



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000978686

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002533-18.2020.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante JEFTE DE SOUZA MARQUES, são apelados FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS e DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente) E ANA LIARTE.

São Paulo, 30 de novembro de 2020.

PAULO BARCELLOS GATTI

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4^a CÂMARA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1002533-18.2020.8.26.0032

APELANTE: JEFTE DE SOUZA MARQUES

APELADOS: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO
– DETRAN/SP e FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS

ORIGEM: VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE ARAÇATUBA

VOTO Nº 19.105

APELAÇÃO – ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE AGENTE ESTADUAL DE TRÂNSITO – EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CERTAME POR DEIXAR DE CUMPRIR AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO PROCESSO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO - Parecer da Comissão Especial, que era a responsável pela entrevista pessoal dos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos, no sentido de que o autor não se enquadrou como pardo ou preto, culminando com sua exclusão do certame – Pretensão inicial voltada à anulação do ato administrativo de desclassificação, com a sua consequente inclusão na lista específica de aprovados com pontuação diferenciada ou, subsidiariamente, na lista geral de classificação sem os acréscimos da pontuação – Admissibilidade somente quanto ao pedido subsidiário - 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 – Legislação de regência que conferiu à Comissão Especial a possibilidade de dar prevalência ao critério de análise das características fenotípicas dos próprios candidatos, utilizando a análise da fenotipia do ascendente de primeiro grau como critério subsidiário para a elaboração do parecer – Parecer da Comissão Especial bem fundamentado – A cláusula 6.15 do edital deve ser lido em consonância com o art. 4º, parágrafo único, da LCE 1.259/2015, de modo que a desclassificação candidato somente se justifica na hipótese “falsidade da autodeclaração”, o mesmo não podendo ocorrer, por falta de amparo legal, nas hipóteses de mero afastamento do sistema de pontuação diferenciada após entrevista presencial da Comissão Especial, na qual constatado pura e simplesmente que o candidato, não tem o conjunto dos traços fenotípicos esperado, quanto à cor da pele, cabelo e traços faciais, para ser destinatário da política de cotas – Hipótese dos autos em que inexistiu falsidade na autodeclaração, configurando-se manifestamente ilegal a exclusão do candidato do certame - Sentença reformada para o fim de julgar procedente em parte a pretensão inicial,

determinando-se a reinclusão do autor dentro da lista geral de aprovados, sem qualquer acréscimo de pontuação - Recurso provido em parte.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **JEFTE DE SOUZA MARQUES**, nos autos da "ação de anulação de ato administrativo c.c obrigação de fazer" por ele ajuizada em face dos apelados **DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP e FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS**, julgado improcedente o pedido pelo Juízo "a quo", sob o fundamento de que não se verifica ilegalidade na decisão que desclassificou o candidato do certame, por estar em conformidade com as regras editalícias que preveem a avaliação presencial das características fenotípicas do candidato, ressaltando que também não procede o pedido subsidiário da inclusão do candidato na lista geral sem o acréscimo da pontuação. Sucumbente, o autor foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados por equidade em R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça, consoante r. sentença de fls. 237/241, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 245/272), sustenta o autor que cumpriu todos os requisitos exigidos pelo edital, tendo preenchido a autodeclaração para reserva de vagas especiais, motivo pelo qual faz jus a ser reincluído no certame na lista geral com os acréscimos da pontuação especial ou, subsidiariamente, sem os referidos acréscimos. Ao final, requer o provimento do recurso,

reformando-se a sentença de primeiro grau para o fim de julgar procedente a pretensão inicial.

Recurso regularmente processado, livre de preparo, vez que o autor é beneficiário da justiça gratuita (fls. 99), e respondido (fls. 276/284 e 286/300).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

Colhe-se dos autos que o impetrante inscreveu-se, **na qualidade de afrodescendente**, para participar de **concurso público** promovido para o preenchimento do cargo de *agente estadual de trânsito* do DETRAN/SP (Edital nº 01/2019), e, conquanto tenha sido aprovado em 1º lugar na prova objetiva, foi excluído da lista geral de aprovados por não ter sido reconhecida sua condição fenotípica de parda ou negra.

