/04/2012.

haveria concursos públicos em andamento com previsão de reserva de vagas e ações que visavam assegurar efetiva aplicação da lei, tal como a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal relativa a concursos para ingresso na carreira militar citada pelo relator em seu relatório.

No seu voto, o Ministro Roberto Barroso, cerca de cinco anos depois das dúvidas apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 186/DF, inspirado na tese do Professor Adilson Moreira intitulada [na tradução em português] "Justiça Racial no Brasil: A Luta por Igualdade em Tempos de Novo Constitucionalismo", identifica as três posições básicas em relação à questão racial no Brasil, a saber, a racista, baseada na crença de que alguns grupos de pessoas são superiores a outros; a da superação do racismo pela miscigenação onde se conhecem desequilíbrios no acesso à riqueza e às oportunidades, mas eles seriam de natureza puramente econômica e não racial; e a última que entende ser fora de dúvida que negros e pessoas de pele escura, em geral, enfrentam dificuldades e discriminações ao longo da vida, claramente decorrentes de aspectos ligados à aparência física, sendo que tal preconceito "vem desde a escravidão e que foi potencializada por uma exclusão social renitente"<sup>10</sup>.

Após tratar das razões pelas quais percebe que a resistente discriminação que sofrem os negros pelos fatores sociais anteriormente já apresentados, estabelece que tal circunstância só será superada com uma política pública que possibilite uma nação "repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia"<sup>11</sup> e passa a tratar das dificuldades que a implementação de tal política pública gera.

No particular cuida das fraudes no procedimento de autodeclaração e termina por conceder espaço a mecanismos heterônomos de controle do procedimento de apuração desde que observado o respeito da dignidade da pessoa humana, senão veja-se:

"Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais. Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do STF, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente

---

<sup>10</sup> *In*, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

<sup>11</sup> *In*, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em fatores correlatos. Feita a observação, é preciso reconhecer que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas de viés racial esbarra em dificuldades variadas.

Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que diz respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo. Ela encoraja, ainda, os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública. Esse fato foi apontado pelo Professor Daniel Sarmiento, que afirmou que “é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas, da parte de pessoas que não se consideram efetivamente pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados”.

(...)

Para dar concretude a esse dispositivo, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. A grande dificuldade, porém, é a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira.

É por isso que, ainda que seja necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para fins de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, é preciso ter alguns cuidados. Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Em segundo lugar, devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato. Por fim, deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial”.<sup>12</sup>

Estabelecidas, pois, as premissas da política pública de acesso afirmativo no âmbito do controle constitucional concentrado, quando se considerou como tese de repercussão geral que “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”, passa-se então a avaliar o que diz a doutrina a respeito de como melhor fixar uma metodologia de forma a tornar o menos subjetiva possível a escolha sobre quem tem e quem não tem direito à reparação racial.

Por tal razão, seguimos para examinar se há consenso doutrinário a respeito da melhor forma de identificar um padrão racial dignitário de enfrentar os problemas diuturnos que uma política afirmativa de acesso às universidades públicas e como isso vem ocorrendo na prática.

5. Doutrina e prática administrativa já se acertaram para encontrar o melhor método de controle da autodeclaração para fins de acesso às instituições de ensino públicas?

---

<sup>12</sup> *In*, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

Quando se trata dos estudos doutrinários a respeito do tema racial, verifica-se há grande perplexidade a respeito dos critérios a seguir que, de alguma forma, reduzam o grau de subjetividade que cerca o controle da autodeclaração de qualquer indivíduo.

Dúvidas não pairam, e é bom que se parta dessa premissa, de que em todas as nações onde o tema foi estudado o melhor critério é o da autodeclaração, até porque, como já estabelecido, a diferenciação por raça é, sobretudo, um critério social. Em outras palavras, a melhor maneira de se identificar um indivíduo é observar como ele mesmo se enxerga, se vê, se sente na vida social diária.

Contudo, como bem asseverado pelo Ministro Barroso ao citar o Professor Daniel Sarmiento, “é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas”<sup>13</sup> e, por isso, há de se perquirir a melhor forma de controle.

No interessante artigo “Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação” o Desembargador Federal Edilson Vitorelli chama atenção da dificuldade de se estabelecer critérios para definir limites objetivos sobre quem é ou não é negro. Diz ele:

“Assim, ao procurar estabelecer critérios para definir, a partir de critérios, em algum limite, objetivos, quem é ou não é negro, para fins de cotas, o estudioso e o aplicador do direito precisam ser conscientes de que se estará ingressando em terreno pantanoso, sobre o qual nenhum outro país considerou adequado que o Estado interviesse. Pior ainda, quando se considera em perspectiva histórica, o único Estado que buscou estabelecer critérios objetivos para definir, de acordo com aparência, o pertencimento de uma pessoa a um grupo racial, foi o Estado nazista.”<sup>14</sup>

Passado o “susto” de imaginar que o estabelecimento de controle possa levar ao absurdo interpretativo da segregação em norma que pretende inclusão, a verdade é que o exercício diário da política pública tem apresentado desafios que vão desde a aprovação de candidatos na cota racial por uma instituição de ensino e desaprovação por outra, até resultados diferentes de avaliação para

---

<sup>13</sup> In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

<sup>14</sup> In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

componentes de um mesmo grupo familiar como já constava das observações do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da ADPF nº 186/DF.

