



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 58.882 - MS (2018/0261853-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : FILIPE BEZERRA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : VIRGINIA HELENA LEITE BARREIRA E OUTRO(S) - MS009871

EMENTA

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

1. A Lei 12.990/2014, aplicada ao caso concreto por determinação da Administração Pública local e em decorrência de resolução do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a autodeclaração como critério de definição dos beneficiários da política de reserva de vagas para candidatos negros e pardos em concursos públicos, instituindo, contudo, um sistema de controle de fraudes perpetradas pelos próprios candidatos que se fundamenta em procedimento de heteroidentificação.
2. O critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial, no entanto, há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo, na ancestralidade do candidato.
3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 58.882 - MS (2018/0261853-6)
RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **FILIPPE BEZERRA DE SOUZA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECORRIDO : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROCURADOR : **VIRGINIA HELENA LEITE BARREIRA E OUTRO(S) - MS009871**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Filipe Bezerra de Souza interpõe recurso ordinário com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SISTEMA DE COTAS - CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO FENOTÍPICA – LEGALIDADE – NÃO ENQUADRAMENTO DO CANDIDATO NOS REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA LISTA DE COTAS RACIAIS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

1- A autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do certame, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

2- Na avaliação fenotípica do candidato, não são avaliados a origem genética do candidato, até porque, o preconceito e a discriminação existentes na sociedade não têm origem em diferenças de genótipo humano, mas sim em elementos fenotípicos (de aparência) de indivíduos e grupos sociais.

3- Caso concreto em que o candidato foi submetido à verificação pela Comissão Especial do Certame, que considerou que o seu conjunto de características fenotípicas não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro.

(TJMS. Mandado de Segurança n. 1403993-32.2018.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 20/06/2018, p: 27/06/2018)

O ora recorrente impetrou ação de mandado de segurança contra ato imputado ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Banca Examinadora do VIII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul.

Disse ter participado e sido aprovado nesse certame, para o cargo de técnico de nível superior, especialidade de analista de sistema.

Optou segundo alega pela concorrência especial de afrodescendentes, na condição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parda, e sendo assim submeteu-se a uma comissão especial designada para a respectiva avaliação, que concluiu, contudo, não possuir ele as características fenotípicas da condição parda.

Porque isso aconteceu o ora recorrente foi remanejado para a concorrência ampla e teve prejuízos em sua classificação.

Essa é a causa de pedir mandamental.

O ora recorrente afirma ser filho de pai negro e de mãe branca e defende a sua condição parda decorrente disso, aduzindo que a exigência pura e simplesmente de caracterização fenotípica para a configuração da afrodescendência e consequente acesso à concorrência especial extrapola o limite da razoabilidade e da legalidade.

A ordem foi denegada e por isso interposto o ordinário, que essencialmente reitera os articulados iniciais (e-STJ fls. 734/741).

Contrarrazões em e-STJ fls. 746/751.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso ordinário, segundo os termos reproduzidos na ementa assim redigida (e-STJ fls. 761/764):

CONCURSO PUBLICO. SISTEMA DE COTAS. CRITERIO DE AVALIAÇÃO FENOTIPICA. NAO ENQUADRAMENTO DO CANDIDATO NOS REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA LISTA DE COTAS RACIAIS. ILEGALIDADE.

- O artigo 2.º da Lei n. 12.990/2014, poderão concorrer, às vagas reservadas a candidatos negros, aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito de cor ou raça, utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE.

- Parecer pelo provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 58.882 - MS (2018/0261853-6)

EMENTA

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

1. A Lei 12.990/2014, aplicada ao caso concreto por determinação da Administração Pública local e em decorrência de resolução do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a autodeclaração como critério de definição dos beneficiários da política de reserva de vagas para candidatos negros e pardos em concursos públicos, instituindo, contudo, um sistema de controle de fraudes perpetradas pelos próprios candidatos que se fundamenta em procedimento de heteroidentificação.
2. O critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial, no entanto, há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo, na ancestralidade do candidato.
3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): O recurso ordinário não enseja a reforma do acórdão.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"*.

O que se busca neste recurso é aferir a aplicação de sistema de controle de fraudes pelos concorrentes em concurso público no tocante à concorrência especial de negros e pardos.

