



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001491

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2305706-17.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KALINE MARIELE SANTANA MONTEIRO, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO e FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUITA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

EDUARDO PRATAVIERA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº: 2305706-17.2024.8.26.0000

Agravante: Kaline Mariele Santana Monteiro

Agravado: Estado de São Paulo

Agravado: Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho

Origem: 9ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes

MM juiz(a): Dr. Fernando Henrique Masseroni Mayer

Voto nº 04343

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO COMUM. TUTELA DE URGÊNCIA. COTAS RACIAIS. Concurso público para a outorga de delegações de notas e de registro do Estado de São Paulo. Reserva de vagas aos candidatos negros em observância à Lei Federal nº 12.990/2014. Candidato não enquadrado como pessoa preta ou parda após entrevista com Comissão de Heteroidentificação, com base no fenótipo, implicando sua exclusão da lista de candidatos negros. Ausência de irregularidade apta a elidir a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo. Ausência de probabilidade do direito. Recurso desprovido.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 212/214 da origem, que deferiu em parte liminar, nos seguintes termos:

“Volta-se a parte autora contra o indeferimento de sua inscrição no concurso público, nas vagas reservadas à população PPI (Preta, Parda e Indígena), pois entende que preencheu os requisitos legais e do edital.

Da análise dos documentos, nesta fase, não é possível concluir que o autor apresenta fenótipo de pessoa parda/negra.

Assim, a atitude da Administração Pública, em relação ao pedido principal, nesta fase, não merece reparo, porque o edital estabeleceu como critério de avaliação o fenótipo (aparência) que não foi atendido pelo impetrante.

Verifica-se que o critério primordial para ter direito à pontuação diferenciada como pessoa parda ou preta é o fenótipo e, se houver dúvida quanto à autodeclaração, será analisada a ascendência.

Assim, se constatado o não atendimento do fenótipo, desnecessária a comprovação da ascendência, motivo pelo qual não merece reparo a decisão administrativa.

(...)

Quanto ao pedido subsidiário, neste tópico, razão assiste ao autor, pois o fato de não ser considerado pardo não significa, por si só, que deu autodeclaração falsa ou fraudulenta, motivo pelo qual deve permanecer no concurso para as vagas gerais.

Sendo assim, defiro, em parte, a liminar e determino à parte ré a suspensão do ato de exclusão/eliminação do autor, permitindo-lhe permanecer no certame, participando das demais fases do certame na lista geral de candidatos, desde que habilitado para tanto pelos critérios editalícios relativos à atribuição de notas.”

A Agravante sustenta a existência de vícios na composição da banca de heteroidentificação, arguindo a necessidade de presença majoritária de membros pretos ou pardos e por pessoas que tenham curso de formação sobre relações raciais. Afirma que o d. juízo *a quo* não se manifestou acerca do descumprimento de Resolução nº 541/2023 do CNJ e Portaria nº 10.376/2024 da Presidência do TJSP. Alega que nenhum dos integrantes da banca possui curso de formação sobre relações raciais, conforme pesquisa efetivada na Plataforma Lattes, e que apenas um dos membros é preto ou pardo. Assim, requer que o ato de indeferimento de sua inscrição como pessoa negra parda seja anulado, por violação ao dever de motivação e à garantia ao contraditório e à ampla defesa. Reputa presentes os requisitos para concessão da liminar e afirma que não fez pedido subsidiário, vez que não atingiu a pontuação mínima da nota de corte para as vagas destinadas à ampla concorrência. Alega que a decisão é *extra petita* e que pretende a inserção na lista dos candidatos pretos e pardos. Pede a concessão de efeito suspensivo.

Recurso tempestivo e comprovado o recolhimento do preparo (fls. 16/17).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 61/63).