Embora o presente estudo, até por força da sua superficialidade, não pretenda fazer uma avaliação empírica quantitativa, apenas para fins exemplificativos, toma-se como modelo o edital da “Chamada Pública para seleção de Membros da composição complementar à autodeclaração étnico-racial nos processos seletivos da UFMG”<sup>15</sup> datado de 06 de janeiro de 2.023.

O texto no item 3.1 deixa claro que os critérios para participação nas bancas é “estar em efetivo exercício na UFMG ou regularmente matriculado (3.1.1)”<sup>16</sup> e “participar do curso de preparação dos membros das comissões específicas de heteroidentificação (3.1.2)”<sup>17</sup>, ao passo que no item 4.2 estabelece que “a composição das bancas de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantido que seus membros sejam distribuídos por cor e raça, gênero e os diferentes segmentos da comunidade acadêmica da UFMG”.<sup>18</sup>

A despeito das boas intenções de diversidade e inclusão que o ato administrativo apresenta, a verdade é que os conceitos continuam vagos e não impedem um grau de subjetividade inadequado para se tratar de um tema tão sensível.

Se levarmos em consideração a constatação do Ministro Barroso na ADC nº 41/DF de que “os professores continuavam todos brancos” fica a dúvida de como garantir uma análise plural e objetiva por indivíduos talvez não representem a diversidade que se quer implementar.

É dizer, o edital de chamada procura promover a diversidade, mas até por seu caráter universal e público, dada a própria estrutura social ainda não transformada pela modificação de critérios prevista em lei, há possibilidade de

---

<sup>15</sup> *In*

[file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef\\_16732661640705\\_1026570423.pdf](file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_1026570423.pdf) - visto em julho/2023

<sup>16</sup> *In*

[file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef\\_16732661640705\\_1026570423.pdf](file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_1026570423.pdf) - visto em julho/2023

<sup>17</sup> *In*

[file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef\\_16732661640705\\_1026570423.pdf](file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_1026570423.pdf) - visto em julho/2023

<sup>18</sup> *In*

[file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef\\_16732661640705\\_1026570423.pdf](file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_1026570423.pdf) - visto em julho/2023

que a definição de quem é ou não é beneficiário do programa ser ditado por pessoas, em sua maioria, não pertencentes ao grupo social que se quer atingir.

Frise-se, mais uma vez, que tal afirmação não foi contrastada empiricamente com a composição real dessa ou de qualquer outra comissão de heteroidentificação, mas não se pode fechar os olhos de que há grande possibilidade que tal distorção ocorra, tendo como consequência práticas clientelistas para com essa parcela da sociedade cujo escopo da lei foi justamente retirar da condição de hipossuficiência e dependência.

Por outro lado, interessante a proposição do Desembargador Federal Edilson Vitorelli no artigo “Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação” de uma forma de seleção que se pretende objetiva para identificação e seleção de beneficiários de cotas.

Segundo o autor, o procedimento teria início pela contratação de modelos raciais que seriam fotografados e cujo fenótipo constaria previamente no edital, até por força da orientação jurisprudencial que deu ao ato administrativo de chamada pública um lugar central.

À partir dos modelos previamente publicados, a decisão da comissão de heteroidentificação se restringiria às razões pelas quais o candidato preencheria ou não um grau de semelhança com os modelos previstos em edital com preponderância do tônus da pele. Tal decisão seria pública e, portanto, sujeita a sindicabilidade por critérios mais objetivos. A respeito, vejam-se as razões expostas pelo autor:

A adoção das providências de elaboração do edital descritas anteriormente facilita sobremaneira a superação dessa dificuldade. Se o candidato é chamado a se autoidentificar de acordo com um modelo fenotípico predefinido, é tarefa fácil para a comissão apontar as razões pelas quais seu perfil físico é distinto do parâmetro apontado. Isso se fará, primeiramente, pela diferença de tonalidade da pele, sempre em comparação com o modelo fenotípico indicado pelo candidato. É certo que, no Brasil, a questão racial vem sendo tratada, predominantemente, a partir da tonalidade da pele e esse deve ser o critério prevalente, uma vez que é ele o móvel do preconceito racial. Ninguém sofre racismo apenas por ser filho de pais negros, ou por ter alguma outra característica física usualmente associada a essa etnia, se tiver a pele branca. A comissão, portanto, deve se limitar a fundamentar a sua decisão na comparação entre a tonalidade da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital.

(...)

Também devem ser excluídos fundamentos que pretendam atribuir ou negar a condição de cotista a candidato com fundamento em outras características fenotípicas, dissociadas da cor da pele, como o tipo de cabelo, de nariz ou de lábios, conforme propôs o Instituto Federal do Pará. O fato de alguém ter, por exemplo, um formato de nariz associado à etnia negra não fará com que o sujeito seja alvo de racismo, se tiver a pele branca. De outro lado, o fato de ter características físicas não associadas a essa etnia, por exemplo, olhos azuis, não fará com que a pessoa seja significativamente isenta de preconceito, se sua pele for negra. Assim, embora se negue que a questão da cor, para efeitos de cotas, possa ser definida apenas dermatologicamente, também se exclui a possibilidade de que esse elemento seja ignorado. A margem lícita de discricionariedade da comissão está na comparação entre a cor da pele do candidato e a dos modelos apresentados no edital, não na extrapolação dessa análise para outras características não diretamente associadas ao racismo

(...)