Segundo alega, no momento da inscrição cumpriu todos os requisitos exigidos pelo edital, tendo preenchido a autodeclaração para reserva de vagas especiais e, posteriormente, realizado a entrevista para verificação das características fenotípicas.

Ocorre que a Comissão de Heteroidentificação, responsável pela entrevista pessoal dos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos, entendeu que o autor não se enquadrava como pardo ou preto, razão pela qual foi excluído do certame com base

no item 6.15, do Edital 01/2019.

Diante disso, por considerar que sua exclusão da listagem especial foi contrária ao edital do certame, notadamente porque se considera negro e comprovou ser filho de genitora negra, o autor JEFTE DE SOUZA MARQUES ingressou com a presente demanda em face do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP e da FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS pleiteando, em síntese, a anulação do ato administrativo de desclassificação, com a sua conseqüente inclusão na lista específica de aprovados com pontuação diferenciada ou, subsidiariamente, na lista geral de classificação sem os acréscimos da pontuação (fls. 01/27).

Na sentença, contra a qual se insurge o autor, o pedido foi julgado improcedente pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que não se verifica ilegalidade na decisão que desclassificou o candidato do certame, por estar em conformidade com as regras editalícias que preveem a avaliação presencial das características fenotípicas do candidato, ressaltando que também não procede o pedido subsidiário da inclusão do candidato na lista geral sem o acréscimo da pontuação. Sucumbente, o autor foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados por equidade em R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça.

Pelo que se depreende do acervo fático-probatório coligido aos autos, o apelo comporta **parcial** acolhimento.

Pois bem.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, inaugura o capítulo dos **direitos e deveres individuais**, estabelecendo que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)".

Tal previsão constitucional, indo além da concepção *clássica-liberal* de assegurar o tratamento isonômico entre os cidadãos em face da Lei (igualdade **formal**), estabelece um dever para o Estado de criar mecanismos de reequilíbrio social (Estado Social de Direito), viabilizando, assim, o alcance também de uma igualdade de cariz **substancial**.

Não por outra razão, dentre os **objetivos fundamentais da república**, insere-se o da realização do "bem comum", livre de quaisquer espécies de discriminações (art. 3º, inciso IV, da CF/88).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O eminente constitucionalista PEDRO LENZA, valendo-se do magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, leciona:

"Celso Antônio Bandeira de Mello parece ter encontrado parâmetros sólidos e coerentes em sua clássica monografia sobre o tema do **princípio da igualdade**, na qual fala em três questões a serem observadas, a fim de se verificar o respeito ou desrespeito ao aludido princípio. O desrespeito a qualquer delas leva

à inexorável ofensa à isonomia. Resta, então, enumerá-las: 'a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados'."¹.

Neste diapasão, pode-se concluir que ao Estado, paralelamente às *políticas de ações negativas* (evitar o aprofundamento das desigualdades), compete promover ***políticas de ações afirmativas***, próprias da denominada "***justiça distributiva***" que, segundo o jurista estadunidense JOHN RAWLS², em seu célebre *Uma Teoria da Justiça*, consiste em uma **técnica de distribuição de justiça, objetivando promover a inclusão social de grupos historicamente excluídos ou marginalizados.**

No que pertine ao plano da ***igualdade racial***", diversas foram as ações afirmativas tomadas pelo Estado brasileiro em prol da minimização da histórica marginalização dos negros, podendo-se destacar a edição da ***Lei Federal nº 12.288/2014***, que instituiu o ***Estatuto da Igualdade Racial***, no qual foram estabelecidas diversas ferramentas de inclusão, inclusive no que diz respeito à esfera do ***trabalho*** (arts. 38 a 42).

Sobre o tema, é de importância ímpar o entendimento externalizado pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ***ADPF nº 186/DF***, sob a

¹ LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 19ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.159.

² RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

relatoria do eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (j. 26.04.2012), em que se controvertia a constitucionalidade, ou não, da previsão legal de reserva de vagas para negros no ensino superior:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I - Não contraria - ao contrário, prestigia - o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II - O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III - Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV - Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode

perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII - No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII - Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Tendo por base estas premissas normativo-jurisprudenciais, questiona-se: a promoção desta espécie de política afirmativa é compatível com a figura do **concurso público**?

