



A TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIA DAS COTAS E AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS

Jônatas Luiz Moreira de Paula

Reginaldo Bonifácio Marques

RESUMO: A introdução do negro no Brasil teve a finalidade da exploração da mão de obra e a obtenção de lucros pelo tráfico de escravos. A estes, era cerceado os direitos sociais, restando-lhes o analfabetismo, a miséria e o preconceito. Com o advento das leis abolicionistas, a marginalização e o segregamento tomaram proporções maiores. Diante do desfavorecimento, surgiu a necessidade de reversão do quadro por meio de um conjunto de ações inclusivas que oportunizasse ao negro uma condição melhor. Inobstante, o Poder Público passou a valer-se da ampliação dos conceitos de justiça distributiva e da justiça social, perfazendo-se de políticas públicas com esse viés. O Poder Judiciário não se furtou da responsabilidade de contribuir com a efetivação das garantidas dos direitos sociais como meio de minimizar a pobreza e a discriminação. A tutela jurisdicional passa a ser um instrumento importante na implementação das discriminações positivas. Para tanto, destaca-se o enfrentamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/2012, consolidando a constitucionalidade das cotas raciais como mecanismo de acesso à educação superior. Importante destacar que a decisão da Corte Maior fomentou discussões para a criação de novas leis protetivas. Os remédios constitucionais sejam para garantir direitos líquidos e certo, sejam para impor uma sanção a um programa social orçado, mas não efetivado, o Poder Judiciário é uma ferramenta de instrumentalização das tutelas dos direitos dos desfavorecidos. Em última análise nesse estudo, as demandas judiciais que envolvem a identificação dos beneficiários das ações afirmativas como meio de solução de conflitos envolvendo as questões raciais.

Palavras-chaves: cotas raciais; ações afirmativas; políticas públicas; heteroidentificação; inclusão social.

TITLE

ABSTRACT: The introduction of black people to Brazil had the purpose of exploiting labor and obtaining profits through the slave trade. These individuals had their social rights curtailed, leaving them with illiteracy, poverty, and prejudice. With the advent of abolitionist laws, marginalization and segregation assumed greater proportions. Given the disadvantage, the need arose to reverse the situation through a set of inclusive actions that would provide black people with better conditions. The Public Power began to utilize the expansion of the concepts of distributive justice and social justice, creating public policies with this bias. In this context, the Judiciary did not shirk its responsibility to contribute to the implementation of guaranteed social rights as a means of minimizing poverty and discrimination. The judicial protection becomes an important instrument in the implementation of positive discrimination. To this end, the Federal Supreme Court's decision in ADPF 186/2012 stands out, consolidating the constitutionality of racial quotas as a mechanism for access to higher education. It is important



to highlight that the Major Court's decision encouraged discussions to create new protective laws. Constitutional remedies, whether to guarantee liquid and certain rights or to impose sanctions on a budgeted but not implemented social program, make the Judiciary a tool for instrumentalizing the protection of the rights of the disadvantaged. Also noteworthy is the work of justice assistants in resolving conflicts involving racial issues.

Keywords: racial quotas; affirmative actions; Public policy; heteroidentification; social inclusion

INTRODUÇÃO

O pensamento científico deve permear os fatos ocorridos buscando a interpretação da realidade atual e estudando as trajetórias dos institutos presentes. Assim, o estudo proposto visa analisar os embates jurídicos que envolvem as ações afirmativas que tratam da inclusão étnico-racial.

Diante das inferências levantadas, em um primeiro momento, mostra-se salutar um apanhado histórico introdutório da situação do negro na formação da sociedade brasileira. Em meio a estigma e o preconceito, o braço do negro ajudou a formação econômica.

Com o advento das leis antiescravagistas, permaneceu a segregação racial e o cerceamento dos direitos sociais basilares aos recém libertos. Em meio ao desfavorecimento social das minorias representadas, surgiram as políticas públicas afirmativas com a intenção de diminuir as desigualdades sociais.

Destacam-se, para este estudo, as reservas de vagas pautadas nas cotas raciais com meio de ingresso as universidades. A relevância da cientificidade do tema está nos desdobramentos que surgiram, pois palpitou no cenário nacional o controle da constitucionalidade das reservas de vagas, a criação de leis, a ampliação de medidas de implementação e a utilização da tutela jurisdicional como instrumento para dirimir conflitos existentes quanto a temática.

Com os avanços sociais, surgem novos enfrentamentos, como a identificação dos beneficiários dos programas de reservas de vagas em instituições públicas. Com isso, o Poder Judiciário passa a ter um papel relevante na construção de caminhos de efetivação dos programas afirmativos.

