



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
11ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Av. Rio Branco, 243, Anexo II - 7º andar - Bairro: Centro - CEP: 20040-009 - Fone: (21)3218-8114 - www.jfrj.jus.br - Email: 11vf@jfrj.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5030155-28.2020.4.02.5101/RJ

AUTOR: UNIRIO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - RJ

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS

ADVOGADO(A): CAIO TIRAPANI ADUM RESENDE (OAB MG134317)

SENTENÇA

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, inicialmente, em face de **SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS** e da **UNIRIO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - RJ**, objetivando condenação da UNIRIO à obrigação de anular a inscrição da candidata Sarah Regina Pereira de Matos, matriculada no curso de Medicina, inscrita no ENEM sob o nº 161015307739, retornando ao status quo ante; e de Sarah Regina Pereira de Matos à reparação de danos materiais causados à UNIRIO, consubstanciado no valor médio aproximado das mensalidades do curso de MEDICINA em instituições particulares no Estado do Rio de Janeiro, sendo o valor mensal a ser devidamente atualizado de R\$ 8.847,00 (oito mil seiscentos e vinte e cinco reais)⁴⁷; bem como à reparação dos danos morais difusos e coletivos à sociedade brasileira e dos danos morais individuais à UNIRIO, em patamar não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em sede antecipatória da tutela jurisdicional, o *Parquet* efetuou pedido liminar pleiteando a suspensão da matrícula de Sarah Regina Pereira de Matos.

Inicial no Evento 1 (evento 1, INIC1), instruída por cópia do Procedimento Preparatório n.º 1.30.001.004558/2019-88 (evento 1, ANEXO2/evento 1, ANEXO3).

No final do iter processual, a UNIRIO migrou para o polo ativo, conforme se depreende dos Eventos 104 (evento 104, PET1), 146 (evento 146, PARECER1) e 152 (evento 152, DESPADEC1).

Por meio da decisão do Evento 4 (evento 4, DESPADEC1), o Juízo da 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro indefere o pedido de liminar.

Contestação da UNIRIO no Evento 14 (evento 14, CONT1).

A corré Sarah Regina Pereira de Matos foi validamente citada (evento 50, MAND2/evento 50, CERT1), apresentando contestação no Evento 53 (evento 53, CONT1), instruída por procuração (evento 53, PROC2), CNH (evento 53, HABILITAÇÃO3), comprovante de residência (evento 53, END4), declaração de matrícula (evento 53, DECL5), histórico escolar do curso de medicina (evento 53, OUT6), edital SISU n.º 54/2017 (evento 53, EDITAL7), edital de processo seletivo UNIRIO/PROGRAD n.º 5/2017 (evento 53, EDITAL8) e Instrução Normativa PROGRAD n.º (evento 53, INSTNORM9).

Declaração de hipossuficiência econômico-financeira acostada no Evento 54 (evento 54, DECLPOBRE1).

Réplica no Evento 59 (evento 59, RÉPLICA1), instruída com cópia do Ofício n.º 014/2022/PROGRAD/UNIRIO (evento 59, ANEXO2).

Manifestação da UNIRIO no Evento 60 (evento 60, PET1) noticiando que Sarah Regina Pereira de Matos foi submetida à Comissão de Heteroidentificação.

Redistribuição do processo ao Juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Evento 66) em cumprimento à Resolução n.º TRF2-RSP-2022/00024, de 16 de março de 2022 (evento 64, CERT1).

O Juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, por meio da decisão proferida no Evento 68 (evento 68, DESPADEC1), indefere a tutela de urgência.

No Evento 75 (evento 75, PET1/evento 75, AGRAVO5), o Ministério Público Federal noticia a interposição do Agravo de Instrumento n.º 5004791-60.2022.4.02.0000 (Eventos 74 e 79), juntando cópia dos documentos alusivos à submissão de Sarah Regina Pereira de Matos a Procedimento Administrativo de Heteroidentificação Retroativa (evento 75, ANEXO2/evento 75, ANEXO3) e do Relatório de Pesquisa n.º 1793/2022 (evento 75, ANEXO4).



No Evento 86 (evento 86, PET1), a UNIRIO junta cópia do Memorando n.º EX 40/2022 (evento 86, MEMORANDO2) e da Instrução Normativa PROGRAD n.º 20, de 13 de setembro de 2021, que estabelece procedimentos e critérios a serem aplicados nos processos administrativos que apuram denúncias de supostas fraudes no uso de cotas destinadas à população negra (evento 86, INSTNORM3).

Sarah Regina Pereira de Matos manifesta-se no Evento 88 (evento 88, PET1), pugnando pela manutenção da decisão que negou o pedido de provas, afirmando tratar-se de discussão estritamente de direito, não havendo necessidade de dilação probatória.

Decisão do Evento 90 (evento 90, DESPADEC1), proferida pelo Juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, rejeita o pedido de reconsideração do Evento 75 e declara encerrada a fase de instrução processual, determinando a remessa dos autos à conclusão para sentença.

Alegações finais de Sarah Regina Pereira de Matos no Evento 99 (evento 99, ALEGAÇÕES1) requerendo a total improcedência do pleito.

No Evento 102 (evento 102, PET1), o Ministério Público Federal junta cópia do Procedimento Administrativo de Heteroidentificação Retroativa n.º 23202.000429/2021-97.

Neste mesmo evento, o órgão ministerial comunica haver tratativas em curso com a UNIRIO e um grupo de 13 discentes, inclusive a demandada, pleiteando suspensão do processo nos termos do art.313, inciso II, do Código de Processo Civil.

A ré Sarah Regina Pereira de Matos, no Evento 103 (evento 103, PET1), alega que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu a ilegalidade da criação de novos critérios para aferição da veracidade da autodeclaração por ela prestada, no julgamento do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal.

O Juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro converteu o julgamento em diligência (evento 105, SENT1), determinando intimação do Ministério Público Federal para informar a atual situação das tratativas de acordo mencionada na petição do Evento 102 e se persiste o interesse processual no feito.

No Evento 113 (evento 113, PET1) foi informado que as tratativas para a celebração de acordo ainda estão em curso, em fase final de avaliação de viabilidade (evento 113, ANEXO2), pugnando o *Parquet* pela prorrogação da suspensão do feito por 30 dias.

O Juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro defere a suspensão do processo por 30 (trinta) dias, conforme decisão do Evento 115 (evento 115, DESPADEC1).

Traslado de peças do Agravo de Instrumento n.º 5004791-60.2022.4.02.0000 no Evento 127, delas se extraindo que a 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal.

A ré Sarah Regina Pereira de Matos informa, no Evento 134 (evento 134, PET1), que as tratativas de acordo não obtiveram êxito.

O Ministério Público Federal emite parecer no Evento 136 (evento 136, PARECER1), por meio do qual aduz que as tratativas para a celebração de acordo ainda estão em curso, em fase final de avaliação de viabilidade, porém, pleiteia pelo prosseguimento do feito, com a procedência integral dos pedidos autorais.

No Evento 138 (evento 138, PET1), a ré pugna por nova suspensão do processo, asseverando que as tratativas de acordo ainda estão em andamento (evento 138, EMAIL2/evento 138, EMAIL3).

Processo redistribuído ao Juízo da 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em cumprimento à Resolução n.º TRF2-RSP-2023/00033, conforme Evento 139.

Por meio da decisão proferida no Evento 140 (evento 140, DESPADEC1), o julgamento foi convertido em diligência para intimar as partes da redistribuição do processo e determinar intimação do Ministério Público Federal para esclarecer a respeito das tratativas em andamento.

