



# A HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS SUBCOTAS RACIAIS: ANÁLISE DE ANULAÇÕES DE DECISÕES DAS COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

*Arthur Procópio Barbosa dos Santos\**

## INTRODUÇÃO

As Leis 12.711/2012 e 12.990/2014 instituíram respectivamente as subcotas raciais, no âmbito da entrada no ensino superior quando da proveniência do aluno de escola pública e as cotas raciais no âmbito dos concursos públicos federais. Nesse sentido, passou-se a realizar o procedimento administrativo denominado heteroidentificação ou heteroatribuição, que consiste na convalidação da autodeclaração racial realizada pelo candidato.

Em relação à heteroidentificação, o procedimento foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, na ADPF 186, bem como na ADC 41 em 2017. Na primeira, o tribunal analisou tanto a constitucionalidade das cotas – que, à época ainda não havia se tornado política pública por meio de lei federal – quanto a constitucionalidade do procedimento de heteroidentificação, no âmbito do ingresso no ensino superior. Na época, o tribunal, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade de ambos.

Em 2017, ambos os questionamentos – a cota e a heteroidentificação voltam à discussão da corte suprema, com a diferença de que o contexto era direcionado aos concursos públicos federais. Logicamente, por coerência do próprio entendimento já desenhado pela corte, entendeu-se, novamente, pela constitucionalidade de ambos.

Apesar disso, mesmo após o reiterado entendimento do STF, pode-se encontrar decisões que vão de encontro à superação do tema pela suprema corte. Foram

\*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).  
E-mail: arthur.santos1@estudante.ufla.br



elencadas três dessas decisões, que ganharam forte notoriedade nas mídias, devido à explícita contrariedade ao entendimento do STF, trazendo a possibilidade de insegurança jurídica. No intuito de analisar as fundamentações dessas decisões, bem como incitar a discussão sobre o tema, uma vez que a Lei 12.711/2012 será objeto de revisão, é que se realiza o presente trabalho.

## 2. UFSM EM 2015

A seleção dessas decisões se dá devido a notoriedade que tomaram ao contrariar as comissões de heteroidentificação. A mais antiga dentre as selecionadas trata-se de um mandado de segurança interposto contra a Universidade Federal de Santa Maria, pedindo pelo “reconhecimento da autodeclaração”. O pedido foi deferido e a sentença trata da apelação feita pela UFSM contra a decisão em primeiro grau. A sentença que termina por extinguir o processo sem exame do mérito é fundamentada pelo Relator Desembargador Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle.

Para o relator, o Estado estaria realizando o que ele denominou de “seleção racial” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000923-98.2015.404.7102/RS, p. 3, 2015) e a heteroidentificação seria inconstitucional, pois que “ainda que não haja elementos de má-fé dos agentes públicos, sua conduta deve ser prontamente barrada, impondo-lhes os limites postos pela própria Constituição”. A fundamentação do desembargador é construída com elementos que criticam a intervenção estatal na “seleção racial” dos seus “súditos”. Segundo ele

**Não se questiona aqui a constitucionalidade do sistema de cotas, afirmada de forma definitiva pela Corte Suprema, mas a utilização de metodologias indignas na sua efetivação.** Diz que o Estado, por razões tidas por legítimas pela Suprema Corte, pode favorecer grupos sociais 'historicamente desfavorecidos', não significa autorizar que possa, na implantação de tal política, ultrapassar as barreiras do digno e mergulhar num assustador sistema de seleção racial, da competência de juntas administrativas (grifo do autor) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000923-98.2015.404.7102/RS, p. 4, 2015).

Percebe-se, no entanto que o relator, apesar de citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, desconsidera que essa também acolhe a constitucionalidade da heteroidentificação, concomitantemente. Ainda, decide que “ultrapassa as barreiras do digno”, contudo, não comprova tal afirmação, nem pela legislação, jurisprudência ou doutrina.



Denota-se, portanto, que não houve fundamentação a respeito da possibilidade de anulação do ato administrativo, uma vez que em momento algum a sentença trata de questionar a legalidade do ato, o que autorizaria a hipótese de intervenção pelo Judiciário. Nesse sentido, não há que se falar em anulação da decisão da comissão, posto que não fora vislumbrado em momento algum vício no ato.

### 3. UFRGS EM 2020

A partir dessa seção e a seguinte, o cenário jurídico já contava cronologicamente com duas decisões do STF (ADPF 186; ADC 41) que reiteram entre si a constitucionalidade dos procedimentos aqui tratados, quais sejam da realização de heteroidentificação como procedimento conjunto da autodeclaração no momento de efetivação de inscrição de candidatos ao ensino superior ou a concurso público federal que optaram pela reserva de vagas constituída pelas Leis nº 12.711/2012 e 12.990/2014. No entanto, pela presente razão da realização do trabalho, a jurisprudência permanece não pacificada no sentido de aceitar a constitucionalidade da heteroidentificação e, ainda, de compreender que se trata de ato administrativo.

A ação de número APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS será tratada em dois momentos, posto que interessa a análise dos argumentos utilizados nos dois momentos processuais, quais sejam o indeferimento do pedido em juízo de primeiro grau e a posterior procedência do pedido quando remetido ao segundo grau.

