



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000899299

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2001689-21.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MARINA ALVARENGA SOUZA, é impetrado PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 12 de novembro de 2018.

HELOÍSA MARTINS MIMESSI
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Mandado de Segurança nº 2001689-21.2018.8.26.0000

Impetrante: Marina Alvarenga Souza

Impetrado: Presidente da Comissão do Concurso Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 9298

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS (COTAS RACIAIS). Impetrante classificada na lista de vagas reservadas aos candidatos negros. Exclusão do certame na fase de entrevista com a Comissão de Avaliação. Suposto desatendimento ao quesito de cor ou raça. Inadmissibilidade. Lei Federal nº 12.990/14 que, ao estabelecer a reserva de vagas aos candidatos negros, adotou como regra o critério da autodeclaração. Controle externo que, embora legítimo, não impede que se questione a avaliação procedida pela Comissão de Avaliação, quando equivocada ou ausente fundamentação razoável. Critérios subsidiários de heteroidentificação que devem respeitar a dignidade da pessoa humana e garantir o contraditório e a ampla defesa. In casu, decisões impugnadas desprovidas de indicação mínima dos motivos que levaram a considerar que a impetrante não tem fenótipo pardo. Violação à tese fixada pelo STF no julgamento da ADC nº 41/DF, bem como aos arts. 8º e 9º da Lei Estadual nº 10.177/98. Documentos juntados aos autos são indicadores suficientes de que a impetrante atende ao quesito de cor ou raça do Edital, enquadrando-se na condição de pessoa parda. Eventual dúvida sobre o fenótipo que, se ainda existir, deve ser dirimida a favor da autodeclaração. Direito líquido e certo demonstrado. Segurança concedida.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Marina Alvarenga Souza* contra ato do *Presidente da Comissão Examinadora do Concurso de Escrivente Técnico Judiciário – 1ª RAJ*, que julgou improcedente o recurso administrativo que visava a reformar a decisão da Comissão de Avaliação que a considerou “não enquadrada” na condição de pessoa preta ou parda com base no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fenótipo.

A impetrante pleiteia, preliminarmente, a concessão da gratuidade da justiça, em razão de não possuir condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo da própria subsistência. No mérito, sustenta, em síntese, que prestou concurso público para provimento no cargo de Escrevente Técnico Judiciário da 1ª Região Administrativa Judiciária do TJSP, tendo sido classificada dentro do número de vagas reservadas para candidatos negros. Afirma que, convocada para entrevista com a Comissão de Avaliação, foi considerada “não enquadrada” na condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo; e que, interposto recurso administrativo, a autoridade impetrada indeferiu o pedido, sem qualquer fundamentação válida, caracterizando ofensa a seu direito líquido e certo de permanecer no certame. Argumenta que, para concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, basta a autodeclaração de ser preto ou pardo, conforme o quesito de cor ou raça utilizado pelo IBGE; e que, além disso, os documentos juntados comprovam a veracidade de sua autodeclaração. Pleiteia o deferimento de liminar, para impedir sua exclusão do certame; e, ao final, a concessão da segurança, para determinar a sua permanência na lista de aprovados nas vagas reservadas a candidatos negros.

O feito foi inicialmente distribuído para o C. Órgão Especial desta Corte, sob a Relatoria do E. Des. Antonio Carlos Malheiros, que deferiu parcialmente a liminar, a fim de suspender a exclusão da impetrante do certame (fls. 184/185).

A autoridade impetrada, em suas informações,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

alega que a exclusão da impetrante da lista reservada aos candidatos negros observou os termos previstos no edital, não havendo qualquer ilegalidade no ato reputado coator (fls. 191/208).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 243/259).

O C. Órgão Especial, por maioria de votos, não conheceu do mandado de segurança e determinou sua redistribuição para uma dentre as Câmaras da Seção de Direito Público (1ª a 13ª) (fls. 272/277).

FUNDAMENTOS E VOTO.