No Evento 146 (evento 146, PARECER1), o autor informa "[...] que as tratativas extrajudiciais entre as partes estão avançando. Após apresentação de proposta recusada em 19 de setembro de 2023, a ré Sarah Regina Pereira de Matos apresentou em 26 de setembro nova proposta de acordo, que ainda está sob análise."

Manifestação da ré no Evento 149 (evento 149, PET1), requerendo "[...] o normal prosseguimento do feito, com o julgamento improcedente dos pedidos da exordial." e, no Evento 151 (evento 151, PET1), comunicando que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região mais uma vez reconheceu a ilegalidade da criação de novos critérios para aferição da veracidade da autodeclaração prestada pela ex-discente, nos autos de recurso interposto nos autos da ação conexa n.º 5080180-40.2023.4.02.5101 (evento 151, CERTACORD2).

Decisão do Evento 152 (evento 152, DESPADEC1) abre vista ao Ministério Público Federal a respeito das petições e documentos dos Eventos 149 e 151.

No Evento 159 (evento 159, PET1), o Ministério Público Federal informa que "[...] em razão de posicionamento recém-assumido pela UNIRIO pela reativação de processos administrativos que estavam suspensos para aguardar conciliação, este órgão ministerial definiu que as tratativas, por sua parte, estão encerradas, restando agora aguardar o resultado dos processos administrativos.", reiterando os termos da inicial e pedindo pelo prosseguimento do feito.

Por fim, no Evento 164, a Secretaria trasladou cópia das peças do Agravo de Instrumento n.º 5012238-65.2023.4.02.0000, vinculado à ação conexa n.º 5080180-40.2023.4.02.5101, mencionada pela ré no Evento 151.

Assim vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório necessário. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Segundo a inicial, a ré Sarah Regina Pereira de Matos, utilizando-se de ação afirmativa prevista na Lei n.º 12.711/2012, ingressou no Curso de Medicina da UNIRIO, por meio do Processo Seletivo Discente - SISU 2ª Edição / 2º Semestre de 2017 conduzido pela referida universidade federal, com esteio na Portaria Normativa MEC n.º 21, de 5/11/2012 e no Edital n.º 54 de 17 de maio de 2017, da Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, publicado no DOU de 22 de maio de 2017.

O Ministério Público Federal afirma que a ré "[...] teria burlado o sistema de cotas raciais e a declaração de renda, por ser fenotipicamente branca e seus pais apresentarem padrão de vida e patrimônio não condizentes com o declarado, respectivamente. A referida candidata ingressou no curso pela Modalidade 02 – própria a candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas – à revelia da Lei n.º 12.711/2012 eis que sem possuir as características étnicas referentes à modalidade.". (destaque apostro)

Pleiteia o órgão ministerial, a condenação da ré, nos seguintes termos, *litteris*:

"[...]

3.2) condenar SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS à reparação de danos materiais causados à UNIRIO, consubstanciado no valor médio aproximado das mensalidades do curso de MEDICINA em instituições particulares no Estado do Rio de Janeiro, sendo o valor mensal a ser devidamente atualizado de R\$ 8.847,00 (oito mil seiscentos e vinte e cinco reais)⁴⁷; bem como à reparação dos danos morais difusos e coletivos à sociedade brasileira e dos danos morais individuais à UNIRIO, em patamar não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

47 Valores das Mensalidades dos Cursos de Medicina Privados. Disponível em <<https://www.escolasmedicas.com.br/mensalidades.php>>. Acesso em: mai. 2020.

"[...]"

Em contestação apresentada no Evento 53, a ré Sarah Regina Pereira de Matos confirma ter ingressado "[...] no curso de Medicina da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, através processo seletivo SISU EDIÇÃO 2017.2, e se candidatou para as vagas ofertadas para o grupo L4, que são destinadas a “Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda (art. 14, II, Portaria Normativa n.º 18/2012), tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei n.º 12.711/2012)”, tendo sido convocada na 2ª chamada da segunda edição do SISU 2017.2 [...].”

Argumenta que a UNIRIO utilizou, à época, "[...] o critério da autodeclaração para aferir a condição dos candidatos como pardos, negros ou indígenas, de acordo com a proporção estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). [...] Nesse sentido, a requerida apresentou a sua autodeclaração, confirmando a sua condição de participar do vestibular concorrendo por uma das vagas destinadas para candidatos cotistas. Portanto, deve ser prontamente rechaçada qualquer acusação acerca da ocorrência de fraude por parte da requerida, tendo em vista que a autodeclaração apresentada representa nada mais que a verdade, vez que é parda de acordo com os critérios estabelecidos pelo IBGE.”

Defende que "[...] a categoria pardo seria utilizada para denominar qualquer grau de miscigenação entre branco e preto, sendo destacado, ainda, que a questão do enquadramento do indivíduo nas diversas categorias étnicas é fruto de divergências em razão da população brasileira ser caracterizada pela miscigenação. [...] a requerida possui ascendência familiar parda, por parte de sua família materna. [...] a requerida é enquadrável no grupo pardo, tanto pelos nítidos traços da mistura entre as famílias materna e paterna, sendo certo, mais uma vez, que são categorizados como pardos todos os indivíduos frutos da mistura genética entre diferentes etnias.”. (destaque apostro)

Narra que "[...] a ação civil pública é baseada na alegação de que a autodeclaração prestada pela requerida é falsa, por meio da análise de seu fenótipo.", e demonstra sua irresignação quanto à utilização deste critério fenotípico, nos seguintes termos, *litteris*:

"[...]

Ocorre, contudo, que tal critério foi utilizado pelo requerente sem qualquer amparo legal e, principalmente, sem se preocupar com a legislação vigente atualmente e, principalmente, à época em que a requerida ingressou na UNIRIO.

Nos termos já abordados, tanto o edital do vestibular pelo qual a requerida ingressou nossos quadros da UNIRIO, quanto todos os diplomas normativos nele mencionados, eram claros no sentido da utilização, pela UNIRIO, do critério da autodeclaração para aferir a condição dos candidatos como pardos, negros ou indígenas, de acordo com a proporção estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) quanto à população do estado do Rio de Janeiro.

Assim, é completamente inadmissível que a requerida passe a ser questionada segundo critérios totalmente novos e sem qualquer embasamento, criados após o seu ingresso na UNIRIO, o que certamente constitui grave violação ao princípio da vinculação ao edital/instrumento convocatório.

Nesse sentido, como o edital da UNIRIO (e toda legislação nele referenciada) é claro quanto à utilização do critério da autodeclaração para utilização do sistema de cotas raciais, não pode a Administração criar novos critérios para avaliar a possibilidade de ingresso pelas cotas de candidato que ingressou na UNIRIO há 5 anos, sob pena de violação ao que se denomina princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

[...]"

Ressalta "[...]" que para que seja configurada a fraude ao sistema de cotas raciais é essencial a configuração e comprovação de má-fé por parte do candidato, além da intenção clara e dolosa de cometer fraude, o que certamente não ocorreu, *in casu*."

Aponta não haver qualquer ato ilícito "[...]" vez que à época em que ingressou na UNIRIO o único critério utilizado pela instituição era o da autodeclaração - conforme informado pela própria Universidade nestes autos - prestada pela requerida por conta de possuir ascendentes pardos.", e, com supedâneo nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

Destaca "[...]" que o pedido de reparação cível pleiteado pelo MPF não encontra qualquer fundamento legal, não havendo nada nos autos que embase a pretensão de condenação do requerente ao pagamento de R\$8.847,00 (oito mil oitocentos e quarenta e sete reais) por cada mês em que esteve matriculada na UNIRIO. No mesmo sentido, deve ser reconhecido que o montante requerido pelo MPF em relação aos danos morais coletivos é completamente abusivo."