As cotas, raciais e sociais, já percorreram um longo caminho no Brasil. Passaram de uma política marginal a protagonistas de uma das maiores mudanças já produzidas no perfil dos estudantes universitários nas últimas décadas. Pela primeira vez em muitos anos, os cidadãos mais pobres estão deixando de financiar ensino público e gratuito para os mais ricos. No caso dos concursos públicos, a situação é mais complexa e, inevitavelmente, acabará sendo resolvida apenas por decisão do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, o cenário atual é o de que as cotas continuarão sendo aplicadas, tanto nas universidades quanto na seleção de servidores públicos. Por essa razão, é papel da academia desenvolver procedimentos que viabilizem sua aplicação mais justa e compatível com os princípios constitucionais que se impõem sobre toda a administração pública.

No presente estudo, sugerem-se três etapas de aperfeiçoamento dos editais de seleção que seriam capazes de cumprir esse desiderato. Primeiramente, a administração deveria fazer constar, em anexo do edital, fotografias de modelos profissionais reputados pretos, pardos e brancos, determinando aos candidatos que, ao formularem as respectivas autodeclarações, indicassem qual modelo seria, em sua visão, o mais similar às suas características fenotípicas. Esse procedimento incrementaria a objetividade do

procedimento administrativo interno e atribuiria parâmetros de análise para os candidatos pretendentes à cota, melhorando o grau de segurança jurídica. Ademais, a seleção de modelos poderia uniformizar os parâmetros de análise em toda a administração e ser precedida de debate público que ampliasse o consenso sobre sua escolha.

Em segundo lugar, a avaliação elaborada pela comissão deve ser fundamentada na semelhança ou dessemelhança das características fenotípicas do candidato com o modelo fotográfico por ele mesmo apontado. Na hipótese de recusa, a decisão administrativa deve explicitar quais fatores dessemelhantes foram ponderados e ser instruída com a fotografia tanto do candidato quanto do modelo. Esse procedimento homenageia o princípio da motivação das decisões administrativas e permitirá que, na hipótese de questionamento judicial, a demonstração de que se trata de decisão arrazoada e proporcional.

Finalmente, as decisões referentes à aceitação de candidatos cotistas, tornadas definitivas no âmbito da administração, devem ser publicadas, inclusive com as fotografias dos cotistas aceitos e do modelo que serviu de parâmetro a cada um deles. A publicação das decisões atende ao imperativo de transparência da administração pública e viabiliza o controle social da concessão de um benefício competitivo a um grupo de candidatos. Essa providência não fere a dignidade ou a imagem do candidato, uma vez que quem pretende obter uma vantagem do Estado deve estar disposto a demonstrar, na esfera pública, que dela é merecedor.

Com essas providências, seria possível contornar diversos problemas que o sistema de cotas atualmente vem enfrentando e permitir que ele se adapte aos ditames legais e constitucionais de modo mais preciso. Nenhum direito material pode ser implementado sem a providência processual adequada, que garanta sua implementação em conformidade com os valores que originalmente se pretendeu promover”<sup>19</sup>

As conclusões do doutrinador são consistentes, mas também esbarram na impossibilidade prática de universalização frente ao princípio constitucional da autonomia universitária que o artigo 207 estabelece ao dispor: “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de

---

<sup>19</sup> In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

É verdade, traça um caminho, mas como será que suportaria o teste de viabilidade nas cortes federais brasileiras? Uma pergunta cuja resposta é extremamente difícil num país continental como o Brasil, mas também e sobretudo, porque sua construção ocorre diuturnamente por julgados aqui e acolá que nem sempre guardam coerência sistêmica com a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes que também é novo e disruptivo com nossa tradição secular de filiação ao “Civil Law”.

Por tal razão, sem a pretensão de fazer uma análise científico-empírica dos julgamentos da questão no ramo federal do Poder Judiciário comum brasileiro, seguimos adiante para análise de alguns julgados do dia a dia na 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, órgão fracionário que vem lidando com frequência do tema.

6. O que diz a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região a respeito do tema de inclusão racial nas universidades públicas mineiras? Como são os primeiros passos que Tribunal Regional Federal da 6ª Região dá na análise do tema?

De tudo o que foi dito até aqui, passa o presente estudo a uma análise de como vem se manifestando o Tribunal Regional Federal da 6ª Região na questão da adoção de critérios de auto e heteroindentificação no acesso às vagas por critério étnico-racial pelas instituições de ensino públicas de Minas Gerais.

Como já esclarecido anteriormente, não há pretensão de dar ao presente um caráter científico-empírico, mas apenas apresentar, exemplificativamente, o que vem entendendo os julgadores de um dos órgãos fracionários na nova corte federal instalada, de forma a propiciar um vislumbre de para onde caminha a jurisprudência mineira no particular.