Inicialmente, verifica-se que foi respeitado o prazo decadencial de 120 dias para requerer mandado de segurança (art. 23 da Lei nº 12.016/09), visto que o ato coator foi proferido em 14/11/2017 (fls. 26) e a impetração ocorreu em 11/01/2018. Ademais, a impetrante é parte legítima, pois diretamente afetada pelo ato impugnado, assim como a autoridade apontada como coatora, pois dela emanou tal ato.

Diante da alegação de hipossuficiência deduzida nos autos e da declaração juntada a fls. 18, **concede-se à impetrante o benefício da assistência judiciária gratuita**, nos termos do art. 99, *caput*, §§ 2º e 3º, do CPC.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a impetrante se inscreveu para participar do concurso público promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para provimento de cargos de Escrevente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Técnico Judiciário na 1ª Região Administrativa Judiciária, tendo concorrido às vagas reservadas aos candidatos negros, por autodeclarar-se parda. Foi aprovada na prova objetiva e na prova prática de formatação e digitação, obtendo classificação provisória dentro do número de vagas reservadas aos candidatos negros (345ª colocação); todavia, convocada para entrevista com a Comissão de Avaliação, para se decidir a respeito da lisura da autodeclaração quanto à condição de pessoa preta ou parda, foi excluída do certame, por não atender ao quesito cor ou raça.

Interposto recurso administrativo contra a decisão da Comissão de Avaliação, o Presidente da Comissão do Concurso julgou-o improcedente, mantendo a exclusão do certame, o que ensejou a impetração do presente mandado de segurança.

De acordo com o artigo 1º da Lei Federal nº 12.016/2009, o mandado de segurança é um remédio constitucional previsto *“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”*.

Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, *“direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o 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”¹.

No presente caso, verifica-se o direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante. Senão vejamos.

A reserva de vagas aos candidatos negros foi estabelecida no certame com fundamento na Lei Federal nº 12.990/2014, que “*reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*”.

Referida lei, já declarada constitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal (ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 08/06/2017), assim dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º 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

¹ In “Mandado de Segurança e Ação Popular”, 10ª ed. ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 11/12.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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. (g.n.).

Como se vê, para concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, a Lei nº 12.990/14 adotou como regra o critério da autodeclaração, prevendo, no entanto, a possibilidade de controle externo da veracidade dessa declaração.

Igual disposição consta do Edital:

Item IV. 2. Poderão concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros aqueles que, no ato da inscrição, se AUTODECLARAREM pretos ou pardos, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

(...)

4.1. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do Concurso e, se tiver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (g.n.).

Ocorre que, se, *por um lado*, a previsão de controle



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

externo (exercido, *in casu*, pela Comissão de Avaliação) é legítima para coibir que o candidato tenha a prerrogativa inquebrantável de, juiz de si mesmo, decidir, com foros de definitividade e sem qualquer juízo posterior, sobre o seu próprio enquadramento na reserva de cotas, *por outro lado*, nada impede que se questione a avaliação procedida pela Comissão de Avaliação, quando equivocada ou ausente fundamentação razoável.

Isso porque a necessidade de se realizar algum tipo de controle para coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais não toma, por si só, legítima a simples avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo ou aparência do candidato, sendo imprescindível uma análise minimamente objetiva e motivada, sob pena de a decisão da Comissão beirar a arbitrariedade.

Atento a essa situação, aliás, o E. STF, ao declarar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/14, incluiu na tese fixada o entendimento de que “*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*”².

Na hipótese dos autos, a decisão da Comissão de Avaliação limitou-se a estatuir, imotivadamente, que a impetrante “*não se enquadra na condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo*” (fls. 25). Interposto recurso administrativo contra essa decisão, o Presidente da Comissão do Concurso, ora impetrado, julgou-o improcedente, sem qualquer fundamentação (fls. 26).

A ausência de fundamentação das decisões está em

² ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 08/06/2017 (g.n.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

desacordo com a tese fixada pelo STF no julgamento da ADC nº 41/DF – visto que, sem saber os motivos da decisão que se pretende impugnar, fica inviabilizado o manejo do adequado recurso administrativo, em prejuízo ao contraditório e à ampla defesa –, bem como contraria as normas que dispõem sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, nos termos da Lei nº 10.177/1998, *in verbis*:

Art. 8.º - São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de: (...) VI - falta ou insuficiência de motivação.