O recorrente argumenta com a sua ascendência negra, isto é, diz ele que se inscreveu na concorrência especial por enxergar-se pardo na medida em que sua mãe é "branca" e o seu pai é "negro", assim como o seu avô também o era, daí por que o seu direito é decorrente, "verbis", de "ser filho de preto com branco" (e-STJ fl. 4), ou seja, considera que a sua condição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de descendente em primeiro grau de "pai negro" com "mãe branca" confere-lhe a condição declarada por si, de ser pardo (e-STJ fl. 8).

A questão, como se vê, apesar do inegável contorno delicado, não apresenta a robustez que à primeira vista parecia, nem tampouco exige um exame aprofundado como o feito pelo Supremo Tribunal Federal quando do enfrentamento da temática.

Refiro-me primeiramente ao fato de que embora a Lei 12.990/2014 trate da política de reserva de vagas no âmbito da Administração Pública federal, a sua aplicação no caso concreto adveio por opção da própria administração superior do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul, que também observou nesse sentido o teor da Resolução n. 203/2015 - CNJ.

Essa premissa é relevante porque a resolução do Conselho Nacional de Justiça foi editada em consideração à referida lei, o que induz a conclusão de que a melhor e derradeira interpretação do tema foi aquela feita pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou a **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF**, rel. Ministro Roberto Barroso.

É possível perceber com a leitura da integralidade do acórdão que a nossa Suprema Corte tratou de diversas questões surgidas com a edição da referida lei, inclusive daquela sobre a qual o recorrente buscou limitar a demanda.

Com efeito, vê-se muito claramente que a premissa fundante da causa de pedir mandamental é só uma, a saber, o direito de inscrever-se no certame pela concorrência especial de negros e pardos há de ser deferido ao recorrente ante o simples fato de que seus ascendentes são negros e pardos.

Apela ele, pois, para um critério que não foi chancelado pelo Supremo, vale dizer, o genotípico, a definição da raça ante a condição de que seu conjunto de genes traria em si essa informação, inconformando-se expressamente contra o uso de critérios fenotípicos porque para ele "a pura e simples exigência fenotípica para a caracterização dos afrodescendentes e sem a indispensável fundamentação extrapola o limite do razoável e da própria legalidade, constituindo-se, inclusive, abuso de poder já que se torna impossível desconsiderar a descendência [SIC] do candidato, ainda mais quando comprova extreme [SIC] de dúvidas ser filho de preto com branco" (e-STJ fl. 4).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, a controvérsia que se põe diante do Superior Tribunal de Justiça é bastante restrita a saber se há prevalecer a ascendência e o genótipo ou se a Administração Pública pode usar de critério fenotípico e rejeitar a inscrição em concorrência específica.

A resposta negativa à pretensão do recorrente foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou constitucional o art. 2.º da Lei 12.990/2014:

Art. 2.º 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.

Naquela assentada, o relator dedicou capítulo específico para tratar do controle de fraudes pelos concorrentes, definindo como pode ocorrer a autodeclaração, qual o critério que deve prevalecer — "genótipo" x "fenótipo" — e a possibilidade do controle da autodeclaração mediante heteroidentificação:

VII. FRAUDES PELOS CONCORRENTES: CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

64. Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais. Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do STF, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em fatores correlatos. Feita a observação, é preciso reconhecer que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas de viés racial esbarra em dificuldades variadas.

65. Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que diz respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo. Ela encoraja, ainda, os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiossincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública. Esse fato foi apontado pelo Professor Daniel Sarmiento, que afirmou que *"é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas, da parte de pessoas que não se consideram efetivamente pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados"*.

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

67. Para dar concretude a esse dispositivo, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. A grande dificuldade, porém, é a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira.

68. É por isso que, ainda que seja necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para fins de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, é preciso ter alguns cuidados. Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Em segundo lugar, devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato. Por fim, deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do que se verifica na explanação de Sua Excelência percebe-se que o racismo e o preconceito racial tomam no Brasil um critério muito mais social do que genético, ou seja, é a aparência do sujeito que no fim das contas definiria a sua "raça" e não a circunstância de ter ele uma determinada composição genética dentro de si.

