



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002605-57.2015.4.03.6115/SP**

2015.61.15.002605-9/SP

**D.E.**

Publicado em 20/01/2017

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA  
APELANTE : CILIRIA SOARES ALVES DOS SANTOS  
ADVOGADO : SP331871 LUANA ASSIS SILVA LEITE e outro(a)  
APELADO(A) : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES  
: EBSERH e outro(a)  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES  
APELADO(A) : Universidade Federal de Sao Carlos UFSCAR  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES e  
: outro(a)  
No. ORIG. : 00026055720154036115 2 Vr SAO CARLOS/SP

**EMENTA**

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÕES AFIRMATIVAS. LEI Nº 12.990/2014. CONCURSO PÚBLICO. AUTODECLARAÇÃO. VAGAS RESERVADAS ÀS PESSOAS NEGRAS E/OU PARDAS. DESCLASSIFICAÇÃO POR COMISSÃO FORMADA POR DOUTORES EM CIÊNCIAS SOCIAIS E ATIVISTAS DE MOVIMENTOS NEGROS. CRITÉRIO FENOTÍPICO. PREVISÃO EDITALÍCIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. LEGALIDADE. EVENTUAIS VÍCIOS NA COMPOSIÇÃO DAS FOTOS TIRADAS DA IMPETRANTE PARA FINS DE AVALIAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. A controvérsia destes autos gira em torno da legalidade do ato que desclassificou a impetrante de concorrer às vagas reservadas (Lei nº 12.990/2014), com fundamento em parecer da Comissão especializada, que, por unanimidade, concluiu não estarem preenchidos os requisitos necessários à confirmação da autodeclaração prestada, nos termos do item 5.7 do edital (fls. 221).

2. A pretendida prevalência do critério da ascendência (genotípico) em substituição ao fenotípico, previsto expressamente no edital (item 5.7.2.1 - fls. 221), implicaria invariavelmente na violação do artigo 2º da Constituição Federal, diante da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o administrador para declarar a impetrante negra ou parda.

3. Ainda que se entenda em sentido diverso, o mandado de segurança não detém condições de prosseguir, pois a pretendida desqualificação da conclusão adotada pela i. Comissão composta por três estudiosos das relações raciais no Brasil, todos com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas dos movimentos negros, demandaria, no melhor dos cenários, a realização de exame pericial.

4. Ressalte-se que a via estreita do mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo e deve estar fundada em prova pré-constituída, não sendo, portanto, cabível a dilação probatória.

5. Apelação desprovida.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

**MARCELO GUERRA**  
**Juiz Federal Convocado**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARCELO GUERRA MARTINS:10171  
Nº de Série do Certificado: 480B094990F1B5F46C63B6EEF6A2BA25  
Data e Hora: 12/12/2016 17:06:12

---

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002605-57.2015.4.03.6115/SP**

2015.61.15.002605-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA  
APELANTE : CILIRIA SOARES ALVES DOS SANTOS  
ADVOGADO : SP331871 LUANA ASSIS SILVA LEITE e outro(a)  
APELADO(A) : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES EBSEH e  
outro(a)  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES  
APELADO(A) : Universidade Federal de Sao Carlos UFSCAR  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES e outro(a)  
No. ORIG. : 00026055720154036115 2 Vr SAO CARLOS/SP

**DECLARAÇÃO DE VOTO**

O eminente Relator, Juiz Federal convocado Marcelo Guerra, negou provimento à apelação da impetrante, que, após aprovação em concurso público para a HE - UFSCAR - Hospital Escola Universidade Federal de São Carlos, foi excluída da lista das vagas reservadas pelo sistema de cotas.

Discordo.