Por tal motivo, far-se-á apenas e tão somente um recorte de decisões colegiadas por Desembargador Federal componente da Quarta Turma associado às impressões particulares que cada voto trouxe sobre o assunto.

Não obstante, uma constatação geral que se observa dos votos dos julgadores da Quarta Turma, é uma tendência a se respeitar a autonomia didático-científica das Instituições de Ensino.

Consta expressamente do voto da Desembargadora Simone S. Lemos, aprovado à unanimidade na apelação cível nº 1033596-04.2021.4.01.3800, “que

as instituições de ensino superior gozam de autonomia administrativa que lhes assegura legitimidade para a criação e regulamentação de programas de reservas de cotas como política afirmativa que garante o ingresso de alunos egressos de escolas públicas, de baixa renda, negros ou pardos em cursos de nível superior. O procedimento de checagem da autodeclaração por comissão de verificação é constitucional, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que na espécie desenvolveu-se, ao que tudo indica, de forma regular, não tendo havido demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade manifestas”.<sup>20</sup>

É dizer, não há razão para intervenção a menos que exista prova de flagrante ilegalidade, o que de certa forma inviabilizaria o uso, por exemplo, do Mandado de Segurança, ação de índole constitucional que prima pela velocidade na entrega da prestação jurisdicional, mas que exige “prova pré-constituída dos fatos que amparam o direito do impetrante, não admitindo dilação probatória”.<sup>21</sup>

Demais disso, é interessante observar que no mérito, cada Desembargador Federal componente da turma vem apresentando votos que confirmam, na esteira da orientação do Supremo Tribunal Federal, o procedimento de heteroidentificação, mas a construção da jurisprudência ainda oscila sobre se é possível um maior controle dos requisitos previstos no edital ou se há mais espaço para subjetividade no âmbito das comissões de heteroidentificação.

Nos autos da ApCiv nº 1001302-14.2022.4.01.3815 o Desembargador Federal Ricardo Machado Rabelo validou o edital de seleção que não tratava de caracteres genotípicos, até porque protegido pela autonomia universitária, asseverando ser desnecessário o detalhamento daqueles caracteres no instrumento administrativo.

Segundo o julgado “o fato dessas características [a cor da pele, a textura do cabelo, traços da face e outras características que possibilitam a identificação da raça] não terem sido detalhadamente descritas no edital, não o tornam nulo, haja vista que se enquadram no conceito de fenótipo”.<sup>22</sup>

Conclui-se não haver impedimento de utilização de critérios subjetivos na verificação da raça do candidato, desde que observada a legalidade, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana, ao que, não tendo sido demonstrada a existência de qualquer arbitrariedade por parte dos membros da comissão que

---

<sup>20</sup> *In*, ApCiv nº 1033596-04.2021.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 08/11/2022.

<sup>21</sup> *In*, ApCiv nº 1033596-04.2021.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 08/11/2022.

<sup>22</sup> *In*, ApCiv nº 1001302-14.2022.4.01.3815, Rel. Des. Fed. Ricardo Machado Rabelo. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 18/06/2023.

pudesse eivar de vício o julgamento realizado, opta-se por negar provimento à apelação.

Nos autos da ApCiv nº 1016605-21.2019.4.01.3800, a Desembargadora Federal Simone S. Lemos, trata do grau de discricionariedade da comissão de heteroidentificação asseverando que “as regras de avaliação dos requisitos exigíveis para o encaixe no fenótipo pardo ou negro devem constar, de forma clara, no edital respectivo, sendo de se observar que a utilização da autoidentificação, da heteroidentificação ou da combinação de ambas tem sido formas reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal como adequadas à sua aferição”.<sup>23</sup>

Evidencia, pois, com esse “rationale”, sinalizar para uma construção jurisprudencial mais objetiva, cedendo menos espaço discricionariedade do administrador.

Nos autos da ApCiv nº 1007739-49.2018.4.01.3803, O Desembargador Federal Lincoln Rodrigues de Faria asseverou que “o mérito da decisão da IES (motivo como elemento do ato administrativo), em não homologar a autodeclaração da parte autora como sendo parda, refoge da competência do Estado-Juiz, que, repise-se, deve se atentar aos critérios da legalidade do ato, não se podendo transformar o Judiciário em um Tribunal Racial”.<sup>24</sup>

Frise-se que a fundamentação passou pela demonstração de que a igualdade que pressupõe a neutralização de injustiças históricas, econômicas e sociais tem três dimensões, a saber, a igualdade formal, a igualdade material e a igualdade como reconhecimento.

A partir dessa constatação, entende como válido o critério do fenótipo sem maior necessidade de descrição pormenorizada e prévia, pois o controle se dá mais sobre o mérito da decisão administrativa de admissão/inadmissão do que propriamente dos editais de chamamento. Mais espaço discricionário para decisão da comissão de heteroidentificação, portanto.