Contraminuta a fls. 107/116 e 121/126.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O deferimento da tutela antecipada de urgência está condicionado à presença dos requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (inteligência do art. 300, do CPC), bem como se exige a demonstração do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Frise-se que, nesta fase inicial do processo, não cabe análise exaustiva do mérito, atendo-se o juízo a verificar, com base no que consta dos autos, se estão preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de procedimento comum com pedido de tutela antecipada de urgência, não suspendeu o ato de inaptidão na heteroidentificação da agravante no 13º Concurso de Outorga de delegações de notas e registros do Estado de São Paulo, mas permitiu a classificação da candidata na lista geral.

As cotas raciais são uma espécie do gênero de ações afirmativas, que são políticas dirigidas à correção de desigualdades estruturais, por meio de medidas tendentes a promover a igualdade de oportunidades para membros de grupos sociais vulnerabilizados.

A principal questão que se coloca diz respeito à definição das pessoas destinatárias das cotas raciais como elemento indispensável para a eficácia dos mecanismos de controle.

A Lei Federal nº 12.990/2014 estabeleceu a reserva de vagas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos a candidatos negros, assim considerados aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e

Estatística - IBGE.

Assim, de acordo com a legislação vigente, o sistema de cotas raciais consiste na reserva de percentual de vagas para pessoas negras (pretas ou pardas), segundo os critérios do IBGE. Porém, quem pode ser considerado negro no Brasil? Segundo a lição de Livia Sant'Anna Vaz, Promotora de Justiça do Ministério Público da Bahia e autora do livro Cotas Raciais, as cotas raciais têm como destinatários os pardos negros e não os pardos socialmente brancos, o que exige que a cor de pele seja associada às demais marcas ou características que, em conjunto, atribuem ao sujeito a aparência racial negra”¹.

Explica a autora que *“As experiências e características físicas de nossas/os ascendentes podem ser relevantes para a formação do nosso sentimento de pertença étnicoracial. No entanto, não são, de modo algum, determinantes para fins de implementação das cotas raciais. Em primeiro lugar, porque abririam espaço para a invocação ilimitada de uma ancestralidade nem sempre comprovada que esvaziaria o sentido da própria política pública. É que, se todas/os, sob o pretexto da ampla miscigenação do povo brasileiro, se acharem no direito de invocar alguma proveniência negra para tal fim, o critério da ascendência resultará na aplicação indistinta das cotas raciais para todas as pessoas, esvaziando o sentido da política pública. Se pessoas socialmente brancas, simplesmente por possuírem ascendentes negros, independentemente do grau, acessarem as vagas reservadas, não teremos a ampliação da presença negra nos espaços de poder.”*²

Muitos se classificam como pardos, afirmando “eu sou pardo, não sou negro”. Significa dizer que não se reconhecem como negro, embora acreditem haver na categoria pardo uma brecha para sua aprovação pelo sistema de cotas. Valem-se, nessas circunstâncias, unicamente do elemento cor da pele (parda) que, por si só, não resulta na sua percepção social como negro.

Se o objetivo da política pública em comento é garantir a efetiva inserção de pessoas negras em espaços antes reservados quase que exclusivamente à branquitude, a

autodeclaração deve ser complementada por mecanismos de validação, de modo a preservar a eficácia das ações afirmativas.

Por tudo isso, as identidades sociais e as étnico-raciais devem ser também analisadas em seu conjunto, razão pela qual, um traço fenotípico ou outro isoladamente não é revelador ou definidor de uma identidade. Assim, não é propriamente a cor da pele do ponto de vista da dermatologia ou de uma ascendência longínqua ou próxima que identifica a pessoa como pardo.

A obrigação de fiscalizar o sistema de cotas é da Administração Pública, mais especificamente do ente público responsável pelo certame ou seleção e que tem a obrigação de confirmar se os candidatos cumprem as condições estabelecidas no edital.

No que se refere à possibilidade de submeter o candidato a uma comissão de heteroidentificação, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC nº 41/DF, no ano de 2017, assentou ser legítimo adotar critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitados os princípios da dignidade humana, do contraditório e da ampla defesa:

*Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. (...) 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. **É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.***

(...)4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral

constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (STF - ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017) (g.n)

No caso concreto, após entrevista realizada com a Comissão de Avaliação, a agravante não foi enquadrada na condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo. Em sede administrativa, a candidata interpôs recurso, o qual restou desprovido, como se vê a fls. 48/51.