Por fim, por meio do método indutivo, a presente literatura observou a necessidade da atuação do Poder Judiciário como uma força moderadora no combate das desigualdades sociais.

1. A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA

O processo de formação social e econômica brasileira teve a base na exploração do trabalho escravo. Nessa feita, as principais culturas agrícolas difundidas no período do Brasil colônia utilizaram-se da mão de obra negra, trazendo lucros na produção (SCHWARTZ, 1988. p. 42). Nesse contexto, negro e escravo eram praticamente tomados pela mesma imagem, submetidos a uma condição de indivíduos sem autonomia ou mesmo liberdade (CORREA, 2000, p. 87)

Diante disso, o lucrativo tráfico e comércio do negro já pré-estabelecido no final do século XVI, associada a imposição do trabalho forçado ao africano na agricultura, com melhor adaptação a cultura canavieira, frente a experiência dessa exploração anteriormente, foram fatores que introduziram os negros no cenário nacional. Em diapasão, para se ter uma ideia, em

torno de 4 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil de 1550 a 1855, como escravos. (FAUSTO, 2006, p. 50)

Não por menos, os direitos sociais não alcançavam os negros. Assim, ao longo do período escravocrata, a esses, era negado o acesso à educação.

Nesse contexto histórico de marginalizado, mesmo após as leis abolicionistas, permanecia quase inexistente a presença dos negros nos bancos acadêmicos. O cerceamento ao direito era legitimado pelas autoridades da época, como o caso do juiz de órfãos, em Mariana/MG, que negou o acesso a instrução dos filhos de uma viúva parda sobre a alegação que por serem pardos, deveriam trabalhar (VILLALTA, apud SILVA, 2000. P. 25).

Inobstante, o ex-escravo passou a figurar na sociedade como homem livre, porém ainda com a estigma do preconceito. (COSTA, 2008, p. 12). Nesse contexto, a inserção social do negro era um trauma deixado pelo processo escravocrata. Emília Viotti da Costa (2008, p. 12) lecionou que

Os ex-escravos foram abandonados à sua própria sorte. Caberia a eles, daí por diante, converter sua emancipação em realidade. Se a lei garantia o status jurídico de homens livres, ela não lhes fornecia os meios para tornar sua liberdade efetiva. A igualdade jurídica não era suficiente para eliminar as enormes distâncias sociais e os preconceitos que mais de trezentos anos de cativo haviam criado. (COSTA, 2008, p. 12)

A condição de liberdade do negro não lhe garantia espaço social, permanecendo ainda a segregação. Assim, os negros foram tolhidos de gozar em pé de igualdade aos brancos dos direitos sociais (COSTA, 2008, p. 366)

Na condição do negro livre, Boris Fausto (2006. p. 206) relatou que “a mudança no eixo econômico após as leis abolicionistas não possibilitava a inserção do negro escravo diante do preconceito”. Portanto, mesmo com o advento da liberdade, a desvantagem do negro ao acesso aos direitos básicos o levou a uma condição de empobrecimento e desprestígio social.

Não houve um processo transitório, sendo destituídos os escravos de assistência e garantias que protegessem da transição para o sistema de trabalho livre. (FERNANDES, 1964 p.76)

Nesse cenário desfavorável as classes excluídas que cresceu no pensamento nacional para a criação de ações afirmativas, pautadas na justiça social e na busca da superação do preconceito. Para tanto, José Claudio Monteiro de Brito Filho (2023, p. 63) lecionou que as ações afirmativas eram uma das alternativas para o combate da discriminação e a colocação dos segregados no meio social.

Não obstante a discussão não tenha sido travada, de forma direta, até agora, é certo que a exclusão social, que leva alguns indivíduos à condição de vulneráveis, é motivada por diversos fenômenos, estranhos, de início, ao Direito, como o estigma, o estereótipo e o preconceito, sendo o último e mais abrangente de todos, quando exteriorizado, denominado de discriminação, esta, sim, uma categoria jurídica de análise.

Sendo as ações afirmativas uma das respostas possíveis contra a discriminação, é preciso compreender, sob esse prisma, o contexto maior em que estão inseridas. (BRITO FILHO, 2023, p. 23)

Assim, as medidas tomadas pelo Poder Público como forma de minimizar as desigualdades sociais nasceram de um fator histórico de segregação e cerceamento de acesso os direitos sociais necessários a dignidade da pessoa humana.

2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FORMA DE MITIGAR AS DESIGUALDADES



Os negros, agora libertos, passam a viver da sorte, mendigando pelas ruas, desprezados, sem trabalho e esquecidos pela sociedade (EDMUNDO, 1938, p. 246 a 247).