À guisa de ilustração, tome-se por premissa que o exemplo do contrário era o praticado nos Estados Unidos, em que a definição da raça durante certo período orientava-se pela ancestralidade, como bem esclareceu a Dra. **Roberta Fragoso Menezes Kaufmann** em interessante artigo publicado na revista jurídica CONJUR ("in" Pobreza não tem raça: Modelo de política racial americano não serve ao Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 28/01/2019), de que transcrevo o seguinte trecho:

A raça a ensinar Ações Afirmativas no Brasil

A palavra raça pode ser empregada nas mais diferentes maneiras. Pode ter um sentido de fenótipo, a revelar um conjunto de características físicas, como cor da pele, cor e textura do cabelo, cor e formato dos olhos, formato do nariz e espessura dos lábios. Pode, ainda, significar uma região específica do planeta, como por exemplo, quando se fala em raça africana, raça oriental, raça ocidental. Ou, além, pode ter um sentido biológico, como a reunião de pessoas em grupos de indivíduos que possuam características específicas e distintas dos outros grupos. Até o final do século XIX, os cientistas promoveram diversas tentativas de classificar biologicamente as pessoas em raças distintas. Mas como afirma o geneticista Cavalli-Sforza: "Os resultados, muitas vezes contraditórios, constituem um bom indício da dificuldade do empreendimento. Darwin compreendeu que a continuidade geográfica frustraria toda tentativa de classificar as raças humanas. Ele observou um fenômeno recorrente ao longo da história: diferentes antropólogos chegaram a contagens totalmente discrepantes do número de raças — de três a mais de cem".

O interesse científico em classificar os homens em raças biologicamente distintas chocava-se com a mobilidade com que as características raciais mudavam. Nesse sentido, o geneticista Sérgio Pena explicou que a espécie humana é "demasiadamente jovem e móvel para ter se diferenciado em grupos tão distintos". E, ainda que se quisesse fazer uma aproximação da quantidade de raças existentes no mundo, os números poderiam ultrapassar um milhão de raças distintas. Nessa óptica, o mapeamento do genoma humano confirmou a impossibilidade de divisão dos homens em raças. Assim, poder-se-ia indagar sobre o que levaria à permanência do interesse em utilizar-se do critério racial? Por que a insistência nesse enfoque divisório?

Na verdade, o conceito de raça subsiste, atualmente, porque, a despeito de não poder ser analisado sob o espectro biológico, permanece o interesse pela construção cultural do tema. O fato de, biologicamente, não ser possível classificar as pessoas segundo as raças, não quer dizer que o conceito cultural de raça inexista. A importância da classificação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advém do aspecto social, para estudarmos o modo como cada comunidade classifica seus indivíduos e analisarmos as razões que justificaram a opção pelos critérios eleitos em cada sociedade.

Nesse sentido, o estudo sobre a maneira como se procedeu à classificação das raças na sociedade norte-americana e na brasileira será de importância reveladora, porquanto exhibirá as diferenças que presidem as relações raciais nos Estados Unidos e no Brasil.

Sistemas de classificação racial

a) O sistema birracial norte-americano

Nos Estados Unidos, para que o sistema segregacionista se efetivasse, e os norte-americanos pudessem dividir as atividades sociais proibidas para os negros e as reservadas apenas para os brancos, fez-se necessário aplicar um sistema de classificação racial bastante excludente. Não bastava tentar classificar as pessoas segundo a cor que aparentavam, era preciso adotar um critério por meio do qual se alijasse a maior quantidade de pessoas possíveis. Assim, para poder delimitar ao máximo aqueles que pudessem ser considerados brancos, a sociedade segregacionista norte-americana criou um critério de classificação racial segundo a ancestralidade do indivíduo. Naquela sociedade, diferentemente do Brasil, nunca existiu um percentual muito grande de negros, já que escravidão era uma instituição regional, havia se limitado praticamente aos estados do sul e desenvolvera-se tardiamente. Dessa forma, nos Estados Unidos, seriam consideradas negras as pessoas que possuísssem quaisquer ascendentes africanos, mesmo que estes fossem antepassados longínquos. Em alguns casos, o Judiciário Estadual limitou a fixação da ascendência em trinta e dois graus; em outros, em dezesseis e até em oito graus, mas, como regra geral, não havia limitação. Tal critério tornou-se conhecido como a regra da uma gota de sangue, ou one drop rule.