A resposta é, inegavelmente, no sentido da **compatibilidade**.

Ora, valendo-se das lições de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: "Concurso público é o procedimento administrativo que tem por finalidade aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidato ao provimento de

cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. Abonamos, então a afirmação de que o certame público está direcionado à boa administração, que, por sua vez, representa um dos axiomas republicanos"³.

O **concurso público**, destarte, dedica-se, precipuamente, à preservação da *impeccabilidade* e **eficiência** administrativas (art. 37, *caput*, da CF/88), pautando-se em um critério de **meritocracia** dentre os candidatos habilitados, com o escopo de evitar a contratação de servidores por razões de mera afeição pessoal por parte do Estado-empregador.

Em consequência, por seguir a mesma lógica jurídica (*critério de discrimen*) avocada para justificar o estabelecimento de regras especiais de ingresso no ensino superior, nada obsta que a Administração Pública, no âmbito da competência atribuída a cada esfera da Federação, crie ferramentas que estimulem o acesso dos negros aos cargos públicos submetidos à regra do concurso (art. 37, inciso II, da CF/88).

Por sua clareza e didática, vale a transcrição de parte das palavras do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, extraídas de seu voto condutor na **ADPF nº 186/DF**: "(...) *tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas,*

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 26ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 628.

partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos." (STF, Tribunal Pleno, j. 26.04.2012).

Na esfera **Federal**, editou-se a **LF n° 12.990/2014** que, respeitado o alcance de sua aplicabilidade (provimento de cargos do Poder Executivo), previu a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos aos negros, sempre que o número de vagas oferecidas for igual ou superior a 3 (art. 1°).

Conferindo eficácia ao sistema de **reserva de vagas**, em harmonia com as razões que justificaram a política de ação afirmativa, os arts. 2° e 3° ainda prelecionam que:

Art. 2° 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.

Art. 3° Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1° Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Note-se que tal ressalva prestigia a igualdade *substancial/material*, já que **amplia** - além das vagas sujeitas à concorrência ampla, estabelece que um percentual das vagas *grais* deverá ser reservado aos candidatos negros - as possibilidades dos candidatos qualificados como afrodescendentes de ocuparem um cargo público.

Aliás, o mesmo Excelso Pretório, agora na **ADC nº 41/DF**, julgada em **08.06.2017**, sob a relatoria do eminente Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, ratificou a compreensão anteriormente esposada, reafirmando a compatibilidade do sistema de cotas em concursos públicos federais para com a Constituição (**LF nº 12.990/2014**).
Confiram-se trechos dos debates orais:

“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.

Com base nesses entendimentos, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade em que se discutia a legitimidade da Lei federal nº 12.990/2014.