Os traços deixados pelo período de distinção, legitimado pelo tratamento desigual, elevam as ações afirmativa ao nível de necessidade imperiosa de balancear os desníveis existentes. Nessa senda, José Cláudio Monteiro de Brito Filho Brito Filho (2023, p. 74) lecionou que

Não se pode ignorar que, entre brancos e negros – especialmente os que se autodeclararam pretos – há um desnível causado diretamente por um tratamento desigual, que iniciou com a situação jurídica distinta de uns e de outros durante o período de escravidão e persistiu depois, pela não adoção dos últimos na sociedade, bem como pela utilização de uma série de artifícios (...) (BRITO FILHO, 2023, p. 74)

Os debates sobre superação racial tomam força a partir da década de 30, despertando as políticas afirmativas para inclusão social (FONSECA, 2016, p. 331).

Nesse cenário de inclusão, na década de 60 surgiu um significativo instituto na construção normativa brasileira das ações afirmativas, o Decreto 65.810/1969. Trazido pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, na qual o Brasil é signatário, observam-se os debates ao tema racial, propiciando um cenário favorável para integração dos povos segregados.

Emprestado do contexto estadunidense, o conceito de “discriminação positiva” ganha força nas discussões no cenário brasileiro (FERES JUNIOR, 2018, p. 57). Coadunado ao exposto, o Poder Público tornou-se protagonista no papel de tutelar as ações visando mitigar as desigualdades étnico-sociais, bem como fomentar políticas afirmativas de superação dos principais problemas para a concretização da justiça social (BRASIL, 2012). É possível notar a aproximação dos conceitos da justiça social aos elementos de direitos multiculturais (FERES JUNIOR, 2018, p. 83).

Para John Rawls (1997 p. 107), ao observar que “desigualdades imerecidas exigem reparação”. Assim, a reparação funciona como uma ferramenta de isonomia em detrimento das descompensações de oportunidades.

Em Ronald Dworkin (2002, p. 350), a forma de tratamento de igualdade busca o respeito e as considerações de cada indivíduo, sendo que em determinadas situações, a diferenciação pode ser justificável. O autor em destaque salientou a redução de conflitos quando as oportunidades são bem distribuídas. Nessa lógica, o autor coloca que com maior representatividade de uma classe minoritária, haveria “maiores discussões sobre os problemas sociais” desses grupos, com melhor compreensão das realidades, podendo configurar melhor efetividade as ações afirmativas. É dizer, existindo oportunidades para todos, melhor representatividade, produzindo melhor compreensão social, com políticas públicas mais efetivas que estimulem novos comportamentos dos pares daquela comunidade, diminuindo as desigualdades sociais (DWORKIN, 2002, p. 351)

O fato é que, no Brasil, segundo Sabrina Moehlecke (2002, p. 211), um importante marco no fortalecimento quanto as ações afirmativas foi a Constituição Federal de 1988. Nesse viés, o Legislador constituinte de 88 expôs que um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, artigo 3º, inciso IV, é promover o bem-estar de todos, sem preconceitos ou discriminação de qualquer ordem.

Como forma de mitigar os entraves sociais que visavam a efetivação de políticas públicas de inclusão, surgiram os primeiros casos de implementação de ações afirmativas raciais. Inicialmente, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ - e a Universalidade

Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF - foram palco das iniciativas de reserva de vagas às minorias. As iniciativas encontravam respaldo nas leis 3.524 (28/12/2000) e 3.708 (09/11/2001). Embora as cotas, inicialmente, ofertavam 90% das vagas para candidatos com viés econômico e racial, posteriormente, foram alteradas por lei visando a proporcionalidade no patamar de 25% das vagas a tais candidatos (FERES JUNIOR, 2018, p. 75).

A discussão em torno das ações afirmativas tomou âmbito nacional quando a Universidade de Brasília - UNB - adotou a reserva de vagas com forma de ingresso aos cursos de graduação, estabelecendo a proporção de 20% das vagas, com requisitos específicos para esses candidatos. (BRITO FILHO, 2023, p. 122).

A iniciativa foi recebida com críticas e não tardou a judicialização do tema, questionando a constitucionalidade da discriminação positiva.

Nessa desenrolar, uma lei importante na contribuição de valorização de grupos étnicos desfavorecidos foi a promulgação da lei 12.288/2010, denominado Estatuto da Igualdade racial, sendo um marco na busca do combate ao preconceito e discriminação.