O edital do concurso que prestou a apelante (fls. 218/229) previa:

**5. DA RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS NEGROS**

*5.1 Conforme previsto na Lei nº 12.990/14, serão reservados 20% (vinte por cento) das vagas de cada emprego elencado no Anexo I deste Edital, durante validade do Concurso Público, aos candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos.*

*5.1.1 A reserva de vagas será aplicada quando o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).*

*5.1.2 Nos casos em que a aplicação do percentual resultar em número fracionado, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).*

*5.2 O candidato negro participará do Concurso Público em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação da prova objetiva e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.*

5.3. Para concorrer às vagas reservadas o candidato deverá, no momento do preenchimento do Formulário de Solicitação de Inscrição, se declarar preto ou pardo, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

5.3.1 É de exclusiva responsabilidade do candidato a opção e o preenchimento do Formulário de Solicitação de Inscrição para concorrer as vagas reservadas aos negros.

5.3.2 Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido contratado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

5.4 O candidato que tiver sua solicitação de inscrição as vagas reservadas deferida, concorrerá às vagas da ampla concorrência e as vagas reservadas aos negros.

5.4.1 Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas a pessoas com deficiência, se atenderem a essa condição conforme o disposto no item 5 deste Edital.

5.4.2 Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

5.4.3 Em caso de desistência do candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

5.5 Não havendo candidatos aprovados para as vagas reservadas aos negros, estas serão preenchidas pelos candidatos da ampla concorrência, com estrita observância da ordem de classificação.

5.6 O deferimento das inscrições dos candidatos que se inscreverem as vagas reservadas aos negros estará disponível no endereço eletrônico [www.institutoaocp.org.br](http://www.institutoaocp.org.br) a partir da data provável de 15/04/2015. O candidato que tiver a sua inscrição indeferida poderá impetrar recurso na forma do item 12 deste Edital.

5.7 Os candidatos inscritos como negros e aprovados nas etapas do Concurso Público, será convocados pelo Instituto AOCF, para Entrevista de confirmação da autodeclaração como negro, com a finalidade de atestar o enquadramento conforme previsto na Lei nº 12.990/2014.

5.7.1 O não comparecimento ou a reprovação na Entrevista de confirmação da autodeclaração como negro acarretará a perda do direito às vagas reservadas aos candidatos negros e a eliminação do concurso, caso não tenha atingido os critérios classificatórios da ampla concorrência.

5.7.2 A avaliação da Comissão quanto à condição de pessoa preta ou parda considerará os seguintes aspectos:

5.7.2.1 a) informação prestada no ato da inscrição quanto à condição de pessoa preta ou parda;

b) autodeclaração assinada pelo(a) candidato(a) no momento da Entrevista de confirmação da autodeclaração como negro, ratificando sua condição de pessoa preta ou parda, indicada no ato de inscrição;

c) fenótipo apresentado pelo(a) candidato(a) em foto(s) tiradas pela equipe do Instituto AOCF no momento da Entrevista de confirmação da autodeclaração como negro.

5.7.3 O(A) candidato(a) será considerado(a) não enquadrado(a) na condição de pessoa preta ou parda quando:

5.7.3.1 Não cumprir os requisitos indicados no item 5.7.2.

5.7.3.2 Negar-se a fornecer algum dos itens indicados no subitem 5.7.2 no momento solicitado pelo Instituto AOCF.

5.7.3.3 Houver unanimidade entre os integrantes da Comissão quanto ao não atendimento do quesito cor ou raça por parte do(a) candidato(a).

5.8 Quanto ao não enquadramento do candidato da reserva de vaga para negros, caberá pedido de recurso, conforme disposto no item 12 deste Edital.

O Edital nº 34 convocou os candidatos do concurso para a entrevista de confirmação da autodeclaração como negro, conforme fls. 233/262.

O Edital nº 42 tornou público o resultado da entrevista de confirmação da autodeclaração como negro, onde consta o nome da impetrante, relativamente ao indeferimento à concorrência de vagas reservadas (fls. 263/276).

O Edital nº 47 divulgou o resultado dos recursos contra a exclusão. Apenas um foi deferido. Os demais, entre eles o da apelante, foram indeferidos (fl. 277).