(...) Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a questão das cotas raciais em três planos de igualdade, tal como compreendida na contemporaneidade: a) formal; b) material; e c) como reconhecimento. A **igualdade formal** impede a lei de estabelecer privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas, isto é, exige que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim almejado seja compatível com a Constituição. No caso analisado, o fundamento e o fim são razoáveis, motivados por um dever de reparação histórica e por circunstâncias que explicitam um racismo estrutural na sociedade brasileira a ser enfrentado. Quanto à **igualdade material**, o Colegiado observou que o racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda. Desse modo, qualquer política redistributivista precisará indiscutivelmente assegurar vantagens competitivas aos negros. Enfatizou, em relação à **igualdade como reconhecimento**, que esse aspecto identifica a igualdade quanto ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de um modo geral. Significa respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades. A política afirmativa instituída pela Lei 12.990/2014 tem exatamente esse papel. Frisou haver uma dimensão simbólica importante no fato de negros ocuparem posições de destaque na sociedade brasileira. Além disso, há um efeito considerável sobre a autoestima das pessoas. Afinal, cria-se resistência ao preconceito alheio. Portanto, a ideia de pessoas negras e pardas serem símbolo de sucesso e ascensão e terem acesso a cargos importantes influencia a autoestima das comunidades negras. Ademais, o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico. O STF concluiu que a lei em análise supera com facilidade o teste da igualdade formal, material e como reconhecimento. Afastou a alegada violação ao princípio do concurso público. Afinal, para serem investidos em cargos públicos, os candidatos negros têm de ser aprovados em concurso público. Caso não atinjam o patamar mínimo, sequer disputarão as vagas. Observou que apenas foram criadas duas formas distintas de preenchimento de vagas, em razão de reparações históricas, sem abrir mão do critério mínimo de suficiência. Rejeitou a apontada violação ao princípio da eficiência.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registrou ser uma visão linear de meritocracia a ideia de que necessariamente os aprovados em primeiro lugar por um determinado critério sejam absolutamente melhores que os outros. Tal conceito já havia sido rechaçado pelo ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 186/DF (DJE de 20.10.2014), segundo o qual a noção de meritocracia deve comportar nuances que permitam a competição em igualdade de condições. Afirmou haver um ganho importante de eficiência. Afinal, a vida não é feita apenas de competência técnica, ou de capacidade de pontuar em concurso, mas, sim, de uma dimensão de compreensão do outro e de variadas realidades. A eficiência pode ser muito bem-servida pelo pluralismo e pela diversidade no serviço público. A Corte também não vislumbrou ofensa ao princípio da proporcionalidade. A demanda por reparação histórica e ação afirmativa não foi suprida pelo simples fato de existirem cotas para acesso às universidades públicas. O impacto das cotas raciais não se manifesta no mercado de trabalho automaticamente, pois há um tempo de espera até que essas pessoas estudem, se formem e se tornem competitivas. Ademais, seria necessário supor que as mesmas pessoas que entraram por cotas nas universidades estariam disputando as vagas nos concursos. Reputou que a proporção de 20% escolhida pelo legislador é extremamente razoável. Se essa escolha fosse submetida a um teste de proporcionalidade em sentido estrito, também não haveria problema, porque 20%, em rigor, representariam menos da metade do percentual de negros na sociedade brasileira. (...) **A reserva de vagas vale para todos os órgãos e, portanto, para todos os Poderes da União. Os Estados e os Municípios não estão obrigados por essa lei, mas serão consideradas constitucionais as leis estaduais e municipais que adotarem essa mesma linha. (...)** (Informativo nº 868, divulgado em 19.06.2017).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da 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.

Assim, conquanto o critério da autodeclaração seja constitucional – devendo-se respeitar as pessoas tal como elas se percebem –, a Corte Suprema afirmou ser possível que a Administração Pública adote um controle heterônomo, sobretudo na eventual hipótese de existirem indícios de abuso na autodeclaração.

O edital do concurso, no seu item 6, previu uma série de regras sobre o sistema de pontuação diferenciada a ser concedido aos candidatos comprovadamente pardos e negros, nos seguintes termos:

6. DO SISTEMA DE PONTUAÇÃO
DIFERENCIADA

6.1 Será adotado no presente concurso o sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas, mediante acréscimos percentuais na pontuação final dos candidatos beneficiários, em cada fase do concurso público, conforme fatores de equiparação especificados nos termos do Decreto Estadual nº 63.979/2018, publicado no Diário Oficial do Estado de 20/12/2018 e nas Instrução CPPNI 1 de 08 de maio de 2019, publicado no Diário Oficial do Estado em 18/05/2019.

6.2 Para fazer jus à pontuação diferenciada de que trata o Decreto estadual nº 63.979, de 19/12/2018, o candidato deve, no ato de inscrição para o concurso público, cumulativamente:

a) declarar-se preto, pardo ou indígena;

b) declarar, sob as penas da lei, que não foi eliminado de concurso público ou processo seletivo no âmbito do Estado de São Paulo, nem teve anulado ato de nomeação ou admissão, em decorrência da falsidade da autodeclaração, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 4º da Lei Complementar nº 1.259, de 15 de janeiro de

2015; e

c) manifestar interesse em utilizar a pontuação diferenciada, nos termos expressos no Decreto estadual nº 63.979/18.

6.2.1 É permitido ao candidato declarar-se preto, pardo ou indígena e manifestar que não deseja se beneficiar do sistema de pontuação diferenciada, submetendo-se às regras gerais estabelecidas no edital do certame.