Depreende-se que o ato de indeferimento da inscrição da Agravante como pessoa negra parda se deu sob a motivação de que não é possível o enquadramento pretendido “*com base nas características exclusivamente fenotípicas.*” Ainda, foi destacado que, mesmo que haja anterior reconhecimento do benefício em outro concurso, que conste em sua certidão que seja parda, bem como laudo médico que a ateste como pessoa parda segundo a Escala de Fitzpatrick, tais fatos não têm o condão de interferir ou desprestigiar a decisão da Comissão de Heteroidentificação, a qual cabe tão somente analisar se as características fenotípicas dos candidatos são as de pessoa preta ou parda, passíveis de sujeitá-lo à discriminação social em ambiente público e privado.

Decerto, a validação da autodeclaração do candidato envolve o mérito administrativo e, por isso deve ser realizada pela comissão designada pelo concurso, cujos integrantes ostentam especialização na área de forma a verificar, com maior assertividade, as características do candidato.

485, de repercussão geral, *“não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade”*.

Em outras palavras, não é autorizado que o juízo substitua a avaliação da comissão criada para tal finalidade, sob pena de invasão no mérito do ato administrativo, o que implicaria em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Não prospera a alegação da agravante de que haveria violação ao dever de motivação e da garantia à ampla defesa do contraditório. Verifica-se que foi assegurado o direito a recorrer da decisão proferida pela Comissão de Heteroidentificação, bem como o ato foi devidamente fundamentado.

Cabe asseverar que, a despeito da alegação de que membros da comissão não tenham feito curso de formação sobre relações raciais, é certo que não foi aberto o contraditório para que se manifestassem acerca da realização do mencionado curso, de modo que não se pode concluir pela sua não realização unicamente pelo currículo disposto na Plataforma Lattes, apresentados pela autora a fls. 103/165, o qual, muitas vezes, não esgota a atuação desenvolvida pela pessoa, bem como os cursos efetivados para sua capacitação.

Ademais, note-se que, em relação à aferição da veracidade da auto declaração de candidato destinatário da política de cotas raciais, o edital deixou claro que o candidato constante da lista de pessoas pretas ou pardas, além das exigências pertinentes aos demais candidatos, será submetido à análise da condição pela Comissão de Heteroidentificação designada pela Portaria nº 10.376/2024 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de análise documental e presencial (item 2.6.2 do edital – fls. 167 da origem), e cuja previsão foi aceita pela candidata ao efetivar sua inscrição, considerando que não foi ajuizada medida judicial no momento de abertura do edital, a qual se insurgiu contra tão somente após sua reprovação.

Além disso, nada trouxe que sugerisse abuso, ilegalidade ou violação à sua ampla defesa. Por fim, as fotografias juntadas ao processo não permitem concluir tratar-se de pessoa parda, notadamente pela fotografia constante de sua CNH (fls. 23 da origem), em que se pode observar nitidamente que a autora não pretende ser vista com o fenótipo pardo perante a sociedade, o que reforça a ausência de abuso ou ilegalidade na decisão administrativa.

Por isso, em cognição sumária, não se vislumbra ilegalidade no ato de indeferimento de enquadramento da agravante como pessoa preta parda, visto que não desconstituída a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, e portanto, não se constata a probabilidade do direito do impetrante em ver anulado o ato em questão.

Ausente um dos requisitos cumulativos para a concessão da liminar, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

Nesse sentido:

PROCESSO Concurso público – Outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de São Paulo – Vaga para pretos e pardos – Comissão especial – Candidato – Eliminação – Ilegalidade – Inexistência – Prosseguimento no certame – Tutela de urgência – Impossibilidade: – Ausentes os requisitos legais, não há fundamento para a tutela de urgência. (TJSP; Agravo de Instrumento 3009960-89.2024.8.26.0000; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2024; Data de Registro: 11/12/2024)

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, à luz do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade da citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

EDUARDO PRATAVIERA

Relator