A reserva de vagas para negro em concursos públicos está prevista na Lei nº 12.990/14 (artigo 1º) e a determinação dessa qualidade está estipulada no artigo 2º e seu parágrafo único, *verbis*:

*Art. 2º Poderão 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.*

*Parágrafo único. Na 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.*

Referida garantia foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, cuja ementa é a seguinte:

*ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I - Não contraria - ao contrário, prestigia - o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados 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. II - O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III - Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV - Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - 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, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII - No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII - Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.*

O foco do exame pelos senhores ministros foi a compatibilidade da lei com a Constituição Federal, sobretudo o princípio da igualdade, e a reafirmação da correção de desigualdades históricas em relação a esses grupos étnicos.

Pela redação do artigo 2º da Lei nº 12.990/14, o critério de determinação da etnia ou raça é a autodeclaração, já que a feita por terceiros descuidaria da noção de como se forma a identidade e reforçaria ranços de discriminação que persistem na sociedade brasileira.

O parágrafo único do artigo 2º reporta-se à hipótese de declaração falsa e suas consequências. A lei não especifica como se chegaria a ela, apesar de ser um tema de suma importância. Pelos termos da lei, a ênfase está toda na autodeclaração. Atribuir-se falsidade a ela significaria estabelecê-lo de forma clara, objetiva e garantido o devido processo legal.

O Ministro Lewandowski, relator da ADPF/DF nº 186, no seu voto, em capítulo intitulado "Hetero e Auto-identificação", salienta que é preciso verificar se os instrumentos destinados à efetivação de ações afirmativas enquadram-se nos ditames da Constituição. Para isso cita a antropóloga Daniela Ikawa, que indica, além da autoidentificação, alguns mecanismos adicionais:

- 1) a elaboração do formulário com múltiplas questões sobre raça (para se verificar a coerência da autoclassificação);
- 2) o requerimento de declaração assinado;
- 3) o uso de entrevistas;
- 4) a exigência de fotos;
- 5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

Diz a estudiosa que:

*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".*

A esse respeito, o Ministro Fux asseverou:

*A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses*

*traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil. Nesse cenário, o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.*

*Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um "Tribunal Racial". O tom pejorativo e ofensivo empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pela UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior.*

*Aliás, devo ressaltar que compreendo como louvável a iniciativa da Universidade de Brasília ao zelar pela supervisão e fiscalização das declarações dos candidatos postulantes a vagas reservadas. A medida é*

*indispensável para que as políticas de ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. De qualquer modo, a atuação das universidades públicas no controle a verossimilhança das declarações não dispensa o acompanhamento da questão pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela defesa da ordem jurídica (CRFB, art. 127, caput).*

O Ministro Gilmar Mendes foi mais a fundo do problema:

*Universidade de Brasília foi a primeira instituição de Ensino Superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso por meio do vestibular. A iniciativa, baseada na autonomia universitária, optou - segundo as informações prestadas pela UnB - pelo critério da análise do fenótipo do candidato: "os critérios utilizados são os do fenótipo, ou seja, se a pessoa é negra (preto ou pardo), uma vez que, como já suscitado na presente peça, é essa característica que leva à discriminação ou ao preconceito" (fl. 664).*

*O programa de cotas da Universidade de Brasília decorre do "Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB", de 2004, que prevê ações para intensificar "um processo de integração racial, étnica e social no seio da sua população discente, atualmente extremamente elitizada" (item 2). O documento não especificou o modo como tais ações deveriam ser implementadas, mas propôs que, "para fins de acompanhamento do processo de integração racial, será introduzido o quesito cor, tanto por auto-classificação como segundo as categorias do IBGE, nas fichas de inscrição ao vestibular e nas fichas de registro dos candidatos aprovados" (item 3).*

*Note-se, aí, uma sinalização do Plano de Metas para que o processo de seleção de cotistas a ser desenvolvido pela UnB levasse em consideração o critério da autoclassificação. Todavia, o projeto, ao ser executado, sob a direção da Fundação Centro de Seleção e de Promoção de Eventos, órgão da Universidade de Brasília responsável pela seleção para o vestibular, em parceria com a Comissão de Implementação de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB, resolveu estabelecer critérios próprios para evitar "fraudadores raciais" (fl. 216).*

