

## PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 9745-92.2016.8.10.0000 (60722/2016)-SÃO LUÍS

IMPETRANTES: Claudenir Pereira Martins, Fábio de Bonfim, Francisco Rafael Coelho Gomes, Jailson Gomes de Araújo Júnior e outros

ADVOGADOS: Dr. Deus Maria Barbosa da Silva Oliveira Medeiros (OAB/MA 15386) e Dra. Sara Maria Sumber da Silva (OAB/PI 13086)

IMPETRADOS: Presidente Diretor da Fundação Carlos Chagas - FCC, Secretaria de Estado da Gestão e Previdência, Presidente da Comissão Central do Concurso da Secretaria de Estado da Gestão e Previdência do Estado do Maranhão

RELATOR: Desembargador RICARDO DUAILIBE

### EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTODECLARAÇÃO DE NEGRO/PARDO. COMISSÃO PARA CONSTATAR A VERACIDADE DA AUTODECLARAÇÃO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. ANÁLISE SUBJETIVA DO FENÓTIPO NEGRO/PARDO. ILEGALIDADE DO ATO COATOR DEMONSTRADA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. FOTOGRAFIAS E DOCUMENTOS OFICIAIS. FENÓTIPO NEGRO/PARDO CONFIGURADO. 1. Considera-se legal a exigência da Administração Pública de avaliar o candidato que se autodeclara negro, visando analisar seu fenótipo, a fim de evitar fraude e o desvio da norma que instituiu as cotas. 2. Considerando que a Comissão instituída para avaliação do fenótipo negro/pardo, ao proferir a resposta dos recursos administrativos interpostos por cada um dos Impetrantes, concedeu resposta padrão, idêntica a todos, em tempo exíguo, conclui-se pela ausência de fundamentação legal ou de argumento razoável para a exclusão dos candidatos do certame e, por conseguinte, pela ilegalidade do ato coator. 3. A ilegalidade da exclusão dos candidatos das vagas reservadas e do certame, revela-se, do mesmo modo, por ter sido realizada, por parte da Comissão avaliadora, uma análise subjetiva do fenótipo racial declarado, o que não se admite pelos Tribunais Pátrios. 4. Por já ter sido beneficiado um dos candidatos, ora Impetrante, em concursos anteriores em vagas reservadas a cotistas, não se revela razoável o indeferimento da sua autodeclaração no certame discutido. Precedentes. 5. Evidenciada a ilegalidade do ato coator, a segurança pleiteada deve ser concedida para garantir ao candidato aprovado em 2º lugar para o cargo de Técnico da Receita Estadual - Arrecadação e Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, portanto, dentro do número de vagas ofertado no edital (2 vagas), que seja assegurada a sua nomeação e posse ao cargo. 6. Em relação aos demais Impetrantes, considerando que a colocação destes candidatos não alcançou o número de vagas ofertados no certame, que sejam mantidos no concurso e na lista classificatória, bem como a nomeação aos aludidos cargos, quando convocados, em observância às suas colocações na livre concorrência e vagas reservadas para negros/pardos, informada na inicial e comprovadas nomandamus. 7. Mandado de Segurança concedido parcialmente. 8. Unanimidade.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores das Primeiras Câmaras Cíveis Reunidas, unanimemente, em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conceder a segurança parcialmente, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe (Relator), Antônio Guerreiro Júnior (Presidente), Nelma Celeste Sousa Silva Sarney Costa, Marcelo Carvalho Silva e Raimundo José Barros de Sousa.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Sâmara Ascar Sawaia.

São Luís (MA), 01 de dezembro de 2017.

Desembargador RICARDO DUAILIBE/Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Fábio de Bonfim, Jailson Gomes de Araújo Júnior, Igor Mendes Carvalho, Francisco Rafael Coelho Gomes e outros, contra ato coator praticado pelo Presidente Diretor da Fundação Carlos Chagas - FCC, Secretária de Estado da Gestão e Previdência e Presidente da Comissão Central do Concurso Público, no decorrer do Concurso Público

De acordo com a inicial de fls. 03/34, o ato coator impugnado refere-se à irregularidade ocorrida na avaliação da veracidade da autodeclaração da condição racial, por parte da banca especializada que, no caso concreto, teria utilizado critérios subjetivos na entrevista realizada com os candidatos que se autodeclararam negros/pardos, bem como a resposta dirigida a todos os Impetrantes teria sido padronizada, de teor idêntico, sem qualquer fundamentação acerca da exclusão da cota de negro e, por conseguinte, do certame.

Alegam que a autoridade administrativa está vinculada ao dever de motivar os seus atos para posterior controle do Poder Judiciário para a sua correção e, no caso em exame, a discussão pauta-se na motivação da resposta da Administração Pública aos recursos que impugnaram a desclassificação dos candidatos da lista dos aprovados sob o critério de inclusão no grupo de pardos e pretos.

