

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5003881-59.2012.404.7200/SC

IMPETRANTE : BRUNA DE JESUS PIAIA

ADVOGADO : ELIAS NOVAIS PEREIRA

IMPETRADO : Reitor - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC - Florianópolis

: ALVARO TOUBES PRATA

: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SENTENÇA

I - Relatório

Trata-se de ação na qual a impetrante pede para determinar à autoridade impetrada que valide/reconheça a sua autodeclaração racial e promova a sua matrícula no curso de Engenharia Civil da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, em vaga reservada pelo sistema de cotas.

A impetrante alega que:

- prestou o concurso vestibular 2012 para o curso de Engenharia Civil, optando pelo sistema de cotas;

- foi aprovada em 5º lugar dentre os cotistas pertencentes ao grupo racial negro e preencheu todos os requisitos exigidos na Resolução Normativa Nº 008/CUN/2007, de 10 de julho de 2007;

- compareceu para efetuar a pré-matrícula no curso, ocasião na qual apresentou a autodeclaração de sua condição racial;

- a Comissão de Validação de Auto Declaração da UFSC, contudo, indeferiu a sua autodeclaração (e, por consequência, a matrícula no curso), sob a alegação de que *não houve demonstração do fenótipo ou histórico de que tenha sofrido discriminação por pertencer ao grupo racial negro*;

- ocorre que *a única exigência era pertencer ao grupo racial negro e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo*;

- por outro lado, *ainda que a impetrante possuísse pele branca, o que não ocorre no presente caso, não é suficiente, por si só, para se afirmar que não pertença à raça negra. Indispensável a análise de documentos, ou prova pericial, para esclarecer acerca da ancestralidade do candidato*;

- ademais, aquela mesma Comissão deferiu a autodeclaração de sua irmã por parte de pai (branco) e mãe (negra), que ingressou no curso de Odontologia da UFSC pelo sistema de cotas;

- diante disso, protocolou recurso administrativo, que restou indeferido; e

- o ato administrativo de não validação de sua autodeclaração de pertença à raça negra ou parda é ilegal, por ausência de motivação e violação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal.

A impetrante instruiu a petição inicial com procuração e documentos (eventos 1, 4 e 5). Requereu a concessão da gratuidade da justiça.

O MM. Juiz Federal que me antecedeu no feito indeferiu a ordem liminar (evento 7).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações e juntou documentos (evento 12).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança (evento 22).

II - Fundamentação

Esta Segunda Vara sempre decidiu pela manifesta inconstitucionalidade do Programa de Ações Afirmativas da UFSC, seja pela contrariedade à norma expressa que prevê um único critério para acesso ao ensino de terceiro grau (MÉRITO), seja pela desproporcionalidade e irrazoabilidade do fator de *discrímén* baseado na 'raça', conceito fluido, impreciso e sem nenhum rigor científico.

E o fato de a irmã da impetrante (nascidas dos mesmos pais, conforme se alega) haver concorrido a vaga reservada aos autodeclarados negros e sua matrícula haver sido deferida pela Comissão de Validação da UFSC apenas corrobora o que vinha sendo dito, isto é, que não há embasamento legal ou critério científico a possibilitar definição segura da distinção entre o negro e o não negro, sobretudo com base no critério fenotípico.

De acordo com aquele entendimento, portanto, a pretensão não teria a menor chance de êxito.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado na ADPF nº. 186 e, com isso, firmou entendimento vinculante para todo o Poder Judiciário no sentido da constitucionalidade dos programas de ações afirmativas instituídos pelas próprias universidades e baseados em critérios étnico-raciais, sejam eles aferidos mediante *autoidentificação* ou *heteroidentificação*.

Está superada/ultrapassada, portanto, a questão da constitucionalidade do Programa de Ações Afirmativas da UFSC.

