

Órgão 1ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0702991-69.2019.8.07.0001

APELANTE(S) CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIACAO E SELECAO E DE PROMOCAO DE EVENTOS - CEBRASPE

APELADO(S) REBECA SILVA MELLO

Relator Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA

Relator Designado Desembargador TEÓFILO CAETANO

Acórdão N° 1273378

EMENTA

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO AO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL PELO SISTEMA DE COTAS RACIAIS (LEI N. 12.990/2014). ETAPA DE HETEROIDENTIFICAÇÃO DO FENÓTIPO DE CANDIDATA QUE SE AUTODECLARARA NEGRA/PARDA. PREVISÃO EDITALÍCIA. ATO ADMINISTRATIVO. RESULTADO DA HETEROIDENTIFICAÇÃO DA CANDIDATA PELA COMISSÃO DO CONCURSO. INAPTIDÃO À CONDIÇÃO DE PESSOA NEGRA/PARDA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA RAZOABILIDADE, DA MOTIVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. INOBSERVÂNCIA. AFERIÇÃO. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE AVALIAÇÃO NÃO PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. CANDIDATA CONSIDERADA NEGRA/PARDA EM EXAMES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO REALIZADOS PELO ORGANIZADOR DO CERTAME EM OUTROS CONCURSOS PÚBLICOS. CONTRADIÇÃO E INCOERÊNCIA. CONCORRENTE DETENTORA DE TODOS OS CARACTERÍSTICOS DE IDENTIFICAÇÃO. CRITÉRIO ESTÉTICO DESGUARNECIDO DE SUSTENTAÇÃO. ELIMINAÇÃO DAS VAGAS RESERVAS. ILEGALIDADE. CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. DÚVIDA OU DISCORDÂNCIA DA COMISSÃO AVALIADORA ACERCA DA CONDIÇÃO DE PESSOA NEGRA DA CANDIDATA HETEROIDENTIFICADA. PRIVILÉGIO À AFIRMAÇÃO CONTIDA NA AUTODECLARAÇÃO PELO CANDIDATO (STF – ADC 41/DF). ATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE CONSTATADA. INCURSÃO PELO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. PODER RESERVADO AO JUDICIÁRIO. VEDAÇÃO À ILEGALIDADE. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NÃO CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. MATÉRIA NÃO ALEGADA. DEDUÇÃO EM SEDE DE APELO. MATÉRIA ESTRANHA AO OBJETO DO LITÍGIO E AO DECIDIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINARES REJEITADAS. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA ORIGINALMENTE FIXADA. SENTENÇA E APELO FORMULADOS SOB A ÉGIDE DA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL VIGENTE (CPC, ART. 85, §§ 2º, 6º e 11).



1. A competência da justiça dos estados e do Distrito Federal, consoante interpretação do art. 125 da Texto Maior, é residual em cotejo à competência constitucionalmente erigida à justiça federal (CF, art. 109, I), sendo que nas causas em que a União, suas entidades autárquicas e as empresas públicas federais manifestarem expressamente o interesse à integração na relação processual aventada, ainda que como assistentes ou oponentes, o processamento e o julgamento da demanda competirá à justiça federal, excetuando-se as competências das justiças especializadas.
2. Amalgamando-se o interesse manifesto da União em integrar a tríade da relação processual como critério de fixação de competência, uma vez consubstanciada a ausência do referido pressuposto intrínseco ao ente estatal por deliberadamente rechaçar o chamado judicial na origem em duas oportunidades, o instituto organizador e responsável pelo concurso público destinado ao provimento de cargos do Ministério Público da União, conquanto se caracterize como entidade qualificada como Organização Social (OS), sob os ditames do Decreto n. 8.078/2013, trata-se de associação civil, cuja personalidade jurídica é de direito privado (CC, art. 44, I), não amoldando-se, pois, dentre as pessoas de direito público elencadas no art. 109, I, da Constituição Federal, logo, insubsistindo elementos normativos para atração de competência para o processamento e julgamento da tutela invocada no âmbito da justiça federal.
3. À entidade contratada para realização de concurso público são delegados amplos poderes para organizar o certame e ultimá-lo, e, encerrando os poderes que lhe foram conferidos a elaboração das provas, constituição da banca examinadora e eliminação dos concorrentes que não realizaram o exigido pelo edital, está revestida de legitimidade para compor, com exclusividade, a angularidade passiva da ação que tem como objeto a invalidação de etapa avaliativa sob o pretexto de que incorrera os avaliadores em ilegalidade, não se afigurando consoante essa lógica que, praticado o ato arrostado no ambiente do certame sob sua condução, o ente contratante, conquanto destinatário dos serviços e dos concorrentes selecionados, seja inserido na composição passiva, notadamente quando, instado a manifestar seu interesse em participar da relação processual, declina do direito que o assistiria.
4. A veiculação no recurso de matéria que não integrara o objeto da ação, qualificando-se como nítida inovação processual, é repugnada pelo estatuto processual vigente, elidindo a possibilidade de ser conhecida como forma de serem preservados os princípios do duplo grau de jurisdição e da estabilidade das relações jurídicas, prevenida a ocorrência de supressão de instância e resguardado o efeito devolutivo da apelação, pois está municiado de poder para devolver à instância revisora a apreciação tão-só e exclusivamente das matérias que, integrando o objeto da lide, foram debatidas sob a égide do contraditório e elucidadas pela sentença.
5. A transcendência do direito ao tratamento igualitário, como expressão da evolução dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana e das liberdades e garantias individuais, impõe ao Estado a implementação de ações afirmativas destinadas à materialização do almejado pelo constituinte originário, com a adoção de políticas públicas volvidas a mitigar e restaurar os efeitos decorrentes da discriminação social oriundas do preconceito racial, sexual, religioso, de sexo, de gênero, dentre outros, estabelecendo-se discriminações positivas com o propósito de conferir factíveis possibilidades de ascensão social, cujo implemento há que observar e garantir tratamento isonômico diferenciado vislumbrado pelo legislador constituinte como princípio norteador ao legislador ordinário subalterno.
6. O dever do Estado em reparar as desigualdades sociais estruturadas deflui, derivando de ações afirmativas, do manejo político e legislativo de institucionalização de políticas públicas de discriminação positiva, com a elaboração de leis e projetos cujos espíritos finalísticos deverão almejar a consagração do tratamento igualitário com alusão especial de identificação e promoção de afetação da minoração da desigualdade social, tornando viável e praticável, sob o prisma de instrumento legal afirmativo, o implemento das políticas públicas volvidas à ascensão social com o fomento de possibilitar aos