De acordo com os Impetrantes, nos termos do Edital nº 02/2016-SEFAZ, de 06/07/2016, restou estabelecida a autodeclaração dos candidatos como negros ou pardos, conforme quesito cor e raça definidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, e em momento posterior, a convocação para verificação deste fenótipo.

Informam que as respostas aos recursos amparam-se no art. 3º do Decreto Estadual nº 32.435/2016, que determina que serão avaliados somente os aspectos fenótipos do candidato, os quais seriam verificados obrigatoriamente na presença dos mesmos, sendo que os termos editalícios que regem o concurso em tela não fazem qualquer menção a este ato normativo, dispondo apenas que este será regido de acordo com as Instruções Especiais que fazem parte do Edital.

Mencionam, ainda, que a referida resposta por parte da banca especializada teria ocorrido horas após o protocolo dos recursos interpostos por estes candidatos, o que gerou a desconfiança de que seus recursos não foram efetivamente analisados, mormente quando a resposta enviada teria sido padrão, não se atendo às especificidades de cada um.

Sob o argumento de que o capítulo VI do Edital define os critérios para inscrições dos candidatos negros, contendo a previsão de que serão atendidos os termos da Lei nº 10.404/2015, e que qualquer alteração, atualizações ou acréscimos seria feita mediante publicação anterior ao evento, o que não teria ocorrido no caso em exame, teria restado violado o princípio da publicidade.

Insurgem-se os Impetrantes, portanto, contra a utilização de critérios subjetivos que não constaram no edital, pois o IBGE acolhe a autodeclaração do indivíduo ao indicar a sua cor, não podendo prevalecer o subjetivismo na aferição do candidato negro, seja em entrevistas ou por outro meio.

Por fim, tendo por norte os argumentos ora declinados, que apontam para a ofensa à isonomia na avaliação da banca, ofensa ao princípio da motivação, requerem a concessão da liminar para suspender a possível nomeação de candidatos aprovados no concurso até a decisão de mérito deste Mandamus, e obrigar os Impetrados à reserva de vagas dos Impetrantes na lista destinada aos negros aos cargos de Auditor Fiscal da Receita Estadual Administração Tributária (Código S01) e Técnico da Receita Estadual Arrecadação e Fiscalização de mercadorias em Trânsito (S02).

Pugnam, ainda, em sede de liminar, para que sejam os Impetrados obrigados a reservarem as vagas dos referidos cargos na lista de ampla concorrência, a fim de impedir que outros candidatos sejam nomeados em detrimentos dos Impetrantes.

O presente Writfoi instruído com os documentos de fls. 35/356.

O Plantão Judiciário deste TJ/MA indeferiu a inicial do presente Mandamusàs fls. 359/363, fundamentando, em suma, que a conclusão técnica manifestada acerca da verificação da condição racial, somente pode ser afrontada por meio de opiniões de profissionais mais abalizados ainda, quiçá

de perícia para aferição de fenótipo afrodescendente daqueles, bem como que a mudança de pronunciamento da Administração Pública pelo Judiciário, redundaria em afronta ao mérito administrativo, o que leva à conclusão de que não teria restado comprovado de plano o alegado direito líquido e certo.

Da referida decisão da lavra da Desembargadora Plantonista Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, foi interposto Agravo Interno, o qual foi provido por estas Primeiras Câmaras Cíveis Reunidas para determinar o trâmite da presente Ação Mandamental para análise, inicialmente, da liminar vindicada e, ao final, o enfrentamento das matérias para concessão e denegação da segurança pleiteada.

Liminar deferida parcialmente por esta Relatoria às fls. 703/707-v, para determinar ao Impetrante Uanderson Araújo Duarte que as autoridades coatoras assegurem a reserva de vaga para negro, mantendo-o nas colocações obtidas para livre concorrência (16ª) e negro (2º) para o cargo de Técnico da Receita Estadual - Arrec. e Fiscalização de Mercadoria em Trânsito. Quanto aos demais candidatos, considerando que a colocação destes não alcançou o número de vagas ofertadas no Edital nº 02/2016, para os cargos concorridos, que sejam mantidos no certame e na lista classificatória, até o julgamento do mérito deste Mandamus.

Consta às fls. 725/726, manifestação da Secretária de Estado da Gestão e Previdência no sentido de indicar os componentes da banca de avaliação, bem como a qualificação dos avaliadores que forma indicados por três instituições: Universidade Federal do Maranhão -UFMA, Secretaria de Estado da Igualdade Social e Conselho Estadual da Igualdade Racial, todos com formação em sociologia e antropologia.

Esclarece que o critério de exclusão de um candidato é por unanimidade, e em caso de decisão por maioria de seus membros, o candidato permanece, além de informar que as avaliações foram devidamente registradas em vídeos e o critério utilizado pelos avaliadores foi o fenótipo, sendo desconsiderada qualquer outra argumentação conforme Decreto Estadual nº 32.435/2016. Por fim, defende que não inexistiu ato ilegal, pois a exclusão dos Impetrantes se deu em cumprimento ao art. 2º, §2º, I da Lei Estadual nº 10.404/2015.