No caso, a impetrante obviamente não questiona a constitucionalidade do Programa de Ações Afirmativas da UFSC, tampouco o fator de *discrimen* baseado na raça, mas tão-somente a decisão proferida pela Comissão de Validação, que indeferiu a sua autodeclaração racial, por entender que *não houve demonstração do fenótipo ou histórico de que tenha sofrido discriminação por pertencer ao grupo racial negro*.

Ainda que seja fácil perceber a impropriedade da exigência de *histórico de discriminação*, não há dúvida de que a validação da autodeclaração racial (baseada em critério fenotípico) é pré-requisito para o deferimento da matrícula mesmo após a aprovação nas provas do concurso vestibular, nos termos do art. 8º, § 2º, da Resolução Normativa 8/Cun/2007, que atribui à Comissão de Validação a incumbência de definir quem deve ser qualificado como negro para fins de se beneficiar do regime de cotas.

Entretanto, não me filio ao entendimento externado na decisão liminar, que se baseou em precedente do TRF da 4ª Região para concluir que *não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao trabalho administrativo realizado pela Comissão de Validação de Autodeclaração de Negro na análise dos critérios de enquadramento ou não de candidato ao grupo racial 'negro', a exemplo do julgado* (evento 7). Na realidade, a Constituição Federal prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão refoge do alcance do Poder Judiciário. E essa questão não envolve questão de mérito de ato administrativo que venha a ser substituído pela vontade de outro Poder, pois há critérios estabelecidos e o Judiciário, ao controlar o ato, examinará se a Administração está respeitando, ou não, as regras que ela própria estabeleceu. Não é diferente quando O Poder Judiciário controla a vinculação ou não aos termos de um edital de concurso ou de licitação.

Por isso, embora concorde com a idéia de que - no caso -, a impetrante situe-se no *limiar da classificação de negro, suficiente para suscitar dúvida*, a decisão da Comissão de Validação não pode ser tida por soberana ou imune ao controle jurisdicional, sobretudo porque não se trata de opção administrativa praticada no exercício de competência discricionária, mas de decisão que envolve determinada realidade factual e, nessa medida, não poderá desrespeitá-la para deixar de reconhecer ou de negar-lhe certo direito dela dependente, sem sujeitar-se ao controle judicial.

E é fato que a impetrante e a sua irmã são muitíssimo semelhantes, conforme demonstram as fotografias juntadas aos autos (evento 1 - FOTO12 a FOTO14), motivo pelo qual não é exagerada a **suspeita** de ilegalidade (desproporcionalidade e irrazoabilidade) da decisão. Mas ainda assim para mim não está cabalmente demonstrado que a realidade possa se outra, ou seja, de que possua um conjunto de elementos fenotípicos característicos da raça negra.

Afinal, a idéia de 'semelhança visual' - baseada em simples fotografias digitalizadas -, está sujeita àquele mesmo grau de subjetivismo que

parece ter baseado a decisão da Comissão de Validação, ao concluir que a impetrante, analisada individualmente, parece não pertencer à raça negra. Por isso mesmo, não é possível infirmar de pronto a decisão tomada na via administrativa, sob pena de simplesmente substituir uma decisão infundada por outra.

Logo, é absolutamente indispensável ao julgamento do pedido formulado na petição inicial a ampla dilação probatória, com vistas à colheita de dados e à adoção (construção dialética) de critérios medianamente seguros de aferição dos traços fenotípicos característicos da 'raça' negra, quiçá pelo método de exclusão (só aqueles indivíduos sem nenhum traço característico poderia ser dito não negro).

A própria impetrante, aliás, afirma que a Comissão de Validação só poderia qualificá-la como não negra se houvesse feito *prova pericial, para esclarecer acerca da ancestralidade*, o que denota que, de acordo com a sua tese, a conclusão contrária também dependeria de prova pericial.