*Para tanto, no primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, em 2004, o procedimento adotado indicava que, no momento da inscrição, o candidato seria fotografado e deveria assinar uma declaração relativa aos requisitos para concorrer pelo sistema de cotas aos negros. A foto era então anexada ao pedido e avaliada por uma comissão, que decidia pela homologação ou não de sua inscrição como cotista. Após homologação do resultado, caso houvesse recurso, o candidato era submetido a entrevista pessoal (fl. 69).*

*Já na inscrição para o primeiro concurso vestibular com cotas da UnB, a exigência de que candidatos que optaram por concorrer às vagas disponíveis aos negros fossem fotografados, gerou, por si só, situação segregacionista incomum na realidade brasileira e claramente simbólica de consequências que podem resultar de tal sistema: a existência de filas distintas para negros e não negros. Sobre isso:*

"A vestibulanda Vanderlúcia Fonseca declarou: 'As cotas já são um bom começo. Só acho constrangedor ter que ser fotografada para provar minha cor. Já tenho isso registrado em meus documentos.' (...) Já Ana Maria Negrêdo frisou diretamente as diferenças de procedimentos: 'Acho que os brancos também deveriam tirar foto. Tinha que ser igual para todo mundo. Por que só a gente tem de meter a cara na câmera?' (...) O estabelecimento de filas separadas para inscrição dos 'negros' chamou a atenção. De modo defensivo, declarou o coordenador das inscrições, Neivion Lopes, quanto aos guichês apartados segundo raça: 'É separado porque precisamos de espaço reservado para fazer as fotos'. Uma senhora teria resmungado baixinho: 'Isso é constrangedor'. (fl. 218).

*De fato, tal situação acabou por ser constrangedora, já que, no Brasil, inexistiu política semelhante à de outros países, como os Estados Unidos. Não houve, por aqui, legislação segregacionista que determinasse, por exemplo, a separação entre brancos e negros em ambientes do convívio societário.*

*De qualquer forma, parece ser agressivo que não baste o candidato se considerar e se autodeclarar negro, mas ter sua condição submetida à avaliação de uma comissão sobre a qual pouco se sabe, com base em uma foto.*

*Atualmente, de acordo com edital do último concurso vestibular realizado pela UnB, em 2012, o processo inclui submissão dos candidatos declarados negros a entrevista pessoal que deverá ocorrer após a aplicação das provas, na qual o candidato deverá apresentar documento original de identidade. Sua declaração como "negro" ou "pardo" continua a ser analisada por uma banca composta por docentes, representantes de órgãos de direitos humanos e de promoção da igualdade racial e militantes do movimento negro do Brasil.*

*O critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais gera alguns questionamentos importantes. Afinal, qual é o fenótipo dos "negros" ("pretos" e "pardos") brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro? Essas indagações não são despropositadas se considerarmos alguns incidentes ocorridos na história da política de cotas raciais da UnB. Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos relatam que o procedimento adotado pela UnB gerou constrangimentos e dilemas de identidade entre os candidatos:*

"Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência. A

candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia "negra", foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua 'tataravó era escrava'. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, 'pela fotografia não dá para analisar a descendência'. Outra candidata, Elizabete Braga, que 'não se intimidou com a fotografia', comentou: 'Minha irmã não seria considerada negra, por exemplo. Ela é filha de outro pai, tem a pele mais clara e o cabelo mais liso' (Borges, 2004). Ricardo Zanchet, um candidato que se declarou 'negro', ainda que 'com a pele clara, cabelo liso e castanho... nem de longe lembra[ndo] um negro', e cuja classificação não foi aceita pela comissão, afirmou: 'Vou levar a certidão de nascimento de meu avô e mostrar a eles... Se meu avô e minha bisavó eram negros, eu sou fruto de miscigenação e tenho direito' (Paraguassú, 2004). (...) Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzido pela equipe da 'anatomia racial', a segunda foi conduzida por um comitê de 'psicologia racial'. Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada 'por professores da UnB e membros de ONGs', que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: 'Você tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?' (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, 'a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata'