A Fundação Carlos Chagas, às fls. 730/751, informa o cumprimento da liminar deferida para manter o candidato Uanderson Araújo Duarte na 16ª colocação (livre concorrência) e 2ª colocação (cota negro), e que eventual reserva de vaga é de competência exclusiva da Secretaria de Estado da Gestão e Previdência do Maranhão. Quanto aos demais candidatos, nos termos da decisão liminar, serão mantidos no certame e na lista classificatória.

Ao final, destaca que seria parte ilegítima no presente feito, por não ter competência para avaliar a veracidade da autodeclaração feita pelo candidato quanto a sua cor, vez que se trata de ato de exclusiva competência da Comissão instituída pelas Secretarias da Fazenda e da Gestão do Estado do Maranhão.

Por derradeiro, consta o parecer emitido pela Procuradoria Geral de Justiça às fls. 757/764 opinando pelo conhecimento da presente Ação Mandamental mas, no mérito, pela sua denegação, por concluir que não obstante a numerosa quantidade de documentos colacionados ao feito, definir por expedientes impressos e fotos a condição de negro mostra-se contrária ao princípio da segurança jurídica, porquanto o fenótipo humano é característica complexa e variável, possuindo critérios técnicos estabelecidos pelos profissionais da área de sociologia e antropologia. Assim sendo, entende o Órgão Ministerial que não foi colacionado aos autos prova pré-constituída suficiente a subsidiar a pretensão formulada e concessão do direito vindicado pelos Impetrantes.

É o relatório.

VOTO

Colhe-se dos autos que os Impetrantes foram excluídos do Concurso Público promovido pelas autoridades apontadas como coautoras, para ingresso nos cargos de Auditor Fiscal da Receita Estadual - Administração Tributária e Técnico da Receita Estadual - Arrecadação e Fiscalização de

Mercadorias em Trânsito, em virtude de não ter sido acolhida a autodeclaração como negro/pardo destes candidatos, por parte da banca responsável pela avaliação do referido fenótipo.

A matéria em exame já restou delineada nos presentes autos, com a manifestação desta Relatoria sobre diversos aspectos inerentes ao tema na Decisão de fls. 703/707-v, em que se ressaltou, sobretudo, a análise subjetiva realizada no caso concreto das características do fenótipo negro/pardo, bem como a ausência de motivação da decisão proferida pela Banca Examinadora, quando esta indeferiu os fundamentos esposados nos recursos interpostos pelos candidatos, ora Impetrantes.

Cumprido, de logo, enfrentar questão suscitada pelo Impetrado, Fundação Carlos Chagas, que alega ser parte ilegítima "ad causam" para figurar no polo passivo do presente Mandamus, por ser da competência exclusiva da Comissão instituída pelas Secretarias Estaduais da Fazenda e da Gestão a análise da veracidade da autodeclaração feita pelo candidato quanto a sua cor.

Nesse pormenor, entendo que não deve ser acolhida a ilegitimidade suscitada, na medida em que o Edital de Abertura do Certame (Edital nº 02/2016), acostado às fls. 327/338, menciona expressamente que a realização do concurso público em tela será realizado de acordo com as normas editalícias, sob a responsabilidade da Fundação Carlos Chagas.

Não obstante a comissão instituída para a análise e verificação do fenótipo de negro seja de competência das demais autoridades ora apontadas como coatoras (item 1.6 do Edital nº 02/2016), é inegável a responsabilidade da Fundação Carlos Chagas, na condição de organizadora do certame, devendo a mesma ser mantida no polo passivo da presente demanda.

Logo, incontestável que a competência para análise e verificação do fenótipo de negro compete às demais autoridades ora apontadas como coatoras, a quem incumbirá o exato cumprimento das determinadas a serem proferidas no presente feito, cabendo à Fundação Carlos Chagas, na condição de organizadora

No tocante à matéria de fundo, ao se declararem negros/pardos os candidatos já estavam cientes da possibilidade de serem submetidos à uma comissão verificadora desta condição, conforme item 1.6 do Edital nº 02/2016, o que efetivamente veio ocorrer em 16/12/2016, através de Comissão instituída pelo Decreto Estadual nº 32.435/2016.

Ao contrário do que alegam os Impetrantes, inexistente qualquer óbice para que seja avaliada a condição de negro autodeclarada, ao contrário, a necessidade de ser averiguado este fenótipo já restou devidamente assentada pelos Tribunais Pátrios que já sufragaram o entendimento esposado nas seguintes ementas, in verbis:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. 1. A autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, evitando, assim, que se transforme em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger. 2. A autodeclaração pode ser avaliada por comissão designada pelo Poder Público para tal fim. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial. 3. Tendo a Comissão Avaliadora, no exercício de sua legítima função regimental, afastado o conteúdo da autodeclaração, o acolhimento da pretensão da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode se elidida mediante prova em contrário. (TRF-4 - AC: 50047604020154047110 RS 5004760-40.2015.404.7110, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 05/04/2017, QUARTA TURMA) Destaques.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. 1. Como é cediço, a intervenção do Poder Judiciário no