Ao final de sua peça contestatória, requer, *in verbis*:

"[...]"

a) seja julgado totalmente improcedente o pedido 3.1 da exordial, vez que não há razão para que a matrícula da requerida seja cancelada, tendo sido demonstrada a legalidade da autodeclaração prestada;

b) seja julgado totalmente improcedente o pedido 3.2 da exordial, vez que não há qualquer ato ilícito por parte da requerida que fundamente a responsabilização cível, além de não ter sido apresentada fundamentação legal ou embasamento, para balizar os valores apontados;

b.1) Caso assim não entenda V. Exa, o que se admite por argumentar, requer sejam julgados improcedentes os pedidos de nº 3.2, vez que desprovidos de qualquer fundamentação legal, além de não ter sido apresentado qualquer embasamento ou justificativa para balizar os valores apontados;

b.2) Caso assim também não entenda V. Exa, requer sejam minorados os valores pleiteados a título de danos materiais e de danos morais coletivos, de forma proporcional e arrazoada.

[...]"

A Lei n.º 12.711/2012 disciplina sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. À época dos fatos subjacentes à demanda, eis a redação dos dispositivos legais aplicáveis à hipótese dos autos:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .

Art. 2º (VETADO).

*Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, **por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência**, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016) (destaque apostro)*

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Por sua vez, a Lei n.º 12.711/2012 foi regulamentada pelo Decreto n.º 7.824/2012, interessando-nos as seguintes disposições legais:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Parágrafo único. Os resultados obtidos pelos estudantes no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM poderão ser utilizados como critério de seleção para o ingresso nas instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior.

Art. 2º As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o caput serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e

II - as vagas de que trata o art. 1º da Lei n.º 12.711, de 2012, serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação pertinente, em proporção ao total de vagas, no mínimo, igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade federativa onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (destaque aposto)

[...]

Art. 5º Os editais dos concursos seletivos das instituições federais de educação de que trata este Decreto indicarão, de forma discriminada, por curso e turno, o número de vagas reservadas.

§ 1º Sempre que a aplicação dos percentuais para a apuração da reserva de vagas de que trata este Decreto implicar resultados com decimais, será adotado o número inteiro imediatamente superior.

§ 2º Deverá ser assegurada a reserva de, no mínimo, uma vaga em decorrência da aplicação do inciso II do caput do art. 2º e do inciso II do caput do art. 3º.

As redações do parágrafo único do art.1º e do art.3º da Lei n.º 12.711/2012 foram alteradas pela Lei n.º 14.723/2023, e as dos incisos I e II do art.2º do Decreto n.º 7.824/2012, pelo Decreto n.º 11.781/2023, cujas modificações não serão aplicadas ao caso concreto dos autos porquanto o ato impugnado pelo Ministério Público Federal possui jaez de ato jurídico perfeito, nos termos preconizados pelo § 1º do art.6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (destaque aposto)

Com o escopo de conferir concretude aos dispositivos legais, o Ministério da Educação publicou a Portaria Normativa n.º 18/2012, que tratou da política pública de ações afirmativas. Eis a dicção de seus artigos 3º e 14, *in verbis*:

Art. 3º - As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação - MEC que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas de que trata o caput serão reservadas aos estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita; e

II - proporção de vagas no mínimo igual à da soma de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Parágrafo único - Os resultados obtidos pelos estudantes no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem poderão ser utilizados como critério de seleção para as vagas mencionadas neste artigo.

[...]

Art. 14 - As vagas reservadas serão preenchidas segundo a ordem de classificação, de acordo com as notas obtidas pelos estudantes, dentro de cada um dos seguintes grupos de inscritos:

I - estudantes egressos de escola pública, com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita:

- a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas;
- b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas.

II - estudantes egressos de escolas públicas, com renda familiar bruta superior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita:

- a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas;
- b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas.

III - demais estudantes. Parágrafo único - Assegurado o número mínimo de vagas de que trata o art. 10 e no exercício de sua autonomia, as instituições federais de ensino poderão, em seus concursos seletivos, adotar sistemática de preenchimento de vagas que contemple primeiramente a classificação geral por notas e, posteriormente, a classificação dentro de cada um dos grupos indicados nos incisos do caput.

Na página 56 do Evento 14, OUT2, está juntada cópia do Termo de Autodeclaração subscrito pela ré Sarah Regina Pereira de Matos. Transcrevo os motivos mencionados no referido termos, que a levaram a se identificar como preto, pardo ou indígena:

"Por possuir traços genotípicos herdados de meu bisavô paterno que era negro, e de seu filho, meu avô, pardo, eu me autodeclaro parda, me incluindo na sociedade como tal. Em vestibulares prestados anteriormente, e mesmo no Sisu - Sistema de Seleção Unificada, eu já selecionava essa opção pois é a classificação racial na qual mais me identifico" (destaque apostro)

Autodeclaração e heteroidentificação são mecanismos de checagem que permitem tornar eficaz a política afirmativa de cotas raciais.

Extrai-se dos autos (página 44 do Evento 1, ANEXO2) que, na época da elaboração do Edital SISU nº 54, de 17/05/2017, que rege o concurso realizado pela ré, segundo informações prestadas pela universidade, “*não havia no âmbito da Unirio normatização ou funcionamento de Comissões de Heteroidentificação Raciais para os processos seletivos dos novos estudantes*”, sendo exigido dos candidatos interessados a concorrer às vagas destinadas às ações afirmativas, apenas a apresentação da autodeclaração de pretos, pardos e indígenas.

A UNIRIO criou sua Comissão de Heteroidentificação Racial por meio da OS PROGRAD n.º 003, de 08/06/2018, conforme se extrai do art.5º da Instrução Normativa PROGRAD n.º 17, de 26/5/2021 (página 3 do evento 53, INSTNORM9), ou seja, posteriormente ao certame a que se submeteu a ré Sarah Regina Pereira de Matos.

No Evento 102 (evento 102, PET1), o Ministério Público Federal junta cópia do Procedimento Administrativo de Heteroidentificação Retroativa n.º 23202.000429/2021-97, por meio do qual Sarah Regina Pereira de Matos foi considerada inapta para ocupar uma das vagas reservadas à ação afirmativa, cujo relatório final considerou insuficientes os documentos apresentados pela discente para comprovação da afirmativa assinalada no Termo de Autodeclaração.

No Evento 104 (evento 104, PET1), a UNIRIO confirma as informações prestadas pelo Ministério Público Federal no sentido de que a ré não comprovou os termos de sua autodeclaração, e, portanto, não faz jus às vagas reservadas aos candidatos pretos, pardos ou indígenas, conforme previsto na Lei nº 12.711/2012 e, conformando sua postura àquela adotada no referido processo administrativo, adere ao pleito ministerial, postulando sua migração para o polo ativo do feito, o que, como vimos, foi deferido pela decisão do Evento 152 (evento 152, DESPADEC1).