Por fim, nos autos da ApCiv nº 1000829-96.2020.4.01.3815, eu, embora também partindo do pressuposto de que ao Poder Judiciário cabe apenas o controle da legalidade no caso concreto, acabo por examinar de forma minudenciada os requisitos do edital e abro viabilidade para maior controle quando adoto o parecer do Ministério Público Federal, proferido ainda em primeiro grau de jurisdição, que assevera “nos parece certo é que a via estreita deste *writ*, sabidamente incompatível com dilação probatória, não comporta debate sobre a questão de o impetrante ser ou não pardo, melhor dizendo, se

---

<sup>23</sup> In, ApCiv 1016605-21.2019.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 18/06/2023.

<sup>24</sup> In, ApCiv nº 1007739-49.2018.4.01.3803, Rel. Des. Fed. Lincoln Rodrigues de Faria, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 01/03/2023.

ele possui ou não fenótipo de pardo. (...) Trata-se de matéria fática para cuja elucidação se prestariam variados elementos de prova, que não apenas documentos (v.g. perícia, depoimento pessoal, inspeção judicial etc)".<sup>25</sup>

Indiscutivelmente, uma orientação que prevê maior possibilidade de controle dos atos administrativos, com redução do âmbito de subjetividade permissível ao administrador, embora sem a possibilidade de apreciação na estreita via do Mandado de Segurança.

Como se pode observar, a contribuição da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região para o tema, ainda que em construção, como de resto tudo no recém-nascido Tribunal, somente ressoa as dificuldades de execução de uma política pública extremamente necessária, ao mesmo tempo que naturalmente [ou, pelo menos deveria ser assim] transitória de resgate histórico e resposta institucional efetiva para endereçar as mazelas da escravidão no país.

Partindo dessas constatações, cabe agora uma avaliação no direito comparado, mais especificamente do direito americano, no qual, segundo o Desembargador Federal Edilson Vitorelli, nos miramos para enfrentar o problema.

No direito norte-americano foram criados programas de ação afirmativa sob a proteção dos julgados *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). Mas houve recentíssimo julgamento pela Suprema Corte Americana do fenômeno, nas ações *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE e STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21-707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* (2023), com orientação diametralmente oposta.

7. Como a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana enxerga os programas de ação afirmativa.

Um dos aspectos importantes das ações de caráter afirmativo é seu caráter de temporalidade. O próprio programa examinado na ADPF nº 186/DF (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 26/04/2012 – Supremo Tribunal Federal) previa o prazo de 10 (dez) anos.

---

<sup>25</sup> *In*, ApCiv nº nº 1000829-96.2020.4.01.3815, Rel. Des. Fed. Prado de Vasconcelos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 01/03/2023.

Embora pouco tenha sido examinado, nas ações afirmativas, sob esse prisma, até aqui, inexoravelmente há um “encontro marcado” da política pública com suas consequências no tempo.

Nesse particular, no direito comparado, a experiência de ações afirmativas tem sido objeto de exame de constitucionalidade por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos da América por longo tempo e nos serve para melhor compreensão dos efeitos desse mesmo tempo sobre as verdades que instruem a convivência em sociedade.

O julgado que orientou por mais de quatro décadas a jurisprudência norte-americana a respeito do tema era *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265. Tal orientação foi reafirmada no julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003) vinte e cinco anos depois do histórico voto do Ministro Lewis F. Powell.

No julgado de 2003 transcrito, em parte, na ADPF nº 186/DF no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, restou estabelecida a constitucionalidade da manutenção de permissão do critério de raça como elemento da política de admissão de estudantes.

Consta do voto do Ministro Ricardo Lewandowski o seguinte sumário das razões da Ministra Sandra Day O'Connor que se transcreve em parte:

A fim de conferir legitimidade a nossos líderes aos olhos da comunidade, é necessário que o caminho para a liderança seja visivelmente aberto a indivíduos qualificados e talentosos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa sociedade heterogênea devem ter confiança na abertura e integridade das instituições de ensino que fornecem esse treinamento (...). O acesso (...) à educação (...) deve estar aberto a indivíduos talentosos e qualificados de todas as raças e etnias, de modo a que todos os membros de nossa sociedade heterogênea possam ingressar nas instituições de ensino que fornecem o treinamento e a educação necessária ao êxito na América”

(...)

a Equal Protection Clause não proíbe que a Escola de Direito utilize a ideia de raça nas decisões de admissão dos estudantes, desde que especificamente concebida para alcançar os benefícios educacionais que advém de um corpo discente plural”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity. All

Além das razões já expostas, o “voto da maioria” traz considerações a respeito da temporalidade de que se deve revestir a política de ação afirmativa. Asseverou a Ministra Sandra Day O’Connor em seu voto:

Nós entendemos que as escolas de direito em suas palavras “gostariam mais de encontrar uma forma de admissão neutra racialmente” e finalizar os programas de admissão com base em raça assim que possível sob o ponto de vista prático. (ver resumo para o réu *Bollinger et al.* 34; *Bakke, supra*, at 317-318 (opinion of Powell, J.) (presumindo a boa fé dos responsáveis pela Universidade de mostrar o contrário). Já se passaram 25 anos desde que o Ministro Powell aprovou o uso da raça como formar encontrar a diversidade do corpo de estudantes como interesse no contexto da educação pública superior. Desde esse tempo, o número de candidatos das minorias com notas altas e bons escores, de fato cresceu. Ver Tr. of Oral Arg. 43. Nós esperamos que em 25 anos pra frente, o uso de preferências raciais não seja mais necessário para reconhecer o interesse aprovado hoje <sup>27</sup> (tradução livre).