âmbito de concurso público deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito às normas do edital que o norteia. 2. No presente caso, a comissão designada para verificar a veracidade da autodeclaração prestadas pelos candidatos negros ou pardos analisou o fenótipo do candidato - mediante avaliação presencial - e concluiu pela eliminação do impetrante do concurso, por entender que o candidato não possuía o fenótipo de "pardo", inviabilizando sua aprovação no concurso nas vagas das cotas destinadas à candidatos negros e pardos. 3. A autodeclaração pelo candidato é condição necessária, mas não suficiente, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra/parda. Nesse sentido, depreende-se que a autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, podendo ser o candidato submetido à análise e verificação por banca designada pelo Poder Público para tal mister. 4. No caso dos autos, o edital do concurso, foi retificado para fazer a inclusão, no seu item 21, da previsão da aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros ou pardos, consoante a Orientação Normativa nº 03, de 1º de agosto de 2016, que determinou que os concursos já em andamento deveriam retificar seus editais para atender às novas regras previstas na referida orientação. 5. Tal medida se propõe para evitar que a autodeclaração transforme-se em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger. 6. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial. 7. In casu, o edital previu que a autodeclaração seria confirmada por uma comissão julgadora composta por no mínimo 3 integrantes designados pelo Reitor do IFMS, a qual consideraria, tão-somente, os aspectos fenotípicos do candidato, aferidos obrigatoriamente na presença do candidato. 8. Saliente-se que, nesses casos, as alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas. Assim, ainda que a certidão de nascimento do autor conste a sua cor como parda, o critério estabelecido pela banca é o do fenótipo e não do genótipo. 9. De mais a mais, frise-se que os elementos constantes dos autos também não são suficientes para infirmar a conclusão da Comissão Avaliadora, a qual à unanimidade concluiu que o candidato não apresentava traço fenótipo de negro/pardo. 10. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser considerada arbitrária, porquanto afastou o conteúdo da autodeclaração, no exercício de sua legítima função regimental. Assim, o acolhimento da pretensão da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode ser elidida mediante prova em contrário, a qual não foi de plano produzida na via estreita desses autos de mandado de segurança. 11. Apelação desprovida. (TRF-3 - AMS: 00120528920164036000 MS, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 20/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/09/2017)

Conclui-se, portanto, ser pacífico nos Tribunais Pátrios a possibilidade de ser averiguado o fenótipo de negro/pardo para fins de validar a autodeclaração dos candidatos que assim se manifestaram no ato de inscrição do certame, entendimento a que anui esta Relatoria, mormente quando considerada a presunção relativa decorrente da autodeclaração de negro, cabendo à Administração Pública instituir mecanismos que possam manter a higeidez do sistema de cotas.

Logo, considera-se legal a exigência da Administração Pública de avaliar o candidato que se autodeclara negro, visando analisar seu fenótipo, a fim de evitar fraude e o desvio da norma que instituiu as cotas.

Afastada a alegada irregularidade na submissão dos Impetrantes à avaliação do fenótipo de negro, por comissão verificadora, cumpre adentrarmos na análise do ato apontado como coator, qual seja a exclusão dos Impetrantes do certame considerando a análise subjetiva efetuada pela Comissão e a ausência de qualquer motivação na decisão que indeferiu os recursos administrativos interpostos por estes candidatos.

Para o enfrentamento destas questões, deve-se partir das premissas de que o sistema de cotas para ingresso aos cargos públicos constitui relevante política pública afirmativa que visa promover a correção das desigualdades raciais e a igualdade de oportunidades, e nesta ótica que deve ser enfrentado o caso em debate, para fins de ser averiguada se feita de forma correta a verificação do candidato cotista.

No caso, os argumentos esposados, os quais não foram refutados nas manifestações das autoridades coatoras (fls. 725/726 e fls.730/751) revelam que o ato apontado como coator amparou-se em análise subjetiva para aferição do fenótipo de negro/pardo, na medida em que foram dirigidas aos candidatos perguntas tais como: "você já sofreu preconceito pela cor de sua pele?", "desde quando se assume negro?", "O que em seu corpo pode ser caracterizador da raça negra?", etc.

Compulsando-se os autos, notadamente a documentação carreada pelos 13 (treze) Impetrantes, infere-se que alguns destes possuem documentos oficiais, expedidos por órgãos públicos, sejam oriundos da Secretaria de Segurança Pública de seus respectivos Estados, das Forças Armadas Brasileiras, que atestam a cor parda. Outros já foram considerados aptos a concorrerem em outros certames nas vagas reservadas aos negros, não sendo razoável a Administração Pública considerar o mesmo candidato negro para um concurso público e para outro concluir pela ausência do direito a este benefício concorrencial.