Assim, na subsunção das leis de tutela das ações afirmativas, o Poder Judiciário assumiu um ativismo considerável tanto no esforço hermenêutica legal quanto na garantia da concretização das políticas de inclusão. Nesse ponto, Lênio Luiz Streck (1999, p. 38) registrou que nos casos em que os outros Poderes não são atuantes, urge a atuação do Judiciário como mecanismo jurídico para a proteção do Estado de Direito. Nesse sentido, destacou o autor supra que “na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.

Coadunado ao exposto, um enfrentamento histórico do Supremo Tribunal Federal quanto a implementação das ações afirmativas foi no controle da constitucionalidade das vagas raciais na Universidade de Brasília, por meio da ADPF 186/DF, julgada em 26/04/2012. Certo está que a decisão foi importante para pavimentar o caminho para o significado do princípio da dignidade humana, da isonomia e equidade. Quanto a esse ponto, a decisão unânime da Corte Suprema, enfraqueceu a criticidade jurídica da reserva de vagas étnicas, dirimindo, em princípio, embates raciais (FERES JUNIOR, 2018, p.128). A temática racial trazida pelo STF apontou os estudos sobre a justiça distributiva de *Jonh Rawls* e *Ronald Dworkin* (BRITO FILHO, 2023, p. 120). Na composição do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ficou configurado três aspectos importantes a ser vencido: a questão do mérito para ingresso no ensino superior, a temporariedade da ação afirmativa de cotas raciais e a proporcionalidade entre os meios e os fins das medidas positivas. (BRITO FILHO, 2023, p. 120).

Posterior a decisão do STF, a temática chegou ao Congresso Nacional que regulamentou o acesso das minorias às vagas em universidades e instituições federais, pautadas no requisito étnico, por meio da criação da lei 12.711/2012. Dessa forma, expandiu-se no âmbito nacional o acesso à educação, possibilitando o ingresso ao ensino superior de camadas outrora desfavorecidas.

Em apoio, com a lei 12.990/2014, foram ampliadas as vagas pautadas também no requisito étnico-racial para concursos públicos. Diante da lei supracitada, mais uma vez o Poder Judiciário é suscitado para enfrentar a temática, por meio da ADC 41/DF, sendo que a decisão desencadeou uma nova interpretativa favorável para garantias de direitos fundamentais.

Entremeios, destaca-se o Decreto 10.932/2022 na construção história no combate ao racismo, a discriminação e preconceito racial, surgindo discussões significativas no Poder Legislativo e levando em consideração a necessidade de proteção das vítimas do racismo, em grande parte, ligadas a fatores étnico-racial.

Coronários das questões em debate, o estudo das tutelas jurisdicionais na garantia de ações afirmativas, visando o combate à discriminação e ao preconceito, torna-se elemento



fundamental na irradicação do racismo estrutural e institucional haja vista que as decisões fortalecem a cultura de equidade, concretizando no âmbito social a representatividade efetiva tão cara para a democracia brasileira.

3. AS TUTELAS JURISDICIONAIS EM RELAÇÃO AS COTAS RACIAIS

Diante das discussões levantadas para compreender a situação das classes segregadas após do período escravocrata, das iniciativas no âmbito social para dirimir as desigualdades sociais, da imposição constitucional da reciprocidade dos Poderes na minimização das pobreza e da atividade do Poder Judiciário no enfrentamento da constitucionalidade dos institutos legais integrativas, surge a necessidade de dar maior atenção as tutelas jurisdicionais que visam efetivar as políticas públicas afirmativas.

Entremeios, observa-se a atuação dos órgãos jurisdicionados no controle da constitucionalidade, provocando as discussões sociais e, principalmente, fomentando debates nas casas representativas do povo para a criação de leis. Certo está que os institutos de verificação das normas são funções típicas do Poder Judiciário e essenciais para orientar o pensamento crítico.

Como apresentado no item anterior, o enfrentamento da questão das ações afirmativas se deu por meio de uma ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – instrumento previsto na Constituição Federal. Assim, com a adesão das reservas de vagas para ingresso na Universidade de Brasília – UNB - e a repercussão geral, aquele remédio constitucional teve julgamento decisivo para a construção de políticas inclusivas no cenário das ações afirmativas.

Com o advento das leis assecuratórias afirmativas, lei 12.711/2012 e a 12.990/2014, regulando as implementações do acesso aos direitos sociais, a atuação do Poder Jurídico passa a ser importante na busca de um direito líquido e certo positivado. Portanto, a violação do direito a reserva de vagas étnico-raciais afronta a norma infraconstitucional e as garantias fundamentais, tem-se aqui o direito do violado ao mandado de segurança.