No pedido, a autora alega que o procedimento de heteroidentificação é ilegal, alega ainda que não é “minimamente plausível” que seu irmão tenha sido aprovado na mesma universidade, na mesma modalidade de reserva de vagas. A juíza federal Ana Maria Wickert Theisen em decisão detalhadamente fundamentada entendeu que a heteroidentificação não se constitui como procedimento ilegal, vez que recepcionado constitucionalmente e ainda explica:

entendo que tal critério se mostra justificado, visto que, normalmente, é a aparência do indivíduo que atrai para si atitudes sociais discriminatórias, o que permite a adoção da avaliação das suas características físicas como o critério mais adequado para autorizar a concorrência às vagas reservadas. Não se pode negar que a sociedade analisa e discrimina a partir da aparência dessa ou aquela etnia e isso é refletido na política de quotas. Trata-se de estabelecer, a partir do exame das características étnicas mais evidentes (fenotípias) se o candidato se inclui como beneficiário da política de quotas raciais (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 6)



A magistrada traz em sua fundamentação o ponto suscitado no presente trabalho, qual seja do caráter de ato administrativo, quando argui que é inviável a interferência do Poder Judiciário no mérito do ato, ou seja, como o ato deve se dar. Ao mesmo tempo, ressalta que “não se vislumbra qualquer dos vícios capazes de invalidar a não confirmação da matrícula da parte autora, visto que a Administração não desbordou do campo que lhe é reservado à avaliação dos fatos e à correspondente decisão administrativa (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.7)”.

Por fim, em relação à alegação de que deveria ser aprovada pelo fato de o irmão ter sido aprovado, restou demonstrado que à época da aprovação do irmão, a Universidade não havia adotado o sistema de heteroidentificação, valendo-se tão somente da autodeclaração, condição que foi vinculada à heteroidentificação no edital do qual se valeu a autora para inscrever no processo seletivo.

Em um segundo momento, a impetrante recorre da decisão de primeira instância e consegue procedência em seu pedido, ensejando a anulação da decisão da comissão de heteroidentificação. Parte-se para a análise da decisão de segunda instância, pela perspectiva da fundamentação utilizada para conferir validade à decisão. A decisão será analisada primeiramente pelos votos favoráveis, quais sejam do Desembargador Rogerio Favreto e da Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida e, posteriormente, do voto contrário proferido pela Desembargadora Marga Barth Tessler, que teceu raciocínio similar ao da juíza de primeiro grau, do qual fazem jus aos expostos trazidos no presente trabalho.

O voto favorável foi realizado pela Des.<sup>a</sup> Vânia Hack, que foi seguida pelo Des. Rogerio Favreto. Nele, é reconhecida a constitucionalidade do procedimento, contudo, para os desembargadores se tratou de caso em que a identidade da autora se encontra “nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.8). Baseando-se nas fotos anexadas pela autora, considerou-se suficiente para o estabelecimento da “dúvida”. Citando a própria decisão do STF na ADC 41, argumentam que,

em que pese os traços fenótipos serem critérios primordiais para a aferição da validade da autodeclaração, não se olvida que a primazia da autodeclaração busca justamente assegurar ao indivíduo que, ainda que não detenha traços externos marcantes, tenha experimentado os efeitos nefastos do preconceito racial durante seu desenvolvimento humano. Não se está a admitir, como não se admite pela legislação, que a hereditariedade seja critério subsidiário a tanto. Mas que, em hipóteses para as quais os traços fenótipos sejam objeto de



controvérsia, é dizer, que a heteroidentificação realizada pela Administração vá de encontro ao conteúdo da autodeclaração do candidato, seja permitido que este demonstre que, a despeito da controvérsia concreta acerca da fenotípia (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.8)

Deve-se trazer aqui que a ADC 41/STF entende que, “quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial (2012, p. 64)”. Tal entendimento, no entanto, deve ser tido como uma orientação à Administração Pública quando da adoção da política de reserva de vagas, sendo motivo ainda maior para a adoção do procedimento de heteroatribuição. Mais adiante, afirma-se que “embora as dificuldades inerentes à aferição do componente étnico-racial existam, dada a ampla zona de incerteza envolvida, elas por certo não invalidam a alternativa por ações afirmativas de recorte racial (2012, p. 82)”. Ainda, há que se falar que, quando da constatação da existência de dúvida razoável, a própria Administração Pública deve corrigir o ato, conforme mandamento do art. 55 da Lei 9.784/1999 (BRASIL, 1999), bem como pelo amplo entendimento doutrinário a respeito da possibilidade ora levantada (PIETRO, 2021, p. 252; SPITZCOVSKY 2022, p. 437).