Assim como já ressaltado por esta Relatoria, um ou outro Impetrante possui a tez mais clara, o que não tornaria a prova pré-constituída tão elucidativa quanto ao fenótipo negro/pardo que alegam ostentar, contudo, as fotografias carreadas demonstram outros aspectos marcantes desta etnia (cabelos crespos, lábios volumosos), de acordo com o quesito de cor e raça usado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), não se enquadrando nas demais possibilidades estabelecidas por este instituto, quais sejam branca, amarela e indígena.

Não obstante tal assertiva, de que se torna possível a constatação de características físicas do negro/pardo através das fotografias juntadas na presente Ação Mandamental, os Impetrantes juntaram as respostas recebidas da análise de seus respectivos recursos administrativos, o que revela que a Comissão instituída para avaliação do fenótipo, ao proferir a resposta após a entrevista filmada entre os examinadores e cada um dos Impetrantes, concedeu resposta padrão, idêntica a todos, em tempo exíguo, que carece, portanto, da devida fundamentação.

É possível aferir da prova pré-constituída no presente feito que a Administração Pública limitou-se a transmitir a seguinte resposta aos 13 (treze) candidatos:

"O decreto estadual nº 32.435 determina em seu art. 3º que serão avaliados somente os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente na presença do mesmo. Sendo assim, a ausência das características fenotípicas verificadas por estudiosos das relações raciais no Brasil, descaracteriza a autodeclaração proferida no ato da inscrição. A eliminação está prevista no art.2º, §2º, I da Lei Estadual nº 10.404/2015. Recurso improvido".

Ao analisar a aparência destes candidatos durante a entrevista individual, a Comissão olvidou-se em mencionar quais características teriam ocasionado a conclusão de que os Impetrantes não pertenciam ao fenótipo de negro/pardo, carecendo o apontado ato administrativo da sua devida motivação.

Acrescido a este aspecto, menciona-se ainda que os recursos administrativos foram interpostos em 22/12/2016, cujo prazo para recurso findou nesta data às 19:00hs e a resposta, identificada como ato coator impugnado neste Writ, divulgada em 23/12/2016 às 08:00hs, em um intervalo de 12 (doze) horas, o que somente corrobora a conclusão esposada na Decisão liminar já proferida por este Relator, no sentido de que a Comissão, de fato, não enfrentou as razões recursais dos candidatos, e suas respectivas especificidades.

No sentido de que a ausência de motivação no ato de exclusão do candidato configura-se ilegal e abusiva, por deixar de explicitar qual requisito o candidato teria deixado de atender para revelar o fenótipo negro/pardo, já se manifestou o Excelso STF no RE 118/927/RJ, cujo julgado segue transcrito:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INGRESSO NA UNIVERSIDADE. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. ENTREVISTA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FENÓTIPO NEGRO OU PARDO. NÃO COMPROVAÇÃO. I - A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. "Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de

fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo (...) Considero que o fato de alguém 'se sentir' ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa."(STF - ARE: 729611 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 06/09/2013 PUBLIC 09/09/2013). II - O presente caso é ainda mais gritante porquanto do ato administrativo colacionado como manifestação da banca acerca da exclusão da candidata do sistema de cotas raciais não se extrai qualquer fundamentação. Há apenas a reprodução das perguntas e das respostas da autora, e uma marcação da banca atestando o indeferimento do pleito. Na mesma linha, a resposta ao recurso administrativo foi, deveras, generalista. III - Por outro lado, nada obstante se reconheça a ausência de fundamentação para a exclusão da candidata no ato de entrevista, a apelante não se desincumbiu, nesta demanda judicial, da comprovação de seu fenótipo negro ou pardo, fator que a impede, por ora, de concorrer pelo sistema de cotas raciais. IV - Apelação Parcialmente provida. Determinação de realização de nova entrevista para aferição da raça negra ou parda a partir de critérios objetivos. Sucumbência recíproca. Suspensão da exigibilidade da cobrança para a autora, já que beneficiária da gratuidade de justiça. (TRF-1 - AC: 122238720094013400, Relator: JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH, Data de Julgamento: 28/07/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 08/08/2014)

DESCLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003. ATO ILEGAL E ABUSIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO DE EXCLUSÃO EM RAZÃO DA FALTA DE EXPLICITAÇÃO DE QUAL REQUISITO O CANDIDATO DEIXOU DE ATENDER. FOTOGRAFIAS ACOSTADAS QUE PODEM INDICAR O CANDIDATO COMO PARDO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. "Os parâmetros alusivos ao concurso são de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada a relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida." (STF - RE 118 / 927 /RJ, 2ª. Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 10/08/95).

Em recente julgado (REsp 1.664.922, RS 2017/0034898-7), o Colendo STJ, em decisão monocrática da lavra do Ministro Benedito Gonçalves, publicada no DJe do dia 02/08/2017, reconheceu a possibilidade de ser questionada a avaliação procedida pela Comissão avaliada, quando equivocada ou ausente fundamentação razoável, razão pela qual se faz necessária a devida fundamentação no parecer da banca.