6.2.2 A veracidade da declaração de que trata o item 6.2 deste Edital será objeto de verificação por parte da Administração Pública, sujeitando-se os autores de declarações falsas às sanções previstas no artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 1.259/2015.

(...)

6.11 Os candidatos aprovados no concurso que manifestaram interesse em utilizar o sistema de pontuação diferenciada, serão convocados para realização da verificação da veracidade de sua autodeclaração em data e horário a serem oportunamente divulgados, por meio de Edital específico, com Comissão a ser instituída especificamente para esse fim.

6.11.1 A comissão de heteroidentificação será composta por cinco membros e seus suplentes, é necessário que ao menos um de seus membros seja preto ou pardo.

6.11.2 A composição da comissão de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

6.11.3 Os membros da comissão de heteroidentificação assinarão termo de confidencialidade sobre as informações pessoais dos candidatos a que tiverem acesso durante o procedimento de heteroidentificação.

6.12 Para aferição da veracidade da autoclassificação de candidatos pretos e pardos será verificada a fenotípia.

(...)

6.13 A Comissão de heteroidentificação será realizada na cidade de São Paulo/SP.

6.14 O candidato inscrito que manifestou interesse em utilizar o sistema de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pontuação diferenciada participará do Concurso Público em igualdade de condições com os demais candidatos, no que se refere aos conteúdos das provas objetivas e à avaliação, ao dia, ao horário e ao local de aplicação das provas, e à nota exigida para todos os demais candidatos.

6.15 O candidato que deixar de cumprir as exigências relativas ao processo de heteroidentificação será eliminado do concurso público.

6.16 A autodeclaração terá validade somente para este Concurso.

Ao que se infere, o item 6.11 do edital impôs que a Comissão de Heteroidentificação verificasse a fenotipia do candidato, a fim de comprovar se realmente faz jus à pontuação diferenciada.

Na mesma linha, o art. 9º do Decreto Estadual 63.979/2018, ao disciplinar o sistema de pontuação diferenciada, estabeleceu em seu art. 9º, §2º, que *"Para aferição da veracidade da autoclassificação de candidatos pretos e pardos será verificada a fenotipia e, caso subsistam dúvidas, será então considerado o critério da ascendência"*.

Dentre as possibilidades conferidas pela legislação para a análise da autodeclaração perpetrada pelo candidato, a Comissão Especial optou por dar prevalência ao critério de análise das características fenotípicas do próprios candidatos, utilizando a análise da fenotipia do ascendente como critério subsidiário para a elaboração do parecer, não configurando condição estanque para a aplicação da política de cotas.

Em que pese o respeito às alegações do

autor, a prevalência do critério de análise das características fenotípicas do próprio candidato (critério principal) foi devidamente fundamentada na resposta ao recurso do candidato (fls. 83), bem como no parecer consultivo elaborado aos 20.03.2020, nos seguintes termos:

Resposta ao recurso

“O procedimento de heteroidentificação cuida-se de identificar o sujeito de direito da política de ação afirmativa, identificando os reais destinatários, a identidade dos candidatos permanecem, a autodeclaração não é retirada do candidato.

O parágrafo 2º, do artigo 9º, do Decreto nº 63.979 de 19 de dezembro de 2018, deixa evidente que a análise verificaria a fenotipia do candidato.

A Comissão esclarece que, não possuía dúvidas em sua decisão e entende que é possível compreender que um candidato se declare como pertencente à população negra por alegar pertencer a uma família que tenha negros em sua composição, mas quando da avaliação constata-se que ele, o candidato, não tem o fenótipo esperado para ser o destinatário da política de cotas, necessário, portanto, não corroborar sua autodeclaração em benefício da própria ação afirmativa.

Considerando a reanálise das imagens da etapa da Comissão de Heteroidentificação, verificou-se que o candidato, não tem o conjunto dos traços fenotípicos esperado, quanto à cor da pele, cabelo e traços faciais, para ser destinatário da política de cotas. Faz-se necessário esclarecer que até este momento não foram constatados indícios de falsidade na elaboração da autodeclaração.