(Darse Júnior, 2004)." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]. Documento juntado à fls. 219-221 dos autos)

*Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado "negro", mas ela não. Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de "cores diferentes" pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado "branco" pela Comissão, enquanto sua filha Luá Resende Aguiar foi considerada "negra", mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo "branca".*

*A adoção do critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando suscita problemas graves. De fato, a maioria das universidades brasileiras que adotaram o sistema de cotas 'raciais' seguiram o critério da autodeclaração associado ao critério de renda.*

*A Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer-ABA), em junho de 2004, manifestou-se contrária ao critério adotado pela UnB, nos seguintes termos:*

*"A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre autoidentificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica. A Crer-ABA entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de exceção atentatória à livre manifestação das pessoas." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]. Documento juntado à fls. 228 dos autos)*

*Defendendo a adoção do critério da autodeclaração no lugar da análise do fenótipo, Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos concluem que:*

*"A comissão de identificação racial da UnB operou uma ruptura com uma espécie de 'acordo tácito' que vinha vigorando no processo de implantação do sistema de cotas no país, qual seja, o respeito à auto-atribuição de raça no plano das relações sociais. A valorização desse critério, próprio das sociedades modernas e imprescindível em face da fluidez racial existente no Brasil, cai por terra a partir das normas estabelecidas pela UnB." (MAIO, Marcos Chor; e SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os 'Olhos da Sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília [UNB]. Documento juntado à fls. 231 dos autos.)*

*Ademais, é de causar estranheza que detalhes sobre o procedimento adotado pela comissão não cheguem a ser divulgados. Sabe-se que, no primeiro vestibular com cotas, seus integrantes tiveram como tarefa analisar mais de 4 mil fotografias (fl. 208) em um curto prazo.*

*Dos 4.385 candidatos autodeclarados negros, 212 não tiveram suas inscrições homologadas. O baixo número de alunos que não tiveram seu pedido aprovado deve-se à "perspectiva inclusiva da banca examinadora", de acordo o então diretor acadêmico do Cespe, Mauro Luiz Rabelo (fl. 216). Ao revelar um pouco do procedimento adotado, indicou que bastava um membro do grupo considerar o candidato negro ou pardo para que este tivesse sua inscrição deferida. Ainda comentou o que considerou uma das maiores dificuldades enfrentadas pela comissão: "O grupo observou traços e tom da pele... A dúvida surgiu entre os pardos mais claros. Tais casos foram discutidos em conjunto." (fl. 216)*

*Tal declaração serve para ilustrar que essa espécie de avaliação é complexa e sutil e não pode ser designada a uma comissão sigilosa e sem critérios objetivos. Inclusive porque, do modo como a sociedade brasileira encontra-se hoje estruturada, buscar associar determinadas características genéticas a ancestrais de uma raça específica e, com isso, estabelecer quem é ou não beneficiário de uma ação afirmativa que leve em consideração esse critério, é praticamente impossível.*

*Em estudo sobre o tema, o Prof. Sérgio D.J. Pena indica que "A cor corresponde no Brasil ao temo em inglês race e é buscada em uma avaliação fenotípica complexa, que leva em conta a pigmentação da pele e dos olhos, o tipo de cabelo e a forma do nariz e dos lábios. (p.161).*

*Todavia, a correlação entre cor e ancestralidade é pobre. O genoma brasileiro é um verdadeiro mosaico, altamente variável e individual, formado pela contribuição de três raízes ancestrais - ameríndia, europeia e africana. E conclui que, atualmente, a maioria dos brasileiros possui simultaneamente grau significativo de influência genética dessas três raízes, de modo que passa não fazer sentido falar em "populações" de brasileiros brancos ou de brasileiros negros (Da inexistência das Raças e suas consequências para a sociedade brasileira. Prof.Dr. Sérgio D.J.Pena, nos autos p. 166).*