Em outro norte, percebe-se que na inércia do Poder Público no cumprimento da efetividade de um programa que visa beneficiar os envolvidos, a decisão do Magistrado serve de base para a exigência do cumprimento. Conforme Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 207) lecionou que

A decisão judicial é a criação do direito objetivo e prima por impor uma sanção jurídica ao dever jurídico descumprido, fato gerador do direito espontaneamente ineficaz. Esse argumento também justifica a possibilidade do Poder Judiciário intervir nos cofres públicos, a fim de executar os compromissos assumidos em lei orçamentária. (PAULA, p. 207)

Nesse caminho, a concretização de uma política afirmativa torna-se consistente ao passo que a lei, de força mandamental, legitima o credor do direito frente ao descumprimento do Poder estatal.

Pensando nas cotas raciais para ingresso nas universidades e visando aprimorar os mecanismos de efetividade, uma problemática apontada pelos Ministros do STF quando decidiram a improcedência da ADPF 186/12 pairou sobre a necessidade de uma análise complementar da autodeclaração do candidato para as vagas estipuladas as minorias. Em meio as críticas, a presença da comissão de heteroidentificação foi considerado constitucional pela Suprema Corte (BRITO FILHO, 2023, p. 127).

Roger Raupp Rios (2018, p. 39) apontou a dificuldade de se chegar à identidade do beneficiário das ações afirmativas. Ressaltou que “essa resposta, que depende da compreensão do fenômeno identitário, revela-se assaz desafiadora, sobretudo em uma nação onde, ao mesmo tempo que a mestiçagem é fenômeno marcante, a injustiça racial é tão pronunciada.”

Assim, a busca de parâmetros para identificação dos credores das cotas raciais, transpassam o significado de raça na visão biológica (GUIMARÃES, 1999, p. 29). No ordenamento jurídico a respeito da identificação étnico-racial, duas técnicas são levadas em conta: a autodeclaração e a análise heteroidentificativa. No entanto, a prática normativa tem demonstrado a prevalência daquela em relação a esta (RIOS, 2018, p. 46).

Dessa forma, o prestígio da autodeclaração não descartou o sistema de heteroidentificação, conforme destacou o Ministro Ricardo Lewandowski no enfrentamento da ADPF 186/2012. Não por menos, o Estatuto da Igualdade Racial – lei 12.288/2010 – trouxe a previsão da autodeclaração como meio de identificação de pertença do indivíduo a um grupo social. (RIOS, 2018, p.47).

Não por menos, o critério complementar de heteroidentificação foi regrado pela Portaria Normativa nº 4, de 16/05/2018, pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/ Secretaria de Gestão de Pessoas. A discussão em análise envolve-se em conceitos complexos e pouco explorado nos bancos acadêmicos, conforme Roger Raupp Rios (apud. RICH, 2013-2014) apontou que

Diante dessa complexidade inerente à raça, percebe-se a insuficiência de modelos e compreensões que trabalham com conceitos rígidos e fixos. Assim, há a necessidade, do ponto de vista institucional, de que as normas e as decisões judiciais se conformem para dar conta dessas identidades inconstantes, reconhecendo-as e protegendo-as da discriminação.

Por outro lado, visando o combate de práticas que venham fraudar o sistema de cotas, os órgãos públicos têm estudado formas para estabelecer parâmetros de implementação das políticas de cotas raciais, bem como atuar de forma repressiva, coibindo práticas violatórias. Nessa visão protetiva, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação 41, de 9/08/2016. O documento recomendou a atuação mais enérgica do Ministério Público para reprimir ações fraudulentas, cobrar a efetividade no combate violações ao sistema de cotas e estimular mecanismos para fiscalizar as implementações das reservas de vagas.

Deve-se levar em conta para coibir práticas fraudulentas a reprimenda das circunstâncias dolosas comprovadas. Para tanto, ressalta-se que a autodeclaração, cuja as circunstâncias levam a entender que se enquadra nas reservas de vagas raciais por outros fatores, não implica uma declaração falsa, com rigor da aplicação pena (SANDY; SANTANA, 2017, p. 655)

Não obstante ao papel investigativo do Ministério Público, conforme disposto supra, o Poder Judiciário tem buscado solucionar os conflitos existentes, ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nesse compasso, a atividade jurisdicional, por meio do devido processo legal, encontra meios de coibir práticas que visam fraudar o sistema de cotas, mas também garantir que os direitos cheguem aqueles que necessitam.