Pelo voto, evidencia-se que a Suprema Corte “mais liberal” antevia um “encontro marcado” da permissão da ação afirmativa com um futuro de maior igualdade e inclusão. O vaticínio da ilustre julgadora talvez não tenha se cumprido, até porque a ocorrência do movimento “Black Lives Matter” (que teve

---

members of our heterogeneous society must have confidence in the openness and integrity of the educational institutions that provide this training (...) Access to legal education (and thus the legal profession) must be inclusive of talented and qualified individuals of every race and ethnicity, so that all members of our heterogeneous society (...) the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School's narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body. *In* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/> - visto em julho/2023.

<sup>27</sup> We take the Law School at its word that it would "like nothing better than to find a race-neutral admissions formula" and will terminate its race-conscious admissions program as soon as practicable. See Brief for Respondent *Bollinger et al.* 34; *Bakke, supra*, at 317-318 (opinion of Powell, J.) (presuming good faith of university officials in the absence of a showing to the contrary). It has been 25 years since Justice Powell first approved the use of race to further an interest in student body diversity in the context of public higher education. Since that time, the number of minority applicants with high grades and test scores has indeed increased. See Tr. of Oral Arg. 43. We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today. *In* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/> - visto em julho/2023.

início em 2.013) fala em contrário da integração racial naquele país, mas uma reversão de entendimento pela Suprema Corte ocorreu 20 (vinte) anos depois do julgado *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306 (2003). Para ser mais exato mais exato, 20 (vinte) anos e seis dias depois.

Numa composição mais conservadora, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por reverter um entendimento de quase 45 (quarenta e cinco) anos para proibir políticas de ação afirmativa nas emblemáticas Universidades de Harvard e da Carolina do Norte.

Por desnecessário tratar de Harvard uma das mais, se não a mais, prestigiosas universidades do mundo, cita-se apenas o fato de que a Universidade da Carolina do Norte em Chapel Hill é uma das três escolas que reivindicam o título de universidade pública mais antiga dos Estados Unidos da América.

Curiosidades históricas à parte, a fundamentação do voto majoritário do Presidente da Suprema Corte Roberts demonstra que há, no pensamento jurídico norte-americano, uma reafirmação igualdade formal como prevalente sobre a material no âmbito de uma sociedade que até os dias de hoje se caracteriza como uma nação de imigrantes, senão veja-se

Mas a liberdade de uma Universidade não era ilimitada. “Distinções étnicas e raciais de qualquer espécie são inerentemente suspeitas”. O Ministro Powell explicou, e a antipatia para com elas estava profundamente “enraizada na história constitucional e demográfica de nossa nação” *Id.*, at 291. Uma Universidade não poderia empregar um sistema de cotas, por exemplo, reservando “um número específico de assentos em cada classe para indivíduos oriundos de grupos étnicos preferidos”, *Id.*, at 315. Nem poderia impor um “programa múltiplo com um número prescrito de assentos a serem deixados separados para cada categoria identificável de candidatos”. *Ibid.* E nem poderia ainda usar a raça para impedir um indivíduo “de ser de qualquer forma considerado simplesmente por causa de não ter a cor correta” *Id.*, at 318.

Pelas razões apresentadas acima, os programas de admissão de Harvard e UNC não podem ser ponderados à luz das garantias constitucionais da Clausula de Proteção Igual. Os dois programas demonstram a falta de objetivos suficientemente focados e mensuráveis garantindo o uso da raça, inevitavelmente aplicam raça numa maneira negativa, envolvem a estereotipagem racial, e carecem de finalidades significativas. Nós nunca permitimos programas de admissão para operar de tal maneira, e não o faremos hoje. Ao mesmo tempo, todas as partes concordam, nada nesse voto deve ser interpretado como proibição às Universidades de considerar uma discussão do candidato de como a raça afetou sua vida, seja através de discriminação, inspiração ou de outras