O procedimento de heteroidentificação retroativa a que se submeteu a ré Sarah Regina Pereira de Matos no dia 29/07/2021 (páginas 8/9 do Evento 102, ANEXO4) foi instaurado para ratificar a informação declarada pela referida aluna sobre sua condição de preto ou pardo, com base, primordialmente, no fenótipo (conjunto de características físicas do indivíduo):

3.1 O procedimento para a heteroidentificação buscará ratificar a informação declarada pelo aluno sobre sua condição de preto ou pardo, nos termos da Lei nº 12.711/2012, regulamentada pelos Decretos nº 7.824/2012 e nº 9.034/207, e com base primordialmente no fenótipo (conjunto de características físicas do indivíduo), em conformidade com o estabelecido na Instrução Normativa PROGRAD nº 017, de 26 de maio de 2021, da Pró-Reitoria de Graduação. A avaliação será promovida por comissão designada com tal finalidade. Finalizado o procedimento de heteroidentificação, os membros da Comissão de Heteroidentificação Racial que participaram do procedimento deliberarão a respeito da correspondência entre o fenótipo do discente avaliado e sua respectiva auto declaração, sob forma de parecer conclusivo.

Nas páginas 1, 3, 5 e 7 do Evento 102, ANEXO9, está o relatório final apresentado pela Comissão de Apuração de Ocupação Indevida de Vaga Reservada a Pessoas Pretas e Pardas pelo Sistema de Seleção Unificada (SISU) no Processo n.º 23102.000429/2021-97, por meio do qual conclui-se que Sarah Regina Pereira de Matos foi considerada inapta para ocupar uma das vagas reservadas à ação afirmativa, cujo relatório final considerou insuficientes os documentos apresentados pela discente para comprovação da afirmativa assinalada no Termo de Autodeclaração.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de análise do critério fenótipo por Comissão de heteroidentificação, sem, contudo, haver previsão editalícia para sua Instituição, bem como se a autodeclaração deve ser analisada apenas em relação ao critério fenótipo e/ou deve ser também considerado o critério da ancestralidade.

A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, dispõe que os Estados Partes devem adotar políticas especiais e ações afirmativas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, dos direitos e liberdades fundamentais de pessoas ou grupos sujeitos a discriminação ou intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Confira-se:

Artigo 5

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais de pessoas ou grupos sujeitos a discriminação ou intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

Em âmbito nacional, a Lei n.º 12.711/2012 introduziu as ações afirmativas no ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, inicialmente, prevendo apenas o critério da autodeclaração para fins de aferição da condição de negro ou pardo, *in verbis*:

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

Todavia, o STF já pacificou o entendimento de que é possível a formação de comissão para a heteroidentificação dos candidatos com o intuito de garantir a finalidade da política afirmativa de cotas para negros e pardos (STF, Tribunal Pleno, ADC 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 17.8.2017), devendo ser respeitada, para tanto, a dignidade da pessoa humana e garantido o contraditório e ampla defesa.

Nessa perspectiva, diante da subjetividade inerente aos procedimentos de análise levados a efeito pelas aludidas comissões, cabe à Administração Pública se valer de todos os meios que estiverem ao seu alcance, com o propósito de evitar o êxito de atitudes fraudulentas de determinados candidatos e afastar o cometimento de injustiças com aqueles legitimamente agasalhados pela garantia veiculada pela Lei n.º 12.711/2012 (TRF2, 7ª Turma Especializada, AC 01710896320164025101, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, DJE 1.7.2020).

Pela análise dos autos, verifica-se que após recebimento de denúncia de irregularidade na autodeclaração e documentação apresentadas por Sarah Regina Pereira de Matos, foi realizado um procedimento para ratificação da conduta da referida candidata em concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros e pardos.

Não obstante não haja, no Edital do Concurso, na Lei 12.711/2012, tampouco na Portaria do MEC n.º 18/2012 que a regulamenta, nenhuma previsão de mecanismo de verificação desta autodeclaração por parte da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, considerou a legitimidade da adoção de mecanismos adicionais de apuração da autodeclaração para fins de efetivo cumprimento da ação afirmativa social, conforme se extrai do seguinte trecho do voto do Relator, o Ministro RICARDO LEWANDOVSKI:

"[...]"

HETERO E AUTOIDENTIFICAÇÃO

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

*Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros).*

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e **jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos**, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

Cabe acrescentar que, no recente julgamento da ADC n.º 41, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do sistema de reserva aos negros de determinado percentual das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos instituído pela Lei n.º 12.990/14, oportunidade em que o Relator Ministro ROBERTO BARROSO, ao analisar a possibilidade de controle do ingresso pelas vagas reservadas pela política em questão, teceu importantes considerações, a saber:

66. Atenta aos méritos e deficiências do sistema de **autodeclaração**, a Lei n.º 12.990/2014 definiu-o como critério principal para a definição dos beneficiários da política. Nos termos de seu artigo 2º, determinou que “[p]oderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. Porém, instituiu norma capaz de desestimular fraudes e punir aqueles que fizerem declarações falsas a respeito de sua cor. Nesse sentido, no parágrafo único do mesmo artigo 2º, estabeleceu que “[n]a hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

67. 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.

68. 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 n.º 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**." (DJE 17/08/2017 - ATA N.º 113/2017)"

A autodeclaração prestada pelo estudante não se reveste de presunção absoluta e, tratando-se de acesso ao ensino superior público, sujeita-se ao crivo da Administração Pública, a qual tem o dever de conferir a veracidade das informações prestadas pelo estudante, pois, do contrário, não haveria hipótese de reconhecimento de falsidade daquela.

Logo, diante de indícios de ocorrência de fraude, não existe impedimento de que a UNIRIO, utilizando-se do seu poder de autotutela, revise e eventualmente anule matrícula de estudante, com base nas Súmulas 346 e 473, do STF, bem como nos art. 53 e 54, da Lei 9784/99, não incorrendo, em qualquer ofensa ao princípio da segurança jurídica, menos ainda da eficiência. Confira-se:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Para além de ser mera faculdade, a Administração Pública tem o dever de apurar as denúncias, inexistindo qualquer afronta a direitos de quem quer que seja. A conduta em questão está em sintonia com sólido entendimento jurisprudencial. Senão, vejamos:

ENSINO SUPERIOR. AÇÕES AFIRMATIVAS. AUTODECLARAÇÃO. VAGAS DESTINADAS A PRETOS, PARDOS E ÍNDIOS. LEI Nº 12.711/12. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAR INDÍCIOS DE FRAUDES. PREVISÃO NO EDITAL. COMISSÃO AVALIADORA POSTERIOR. POSSIBILIDADE.

Hipótese na qual se discute a possibilidade de verificação posterior de autodeclaração, como cotista, apresentada por candidato em processo seletivo de acesso à Instituição de Ensino Superior. A Universidade pode fixar critérios para o processo de seleção de novos alunos, observados os preceitos da Carta Magna e da legislação. A instauração de procedimento administrativo para apuração de eventuais fraudes, com a criação de Comissão para verificação da declaração firmada pelo candidato, é compatível com a Constituição, desde que respeitadas as garantias fundamentais, tanto mais quando o Supremo Tribunal Federal já a chancelou (ADC nº 41). No caso, o edital do processo seletivo previa expressamente a possibilidade de cancelamento da matrícula, na hipótese de prestação de informação falsa, apurada posteriormente, em procedimento que assegurasse o contraditório e a ampla defesa. Não restou comprovada qualquer ilegalidade na instauração do procedimento administrativo. Remessa necessária e apelação providas.

(TRF2. 5021291-64.2021.4.02.5101/RJ, DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME COUTO DE CASTRO. 22/11/2021)

APELAÇÃO CÍVEL. REMESA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍTICA AFIRMATIVA. NEGROS E PARDOS. IRREGULARIDADES. COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO FENÓTIPO. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

1. Apelação e remessa necessária interpostas contra sentença que concedeu a segurança, para obstar submeta a impetrante à processo retroativo de aferição por critério fenótipo de heteroidentificação, e com a conseqüente anulação do correspondente processo administrativo instaurado, garantindo assim, a matrícula da ora impetrante até a data da conclusão do seu curso de graduação, desde que cumpra todos os requisitos acadêmicos previstos para o referido curso.

2. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de análise do critério fenótipo por Comissão de Heteroidentificação, sem, contudo, haver previsão editalícia para sua Instituição, bem como se a autodeclaração deve ser analisada apenas em relação ao critério fenótipo e/ou deve ser também considerado o critério da ancestralidade.

3. A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, dispõe que os Estados Partes devem adotar políticas especiais e ações afirmativas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, dos direitos e liberdades fundamentais de pessoas ou grupos sujeitos a discriminação ou intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos.

4. No âmbito nacional, a Lei nº 12.711/2012 introduziu as ações afirmativas no ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, e no art. 3º, previu apenas o critério da autodeclaração para fins de aferição da condição de negro ou pardo.

5. STF já pacificou o entendimento de que é possível a formação de comissão para a heteroidentificação dos candidatos com o intuito de garantir a finalidade da política afirmativa de cotas para negros e pardos (STF, Tribunal Pleno, ADC 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJE 17.8.2017), devendo ser respeitada, para tanto, a dignidade da pessoa humana e garantido o contraditório e ampla defesa.

6. Cabe à Administração Pública se valer de todos os meios que estiverem ao seu alcance, com o propósito de evitar o êxito de atitudes fraudulentas de determinados candidatos e afastar o cometimento de injustiças com aqueles legitimamente agasalhados pela garantia veiculada pela Lei nº 12.711/2012 (TRF2, 7ª Turma Especializada, AC 01710896320164025101, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, DJE 1.7.2020).

7. Embora o Edital do Certame não tenha previsto a análise da autodeclaração, através de Comissão de Heteroidentificação, não é possível entender pela impossibilidade da UNIRIO de analisar a legalidade das autodeclarações firmadas pelos estudantes.

8. A autodeclaração prestada pelo estudante não se reveste de presunção absoluta e, tratando-se de acesso ao ensino superior público, sujeita-se ao crivo da Administração Pública, a qual tem o dever de conferir a veracidade das informações prestadas pelo estudante, pois, do contrário, não haveria hipótese de reconhecimento de falsidade daquela.

9. Diante de indício da ocorrência de fraude, não existe impedimento de que a Universidade, utilizando-se do seu poder de autotutela, revise e eventualmente anule matrícula de estudante, com base nas Súmulas 346 e 473, do STF, bem como dos art. 53 e 54, da Lei 9784/99, não incorrendo, em qualquer ofensa ao princípio da segurança jurídica, menos ainda da eficiência.

10. A adoção de critério da ancestralidade ou do critério fenótipo está dentro da autonomia universitária, e entendeu a Comissão, instituída pela Universidade, pela impossibilidade de adoção do critério da ancestralidade, em razão da finalidade teleológica da lei de cotas, considerando que o que valida o uso do privilégio legal, política afirmativa, é a aparência afrodescendente e não uma alegada ascendência afrodescendente.

11. Não cabe ao Poder Judiciário a invasão do mérito administrativo, ao substituir a apreciação realizada de forma unânime pelos membros da comissão avaliadora, no seu espaço de discricionariedade, no exercício de complexa atividade de classificação de fenótipos.

12. A comissão competente tem alargada discricionariedade para considerar, à luz de critérios fenótipos, ser correto o enquadramento do candidato na cota ou não, afigurando-se plenamente legítimo que o candidato selecionado pela Política de Ações Afirmativas seja avaliado em entrevista por Comissão própria, que utilizará o critério fenotípico, visando a confirmação ou não do atendimento aos requisitos específicos da política afirmativa (TRF2, 8ª Turma Especializada, AI nº 5002000-55.2021.4.02.0000, Rel. Des. Fed. MARCELO PEREIRA DA SILVA, julgado em 13.7.2021; TRF3, 6ª Turma Especializada, AI nº 5008567-46.2019.4.03.0000, julgado em 13.2.2020; TRF2, 5ª Turma Ampliada, AC nº 5077698-90.2021.4.02.5101, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, julgado em 26.1.2022).

13. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no ato administrativo da Instituição Federal que convocou os discentes, que ingressaram na Instituição, através do sistema de cotas, a se apresentar à Comissão de Heteroidentificação para verificar possíveis irregularidades no acesso do estudante e no uso da autodeclaração, ausente o direito líquido e certo do discente, deve ser reformada a sentença para denegar a segurança pleiteada.

14. Tratando-se de mandado de segurança, sem honorários advocatícios, *ex vi* do art. 25 da Lei 12.016/2009 e da Súmula nº 105 do STJ.

15. Apelação e remessa necessária providas.

(TRF2. 5024124-55.2021.4.02.5101/RJ. DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO. 20/04/2022)

Em relação ao critério da ancestralidade, entendo que a questão de adotar o critério da ancestralidade ou do critério fenótipo está dentro da autonomia universitária, e entendeu a Comissão, instituída pela Universidade, pela impossibilidade de adoção do critério da ancestralidade, em razão da finalidade teleológica da lei de cotas, de compensar os alunos passíveis de sofrer discriminação racial.

Ademais, em que pese a alegação de que sua ancestralidade é parda, consoante as provas trazidas aos autos, ressalto que o critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SISTEMA DE COTAS. CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO FENOTÍPICA. LEGALIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO DA CANDIDATA NOS REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA LISTA DE COTAS RACIAIS. PREVISÃO NO EDITAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO DO PARTICULAR DESPROVIDO.

[...]

3. O critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial, no entanto, há de fundar-se no fenótipo, e não meramente no genótipo, na ancestralidade do candidato (AREsp. 1.407.431/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.5.2019).

4. A jurisprudência deste STJ é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à obrigatoriedade de seguir-se fielmente as disposições editalícias como garantia do princípio da igualdade, sem que isso signifique qualquer submissão às exigências de ordem meramente positivistas (AgRg no REsp. 1.124.254/PI, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 29.4.2015; AgRg no RMS 43.065/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 5.12.2014).

5. Agravo Interno do Particular desprovido.

(AgInt no RMS 61.406/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CONCORRÊNCIA ESPECIAL. RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS NEGROS E PARDOS. SISTEMA DE CONTROLE DE FRAUDES. PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. AFERIÇÃO DE ELEMENTOS FENOTÍPICOS.

[...]

2. O critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial, no entanto, há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo, na ancestralidade do candidato. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 58.882/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019).

Além disso, configura-se hipótese de eliminação quando fica demonstrada a má-fé do candidato, que falsamente se autodeclara afrodescendente para gozar das cotas raciais, desvirtuando a finalidade da política pública de ação afirmativa, prevista no art. 4º do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010).

Por seu turno, não cabe ao Poder Judiciário a invasão do mérito administrativo, ao substituir a apreciação realizada de forma unânime pelos membros da comissão avaliadora, no seu espaço de discricionariedade, no exercício de complexa atividade de classificação de fenótipos.

A comissão competente tem alargada discricionariedade para considerar, à luz de critérios fenotípicos, ser correto o enquadramento do candidato na cota ou não, afigurando-se plenamente legítimo que o candidato selecionado pela Política de Ações Afirmativas seja avaliado em entrevista por Comissão própria, que utilizará o critério fenotípico, visando a confirmação ou não do atendimento aos requisitos específicos da política afirmativa.