O não enquadramento do candidato na condição de pessoa negra não se configura em ato discriminatório de qualquer natureza”.

Parecer consultivo

“(…).

A eliminação do candidato atendeu

ao disposto no item 5.6 da Instrução CPPNI 1 de 08/05/2019, reproduzido também no Edital nº 04/2019 –Orientação Complementar do Sistema de Pontuação Diferenciada, item 6.15, tendo em vista que o não reconhecimento do candidato como pessoa negra pela Comissão de Heteroidentificação caracteriza o não cumprimento do processo de heteroidentificação:

'5.6. O candidato que deixar de cumprir as exigências relativas ao processo de heteroidentificação será eliminado do concurso público'.

Esclarecemos ainda que, quanto ao fenótipo, o candidato não trouxe em seu conjunto a fenotipia negroide, esperada, quanto à cor de pele, cabelo e traços faciais, para ser um dos destinatários da política de cotas (sistema de pontuação diferenciada) para população negra. O candidato foi reconhecido pela Comissão como "moreno", estando distante das características de "pardo-negro".

(...)

A Comissão de Heteroidentificação entendeu que o referido candidato, possui pele clara e isoladamente ou no conjunto não apresenta características atribuídas à população negra (pretos e pardos).

(...)

De tudo quanto fora exposto, conclui-se que é possível compreender que um candidato se declare como pertencente à população negra por identificação cultural, de religião de matrizes africanas, ou por pertencer a uma família que tenha negros em sua composição, mas quando da avaliação constata-se que ele, o candidato, não tem o fenótipo esperado para ser o destinatário da política de cotas (sistema de pontuação diferenciada) é necessário não corroborar sua autodeclaração em benefício da própria ação afirmativa.

O objetivo principal da avaliação é resguardar que o destinatário da política, para que ele não perca seu espaço para outro candidato não negro(pretos e pardos), o que neste caso, há um indicativo de que o autor tenha um fenótipo de pessoal "socialmente branca".

Esclarecidos os fatos acima se conclui que todos os atos praticados pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comissão de Heteroidentificação foram realizados dentro da legalidade, respeitando as normas vigentes e o edital do concurso, sendo improcedentes os fatos apontados pelo autor”.

Como se vê, ainda que não concorde o autor, sua exclusão do sistema de pontuação diferenciada foi devidamente fundamentado, restando justificada a opção – facultada pela legislação de regência, frise-se – pela escolha do critério de análise das características fenotípicas do próprio candidato em detrimento das possuídas por seu ascendente de primeiro grau.

O procedimento adotado pela Comissão Especial, tudo indica, foi o mesmo aplicado em relação a outros candidatos, de modo que, com o devido respeito ao entendimento contrário, não há que se falar em sobreposição das impressões pessoais subjetivas dos membros da Comissão Especial do concurso, em detrimento dos princípios contidos no Estatuto da Igualdade Racial.

Ao revés, a reinclusão do candidato – no sistema de pontuação diferenciada – com base nos mesmos documentos utilizados pela Comissão Especial fatalmente acarretaria violação ao princípio da isonomia com relação aos demais candidatos, tendo em vista que esses, tal qual o autor, tiveram analisadas suas autodeclarações com base nos mesmos critérios ora questionados, os quais, destaque-se, tiveram embasamento legal e respeitaram a inteligência do Estatuto da Igualdade Racial e do julgado do Supremo Tribunal Federal proferido na ADC 41/DF (Informativo nº 868).

Não há, portanto, qualquer ilegalidade

manifesta na conduta da Administração ao excluir o autor do sistema de pontuação diferenciada de que trata o item 6, do Edital 01/2019.

Todavia, conquanto regular o afastamento dos sistema de pontuação diferenciada, **restou flagrante a ilegalidade no ato de exclusão do candidato do certame, vez que o correto era o seu enquadramento na lista geral sem o acréscimo de pontuação.**

Com efeito, no plano do Estado de São Paulo, a LCE 1.259/2015 autorizou o Poder Executivo "a instituir sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas em concursos públicos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito do serviço público paulista" (art. 1º), ressaltando que "Para fazer jus aos benefícios de que trata esta lei complementar, os candidatos deverão declarar, no ato da inscrição para o concurso público, que são pretos, pardos ou indígenas" (art. 4º).