Para Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 137) a figura do Judiciário passa a ser uma peça fundamental para aplicação das políticas públicas que visem o benefício

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio de utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. (GRINOVER, 2012, p. 137)



Quanto a utilização do processo como meio efetivação das políticas públicas, Jônatas da Luis Moreira de Paula (2002, p. 5) lecionou que

Portanto, o processo é um instrumento de efetivação da sanção jurídica, a fim de conferir eficácia forçada a direitos materiais espontaneamente ineficazes. É no ambiente da relação da relação processual que tal efetivação se dará, posto que, como é de amplo conhecimento, ao cidadão é vedada a prática da justiça com as próprias mãos (CP, arts. 345-346). Como é indispensável a figura da jurisdição para possibilitar a efetivação da sanção, a relação processual é o único e necessário ambiente para a sua realização.

É por meio do processo que o Magistrado decidirá sobre a identificação do beneficiário das vagas destinadas aos grupos étnico-raciais. Como dito, a autodeclaração configura-se como um instrumento de pertença, de identificação do indivíduo com o grupo. No entanto, a heteroidentificação, outrora já registrado, tem o caráter suplementar perante terceiros. (RIOS, 2018, 47).

Ante tudo já relatado, a apreciação do Juiz em casos de revisão das decisões administrativas de incompatibilidade entre a autodeclaração e a verificação da heteroidentidade justifica-se pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também pelo aparelhamento dos mecanismos processuais disponíveis em juízo. Assim na percepção de Roger Raupp Rios (2018, p. 62) asseverou que

Nesse diapasão, admitida por hipótese a revisão judicial do mérito da deliberação administrativa, o procedimento judicial há que se cercar de todas as cautelas inerentes à atividade jurisdicional, em especial a prudência na produção probatória, a distribuição dos ônus argumentativos (visto que a comissão tem caráter deliberativo na política pública) e a necessária fundamentação de mérito que não pode furtar-se a considerar os aportes das ciências sociais para a compreensão da rica, complexa e contextual realidade fática subjacente ao litígio, tudo, evidentemente, informado pelos comandos constitucionais antidiscriminatórios e indicativos na adoção e implementação de ações afirmativas (RIO, 2018, p.62)

Portanto, a atuação jurisdicional deve pautar-se na profundidade da situação, buscando evidenciar por meio da produção de provas, a averiguação adequada ao caso concreto. Nesse sentido Roger Raupp Rios (2018, p. 62) disciplinou que

No eventual cabimento de exame judicial de mérito, portanto, há que se empregar extremada cautela e ponderação. Devem-se evitar juízos apressados ou simplistas, dada a falta de formação nas questões étnico-raciais e as dificuldades culturais disseminadas no senso comum em face das políticas públicas positivas, no que não se distinguem, em geral, os operadores do direito. (RIOS, 2018, p. 62)

Diante da necessidade de verificação de evidências concretas do presente estudo, uma decisão do STF, em 13/11/2023, tratou do sistema de heteroidentificação por meio da medida cautelar na Reclamação 62.861. Na decisão, a Segunda Turma do Pretório Excelso referendou a liminar concedida para restabelecer uma candidata no certame da IX Prova oral do Concurso Público e Títulos para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

No caso, a candidata concorria nas vagas reservadas aos autodeclarados negros, quando tomou ciência da exclusão do concurso, pois não possuía os requisitos para figurar nas vagas raciais. Ademais, o procedimento de heteroidentificação não cabia recurso.

Diante do conflito, o Ministro Relator Nunes Marques votou que na decisão era cabível o referendo a liminar, pois a decisão do tribunal inferior ofendia os postulados da ADC 41. Inobstante, fundamentou o Ministro que mesmo sendo legítima a verificação de heteroidentificação, deveria ser oportunizado o direito da ampla defesa e do contraditório, em homenagem ao princípio constitucional.

Portanto, a adoção de comissões de heteroidentificação, mesmo em meio as críticas, produz um efeito assecuratório contra fraudes ou violações ao sistema de cotas raciais. Nas palavras de Najara Lima Costa (2018, p. 98-99) “Cabe dizer que a segurança jurídica traçada a partir do deferimento da ADC ao tratar sobre os processos de heteroidentificação, fortaleceu não só a política, mas sua própria execução”. Assim o mecanismo supracitado foi considerado constitucional no Julgamento do controle constitucional outrora mencionado.

Destacou o Ministro Nunes as palavras do Ministro Roberto Barroso, na ADC 41, que ponderou que “o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos”.

Tem-se aqui pontos necessários a discussão. Em primeiro momento a existência da autodeclaração do candidato e, por outro, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao cerne da questão envolvendo a autodeclaração, a discussão paira sobre a complexidade de definição racial, torna-se situacional e imprevisível, prestigiando a esse sabor a autodeclaração (FRY, 2005. p. 336).