A aferição da veracidade da autodeclaração, exclusivamente a partir de critérios fenotípicos, está em total harmonia com o que restou fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 41, evitando-se a adoção de outros critérios invasivos que venham a desrespeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Nesse sentido vão os seguintes julgados: AG nº 0007877-66.2018.4.02.0000 (TRF-2ª Região, 8ª T.E., Rel. Des. Fed. GUILHERME DIEFENTHAELER, E-DJF-2 25.11.2019); APELREEX nº 0010533-19.2018.4.02.5101 (TRF-2ª Região, 5ª T.E., Rel. Des. Fed. ALCIDES MARTINS, E-DJF2R 13.12.2019); AG nº 0007690-58.2018.4.02.0000 (TRF-2ª Região, 7ª T.E., Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, E-DJF2R 30.05.2019); AC nº 0028682-09.2017.4.02.5001 (TRF-2ª Região, 6ª T.E., Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND, E-DJF2R 30.01.2019).

Cito, ainda, precedentes da 8ª Turma Especializada deste Tribunal e da 5ª Turma Ampliada. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISITOS. ART. 7º, INCISO III, DA LEI 12.016/2009. INGRESSO EM UNIVERSIDADE. AUTODECLARAÇÃO. MECANISMOS ADICIONAIS DE CONTROLE. STF. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.

1. Hipótese de Mandado de Segurança, no qual os autores informam são alunos do curso de medicina e ingressaram na Universidade Federal do Rio de Janeiro através do concurso vinculado ao edital nº 400, publicado em novembro de 2015; que, em julho de 2019, passados mais de 3 (três) anos de seus ingressos no curso de medicina, foram intimados a comparecer à sala da reitoria para que fossem submetidos a uma avaliação procedida por uma comissão de heteroidentificação, instaurada por meio da portaria nº 5.597/2019 da UFRJ e com base na recomendação nº 01 DA PRDC-RJ, a qual foi designada para verificar se os autores poderiam ser considerados como pardos através de uma análise estritamente vinculada às suas características fenotípicas, com o fim de apurar eventual fraude no processo de ingresso através das cotas sociais previstas na Lei nº 12.711/2012, tendo, ao final do procedimento, a universidade concluído por cancelar as matrículas dos impetrantes.

2. Ao apreciar o pedido liminar, o Magistrado de Primeiro Grau indeferiu o pedido de concessão de medida liminar, objetivando a suspensão dos efeitos das decisões proferidas nos procedimentos administrativos, com a consequente e imediata reativação da matrícula dos Impetrantes, por considerar que não restou demonstrado, "de forma suficiente quaisquer das alegadas irregularidades formais nos processos administrativos", (...) "no bojo dos quais teriam sido apontadas irregularidades nas suas autodeclarações como pardos/negros", nem tampouco "haveria qualquer óbice para a instauração do processo administrativo para averiguação da veracidade das informações prestadas por ocasião da matrícula".

3. O art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009 prevê como requisito para a suspensão do ato impugnado a possibilidade de ineficácia da medida, acaso somente seja deferida ao final. Deve haver, ainda, fundamento relevante que indique a alta probabilidade de concessão da ordem, o que não ocorreu, considerando-se as informações prestadas pela autoridade impetrada.

4. Em que pesem os argumentos da parte agravante no sentido de que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, e que autodeclaração do candidato se presume verdadeira ao participar da seleção para ingresso em universidades públicas na forma da Lei 12.711/2012, não há como deixar de considerar que a referida autodeclaração não possui efeitos absolutos, estando sujeito a mecanismos de controle, bem como que, de acordo com o previsto no art. 13, §14 do próprio Edital 400, de 10 de novembro de 2015 (que regulou o acesso aos Cursos de Graduação com vagas a serem ocupadas pelo Sistema de Seleção Unificada do MEC - SiSU/MEC à época do ingresso dos impetrantes), a verificação de toda a documentação de matrícula está sujeita à confirmação de ser falsa ou verdadeira (§14. A prestação de informação falsa pelo

estudante, apurada posteriormente à matrícula, em procedimento que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, ensejará o cancelamento de sua matrícula na UFRJ, sem prejuízo das sanções penais eventualmente cabíveis).

5. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, considerou a legitimidade da adoção de mecanismos adicionais de apuração da autodeclaração para fins de efetivo cumprimento da ação afirmativa social.

6. In casu, não restou demonstrada ilegalidade no procedimento de aferição da idoneidade da autodeclaração dos candidatos, considerando-se a importância de sua realização, seja para resguardar o princípio da isonomia, seja para identificar o uso de declarações falsas, a fim de coibir fraudes nas políticas públicas de cotas raciais, tendo, como destacado pelo Juízo a quo, a decisão administrativa sido "proferida mediante observância do devido processo legal, tendo sido oportunizados à autora os meios inerentes à ampla defesa e ao contraditório, inclusive no que se refere à apresentação de defesa e recursos administrativos".

7. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF2, 8ª Turma Especializada, AI nº 5002000-55.2021.4.02.0000, Rel. Des. Fed. MARCELO PEREIRA DA SILVA, julgado em 13.7.2021)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍTICA AFIRMATIVA. NEGROS E PARDOS. VERIFICAÇÃO DE AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO FENÓTIPO. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido, que objetivava a não submissão do autor a avaliação pela Comissão de Verificação da Autodeclaração Racial da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Unirio, bem como que seja mantida sua matrícula no curso de medicina da referida instituição.

2. STF já pacificou o entendimento de que é possível a formação de comissão para a heteroidentificação dos candidatos com o intuito de garantir a finalidade da política afirmativa de cotas para negros e pardos (STF, Tribunal Pleno, ADC 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 17.8.2017), devendo ser respeitada, para tanto, a dignidade da pessoa humana e garantido o contraditório e ampla defesa.

3. De fato, o Edital do Certame não previu a análise da autodeclaração através de Comissão de Heteroidentificação, porém não é possível entender pela impossibilidade da UNIRIO de analisar a legalidade das autodeclarações firmadas pelos estudantes.

4. A autodeclaração prestada pelo estudante não se reveste de presunção absoluta e, tratando-se de acesso ao ensino superior público, sujeita-se ao crivo da Administração Pública, a qual tem o dever de conferir a veracidade das informações prestadas pelo estudante, pois, do contrário, não haveria hipótese de reconhecimento de falsidade daquela.

5. Logo, diante de indícios de ocorrência de fraude, não existe impedimento de que a instituição, utilizando-se do seu poder de autotutela, revise e eventualmente anule matrícula de estudante, com base nas Súmulas 346 e 473, do STF, bem como nos art. 53 e 54, da Lei 9784/99, não incorrendo, em qualquer ofensa ao princípio da segurança jurídica, menos ainda da eficiência.

6. Cabe à Administração Pública se valer de todos os meios que estiverem ao seu alcance, com o propósito de evitar o êxito de atitudes fraudulentas de determinados candidatos e afastar o cometimento de injustiças com aqueles legitimamente agasalhados pela garantia veiculada pela Lei nº 12.711/2012 (TRF2, 7ª Turma Especializada, AC 01710896320164025101, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, DJe 1.7.2020).

7. A adoção de critério da ancestralidade ou do critério fenótipo está dentro da autonomia universitária, e entendeu a Comissão, instituída pela Universidade, pela impossibilidade de adoção do critério da ancestralidade, em razão da finalidade teleológica da lei de cotas, considerando que o que valida o uso do privilégio legal, política afirmativa, é a aparência afrodescendente e não uma alegada ascendência afrodescendente.

