



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63167 - MA
(2020/0061975-2)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
AGRAVANTE : -----
ADVOGADOS : VAMARIO SOARES WANDERLEY DE SOUZA BREDERODES -
PE033622
LAÍS FIGUEIREDO SILVA SIQUEIRA - PE058028
MARIA GABRIELA BREDERODES BARROS WANDERLEY -
PE034915
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : FRANCISCO STENIO DE OLIVEIRA NETO - MA017952

DECISÃO

Em análise, agravo interno interposto por ----- contra decisão que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 687-697).

A parte agravante repisa os fundamentos de mérito do mandado de segurança, arrazoando que "o pedido primordial requerido no presente mandado de segurança foi manter a impetrante, ora Agravante, nas vagas destinadas aos cotistas e nas vagas de ampla concorrência, afinal sua declaração de cor não é falsa e ela preenche os requisitos previstos em Lei para concorrer à vaga de cotista, pois sua cor é parda, há documentos oficiais que atestam que sua cor é parda." (fls. 709).

Defende que, "se ela foi aprovada no concurso do TRF-5ª Região como candidata parda é óbvio que a decisão que a eliminou do concurso da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão é equivocada, ou, no mínimo suspeita e passível de revisão" (fls. 711).

Acrescenta que "os critérios de avaliação da banca examinadora perante à candidata são desproporcionais, fogem da razoabilidade, não são claros e específicos e não estão em conformidade com o que determina o Edital e o Decreto Estadual nº

32.435/2016, artigo 2º (fls. 716).

Alega que "padece de ilegalidade o ato de não enquadramento da recorrente nas vagas reservadas aos candidatos negros, visto que o edital não estabeleceu de antemão e objetivamente os critérios de heteroidentificação que viriam a servir de parâmetro para a comissão avaliadora" (fls. 726).

Pugna pelo provimento do agravo interno, pelo Colegiado, para reformar a decisão agravada "ante a presença de direito líquido e certo pleiteado, julgando-o inteiramente procedente em seus termos para que o Ato Administrativo que eliminou a Agravante do Concurso Público, objeto do Mandado de Segurança, seja anulado e a Agravante retorne para a lista dos candidatos cotistas na classificação na qual foi aprovada", e "afastar a aplicação da Jurisprudência do STJ em relação à necessidade de dilação probatória nos casos em que se discute eliminação de candidato inscrito pela cota racial, pois no caso em epígrafe a Agravante não busca comprovar a sua cor, mas tão somente busca a anulação do ato administrativo que a eliminou em razão de ser desproporcional, subjetivo e totalmente afastado de qualquer razoabilidade, ante os argumentos aqui expostos" (fl. 740).

Ainda, como pedido subsidiário, "que o presente Mandado de Segurança seja extinto para que a Agravante possa ter, no mínimo, o direito de buscar a reparação do seu direito via ação ordinária, devendo a Colenda Corte garantir, no mínimo, o direito da Agravante em buscar a tutela do seu direito líquido e certo" (fls. 741).

Impugnação às fls. 746-758.

É o relatório.

Passo a decidir.

Com efeito, as razões do agravo interno devem ser acolhidas.

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsão insculpida no art. 2º da Lei 12.990/2014, autoriza a concorrência às vagas reservadas a candidatos negros por aqueles que se autodeclarem pretos ou prados no ato da inscrição do concurso público, conforme quesitos de cor ou raça utilizados pelo IBGE.

Entretanto, o egrégio Supremo Tribunal Federal atestou a constitucionalidade da adoção de critérios subsidiários de heteroidentificação, como forma de controle de eventuais equívocos e de preservação dos nobres objetivos do diploma legal em referência.

Sobre o tema, o STF, no julgamento da ADC 41/DF, decidiu que: "...a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa" (ADC 41/DF, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 17/08/2017).

Confira-se a ementa do julgado:

Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos

exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. **Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.**

(ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-06-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017)

Da análise dos autos, verificou-se que o conjunto de características fenotípicas da recorrente foi aferido pela comissão do concurso para verificação da condição de negra/parda, e a conclusão foi a de que a candidata não se insere na referida condição, nos termos do Decreto Estadual 32.435/2016, tendo a resposta ao recurso administrativo apresentado a seguinte conclusão:

O decreto estadual nº 32.435/2016 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 (fl. 176).

Entretanto, nos termos em que exarada, a decisão da comissão e do próprio recurso carecem de adequada fundamentação, pois limitou-se a afirmar genericamente que a recorrente possuiria fenótipo não negro, sem explicitar quais características fenotípicas considerou determinantes para a formação do seu juízo de valor, assim, não se afigura razoável dispensar a indicação de elementos para invalidar a presunção decorrente da autodeclaração de raça.