maneiras. Ver, e.g., 4 App. in No. 21–707, at 1725– 1726, 1741; Tr. of Oral Arg. in No. 20–1199, at 10. Mas, apesar das afirmações em contrário da divergência, Universidades não podem simplesmente estabelecer através de um sumário de inscrição ou outros meios o regime que nós julgamos ilegal hoje. (Um voto contrário é, geralmente, a melhor fonte de pareceres jurídicos em como estar de acordo com o voto predominante) “O que não pode ser feito diretamente, não pode ser feito indiretamente. A Constituição lida com a substância, não com sombras”, e a proibição contra discriminação racial está “nivelada à coisa e não ao nome”. *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867). Um benefício para o estudante que superou a discriminação racial, por exemplo, deve estar ligada à coragem e à determinação do mesmo. Ou um benefício para um estudante cuja herança ou cultura o/a motivou a assumir o papel de liderança ou pelo menos ter uma meta em particular deve ser ligado à sua habilidade única para contribuir com a Universidade. Em outras palavras, o estudante deve ser tratado com base em suas experiências como indivíduo – não com base em sua raça. Muitas universidades por muito tempo vem fazendo justamente o oposto. E, em fazendo assim, eles tem concluído, equivocadamente, que a pedra de toque da identidade de um indivíduo não são os desafios superados, as habilidades construídas, ou lições aprendidas, mas a cor de sua pele. Nossa história constitucional não tolera essa escolha. Os julgamentos das Cortes de Apelação do Quinto Circuito e da Corte Distrital para o Distrito do Meio da Carolina do Norte são revertidas (tradução livre).<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> But a university’s freedom was not unlimited. “Racial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect,” Justice Powell explained, and antipathy toward them was deeply “rooted in our Nation’s constitutional and demographic history.” *Id.*, at 291. A university could not employ a quota system, for example, reserving “a specified number of seats in each class for individuals from the preferred ethnic groups.” *Id.*, at 315. Nor could it impose a “multitrack program with a prescribed number of seats set aside for each identifiable category of applicants.” *Ibid.* And neither still could it use race to foreclose an individual “from all consideration . . . simply because he was not the right color.” *Id.*, at 318.

For the reasons provided above, the Harvard and UNC admissions programs cannot be reconciled with the guarantees of the Equal Protection Clause. Both programs lack sufficiently focused and measurable objectives warranting the use of race, unavoidably employ race in a negative manner, involve racial stereotyping, and lack meaningful end points. We have never permitted admissions programs to work in that way, and we will not do so today. At the same time, as all parties agree, nothing in this opinion should be construed as prohibiting universities from considering an applicant’s discussion of how race affected his or her life, be it through discrimination, inspiration, or otherwise. See, e.g., 4 App. in No. 21–707, at 1725– 1726, 1741; Tr. of Oral Arg. in No. 20–1199, at 10. But, despite the dissent’s assertion to the contrary, universities may not simply establish through application essays or other means the regime we hold unlawful today. (A dissenting opinion is generally not the best source of legal advice on how to comply with the majority opinion.) “[W]hat cannot be done directly cannot be done indirectly. The Constitution deals with substance, not shadows,” and the prohibition against racial discrimination is “levelled at the thing not the name.” *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867). A benefit to a student who overcame racial discrimination, for example, must be tied to that student’s courage and determination. Or a benefit to a student whose heritage or culture motivated him or her to assume a leadership role or attain a particular goal must be tied to that student’s unique ability to contribute to the

A conclusão no sentido de que os programas das duas prestigiosas Universidades “inevitavelmente aplicam raça numa maneira negativa, envolvem a estereotipagem racial, e carecem de finalidades significativas” é, de fato, uma mudança radical na concepção da ação afirmativa como programa de inclusão.

As consequências dessa mudança de entendimento para o mundo e, porque não dizer, para nós outros brasileiros, só o tempo dirá. Mas um aspecto se revela relevante: a passagem do tempo altera, oxida, envelhece também as “verdades” e “certezas” de outrora. E as ações afirmativas nos Estados Unidos da América também sofreram mudanças de percepção com o passar dos anos.

E, por essa razão, as sombras com as quais se estabeleceu que a Constituição Americana não lida, também sofrerão os efeitos do tempo para dizer se impedem que lá todos se vejam como iguais ou não. Mas isso, como dito, o tempo dirá.

## 8. Conclusões:

Do exposto, levando em conta o escopo do presente trabalho, de apresentar um dos temas que vem ocupando a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região em seus primeiros passos, podem ser apresentadas algumas conclusões:

1) Grande parte da problemática estratificação social brasileira e, por consequência, mineira advém da estruturação da ordem jurídica através da história para privilegiar uma separação/segmentação que impede a igualdade de oportunidades entre todos. Um “país de imigrantes” que, curiosamente, nega aos descendentes dos imigrantes africanos a cidadania dos que no passado não quiseram vir pra cá, só o fazendo porque foram forçados.

2) O conceito de raça é mais uma construção social, política e cultural do que propriamente biológica, pelo que a questão racial de maneira geral tem muito mais que ver com aceitação dos grupos sociais entre si do que efetivamente com alguma diferença entre os indivíduos pertencentes aos respectivos grupos, ao que deve ser tomada como correta a afirmação do Desembargador Federal Edilson Vitorelli de que “não há dúvidas de que o critério para se definir que

---

university. In other words, the student must be treated based on his or her experiences as an individual—not on the basis of race. Many universities have for too long done just the opposite. And in doing so, they have concluded, wrongly, that the touchstone of an individual’s identity is not challenges bested, skills built, or lessons learned but the color of their skin. Our constitutional history does not tolerate that choice. The judgments of the Court of Appeals for the First Circuit and of the District Court for the Middle District of North Carolina are reversed. *In* STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL. 600 US (2023).

alguém é negro, para fins de cotas, no Brasil, deve ser fenotípico, não genotípico”.<sup>29</sup>

3) As constatações referentes à raça e à própria noção de escravidão, de seu não enfrentamento de maneira adequada com resgate histórico da dívida social para com as populações afrodescendentes logo após a abolição da escravatura, somadas à alta miscigenação populacional que tem motivos diversos, são elementos que dificultam qualquer política pública de reparação ou ação afirmativa.