8. A comissão competente tem alargada discricionariedade para considerar, à luz de critérios fenótipos, ser correto o enquadramento do candidato na cota ou não, afigurando-se plenamente legítimo que o candidato selecionado pela Política de Ações Afirmativas seja avaliado em entrevista por Comissão própria, que utilizará o critério fenotípico, visando a confirmação ou não do atendimento aos requisitos específicos da política afirmativa.

9. Nesse sentido, há precedente da 8ª Turma Especializada deste Tribunal e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF2, 8ª Turma Especializada, AI nº 5002000-55.2021.4.02.0000, Rel. Des. Fed. MARCELO PEREIRA DA SILVA, julgado em 13.7.2021; TRF3, 6ª Turma Especializada, AI nº 5008567-46.2019.4.03.0000, julgado em 13.2.2020)

10. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no ato administrativo da Instituição Federal que convoca o candidato/discente a se submeter a processo de heteroidentificação, para verificar a regularidade da autodeclaração prestada pelo candidato.

11. Tratando-se de mandado de segurança, sem honorários advocatícios, ex vi do art. 25 da Lei 12.016/2009 e da Súmula nº 105 do STJ.

12. Apelação cível não provida.

(TRF2, 5ª Turma Ampliada, AC nº 5077698-90.2021.4.02.5101, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, julgado em 26.1.2022)

Também há precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL. INGRESSO. COTAS RACIAIS. FENÓTIPO. BANCA DE AVALIAÇÃO. LEGALIDADE.

1. A confirmação da condição do fenótipo de negro ou pardo pela Banca de Avaliação da Veracidade da Declaração é um instrumento para evitar fraudes e o uso indevido das cotas por quem não possui esse direito.

2. De acordo com o art. 294 do CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. De seu turno, o art. 300 do CPC estabelece como requisitos para a tutela de urgência: a) a probabilidade ou plausibilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

3. Tem-se, assim, que revela indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente. Nesse contexto, permite-se inferir que o novo Código de Processo Civil, neste aspecto, não alterou as condições para deferimento de tutela antecipatória fundada em urgência (anterior art. 273, I, do CPC/73).

4. No caso concreto, não se encontram presentes os requisitos necessários ao deferimento da pretendida tutela.

5. Os critérios de matrícula, avaliação e promoção configuram atos discricionários das universidades, que podem ser escolhidos com liberdade, seguindo disposições previamente estabelecidas no Regimento Geral da Instituição e respeitada a legislação de regência e a Constituição Federal.

6. A Lei nº 12.711/2012 garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas universidades federais e institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos, sendo que os demais 50% das vagas permanecem para ampla concorrência. Aplicável à espécie o artigo 1º da referida Lei cuja redação ora transcrevo: "Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)". Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012 e a Portaria Normativa nº 18/2012 do Ministério da Educação, que são anteriores à abertura do edital.

7. Como se vê o requisito para que a agravante participasse do ingresso por reserva de vaga (cotas) era que fosse negra, parda ou indígena, o que não restou comprovado na entrevista em questão. A agravante declarou que era parda e que autorizava a verificação dos dados, sabendo que a omissão ou falsidade de informações resultaria nas punições cabíveis, inclusive a desclassificação do candidato. Assim, vê-se que a recorrente já tinha ciência de que a Universidade poderia, a qualquer momento, verificar as informações declaradas e cancelar sua matrícula, haja vista que esta se candidatou a vaga de cotista, sem que tivesse o fenótipo de parda, o que fere o princípio da legalidade.

8. É certo que cabe a Administração rever seus atos para corrigir vícios cometidos, conforme Súmula 473 do STF: "Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

9. O Edital que rege a convocação em questão tem expressa previsão de que "o candidato convocado para matrícula nas vagas reservadas (cotas) deve comprovar sua condição de acordo com os itens 3.4 deste Edital, de acordo com a cota escolhida", traçando as seguintes regras (ID 244573612): "3.4. A Banca de Avaliação da Veracidade da Autodeclaração analisará as características fenotípicas próprias das pessoas pretas ou pardas, sendo elas: a cor da pele parda ou preta, a textura do cabelo crespo ou enrolado, o nariz largo e lábios grossos e amarronzados. 3.5. O comparecimento para a Banca de Avaliação da Veracidade da Autodeclaração é pessoal e intransferível. Em hipótese alguma a Banca fará a avaliação de verificação por procuração, correspondência ou qualquer outro meio digital. 3.6. A confirmação da veracidade da autodeclaração pela banca, instituída pela UFMS, é condição obrigatória para efetivação da matrícula. 3.7. O não comparecimento do candidato ou o indeferimento da autodeclaração implicam na perda da vaga. ...". Como se vê, nos casos da espécie, não são considerados os aspectos genéticos, mas sim os aspectos físicos, na forma determinada pelo edital.

10. Como é sabido, o edital é lei entre as partes e os concorrentes tiveram conhecimento das regras nele esculpidas, inclusive o fato de que teria que comprovar os requisitos legais junto a uma comissão verificadora específica da UFMS. Dessa forma, a princípio, a Universidade apenas fez cumprir as regras contidas no edital do processo seletivo, sem estabelecer critérios e exigências não previstos no instrumento convocatório.

11. Por outro ângulo, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à banca avaliadora na análise fenotípica da autora e de sua correspondente classificação racial, devendo limitar-se a verificar a ocorrência de ilegalidade ou teratologia no estabelecimento de tal avaliação e na sua realização.

12. Agravo de instrumento improvido.

(AI 5015620-78.2019.4.03.0000, Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, DJEN DATA: 23/02/2024)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ENSINO SUPERIOR - EXPULSÃO DE ESTUDANTE - COTAS RACIAIS - REPROVAÇÃO EM BANCA DE AVALIAÇÃO DE FENÓTIPO - TEORIA DO FATO CONSUMADO: INAPLICABILIDADE - LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em repercussão geral, que a teoria do fato consumado é incompatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

2. Da mesma forma, nos processos seletivos destinados a preencher vagas em instituição pública de ensino superior, não há que se falar em consolidação da situação de fato pelo decurso do tempo.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do regime de cotas, assim como dos mecanismos de avaliação da autodeclaração, pela instituição interessada, no regime da Lei Federal nº 12.711/12. A avaliação da autodeclaração, na vigência da Lei Federal nº 12.711/12, é regular.

4. A decisão administrativa é específica e fundamentada. O processamento administrativo é regular.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF3, 6ª Turma Especializada, AI nº 5008567-46.2019.4.03.0000, julgado em 13.2.2020)

Desse modo, não vislumbro irregularidades no ato de convocação da estudante cotista para realização do procedimento complementar de heteroidentificação, tendo em vista a legitimidade da atuação da UNIRIO em adotar medidas para apurar a veracidade da autodeclaração de alunos que ocupam vagas destinadas à população negra, os quais foram objeto de denúncia recebida, no regular exercício de seu poder-dever de auto-tutela administrativa, revelando-se forçosa a procedência do pedido contido no tópico 3.2, primeira parte¹, ante a perda do objeto do pedido do tópico 3.1, em decorrência da migração da universidade para o polo ativo do processo.

DOS DANOS MORAIS DIFUSOS E COLETIVOS À SOCIEDADE BRASILEIRA E DOS DANOS MORAIS INDIVIDUAIS À UNIRIO

O Ministério Público Federal pleiteou, ainda, a condenação da ré à reparação dos danos morais difusos e coletivos à sociedade brasileira e, também, dos danos morais individuais à UNIRIO, em patamar não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A ré afirma que o Ministério Público Federal fundamenta a demanda na alegação de que ela teria praticado ato ilícito, citando o teor dos artigos 186 e 927 do Código Civil, concluindo "[...] que a responsabilidade civil está sedimentada em 03 pilares fundamentais, quais sejam a existência de conduta ilícita, dano ou prejuízo e o nexó causal entre o primeiro e o segundo."