Artigo 9.º - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada. (g.n.).

Logo, a ausência de indicação mínima dos motivos que levaram a considerar que a impetrante não tem fenótipo pardo torna a decisão administrativa nula, pois impede a aferição dos elementos que levaram à conclusão e seu controle.

É dispensável, entretanto, determinar a repetição do ato para suprir-lhe a nulidade, visto que é possível, desde já, decidir o mérito a favor da impetrante (art. 282, § 2º, do CPC³).

De fato, os documentos juntados aos autos são indicadores suficientes de que a impetrante atende ao quesito de cor ou

³ CPC, Art. 282, § 2º - *Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

raça do Edital, enquadrando-se na condição de pessoa parda. A impetrante juntou fotografias (fls. 20 e 31/32), atestados de médicos dermatologistas (fls. 27/30) e registros de atendimentos hospitalares e ambulatoriais (fls. 38/39) a fim de demonstrar sua condição de pessoa parda com base no fenótipo; também juntou fotografias de seus familiares (fls. 33/36) e documentos de seus genitores (fls. 41/42) comprovando sua ascendência negra.

Assim, o conjunto probatório que instrui os autos indica, sobretudo no tocante ao fenótipo cor da pele e tipo de cabelo, que a impetrante pode ser qualificada, no mínimo, como de cor parda, o que é corroborado pelos traços aparentes de sua família.

Por fim, há que se ponderar que, ainda que remanesça alguma dúvida sobre o fenótipo da impetrante – por se tratar, eventualmente, de um caso de difícil aferição –, o critério de autodeclaração, nessa hipótese, deve prevalecer sobre o critério de heterorreconhecimento da Comissão de Avaliação, na linha do que bem pontificou o E. STF: “(...) *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*”⁴.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte em casos análogos:

***MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO.
CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE SE AUTO
DECLARA PARDA E É REPROVADA COMO TAL***

⁴ Trecho do voto do Min. Rel. Roberto Barroso na ADC nº 41/DF.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PELA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO. *Edital que utiliza como critério de avaliação a metodologia do IBGE para pessoas pretas e pardas. IBGE que utiliza a auto declaração, o auto conhecimento de si, o auto reconhecimento de cada indivíduo, bastante que a pessoa se veja como preta ou parda. Desta forma, conclui-se que a auto declaração seria suficiente. Ademais, ausentes no edital critérios objetivos para a Comissão avaliar a cor da pele do candidato, configurando desrespeito aos princípios constitucionais de ampla defesa e igualdade. No mais, as fotografias e a declaração de médico dermatologista atestam que a impetrante é do fenótipo pardo. Ação julgada procedente. AÇÃO PROCEDENTE.* (Mandado de Segurança nº 2251651-63.2017.8.26.0000, Rel. Des. Souza Nery, 12ª Câmara de Direito Público, j. em 31/07/2018; g.n.).

MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público para o cargo de escrevente técnico judiciário – Exclusão da impetrante da lista especial – Inscrição em vagas reservadas rejeitada – Decisões administrativas imotivadas – Impossibilidade de exercício do contraditório – Não observância da tese fixada no julgamento da ADC nº 41 – Documentos juntados com a petição inicial que se mostram suficientes – Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 2236381-96.2017.8.26.0000, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, 1ª Câmara de Direito Público, j. em 18/05/2018; g.n.).

Destarte, diante da demonstração de direito líquido e certo da impetrante, *manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração*, é de rigor o acolhimento de sua pretensão.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONCEDE-SE A SEGURANÇA**, a fim de anular a decisão administrativa impugnada e determinar a permanência da impetrante na lista de aprovados nas vagas reservadas a candidatos negros. Custas na forma da lei, incabível a condenação em honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

HELOÍSA MIMESSI

Relatora