Note-se que essa legislação previu a eliminação do candidato única e exclusivamente na hipótese de **falsidade da declaração**, consoante disposto no art. 4º, parágrafo único, da LCE 1.259/2015: "Constatada a falsidade da autodeclaração a que alude o "caput" deste artigo, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado ou admitido, sujeitar-se-á à anulação do respectivo ato mediante procedimento de invalidação, na forma dos artigos 58 e seguintes da Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998".

Além disso, a legislação estadual deixou de tratar, especificamente, da forma em que se daria a concorrência dos candidatos qualificados como

afrodescendentes, limitando-se a estatuir que aqueles reconhecidamente negros ou pardos seria concedida pontuação diferenciada.

Por esta razão, tem-se que, na hipótese *sub examine*, o item 6.15 do Edital do Concurso Público nº 01/2019, ao dispor que “*O candidato que deixar de cumprir as exigências relativas ao processo de heteroidentificação será eliminado do concurso público*”, inovou em relação à lei que lhe serve de base normativa, e acabou por incorrer em vício de ilegalidade/inconstitucionalidade, desmerecendo qualquer aplicação no plano dos fatos.

O item 6.15 do edital deve ser lido em consonância com o art. 4º, parágrafo único, da LCE 1.259/2015, de modo que a desclassificação candidato somente se justifica na hipótese “falsidade da autodeclaração”, o mesmo não podendo ocorrer, por falta de amparo legal, nas hipóteses de mero afastamento do sistema de pontuação diferenciada após entrevista presencial da Comissão Especial, na qual constatado pura e simplesmente que o candidato, não tem o conjunto dos traços fenotípicos esperado, quanto à cor da pele, cabelo e traços faciais, para ser destinatário da política de cotas.

De acordo com o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴, o edital do concurso público, enquanto fonte normativa de caráter meramente regulamentar:

“(...) não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.”

Assim, levando-se em conta que na hipótese dos autos inexistiu falsidade na autodeclaração – tal como apontado pela Comissão Especial ao indeferir o recurso administrativo do autor, fls. 83 –, configurou-se manifestamente ilegal a exclusão do candidato do certame com fulcro no item 6.15 do Edital, sendo de rigor a reinclusão do autor na lista geral no certame, sem o acréscimo de pontuação.

Em suma, nos termos da fundamentação, é de rigor o acolhimento do pedido subsidiário, determinando-se à Comissão Examinadora do Concurso nº 01/2019 que providencie a reinclusão do apelante no certame, dentro da lista geral de candidatos, respeitando-se a nota por ele obtida na fase objetiva e escrita, sem qualquer acréscimo previsto no item 6 do edital.

Ante a sucumbência parcial, caberá tanto ao autor como às requeridas arcar com metade das custas e despesas processuais, bem como pagar honorários ao patrono da parte adversa, ora arbitrados por equidade, no montante equivalente a R\$ 1.000,00, já considerando a fase de conhecimento e recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º, 8º e 11º, do CPC/15, observada a gratuidade de justiça.

Diante do quanto exposto, **DOU PROVIMENTO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EM PARTE ao apelo, de modo a **REFORMAR** a r. sentença tão somente para acolher o pedido subsidiário deduzido na exordial, determinando-se à Comissão Examinadora do Concurso n° 01/2019 que providencie a reinclusão do apelante no certame, dentro da *lista geral* de aprovados, respeitando-se a nota por ele obtida na fase objetiva e escrita, sem qualquer acréscimo de pontuação previsto no item 6 do edital.

Ante a sucumbência parcial, caberá tanto ao autor como às requeridas arcar com metade das custas e despesas processuais, bem como pagar honorários ao patrono da parte adversa, ora arbitrados por equidade, no montante equivalente a R\$ 1.000,00, já considerando a fase de conhecimento e recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º, 8º e 11º, do CPC/15, observada a gratuidade de justiça

PAULO BARCELLOS GATTI
RELATOR