Ainda nessa discussão, Antônio Sergio Alfredo Guimarães (1999, p. 46) lecionou que
É desse modo que a “cor”, no Brasil, funciona como uma imagem figurada de “raça”. Quando os estudiosos incorporam ao seu discurso a cor, como critério para referir-se a grupos objetivos”, eles estão recusando a perceber o racismo brasileiro. Suas conclusões não podem deixar de ser formais, circulares e superficiais: sem regras claras de descendência não haveria “raças”, mas apenas grupos de cor.

No trecho acima fica evidente que a caracterização do beneficiário das reservas de vagas para cotistas ultrapassa a aparência física, passando para um fenômeno ideológico racial, anteriormente estabelecido.

Os traços da ancestralidade africana são importantes para a definição dos receptores dos benefícios das reservas de vagas, mas também guardam maior identificação das vítimas do estigma e do preconceito (OSÓRIO, 2004, p. 114-115)

Na busca de adequar a autodeclaração ao sistema de heteroidentificação, na visão de Daniela Ikawa (2008, p. 129-130) é possível a adoção de outros mecanismos complementares como: a elaboração de formulários, declarações, entrevistas e formação sobressalente após a autodeclaração.

Portanto, entende-se que as interpretações voltadas para a inclusão social devem ser ampliadas, com vistas a buscar maior efetividade. Nesse patamar, conforme Jonatas Luiz Moreira de Paula (2002. p. 91) concluiu que a inclusão social deve ser entendida com um mecanismo que visa eliminar as desigualdades, num processo.

O conceito de inclusão social é um conceito que conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão. Por isso, a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas e grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico. (PAULA, 2002, p. 91)

Outro ponto evidenciado na decisão do Ministro Nunes Marques, na medida cautelar na reclamação nº 62.861, foi o resguardo do princípio do contraditório e da ampla defesa. Esse instituto encontra guarida na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV.

Na subsunção da lei por meio do processo, observa-se a necessidade de verificar as provas essenciais, haja vista que a divergência quanto à identificação do indivíduo ao grupo beneficiário das cotas perpassa pelos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, com a fase probatória, há uma condução decisória mais satisfativa. Nesse sentido pode ser estudado

Aqui, tem lugar outro importante termo desta equação: a ampla defesa. Caso haja divergência entre as opiniões do candidato e da comissão, aquele deve ter a oportunidade de apresentar todos os elementos que o levaram a formar sua convicção,



tais como documentos, genealogia, avaliação médica, contexto sociocultural, etc. O critério deve ser misto, afinal, sendo a classificação racial um conceito jurídico indeterminado, quanto mais meios de informação, maiores as chances de se obter o resultado equivalente à realidade, reduzindo, assim, a subjetividade pública existente (margem de livre apreciação) (SANDY; SANTANA, 2017, p. 655)

Portanto, o Poder Judiciário busca compreender a realidade apresentada, criando caminhos necessários à interpretação de institutos complexos ao direito.

Nesse viés, o estudo e o aprimoramento para dar respostas de punho pragmático pelo Poder Judiciário vem sendo fomentado cada vez mais forte. Assim se apresentou a I Jornada Justiça e Equidade Racial, ocorrida de 20 a 24 de novembro de 2023, no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do Trabalho. O evento teve o objetivo de ampliar o acesso das populações negras ao judiciário, pensar mecanismos para o combate do racismo estrutural e estudar formas de implementar políticas públicas para fortalecer a presença das representações étnico/raciais no Judiciário.

Coadunado ao exposto, no evento supra, foram firmados pactos que estimulavam eixos de ações para produzir uma mudança no quadro discriminatório na esfera jurídica. Destaca-se nesse eixo a criação nos tribunais de comissões de heteroidentificação para melhor compreensão da realidade, bem como estudar as complexidades que envolvem a temática da identidade dos beneficiários das reservas de vagas.

Portanto, a inclusão social é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e os Poderes incumbidos dessa tarefa passam a ser corresponsáveis na luta de implementação de políticas públicas para diminuir a pobreza e as desigualdades sociais.

CONCLUSÃO

A Constituição federal ao mesmo tempo que estipulou objetivos para os Poderes Públicos, garantiu aos cidadãos direitos fundamentais. O fato é que a não prestação da essencialidade dos direitos estampados na Carta Maior, condiciona aos cidadãos a figura de credores das prestações objetivadas. Nesse meio, como forma de mitigar as desigualdades sociais e combater a discriminação surgem as políticas afirmativas integrativas.