A classificação empreendida nos Estados Unidos tem importância fundamental nesse estudo, porque mostra como a sociedade norte-americana faz uma profunda distinção entre os negros e os brancos. Enquanto o critério da aparência é feito subjetivamente, o critério da ancestralidade procura aspectos mais objetivos para classificação. E mais. A definição a partir da ancestralidade nos Estados Unidos somente se aplicou para os negros, e não para os demais grupos sociais, ainda que considerados minoritários, como hispânicos e índios[29]. Implementou-se nos Estados Unidos uma sociedade birracial, ou seja, uma comunidade na qual somente havia a possibilidade de a pessoa ser enquadrada como branca ou como negra. Não havia a categoria dos morenos, dos mulatos, ou dos pardos, como no Brasil[30]. Decerto, por meio desse sistema, tornou-se mais simples identificar os sujeitos da política segregacionista, bem como, posteriormente, foi menos complicado instituir programas afirmativos em que a raça fosse o único critério levado em consideração. Apenas uma gota de sangue negro, enegrecia a pessoa, ainda que, aparentemente, o indivíduo fosse branco. Mesmo com a adoção da regra do one drop rule, os negros atualmente nos Estados Unidos compõem apenas 13% da população.

Talvez por tais razões se perceba que, na sociedade norte-americana, negros e brancos não compartilham dos mesmos valores, nem da mesma identidade como povo. Existem lugares praticamente destinados para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negros, como o Harlem, em Nova Iorque, além de ritmos específicos, como o blues e Igrejas reservadas, como as Batistas. Não se desenvolveram valores comuns para a comunidade negra e para a branca, apesar de, obviamente, poderem dividir certos gostos. As essências de ambas as culturas são distintas. Se eventualmente um negro tentar se passar por branco, estará renegando toda a sua comunidade. Nessa linha, já advertira o sociólogo brasileiro Oracy Nogueira que o fenômeno do passing nos Estados Unidos pode ocasionar profundos conflitos mentais, de pessoas que tiveram de mudar de nome, de cidade, de estado, para tentar apagar o passado e, assim, conseguir viver como branco, o que lhe garantiria direitos que aos negros eram negados, devido ao sistema segregacionista.

Pelas razões expostas, pode-se concluir que o sistema birracial norte-americano, ao determinar a existência de apenas duas categorias raciais distintas — negros e brancos —, aliado à institucionalização da política de preconceito e de segregação, facilitou, em muito, a adoção de programas afirmativos para negros. A justificativa para uma ação governamental afirmativa era latente, pois as medidas de exclusão que haviam sido perpetradas durante décadas contra os negros foram, sobretudo, impostas pelo governo. Ademais, diante da regra da uma gota de sangue, a implementação de ações afirmativas certamente não recairia no dilema, tipicamente brasileiro, de conseguir identificar aqueles que seriam os beneficiados do sistema.

b) O sistema multirracial brasileiro

Para que as ações afirmativas sejam implementadas no Brasil de modo a não maltratarmos o princípio da igualdade, faz-se mister uma prévia análise das nossas relações raciais, para que, finalmente, cheguemos a adotar um critério próprio para a resolução dos nossos problemas. Não basta copiarmos o modelo implementado pelos Estados Unidos, porque, conforme procuramos demonstrar, a nossa realidade racial é outra. Múltiplos fatores precisam ser considerados para a adoção de ações afirmativas à brasileira: o fato de nos constituirmos em um País cuja miscigenação inter-racial foi e é uma constante, desde o início da colonização, além de nunca termos desenvolvido um critério legal, lógico e preciso sobre a definição de quem é negro no País. Sobre esse ponto, talvez, resida uma das principais diferenças no modo de lidar com a questão racial nos Estados Unidos e no Brasil, e é o que vamos analisar nesse momento.