*Ademais, causa perplexidade cogitar que espécie de deliberação é feita entre os integrantes da Comissão de Seleção da UnB para avaliar se uma pessoa é ou não negra. Qual seria a distinção entre um pardo mais escuro e um mais claro, já que, de acordo com declarações trazidas aos autos, os pardos claros seriam os mais difíceis de serem identificados. Quais os critérios de tão tênue questão? Não se duvida a respeito da premente necessidade de um programa de ação afirmativa para a reserva de vagas que beneficie grupos sociais específicos. Um programa como esses, não obstante, deve ser criteriosamente elaborado, estabelecendo um sistema de normas e procedimentos que permitam a aplicação da política de forma adequada para os fins a que ela se propõe. Enfim, a política de ação afirmativa deve ser proporcional ao objetivo almejado.*

*No caso da UnB, fica difícil vislumbrar a adequação da política. Criou-se uma comissão de avaliação com poderes para desqualificar e assim revogar a manifestação de vontade do candidato autodeclarado negro. Não se pode negar, portanto, que a existência desse tipo de comissão avaliadora acaba por anular a autodeclaração alçada a critério base desse modelo.*

*Assim como o critério da autodeclaração é demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva - tal como reconhecido pelos próprios defensores da política de cotas da UnB -, a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente. Ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da heteroidentificação como a base do modelo de cotas da UnB; isto é, no final das contas, quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado. Um critério de autodeclaração que se transmuda em hetero-identificação. O modelo é, inegavelmente, incongruente e ineficaz nesse sentido.*

No caso dos autos, foram observadas as regras do edital. No formulário de solicitação de inscrição a impetrante se declarou parda. Aprovada nas etapas do concurso, foi convocada pelo Instituto AOCP para entrevista de confirmação como negra, conforme previsto na Lei nº 12.990/14. Foram-lhe tiradas fotos de frente e de perfil. A Comissão de Avaliação, com base unicamente nas fotos, após examinar os traços fenotípicos, concluiu que a candidata não era preta ou parda e a excluiu do concurso.

A questão em tela não é se o critério utilizado estava previsto no edital ou se o Judiciário pode ou não substituir à Comissão de Avaliação. É se os instrumentos aplicados para constatar ser a candidata negra (preta ou parda) atendem garantias constitucionais ou legais.

A esse respeito, pode-se verificar que a exclusão da impetrante se deu após:

"a análise dos traços fenotípicos dos candidatos que se autodeclararam pretos ou pardos, por meio de exames minuciosos das fotos tiradas de vários ângulos/perfis do candidato." (fl. 182 - sublinhado do original)

O exame fenotípico das fotos foi feito, segundo o parecer da comissão (fl. 171), da seguinte forma:

"O candidato é pessoa preta ou parda, nos termos da Lei nº 12.990/14 ?

- NÃO"

"O (A) candidato(a) se enquadra nas condições de pessoa preta ou parda, nos termos da Lei nº 12.990/14, por não apresentar fenótipos tais como:

Cor de pele, cabelo, lábios grossos"

Constata-se que o ato administrativo de exclusão está eivado de vícios. Tanto a precariedade da avaliação fenotípica, baseada unicamente em fotos, como a falta de motivação mínima quanto à candidata específica e concretamente, nos termos do artigo 50 da Lei nº 9.784, de 29.01.99, que exige a indicação de fatos e fundamentos jurídicos, quando (I) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses e (III) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso), Silvio Luís Ferreira da Rocha (Manual) e Maria Sylvia Zanella de Pietro (Direito).

Ante o exposto, voto para prover a apelação e conceder a ordem para a convocação e nomeação da autora para o cargo a que concorreu.