Nesta oportunidade, restou mantida a decisão oriunda do TRF da 4ª Região, que validou as fotografias que instruem a inicial, as quais indicam, naquele caso concreto, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que a candidata em questão pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que se encontrava corroborado pelos traços aparentes de sua família.

Vejamos o inteiro teor da aludida decisão, cujo entendimento se amolda ao caso em exame, seja porque o ato apontado como coator carece da devida fundamentação acerca da motivação pelo não preenchimento do fenótipo negro/pardo, seja porque os autos encontram-se com provas robustas que corroboram os direitos dos Impetrantes às pretendidas vagas reservadas:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.922 - RS (2017/0034898-7) RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSEH ADVOGADOS : BRUNA LETICIA TEIXEIRA IBIAPINA CHAVES - PI007964 SERGIO FEITOSA DIAS JUNIOR - RS090605 ALAN SOARES ELEUTERIO - RS100916B RECORRENTE : INSTITUTO AOCP ADVOGADOS : FABIO RICARDO MORELLI - PR031310 ANDRESSA SATIE ITO FUJIWARA E OUTRO (S) - PR065329 RECORRIDO : MARILAN MOTA MARQUES ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIOS DE AUTODECLARAÇÃO E HETEROIDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO AOCP, com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 687e-STJ): ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE

AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. IRREGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PRECÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Não há ilegalidade na adoção de critério misto ou complexo para aferição da condição de 'candidato afro-brasileiro negro', já que o método encontrado pela Universidade para distinção dos cotistas não delega ao aluno a prerrogativa inquebrantável de, juiz de si mesmo, decidir, com foros de definitividade e sem qualquer juízo posterior, sobre o seu próprio enquadramento na reserva de cotas (AI n.º 5013014-94.2012.404.0000, 4ª Turma, julgado em 05/12/2012; AC n.º 0002572-96.2009.404.7102, 3ª Turma, D.E. 22/09/2011; AG n.º 5010581-15.2015.404.0000, 3ª Turma, julgado em 25/03/2015). 2. Em contrapartida, nada impede que se questione a avaliação procedida pela comissão avaliadora, quando equivocada ou ausente fundamentação razoável. Daí a exigência de fundamentação no parecer da comissão, com lastro em elementos de prova consistentes. Conforme já atentado pela Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, a necessidade de a entidade realizar algum tipo de controle para coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais não torna, por si só, legítima a simples avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo ou aparência do candidato, sendo imprescindível uma análise de seu histórico familiar e pessoal e também cultural e ancestral. Caso contrário, a decisão da comissão pode beirar a arbitrariedade. 3. As fotos que instruem a inicial (evento 1 - FOTO3 da ação originária) indicam, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que ela pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que é corroborado pelos traços aparentes de sua família. Como observou o juiz, a confirmar o conteúdo da autodeclaração, as fotos do documento 3 do evento 1, corroboram, na linha dos fundamentos antes exarados, que a autora é efetivamente de família de negros. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pelo Tribunal de origem (fls. 707/714e-STJ). Sustenta o recorrente, em apertada síntese, que o acórdão recorrido "deu ao artigo 2º e parágrafo único da lei federal n. 12.990/14 interpretação divergente daquela atribuída pelos Tribunais Regionais Federais das 5ª, 4ª e 3ª regiões em casos semelhantes" (fl. 725e-STJ). Nesse sentido, argumenta que, "de acordo com o artigo 2º e parágrafo único da Lei n. 12.990/2014, possibilita a adoção do método de heteroidentificação, ou seja, a realização de procedimento para confirmação da autodeclaração dos candidatos, a fim de verificar ou não a existência de traços fenotípicos das pessoas pretas/pardas" (fl. 726e-STJ). Assevera que (fls. 726/727e-STJ): [a] Lei Federal nº 12.990/2014 não adotou como critério a identificação do genótipo, razão pela qual não se examina a ancestralidade dos candidatos, mas sim a preservação dos traços fenotípicos de pessoas negras (preta/parda). Assim, o método de identificação racial, qual seja a heteroidentificação adotado pela Banca Examinadora e pela Comissão Especializada possui respaldo no art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 12.990/2014, que estabelecem o procedimento para concorrer nas vagas Lei Federal nº 12.990/2014 não adotou como critério a identificação do genótipo, razão pela qual não se examina a ancestralidade dos candidatos, mas sim a preservação dos traços fenotípicos de pessoas negras (preta/parda). Assim, o método de identificação racial, qual seja a heteroidentificação adotado pela Banca Examinadora e pela Comissão Especializada possui respaldo no art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 12.990/2014, que estabelecem o procedimento para concorrer nas vagas reservadas por meio da autodeclaração, bem como permite que a autodeclaração realizada no ato da inscrição, seja posteriormente confirmada, in fine: [...] Assim, não obstante os candidatos façam uma autodeclaração no ato da inscrição, tal declaração poderá ser submetida à confirmação de terceiros, por meio de uma Comissão Especializada, conforme estabelecido no Edital de abertura [...] Por fim, requer (fls. 753/754e-STJ): [...] seja o presente recurso CONHECIDO, suspendendo-se a decisão recorrida até o julgamento final do feito, e no mérito que seja PROVIDO, reconhecendo-se o dissídio jurisprudencial demonstrado, para reformar o acórdão que negou provimento ao recurso de apelação do Recorrente, com o fim de que seja dada a correta interpretação à Lei Federal n. 12.990/2014, sobretudo o artigo 2º, aplicando-o da forma devida ao caso concreto, considerando como legal o ato da Comissão que, realizando o método de heteroidentificação, concluiu que a Recorrida não possui os fenótipos de pessoa negra (preta/parda), não se enquadrando, portanto nos termos da referida lei federal que prevê a reserva de vagas em concursos públicos, retornando-se a candidata ao status quo ante no certame, qual seja de eliminada na regra de corte. Ao final, requer a condenação da Recorrida ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais. Sem contrarrazões (fl. 810e-STJ). Crivo positivo de admissibilidade à fl. 817e-STJ. É o relatório. Passo a decidir. Ao contrário do que afirma a parte recorrente, em momento algum o Tribunal de origem asseverou a impossibilidade de utilização do critério de heteroidentificação, em contraposição ao critério de autoideclaração, mas, tão somente, que (fl. 685e-STJ): [...] na dúvida, deve prevalecer o critério de autodeclaração consagrado pela Lei 12.990, pois, caso contrário, a heteroidentificação realizada pela comissão do concurso estaria em sobreposição em relação à condição racial autodeclarada pelo