Diante do desfavorecimento histórico, grande parte da população negra ficou desassistida de direitos sociais fundamentais ao desenvolvimento. Assumindo o papel de fomentador de políticas, bem como das práticas ativas para as implementações de políticas públicas, o Poder Judiciário torna-se uma ferramenta essencial no combate aos diversos tipos de desrespeito aos vulneráveis.

Como instrumento de efetivação, as portas do Judiciário devem estar sempre abertas para socorrer os mais necessitados e que buscam uma tutela jurisdicional para a implementação das ações afirmativas.

Em meio a mais de 30 anos de implementação das cotas raciais para ingresso no ensino superior, os entraves ainda permanecem, carecendo de estudos mais aprofundados e institutos regulamentadores da legislação já existente.

Embora as decisões judiciais caminhem para um norte, certo está que a problemática da sistêmica heteroidentificação ainda persiste. Os indicadores consubstanciam a subjetividade da apreciação frente a miscigenação brasileira e da dificuldade de estabelecer parâmetros.

À primeira vista é que os estudos envolvendo racionalismo e análise heteroindicativo precisam avançar, criando um banco de dados e grupos de estudos envolvendo o tema. Nesse sentido, um grande passo a ser destacado foi a I Jornada Justiça e Equidade Racial, ocorrida de 20 a 24 de novembro de 2023, no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do

Trabalho. O evento teve o objetivo de ampliar o acesso das populações negras ao judiciário e pensar mecanismos para o combate ao racismo estrutural. Naquele contexto, firmou-se o pacto nacional do judiciário pela Equidade Racial dentro os eixos está a regulamentação de Comissões de Heteroidentificação nos Tribunais. O passo em destaque torna-se importante quanto se trata de tutela Jurisdicional que visam garantir a efetividade das ações afirmativas, pois contribui com a melhoria do sistema combativo das desigualdades.

Por fim, a superação de alguns desafios sociais deve contar com apoio de todos os setores sociais. O combate as formas de discriminações devem ser enfrentadas com base na oportunidade de todos terem representatividade nos meios sociais. Portanto todos os esforços devem convergir para esse ideal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial**; altera as Leis n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 abr. 2012a.

BRASIL. **Lei n. 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012b.

BRASIL. **Lei n. 12.990**, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20,0% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

BRASIL. **Recomendação n. 41**, de 9 de agosto de 2016. Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2016a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Reclamação 62.861**. Relator: Min. Nunes Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 ago. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas** [livro eletrônico]. – 5º ed. - São Paulo: LTr Editora, 2023.

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

_____, Emília Viotti da. **A abolição**. – 8ª ed. ver. E ampl. – São Paulo: Editora UNESP, 2008.

COSTA, Najara Lima. **Implantação da lei de cotas raciais nos concursos públicos federais: Análises dos processos de execução da ação afirmativa**. In: DIAS, G. R. M.; TAVARES JUNIOR, P. R. F. (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS, 2018. p. 215-250.

CORREA, Silvio M. de Souza. **O negro e a historiografia brasileira**. Revista *Ágora*. Santa Cruz do Sul, n. 1, 2000.



- DWORKIN, Ronald. **Levando os direito a sério**: tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 ed. 1 reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006
- FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. **Ação afirmativa: conceito, história e debates** [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, 190 p. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65990364-7-7. <https://doi.org/10.7476/9786599036477>.
- FERNANDES, FLORESTAN. **A integração do negro na sociedade de classes: O legado da “raça branca”**, volume I. – 5º ed. – São Paulo: Globo, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. - 2 ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: ed. 34, 1999.
- IKAWA, Daniela. **Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras, in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**, Lumen Juris, 2008.
- MOEHLECKE, Sabrina. “**Ação afirmativa: história e debates no Brasil**”. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, pp. 197217, São Paulo, nov. 2002.
- OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça”no IBGE**. In: **BERNARDINO**, Joaze; **GALDINO**, Daniela. **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Editora Manole, 2002.
- RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. – São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- RIOS, R. R. **Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação**. In: DIAS, G. R. M.; TAVARES JUNIOR, P. R. F. (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais:dúvidas metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS, 2018. p. 215-250.
- SADDY, André e SANTANA, Stephan Bertollo. **A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos**. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 633-665.
- SCHWARTZ, Stuart B. **Segredos internos: engenhos e escravos na sociedade colonial 1550-1835**. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- SILVA, Adriana Maria Paulo da. **Aprenda com a perfeição e sem coação: uma escola para meninos pretos e pardos na corte**. Brasília : Editora Plano, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) CRISE: uma exploração hermenêutica da construção do Direito** /. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.