No Brasil, nunca houve qualquer tentativa de objetivamente limitar o acesso das pessoas a determinadas atividades por causa da raça, ou de classificar a raça das pessoas a partir de critérios objetivos preestabelecidos. A base de divisão racial somente foi usada, aqui, quando muito, para fins de pesquisas estatísticas, para sabermos quais são as cores que compõem a população. De qualquer sorte, registre-se que nem todos os Censos brasileiros indagaram sobre a raça, mas, naqueles em que tal fator foi considerado, sempre se adotou o sistema de autoclassificação, ora mediante a apresentação das raças delimitadas pelo instituto de pesquisa com posterior escolha pelo entrevistado, ora a atribuição da cor fora deixada ao livre-arbítrio do indivíduo.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios — PNAD, realizada em 1976, demonstra como a solução dessa questão se revela tormentosa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no Brasil. Com efeito, neste PNAD, deixou-se livre ao pesquisado realizar uma autoclassificação. À pergunta: Qual é a cor do(a) senhor(a)?, caberia ao entrevistador apenas anotar a resposta, ainda que esta lhe parecesse estranha. Por consequência, identificaram-se espantosas 135 cores no País. Os dados censitários revelam-nos muito sobre o problema da adoção da cor como critério a nortear a adoção de ações afirmativas no Brasil, porque nos mostram a grande variação com que o brasileiro é capaz de se identificar.

Pode-se, então, afirmar que o sistema de classificação racial no Brasil difere do norte-americano porque aqui existe uma multirracialidade, ou seja, há várias raças intermediárias entre os brancos e os negros. No sistema determinado atualmente pelo IBGE, utilizam-se cinco possibilidades de classificação racial: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas. Pesquisas, no entanto, indicam que há uma rejeição muito grande ao termo pardo: cerca de 71% dos que se classificam como pardos, preferem utilizar o termo moreno. Se em vez de pardo se adotasse moreno, este grupo certamente formaria a maior parte da população, e, dessa forma, o percentual de morenos no Brasil seria superior ao de brancos.

Talvez uma das interpretações possíveis para a quantidade de classificações raciais existentes no Brasil seja a intensa miscigenação ocorrida ao longo da história. E as múltiplas categorias de cor, aliadas à falta de objetividade na definição de uma pessoa como negra ou parda, remete-nos a um dos pontos de maior controvérsia nas propostas afirmativas em que a raça é o fator levado em consideração: saber quem é negro no Brasil. Tal questão inviabiliza a legitimidade dos programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração, uma vez que, com o sistema de autoclassificação, haverá sempre a possibilidade de fraude, abrindo espaço para a má-fé de pessoas que, não sendo negras, assim se declarem com a finalidade de assegurar participação nas cotas estabelecidas. Não se pode perder de vista as ponderações realizadas pelo professor Sérgio Pena, quando chegou à conclusão de que, além dos 44% dos indivíduos autodeclarados negros e pardos, existem no Brasil mais 30% de afro-descendentes, dentre aqueles que se declararam brancos, por conterem no DNA a ancestralidade africana, principalmente a materna. Desse modo, os afro-descendentes constituiriam, no Brasil, a maioria da população, com 62,2%, e os brancos seriam apenas 37,8% do povo brasileiro.

Nesses termos, a intensa miscigenação brasileira terminaria por colocar em dúvida a eficácia de programas afirmativos nos quais a raça funcione como critério exclusivo de integração do negro à sociedade, porque não haveria como determinar quem, efetivamente, é o destinatário da política. Retroceder à utilização de critérios objetivos para determinar a ancestralidade, com coleta de sangue e determinação do grau de ancestralidade africana, por outro lado, parece-nos totalmente fora de consideração. A política afirmativa que viesse a ser adotada no Brasil teria de vencer o desafio da legitimidade e suportar as críticas de não conseguir definir racionalmente quem seriam os beneficiados.

Para se tentar flexibilizar este debate praticamente insolúvel — saber quem é negro no Brasil —, ao mesmo tempo em que também se procura combater outra barreira, talvez a principal a impedir a ascensão do negro, faz-se necessário um novo modelo de ações afirmativas, próprio para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realidade brasileira. Desse modo, acreditamos que somente a conjugação de fatores, o racial e o social, poderiam garantir uma maior legitimidade ao debate, a menor possibilidade de utilização da má-fé, a diminuição da possibilidade de discriminação reversa, e, finalmente, o melhor atendimento aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Assim, o problema da relativa falta de integração do negro às camadas sociais mais elevadas pode tentar ser resolvido no Brasil sem despertar manifestações de ódio racial extremado ou violento. Isso somente se torna possível porque, no âmbito social, a nossa comunidade foi capaz de se desenvolver a partir da interpenetração das culturas as mais diversas e, na esfera biológica, houve uma forte miscigenação entre as raças. Tal fato não pode ser olvidado quando da adoção de políticas públicas pelo governo. Tentar implementar ações afirmativas em que a raça seja o único critério levado em consideração poderá, de alguma forma, afetar esse relativo equilíbrio existente entre as raças que compõem o País, e, em vez de promover a inserção dos negros, criar esferas sociais apartadas, daqueles que são beneficiados pelas cotas e dos que não são.