indivíduo. Um critério de autodeclaração que se transmuda em hetero-identificação, conforme a manifestação do STF na ADPF nº 186. Com efeito, a partir dessa premissa jurídica, e após ampla análise do conjunto fático-probatório, a Corte de origem firmou compreensão de que (fl. 685e-STJ): [...] as fotos que instruem a inicial (evento 1 - FOTO3 da ação originária) indicam, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que ela pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que é corroborado pelos traços aparentes de sua família. Como observou o juiz, a confirmar o conteúdo da autodeclaração, as fotos do documento 3 do evento 1, corroboram, na linha dos fundamentos antes exarados, que a autora é efetivamente de família de negros. Nesse diapasão, verifica-se que o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC/1973 (atual art. 1.0289, § 1º, do CPC/2015) e 255, §§ 1º e 2º, do RI/STJ, pois não se vislumbra identidade ou semelhança entre os acórdãos confrontados. Ante o exposto, não conheço do recurso especial. Prejudicado o pedido de liminar. Publique-se Intimem-se. Brasília (DF), 22 de junho de 2017. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES Relatora

Cumpra destacar também outro julgado (RMS 48805), em que a Primeira Turma do STJ garantiu a nomeação de candidata ao cargo de oficial de controle externo do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, ao confirmar decisão que anulou ato administrativo que havia cancelado inscrição de candidata na lista específica para negros e pardos.

No citado aresto, da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, esta Corte Superior manifestou-se no sentido de que a comissão de aferição, ao afirmar que a candidata só poderia ser considerada parda se tivesse pelo menos mãe ou pai negro, e não apenas ser neta de negro, estabeleceu novo critério não previsto nas regras editalícias. Vejamos a ementa do referido julgado que além de defender a impossibilidade da criação de critérios não definidos no edital, bem ressalta a complexidade na definição das raças e do processo miscigenatório da população brasileira:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATA APROVADA NAS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS E PARDOS. CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A questão em debate cinge-se à verificação da suposta ilegalidade do ato administrativo estadual gaúcho que determinou a nulidade da inscrição da recorrente no concurso público para o cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conforme Edital 002/2013, em face da ausência de comprovação da sua afrodescendência declarada para fins de concorrência nas vagas específicas para negros e pardos. 2. In casu, a recorrente teve a inscrição no concurso cancelada ao fundamento de que não preenchia os requisitos necessários a concorrer às vagas destinadas aos negros e pardos, uma vez que, apesar de ser parda, não teria comprovado ser filha de pai ou mãe negra, não podendo sua cor de pele ter advindo de seus avós ou outro parente ancestral. 3. Os requisitos analisados pela Comissão não guardam relação com o previsto no Edital e sequer com a Lei Gaúcha 14.147/2012, uma vez que foram estabelecidos de forma aberta e irrestrita por seus integrantes que, inclusive, destacaram que para os efeitos aqui pretendidos, há que ser considerado pardo o filho de mãe negra e pai branco (ou vice-versa), condição que não possui a candidata (fls.97). 4. O próprio critério adotado pelo IBGE para classificação da cor é subjetivo, baseado na autodeclaração do entrevistado, não abrangendo apenas o binômio branco/negro, mas, também, os encontros interraciais entre brancos e indígenas, brancos e negros e negros e indígenas. Isto demonstra a complexidade que envolve a realização do Censo no Brasil, em razão das variáveis decorrentes do processo miscigenatório, do qual, aliás, resulta a raça brasileira dos mulatos claros, a que aludiu o sociólogo Gilberto Freire. 5. A classificação de cor na sociedade brasileira, por força da miscigenação, torna-se difícil, mesmo para o etnólogo ou antropólogo. A exata classificação dependeria de exames morfológicos que o leigo não poderia proceder. Até mesmo com relação aos amarelos, é difícil caracterizar o indivíduo como amarelo apenas em função de certos traços morfológicos, os quais permanecem até a 3a. e 4a. gerações, mesmo quando há cruzamentos. Com relação ao branco, preto e pardo a dificuldade é ainda maior, pois o julgamento do pesquisador está relacionado com a cultura regional. Possivelmente o indivíduo considerado como pardo no Rio Grande do Sul, seria considerado branco na Bahia, na segura observação da Professora Aperecida Regueira (As Fontes Estatísticas em Relações Raciais e a Natureza da Investigação do Quesito Cor nas Pesquisas Sobre a População no Brasil: Contribuição para o Estudo das Desigualdades Raciais na Educação. Site IBGE). 6. Nesse contexto, importa