Ademais, ao argumentar sobre a dúvida em relação à identidade racial da autora, afirmam que puderam constatar sobre a condição de parda da candidata pela análise de fotos, como demonstrado abaixo:

O conjunto fotográfico da conta da ancestralidade negra da família de LARA o que, somado ao fato de seu irmão bilateral já ter sido aceito na mesma universidade pelo sistema de cotas, confirma seu direito a, na qualidade de pessoa parda em razão de características fisionômicas apresentadas (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 8)

Tem-se, como na decisão anteriormente analisada, a supressão dos requisitos eleitores de anulabilidade do ato administrativo. Os desembargadores entenderam pela “qualidade de pessoa parda” da autora. O problema reside no fato de que o procedimento de heteroatribuição é ato administrativo e, portanto, não pode ser emanado do Poder Judiciário. Ao afirmar que a candidata possui condição de parda pelo conjunto fotográfico, os desembargadores não fundamentam a necessidade de anulação do ato, tampouco exigem a correção pela Administração Pública, apenas interpelam o ato administrativo e impõem que a matrícula seja deferida, sem comprovar que o ato fora viciado.

Resta realizar análise quanto ao voto contrário proferido pela Des.<sup>a</sup> Marga Barth Tessler, da qual sintetiza seu entendimento quando afirma que



A Comissão da UFRGS é composta por 16 membros, entre elas pessoas com qualificação técnica em antropologia e sociologia, e esta magistrada, isoladamente e subjetivamente, não tem condições de dizer se alguém é pardo ou não. O certo é que a autora não obteve nenhum voto, nem dos discentes negros. Não houve ilegalidade. A Comissão atuou com autonomia e utilizando seus critérios com justificativa (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 9-10).

O entendimento pronunciado pela desembargadora faz jus ao defendido nesse trabalho, vez que compreende que o procedimento realizado pela comissão de heteroidentificação, por se tratar de ato administrativo, não deve sofrer interferência sem a constatação de ilegalidade.

#### 4. UFMG EM 2021

Em pedido feito por meio de tutela antecipada antecedente, o juiz Vinicius Magno Duarte Rodrigues concedeu pedido feito pelo requerente de concessão de procedimento de matrícula e, ainda, entendeu pelo não preavalecimento da conclusão da comissão de heteroidentificação que invalidou a autodeclaração. O magistrado fundamentou arguindo que “diante das fotos acostados aos autos pelo autor, a condição de candidato pardo restou suficientemente demonstrada, caracterizando, assim, o erro grosseiro, constatável à primeira vista, apto a justificar a excepcional intervenção do Poder Judiciário (PROCESSO: 1034488-10.2021.4.01.3800, 2021, p. 7)”.

Ocorre que, além de não competir ao Judiciário o procedimento de validação da autodeclaração, que deve ocorrer por meio da heteroidentificação, de igual forma nas decisões acima analisadas, preteriu os requisitos que justificam a anulação do ato administrativo, afirmando apenas que o ato constituiu “erro grosseiro”. Contudo, como já explicitado nas seções anteriores, a consideração da existência de erro grosseiro não importa condição necessária a anulação do ato administrativo, sendo que não fora colocado a prova a existência de ilegalidade no procedimento. Além disso, mesmo que o ato fosse viciado, conforme já defendido no texto presente, não caberia a chegada da conclusão de que o candidato seja apto à reserva de vagas, devendo o procedimento ser revisto pela Administração Pública (PIETRO, 2021, p. 252; SPITZCOVSKY 2022, p. 437; BRASIL, 1999).

O que se depreende da análise dessas sentenças é que os magistrados ignoram que o ato de heteroidentificar realizado pelas comissões, seja no acesso ao



ensino superior ou em concursos públicos federais, este se trata de ato administrativo. As decisões contêm fundamentação que ora considera inconstitucional o procedimento, ora considera constitucional, contudo, ignora que se trata de ato administrativo e defere anulação sem comprovação da existência de vício a ser eivado. Ainda que fosse o caso de ato viciado, o art. 55 da Lei 9.784/1999, bem como o entendimento doutrinário apresentado acima, aduz que a própria Administração deve corrigir o ato, em se tratando de vício sanável. Depreende-se, portanto, que as três decisões aqui trazidas são inconstitucionais e, ainda, ilegais, por não se aterem aos princípios constitucionais, nem à legislação ordinária, suprimindo requisitos necessários para a eleição da possibilidade de intervenção judiciária.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Diário Oficial da União, Brasília, DF.
- BRASIL. *Lei Nº 12.711, de 29 de Agosto de 2012*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, agosto de 2012.
- BRASIL. *Lei Nº 12.990, de 9 de Junho de 2014*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, junho de 2014
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª região). *Tutela antecipada antecedente nº 1034488-10.2021.4.01.3800*. Requerente: Felipe Magalhães Bambirra. Requerido: Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz: Vinicius Magno Duarte Rodrigues. Belo Horizonte, 8 de junho de 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Agravo de instrumento nº 5007081-38.2015.404.0000*. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Bianca Serena de Moraes. Relator: Luís Alberto d Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Apelação Cível nº 5022677-97.2018.4.04.7100*. Apelante: Lara Tomazzini Rosa. Apelante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Apelado: os mesmos. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 9 de outubro de 2019.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Editora Forense, 2021.
- STF. *Ação Declaratória se Constitucionalidade 41*. Relator: Min. Roberto Barroso. 08/06/2017.
- STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26/04/2012.