Como é sabido, porém, o manejo do mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo, isto é, a demonstração por prova pré-constituída dos fatos em que se funda a ação, conforme disposto no art. 1º da Lei nº. 12.016/2009:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Tratando-se de prova de fato constitutivo do direito, a sua não-comprovação leva, inexoravelmente, ao indeferimento da petição inicial.

A respeito do tema, Helly Lopes Meirelles (in Mandado de Segurança. Malheiros Editores, 1995, p. 29) ensina:

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (...) As provas tendentes a demonstrar a liquidez e a certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (artigo 6º., parágrafo único) ou superveniente à informações. [...] O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.

Nesse sentido, decidiu o STF no julgamento do mandado de segurança nº. 20.723/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Djaci Falcão, julgado por unanimidade em 10 de fevereiro de 1988, in Revista Trimestral de Jurisprudência, 124/952 ao dizer: *A liquidez e certeza do direito alegado, dessa forma, constitui condição da ação de mandado de segurança, sendo mister a sua caracterização de plano.*

No mesmo sentido, vêm decidindo os outros tribunais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...) 2. A ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida. 3. Recurso não-provido. (STJ, RMS 25.549/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 21/05/2008)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS. FALSIDADE MATERIAL. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO POR FORÇA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA EM SEDE PENAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS 1. A alegada violação a direito líquido e certo deve estar demonstrada de plano, mediante prova pré-constituída (artigo 8º da Lei nº 1.533/51), sendo descabida a utilização do mandado de segurança em questões envolvendo matéria de fato que não prescinde de dilação probatória. (...) (TRF4, AMS 2005.72.08.004183-1, 2ª Turma, Relator Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, DE de 04/07/2007)

Portanto, à míngua de prova pré-constituída dos fatos (direito líquido e certo), a presente ação é inadequada para o fim proposto, motivo pelo qual a julgarei extinta sem resolução do mérito.

Embargos declaratórios (art. 535, CPC). Depois de sentenciada, é reduzidíssima a atuação do juiz da causa (art. 461, I e II, CPC). Cada recurso tem sua adequação e este cabe apenas para obter integração válida de decisão obscura, contraditória ou omissa. É dizer: trata-se de exceção à hipótese de encerramento da jurisdição e, como tal, exige interpretação literal. Por isso, causa repulsa o seu uso indevido e, mais ainda, para fim protelatório, em prejuízo da Administração da Justiça, o que não tem sido incomum. Daí este registro, para advertir sobre a possibilidade de imposição da multa legal (arts. 14 a 17, CPC), com amparo na jurisprudência, v.g.: STF, EDcl no AgR no AI 460253 AgR-ED, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, D.Je 18.2.2010; STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 838061, S1, Rel. Min. Humberto Martins, D.Je 6.11.09; e TRF4, AC 2004.71.00.034361-2, 3ª T., Rel. Des. Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, D.E. 27.1.2010. Anoto que, mesmo quando utilizado para fins infringentes sua admissão é restrita a casos de erro material evidente e/ou nulidade manifesta do julgado (RTJ 89/548, 94/1.167, 103/1.210, 114/351).

III - Dispositivo

ANTE O EXPOSTO, **indefiro** a petição inicial e **julgo** o processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, c/c o art. 295, III, ambos do CPC.

Concedo à impetrante o benefício da gratuidade da justiça, isentando-a do pagamento das custas - art. 4º, II, da Lei nº. 9.289/96.

Sem honorários advocatícios - art. 25 da Lei 12.016/2009.

Caso seja interposta apelação tempestiva, recebo-a em ambos os efeitos, a teor do art. 520 do CPC. Nesse caso, deverá a Secretaria da Vara intimar a parte adversa para contrarrazoá-la, no prazo legal, e, após, remeter os autos ao TRF da 4ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis, 17 de maio de 2012.

Hildo Nicolau Peron
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **Hildo Nicolau Peron, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfsc.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4383218v6** e, se solicitado, do código CRC **678C546A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Hildo Nicolau Peron

Data e Hora: 18/05/2012 15:10