Os negros, no Brasil, passam por sérios problemas de exclusão. São os que apresentam os piores indicadores sociais. Todavia, o que se quer demonstrar é que talvez o preconceito arraigado na sociedade não se constitua no fator exclusivo a impedir a representatividade dos negros nas classes sociais mais elevadas. Fortes indícios demonstram que o verdadeiro anátema do negro se localiza na precária situação econômica em que se encontram, tornando-os despreparados para uma competição justa no mercado de trabalho e na educação. Não se quer adotar uma teoria reducionista e diminuir a problemática racial à questão econômica. Quer-se, apenas, sugerir que as ações afirmativas a serem implementadas no Brasil não fujam desse binômio: raça e pobreza, porque assim se estaria atacando as duas principais mazelas que impedem a ascensão dos negros nas esferas sociais.

(Os destaques em *itálico* e sublinhados não constam do original)

A mim parece que em razão da multiracialidade brasileira é que preferiu o Supremo Tribunal Federal abrigar-se num critério que faça mais sentido em nossa sociedade, isso exatamente porque a nossa marcada miscigenação autoriza a muitos argumentarem com a ancestralidade africana, ainda que longínqua e que na aparência física isso não se mostre.

Cito como exemplo disso, sem exercer nenhum juízo de valor sobre o caso concreto cujos meandros desconheço, uma curiosa notícia sobre um candidato à carreira da diplomacia brasileira que se inscrevera nessa concorrência especial mas se apresentava, dizem as reportagens, um cidadão "branco" e com "olhos verdes" — vejam, por exemplo, a Folha de São Paulo, na reportagem disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/09/1812385-itamaraty-exclui-de-concurso-47-candidatos-autodeclarados-negros.shtml>.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De todo modo, a pedra angular do debate trazido ao Superior Tribunal de Justiça é, como dito antes, saber se o simples fato da ascendência negra autoriza que o candidato concorra pela reserva de vagas, mas a conclusão forçadamente negativa baseia-se justamente em o Supremo Tribunal Federal validou o fenótipo como critério definidor do direito à concorrência especial, autorizando em princípio que essa afirmação fosse feita por autodeclaração do próprio candidato, mas submetida, fosse o caso, a um procedimento de validação por comissão especial do certame.

Isso, aliás, o mesmo Supremo Tribunal Federal já havia firmado com o julgamento do tema mas no tocante ao acesso às universidades públicas, em feito da relatoria do Em. Ministro Ricardo Lewandowski, a **ADPF 186/DF**, assim citado em nota de rodapé do voto do Min. Roberto Barroso:

Sobre os critérios, o Ministro Ricardo Lewandowski adotou as seguintes conclusões do estudo da Profa. Daniela Ikawa (*Ações Afirmativas em Universidades*, 2008): "A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. (...) Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o **julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência**; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos."

(Destaques em negrito não constam do original)

De se ver, portanto, que uma vez limitada a controvérsia ao exame do critério de prevalectimento para o fim de aferição do direito à concorrência especial de negros e pardos, se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

baseado no genótipo (ancestralidade) ou no fenótipo (exteriorização aparente dessa ancestralidade), o prevalecimento deste último justifica a denegação da ordem, que aqui se mantém.

Dito isso, **nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.**

Deixo de condenar em honorários recursais tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 (**RMS 51.721/ES**, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0261853-6

RMS 58.882 / MS

Números Origem: 14039933220188120000 1403993322018812000050000

PAUTA: 19/02/2019

JULGADO: 19/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FILIPE BEZERRA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : VIRGINIA HELENA LEITE BARREIRA E OUTRO(S) - MS009871

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.