Assevera Sarah Regina Pereira de Matos não ter praticado qualquer ato ilícito, nos seguintes termos, *litteris*:

"[...]"

Ora, restou amplamente demonstrado que a requerida não cometeu, sob nenhum aspecto, fraude ao sistema de cotas raciais quando adentrou aos quadros da UNIRIO. Muito pelo contrário, a requerida realizou conduta legalmente prevista à época, bem como preencheu todos os requisitos previstos no edital do referido vestibular.

Assim, uma vez não sendo verificado qualquer ato ilícito, não há que se falar na caracterização de dano em moral ou material, tampouco dano coletivo como alegado em exordial.

Nesse sentido, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, para que haja caracterização de dano moral coletivo, é necessário que a conduta da requerida tenha sido ilícita e violado direitos extrapatrimoniais da coletividade e, como fortemente demonstrado, a conduta da requerida não se assemelha a tal fato:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidianda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes. 2. Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano moral coletivo deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais. 3. O dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos, não se compatibilizando com a tutela de direitos individuais homogêneos. 4. A condenação em danos morais coletivos tem natureza eminentemente sancionatória, com parcela pecuniária arbitrada em prol de um fundo criado pelo art. 13 da LACP - fluid recovery -, ao passo que os danos morais individuais homogêneos, em que os valores destinam-se às vítimas, buscam uma condenação genérica, seguindo para posterior liquidação prevista nos arts. 97 a 100 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1610821 RJ 2014/0019900-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2021)

[...]

Diante dos fatos apresentados, bem como de restar comprovado o entendimento dos tribunais de que a conduta da requerida não levaria, sob hipótese alguma, a sua condenação ao pagamento de danos morais e materiais.

[...]"

De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição, "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*". Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada "*justiça distributiva*".

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que

"As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos".²

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.

Daí surgem as políticas de ação afirmativa, cuja definição um pouco mais elaborada consta do art.2º, inciso II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são

"(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada:

“Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas ”.

Em relação ao ingresso ao ensino superior, a Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, incisos I, III e VI, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: *“igualdade de condições para acesso e permanência na escola”*; *“pluralismo de ideias”*; e *“gestão democrática do ensino público”*.

Registro, por outro lado, que a Carta Magna, em seu art. 208, inciso V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado *“segundo a capacidade de cada um”*.

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.

Ora, as políticas de ação afirmativa buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicoraciais e sociais em nosso País. Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, inciso V, da Constituição.

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Portanto, na hipótese dos autos, não há como considerar lícita a atitude deliberada da ré Sarah Regina Pereira de Matos em candidatar-se a uma vaga destinada à promoção das políticas de ação afirmativa, porquanto totalmente desenquadrada do fenotípico da raça parda, conforme fotografias que instruem este processo.

Senão, vejamos:

Página 47 do Evento 1, ANEXO2



Página 49 do Evento 1,

ANEXO3



Evento 53, HABILITAÇÃO3



Página 2 do Evento 75, PET1



Página 2 do Evento 75, ANEXO3



Página 11 do Evento 102, ANEXO3

NOME	Sarah Regina Pereira de Matos
INGRESSO	2017.2
INSCRIÇÃO ENEM	161015307739

A candidatura de Sarah Regina Pereira de Matos às vagas destinadas à promoção das políticas de ação afirmativa direcionadas à população preta, parda e indígena, macula e subverte o fim normativo de equalização da isonomia material destinada àqueles povos, previsto tanto na Constituição Federal quanto na Lei n.º 12.711/2012.

Não há como alegar a boa-fé na conduta da ré, pois, no termo de autodeclaração, invoca ancestralidade para tentar adequar-se às políticas de ação afirmativa porque ciente de sua compleição e traços físicos incompatíveis com os parâmetros fenotípicos e os objetivos de tais políticas.

Assim sendo, também se revela forçosa sua condenação por danos morais difusos e coletivos contra a sociedade brasileira, cuja quantia deverá ser revertida em favor do fundo de que trata o art.13 da Lei n.º 7.347/1985, bem como por dano moral individual à UNIRIO, nos termos requeridos pelo Ministério Público Federal.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e com base na fundamentação acima referida:

1- JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO em relação ao pedido constante do tópico 3.1 da petição inicial³, nos termos do art.485, inciso VI, do Código de Processo Civil, pela ausência de interesse processual decorrente da migração da UNIRIO para o polo ativo do feito.

2- JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS à reparação de danos materiais causados à UNIRIO, consubstanciado no valor médio aproximado das mensalidades do curso de medicina em instituições particulares no Estado do Rio de Janeiro, no montante de R\$ 8.847,00 (oito mil seiscentos e vinte e cinco reais)⁴; bem como à reparação dos danos morais difusos e coletivos no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja quantia deverá ser revertida em favor do fundo de que trata o art.13 da Lei n.º 7.347/1985, assim como por danos morais individuais em favor da UNIRIO, também no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na hipótese dos autos, tendo em vista a má-fé observada na conduta da ré Sarah Regina Pereira de Matos, condeno-a em honorários advocatícios advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art.85, § 4º, inciso III, do Código de Processo Civil, *pro rata* entre o Ministério Público Federal e a UFRJ, respectivamente, em 3/4 e 1/4, pois a universidade aderiu ao polo ativo tardiamente.

Ressalte-se que, por critério de simetria, realmente, não cabe a condenação do réu, em Ação Civil Pública, ao pagamento de honorários advocatícios, **salvo comprovada má-fé** (EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 21/8/2018). Nesse sentido: AgInt no REsp 1.127.319/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/8/2017; AgInt no REsp 1.435.350/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016; REsp 1.374.541/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; REsp 1.556.148/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/11/2015" (EDcl no REsp n. 1.320.701/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 5/4/2021).

Custas para preparo do recurso de apelação (evento 165, CERT1) apenas pela ré, no valor de R\$ 189,14 (cento e oitenta e nove reais e quatorze centavos), em decorrência da isenção prevista no artigo 4º, incisos I e III, da Lei nº 9.289/96 e no art.1.007, § 1º, do Código de Processo Civil.

Traslade-se cópia desta sentença para os autos do Procedimento Comum n.º 5080180-40.2023.4.02.5101.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **VIGDOR TEITEL, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510012984344v65** e do código CRC **f1741675**.

Informações adicionais da assinatura:
 Signatário (a): VIGDOR TEITEL
 Data e Hora: 24/4/2024, às 15:43:33

-
1. condenar SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS à reparação dedanos materiais causados à UNIRIO, consubstanciado no valor médio aproximado das mensalidades do curso de MEDICINA em instituições particulares no Estado do Rio de Janeiro, sendo o valor mensal a ser devidamente atualizado de R\$ 8.847,00 (oito mil seiscentos e vinte e cinco reais); ↩
 2. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3. ↩
 3. 3.1) condenar a UNIRIO à obrigação de ANULAR A INSCRIÇÃO DACANDIDATA SARAH REGINA PEREIRA DE MATOS, matriculado no curso de Medicina, inscrita no ENEM sob o nº 161015307739,retornando ao status quo ante; ↩
 4. Valores das Mensalidades dos Cursos de Medicina Privados. Disponível em <<https://www.escolasmedicas.com.br/mensalidades.php>>. Acesso em: mai. 2020. ↩

5030155-28.2020.4.02.5101

510012984344 .V65