Ademais, o STJ firmou o entendimento segundo o qual o ato que exclui o candidato do certame por suas características fenotípicas deve ser devidamente motivado, em respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CANDIDATO COTISTA. HETEROIDENTIFICAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 41/DF, é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

III - A exclusão do candidato pelo critério da heteroidentificação, seja pela constatação de fraude, seja pela aferição do fenótipo ou qualquer outro fundamento, exige o franqueamento do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.997.905/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022.)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. COTAS. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NEGA DIREITO ÀS VAGAS RESERVADAS EM RAZÃO DAS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO CANDIDATO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF NA ADC 41/DF. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPRESCINDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Comissão do Concurso para ingresso na Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que excluiu o recorrente, em razão do seu fenótipo, da listagem de candidatos às vagas destinadas ao preenchimento pelo sistema de cotas.

2. O Tribunal de origem declarou a legalidade da regra editalícia segundo a qual, na apreciação das "características fenotípicas do candidato", a Comissão do Concurso "proferirá decisão terminativa sobre a veracidade da autodeclaração". Também se afirmou no acórdão recorrido que não haveria no caso direito a recurso, pois o contraditório e a ampla defesa só seriam inafastáveis "na restrita hipótese de a Administração constatar fraude/falsidade da autodeclaração".

3. O Superior Tribunal de Justiça não pode substituir o julgamento administrativo, incidindo, por identidade de razões, a orientação segundo a qual "Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade" (STF, RE 632.853, Tema 485 da Repercussão Geral).

4. Quanto à atuação administrativa, o STF, no julgamento da ADC 41/DF, declarou a constitucionalidade dos critérios de autodeclaração e heteroidentificação para o reconhecimento do direito de disputar vagas reservadas pelo sistema de cotas.

5. Entretanto, lê-se no voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, que esses dois critérios serão legítimos à medida que viabilizem o controle de dois tipos possíveis de fraude que, se verificados, comprometem a política afirmativa de cotas: dos "candidatos que, apesar de não serem beneficiários da medida, venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame"; e também da "própria Administração Pública, caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos". Também aduziu o Ministro Barroso em seu voto que "devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato".

6. O que daí se depreende é que, nos procedimentos destinados a selecionar quem tem ou não direito a concorrer às vagas reservadas, tanto as declarações dos candidatos quanto os atos dos entes que promovem a seleção devem se sujeitar a algum tipo de controle. A autodeclaração é controlada pela Administração Pública mediante, como exemplificou o próprio Supremo e aconteceu no caso dos autos, comissões preordenadas a realizar a heteroidentificação daqueles que se lançam na disputa; e o reexame da atividade administrativa poderá ser feito pelos meios clássicos de controle administrativo, como a reclamação, o recurso administrativo e o pedido de reconsideração.

7. Assim, deve-se entender, em consonância com a orientação que se consolidou no Supremo, que a exclusão do candidato pelo critério da heteroidentificação, seja pela constatação de fraude, seja pela aferição

do fenótipo ou qualquer outro fundamento, exige o franqueamento do contraditório e da ampla defesa.

8. Conseqüentemente, é nula a disposição editalícia que conferiu ao julgamento da Comissão a força de "decisão terminativa sobre a veracidade da autodeclaração". Como no caso dos autos a própria Comissão do Concurso exerceu a função de verificar as características fenotípicas dos candidatos autodeclarantes, o contraditório e a ampla defesa poderão ser exercidos por meio de pedido de reconsideração. A adoção dessa medida agora é possível porque o recorrente, amparado por liminar posteriormente revogada pelo Tribunal de origem, concorreu às vagas reservadas e chegou a ser aprovado nos exames orais. 9. Ordem parcialmente concedida, determinando-se à Comissão do Concurso que franqueie ao recorrente prazo para apresentação de pedido de reconsideração em face do julgamento administrativo que o excluiu das vagas reservadas, instruindo-o com os documentos que reputar pertinentes.

(RMS n. 62.040/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 27/2/2020.)

Isto posto, **dou provimento ao recurso ordinário** para conceder parcialmente a segurança para a) garantir a permanência da impetrante na lista da ampla concorrência do concurso de Procurador do Estado do Maranhão; e b) determinar a anulação do ato administrativo que resultou na eliminação da impetrante, o seu refazimento, devidamente fundamentado, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Intimem-se.

Brasília, 30 de abril de 2024.

MINISTRO AFRÂNIO VILELA
Relator