**André Nabarrete**  
**Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ANDRE NABARRETE NETO:10023  
Nº de Série do Certificado: 581F94C33111A9E0F4D844669D64D3CB  
Data e Hora: 19/12/2016 18:14:43

---

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002605-57.2015.4.03.6115/SP**

2015.61.15.002605-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA  
APELANTE : CILIRIA SOARES ALVES DOS SANTOS  
ADVOGADO : SP331871 LUANA ASSIS SILVA LEITE e outro(a)  
APELADO(A) : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES EBSEH e  
outro(a)  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES  
APELADO(A) : Universidade Federal de Sao Carlos UFSCAR  
ADVOGADO : SP223480 MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA NOVAES e outro(a)  
No. ORIG. : 00026055720154036115 2 Vr SAO CARLOS/SP

**RELATÓRIO**

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por **CILIRIA SOARES ALVES DOS SANTOS** contra ato praticado pelo Presidente da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH que, após sua aprovação no concurso público para a HE - Ufscar - Hospital Escola Universidade Federal de São Carlos, excluiu a impetrante da lista das vagas reservadas pelo sistema de cotas. Alega possuir ascendência biológica a comprovar seu direito líquido e certo.

De plano foi proferida r. sentença (fls. 64/65) indeferindo a petição nos termos dos arts. 295, parágrafo único, II, do CPC/73, e 10 da Lei nº 12.016/2009.

Com a apelação da impetrante (fls. 67/96) o MM. Juízo *a quo* reconsiderou a r. sentença, deferindo parcialmente a liminar (fls. 98/v).

Em 04/05/2016 foi novamente proferida r. sentença (fls. 329/332), extinguindo o processo com exame do mérito, com base no art. 269, I, do CPC, denegando-se a segurança e, por consequência, revogando-se a liminar.

Irresignada, recorre a impetrante (fls. 339/375), pugnando pela reversão do julgado.

Com contrarrazões (fls. 378/399), subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 405/406v).

É o relatório.

## VOTO

Desde logo, necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do enunciado Administrativo nº 2 do STJ: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*".

A controvérsia destes autos gira em torno da legalidade do ato que desclassificou a impetrante de concorrer às vagas reservadas (Lei nº 12.990/2014), com fundamento em parecer da Comissão especializada, que, por unanimidade, concluiu não estarem preenchidos os requisitos necessários à confirmação da autodeclaração prestada, nos termos do item 5.7 do edital (fls. 221).

De plano anoto que a pretendida prevalência do critério da ascendência (genotípico) em substituição ao fenotípico, previsto expressamente no edital (item 5.7.2.1 - fls. 221), implicaria invariavelmente na violação do artigo 2º da Constituição Federal, diante da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o administrador para declarar a impetrante negra ou parda.

Portanto, não vislumbro qualquer ilegalidade no ato praticado pela Comissão Especializada, que justificadamente reconheceu que a impetrante não preenche os requisitos do edital para gozo do direito previsto na Lei nº 12.990/2014, de modo que inexistente, na espécie, direito líquido e certo.

Ainda que se entenda em sentido diverso, verifico que o mandado de segurança não detém condições de prosseguir, pois a pretendida desqualificação da conclusão adotada pela i. Comissão composta por três estudiosos das relações raciais no Brasil, todos com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas dos movimentos negros, demandaria, no melhor dos cenários, a realização de exame pericial.

Dessa forma, sem qualquer relevância a afirmação de que as fotos tiradas da impetrante para comprovação da sua autodeclaração contêm defeitos ou vícios de composição que interferiram na percepção dos avaliadores da Comissão do concurso.

Cediço que o Mandado de Segurança é uma ação civil de índole constitucional destinada à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública.

Ressalte-se que a via estreita do mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo e deve estar fundada em prova pré-constituída, não sendo, portanto, cabível a dilação probatória.

Nesse sentido:

*"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.*

*I - Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), a prova exigida é a da condição de credora tributária, mas será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação, como na espécie em exame.*

*II - Rever o entendimento do Tribunal de origem acerca da inexistência de prova pré-constituída apta a aparelhar a ação mandamental demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é*

*inviável em sede de Recurso Especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.*

*III - A Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior.*

*IV- Agravo regimental improvido."*

*(AgRg nos EDcl no AREsp 283892/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 19/08/2015)*

**"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA . COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA . INEXISTÊNCIA.**

*1. O pedido principal deduzido pela recorrente caminha no sentido deque seja declarada a legalidade e a eficácia da compensação realizada. Ora, não se persegue o direito à promoção do encontro de contas, mas sim o reconhecimento judicial de que a compensação foi efetuada de forma escorreita entre o contribuinte e o Estado do Sergipe.*