salientar que se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos, e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital, além de se tratar de criteriologia arbitrária, preconcebida e tendente a produzir o resultado previamente escolhido. 7. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à obrigatoriedade de seguir-se fielmente as disposições editalícias como garantia do princípio da igualdade, e sem que isso signifique qualquer submissão a exigências de ordem meramente positivistas. 8. Dessa forma, mostra-se líquido e certo o direito da recorrida em ter anulado o ato que determinou o cancelamento de sua inscrição na lista específica para negros e pardos, bem como para restabelecer os efeitos de sua nomeação para que, preenchidos os demais requisitos legais, tome posse no cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. 9. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido. (AgRg no RMS 48.805/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 31/05/2017) Destaquei.

Como se vê, restando caracterizado que o ato apontado como coator encontra-se sem a devida fundamentação, ao indeferir os recursos dos candidatos, mantendo-os fora do certame, e revelando-se a prova pré-constituída suficiente para demonstração das características do fenótipo negro/pardo, entende-se possível a concessão parcial da segurança pleiteada para assegurar a manutenção dos candidatos, observada as suas respectivas colocações, nas pretendidas vagas reservadas e de ampla concorrência.

Mister se faz mencionar que o candidato Uanderson Araújo Duarte (Técnico da Receita Estadual - Arrec. e Fiscalização de Mercadoria em Trânsito), que obteve as colocações 16º (livre concorrência) e 2º (cota de negro), já teve reconhecida a sua condição de cotista em outros certames, sendo irrazoado o indeferimento da sua autodeclaração no caso em tela.

Nesse sentido, já se manifestou o TRF da 1ª Região, que "se o aluno foi considerado negro em concurso vestibular pretérito para fins de concorrência pelo sistema de cotas raciais, faz jus a mesma conclusão no certame imediatamente seguinte, sob pena de irrazoabilidade ou existência de subjetivismo na avaliação do critério, mormente se há a comprovação de sua condição por fotografia". (TRF-1 - REO: 290155520104013700, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 07/07/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 22/07/2014).

Assim sendo, em virtude da absoluta falta de fundamentação da Comissão em indeferir os recursos administrativos interpostos pelos Impetrantes, excluindo-os do certame, bem como diante da inegável análise subjetiva do fenótipo negro/pardo, o que não se admite, conclui-se que restou caracterizada a ilegalidade do apontado ato coator a dar ensejo à concessão da segurança. Tal conclusão somente se convalida com a prova pré-constituída que se revela suficiente para revelar os elementos definidores desta etnia, não se tratando o caso vertente de utilização equivocada do sistema de cotas.

Diante das conclusões ora esposadas, em virtude da segurança ora concedida, deve ser assegurada ao Impetrante Uanderson Araújo Duarte (Técnico da Receita Estadual - Arrec. e Fiscalização de Mercadoria em Trânsito), a sua manutenção no certame, em observância às colocações obtidas na livre concorrência (16º) e vagas reservadas para negros/pardos (2º), garantindo-lhe, ainda, a sua convocação e nomeação ao aludido cargo, eis que aprovado no número de vagas reservada aos candidatos negros (2 vagas).

No tocante aos demais Impetrantes, considerando que a colocação destes candidatos não alcançou o número de vagas ofertadas no Edital nº 02/2016, para os respectivos cargos concorridos, que sejam mantidos no certame e na lista classificatória, bem como garantida a nomeação aos aludidos cargos, em observância às suas colocações na livre concorrência e vagas reservadas para negros/pardos, informadas na inicial e comprovadas no Mandamus.

Assim sendo, evidenciados os requisitos para o acolhimento da pretensão dos Impetrantes, é que se conclui pela concessão da segurança pretendida.

Ante o exposto, em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço e concedo parcialmente a segurança pleiteada, conforme fundamentação supra.

É como voto.

Sala das Sessões das Primeiras Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Maranhão, em São Luís(MA), 01de dezembro de 2017.

Desembargador RICARDODUALIBERelator