4) Na ADPF nº 186/DF o brilhante voto do Min. Ricardo Lewandowski giza, de maneira clara, a necessidade de enfrentamento da questão racial como forma de eliminação de desigualdades que vão desde o campo material até o simbólico, permitindo à população negra e parda se visualizar como construtora do desenvolvimento, da riqueza, do bem estar da sociedade brasileira, bem como que as políticas de ação afirmativa são constitucionalmente aceitas, podem ser usadas para seleção de estudantes, especialmente nas escolas públicas e não há impedimento do uso do critério étnico-racial seja na modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas.

5) Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF, o Ministro Roberto Barroso, após tratar das razões pelas quais percebe que a resistente discriminação que sofrem os negros por diversos fatores sociais anteriormente, estabelece que tal circunstância só será superada com uma política pública que possibilite uma nação “repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia”<sup>30</sup>, cuida das fraudes no procedimento de autodeclaração e termina por conceder espaço a mecanismos heterônomos de controle do procedimento de apuração desde que observado o respeito da dignidade da pessoa humana fixando a seguinte tese de repercussão geral: “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”<sup>31</sup>.

6) Qualquer caminho doutrinário a estabelecer critérios mais objetivos de heteroidentificação, tal como o proposto do Desembargador Federal Edilson Vitorelli, terá suportar o teste de viabilidade nas cortes federais brasileiras. Um teste cuja resposta é extremamente difícil num país continental como o Brasil, mas também e, sobretudo, porque sua construção ocorre diuturnamente por julgados aqui e acolá que nem sempre guardam coerência sistêmica com a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes que também é novo e disruptivo com nossa tradição secular de filiação ao “Civil Law”.

---

<sup>29</sup> In <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.

<sup>30</sup> In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

<sup>31</sup> In, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

7) A contribuição da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região para o tema, ainda que em construção, como de resto tudo no recém-nascido Tribunal, somente ressoa as dificuldades de execução de uma política pública extremamente necessária, em especial quanto à viabilidade de se conceder ou não maior autonomia discricionária às comissões de heteroidentificação, mormente quando se pensa no caráter que terá de ser transitório do resgate histórico e resposta institucional efetiva para endereçar as mazelas da escravidão no país.

8) A grande lição do direito comparado, em especial do direito norte-americano que lida com programas de ação afirmativa por mais de quarenta anos começando pelo julgado *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), passando por *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003) e no recentíssimo *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE e STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL.* (2023), é que a passagem do tempo altera, oxida, envelhece também as “verdades” e “certezas” de outrora. Foi o que ocorreu nas ações afirmativas nos Estados Unidos da América com o passar dos anos.

9) A construção das ações afirmativas no Brasil, a despeito das dificuldades quanto à universalização típicas de um país continental e plural como o nosso, tem de se preocupar em construir efetividade com rapidez para que se tenha, na esteira das palavras do Ministro Barroso “uma nação ‘repleta, interessada e calorosa, [como] um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia”<sup>32</sup>, sob pena do tempo envilecer, também aqui, nossas certezas sobre sua necessidade e justiça.

#### Referências Bibliográficas:

- 1) Gomes, Laurentino – *Escravidão (Volume I)* – Rio de Janeiro/RJ: 2.019 – 1ª Edição..
- 2) Ananias, Patrus - *Reflexões sobre o Brasil* – Brasília/DF: 2021.
- 3) <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71649> - visto em julho/2023.
- 4) <https://www.scielo.br/j/ea/a/6Ym7R859tBjyNgV96LcZmKr/?lang=pt> – visto em julho/2023.
- 5) [file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef\\_16732661640705\\_1026570423.pdf](file:///D:/Users/JFMG/Downloads/235750f48923c196c61a1d39fc65c4ef_16732661640705_1026570423.pdf) - visto em julho/2023

---

<sup>32</sup> *In*, ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).

Jurisprudência:

- 1) ADPF nº 186/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário do S.T.F., julgado em 26/04/2012.
- 2) ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário do S.T.F. julgado em 08/06/2017 (repercussão geral).
- 3) ApCiv nº 1033596-04.2021.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 08/11/2022.
- 4) ApCiv nº 1001302-14.2022.4.01.3815, Rel. Des. Fed. Ricardo Machado Rabelo. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 18/06/2023.
- 5) ApCiv 1016605-21.2019.4.01.3800, Rel. Des. Fed. Simone S. Lemos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 18/06/2023.
- 6) ApCiv nº 1007739-49.2018.4.01.3803, Rel. Des. Fed. Lincoln Rodrigues de Faria, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 01/03/2023.
- 7) ApCiv nº nº 1000829-96.2020.4.01.3815, Rel. Des. Fed. Prado de Vasconcelos, 4ª Turma do e. T.R.F. da 6ª Região, julgado em 01/03/2023.
- 8) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/> - visto em julho/2023.
- 9) *In* STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC., PETITIONER 21–707 v. UNIVERSITY OF NORTH CAROLINA, ET AL. 600 US (2023).