*2. A manifesta controvérsia acerca não somente do valor devido, como também do próprio indébito tributário, torna descabida a impetração do mandado de segurança , haja vista que inexiste prova inequívoca e pré- constituída apta a amparar a pretensão formulada, sendo evidente a substancial dúvida que paira sobre os documentos a exigir dilação probatória.*

*3. Agravo regimental não provido."*

*(AgRg no RMS 24284/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 15/02/2013)*

**"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. PRETENSÃO DE EXTENSÃO DO REAJUSTE DE 13,23% A TÍTULO DE REVISÃO GERAL ANUAL. LEIS 10.697 E 10.698/2003. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CÁLCULOS E VERIFICAÇÃO DE VALORES. PROVIDÊNCIAS INCABÍVEIS NA VIA ESTREITA DO WRIT. AÇÃO EXTINTA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.**

*1. É atribuição do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qualidade de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal, o planejamento, coordenação, supervisão e controle das políticas de recursos humanos do Poder Executivo Federal, Administração Direta, autarquias e fundações, de sorte que o Ministro de Estado da Pasta é quem detém competência para corrigir eventual ilegalidade constante no cálculo da remuneração, ainda que os impetrantes estejam lotados em órgãos diversos da Administração.*

*2. A demonstração da existência de direito líquido e certo depende da exibição, pelo impetrante da ordem, já com a inicial do pedido, de prova documental do ato violador (ou ameaçador), ainda que essa prova seja de apreciação árdua, difícil ou custosa, devendo-se entender que a restrição probatória, na ação mandamental, desde a sua mais recuada elaboração, sempre pertenceu à inadmissibilidade de dilação, por descaber, no seu âmbito, a produção desses elementos elucidadores de fatos, o que importaria na sua ordinarização e perda do seu status de medida excepcional.*

*3. No caso em tela, a impetrante não demonstrou de que forma teria chegado ao percentual pleiteado a título de revisão geral anual, que não consta expressamente em nenhuma das leis federais indicadas, limitando-se a asseverar que o índice de 13,23% refere-se ao maior reajuste concedido a Servidores Públicos Federais; a ausência de indicação dos critérios utilizados ou sugeridos em norma legal para se chegar ao índice pleiteado enseja necessário exame de provas, realização de cálculos e verificação de valores, providências incabíveis na via estreita do writ of mandamus. Precedente do Pretório Excelso.*

*4. Ação mandamental extinta sem julgamento de mérito."*

*(MS 13366/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 23/06/2009)*

Nesse sentido merece reprodução a bem lançada manifestação do D. Órgão do Ministério Público Federal, vejamos:

*"In casu, pesa em desfavor da Apelante a via judicial eleita, sendo certo que o procedimento mandamental não se configura como adequado para a reivindicação de sua pretensão, pois a Apelante traz à baila informações que inda carecem de devida comprovação e melhor explicitação.*

*Como se pode extrair dos autos, as alegações trazidas pela Apelante não são suficientes para aferir a existência ou inexistência do direito. Com efeito, se no entender da Apelante a Comissão responsável*

*não está apta a concluir pela cor de sua pele apenas por meio de análise de fotos, muito menos estaria o Poder Judiciário, que sequer tem entre seus membros, em regra, especialistas.*

*Assim, tendo em vista a necessidade de esmiuçar e confrontar os fatos apresentados, importa proceder à dilação probatória no presente caso. Note-se que a discussão não é de direito, mas sim de fato: é a autora preta/parda?*

*Nesse prisma, prudente é não olvidar que o mandado de segurança presta-se à tutela de direito líquido e certo. Conquanto seja conceito de difícil delineamento, é possível afirmar que, quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração,..."*

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

**MARCELO GUERRA**  
**Juiz Federal Convocado**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): MARCELO GUERRA MARTINS:10171  
Nº de Série do Certificado: 480B094990F1B5F46C63B6EEF6A2BA25  
Data e Hora: 12/12/2016 17:06:16

---