discriminados e marginalizados em razão da raça, encerrando a viabilização de ingresso no serviço público sob o sistema de cota racial instrumento de transformação e incremento real de diminuição da desigualdade social, porquanto destinada a encerrar os efeitos segregação social motivada pela discriminação racial.

7. Absorvida a necessidade de o estado promover o cumprimento efetivo da igualdade como princípio constitucional, mediante a reserva conferida ao legislador ordinário, a percepção e imposição de assegurar o percentual de vagas para pessoas negras e pardas como forma de inserção no serviço público federal, nos termos estabelecidos na Lei 12.990/2014, possui o condão afirmativo de possibilitar a ascensão social e equilibrar a proporção da população negra na administração pública federal, em salutar e necessário enfrentamento à discriminação racial, conferindo privilégio positivo àqueles que se autodeclararam negros ou pardos a concorrerem às vagas destinadas em separado como instrumento de reparação discriminatória.

8. Sob a sistemática legislativa afirmativa, e de forma a ser preservada sua gênese, destinação e legitimação, a análise de averiguação da raça/cor está condicionada à veracidade da autodeclaração firmada pelo interessado por ocasião de exame em etapa regular de concurso público, mediante análise de heteroidentificação por banca específica, desde que previsto no edital regulador do certame, preservado e legitimado o controle e interseção do Judiciário quando evidenciado o não implemento da ação imposta ao agente estatal ou se verificados vícios que permeiam de nulidade o ato administrativo, inclusive quanto à heteroidentificação do candidato.

9. Subsistente a legitimidade da etapa do certame da heteroidentificação do fenótipo da candidata que se autodeclarara negra para concorrer às vagas reservadas, notadamente com o propósito de conferir autenticidade à declaração do candidato sobre sua condição de pessoa negra/parda, o resultado da averiguação possui legitimidade presumida, contudo, ressoando a ilegalidade da avaliação que norteou a inabilitação da concorrente inexorável dos elementos coligidos, especialmente porque em outros três exames de heteroidentificação realizados pela mesma entidade executora do concurso público fora considerada apta à condição de pessoa negra/parda, sua inabilitação ressoa desguarnecida de sustentação legal, configurando ato discriminatório e abusivo, restando desguarnecido da presunção de legalidade e legitimidade relativa que o recobria.

10. Sobejando elementos que atestam que a autodeclaração da candidata negra é legítima, guardando conformação com sua ascendência e com o fenótipo que ostenta, o que é corroborado pelas 03 avaliações antecedentes realizados por técnicos da mesma entidade organizadora do certame em certames distintos, ressoa indene que sua desqualificação como se autodeclarara, inclusive porque permeada por critérios estéticos dissonantes dos parâmetros legais, encerra ato abusivo e ilegal, pois desguarnecido de motivação subjacente, legitimando que seja sindicalizado judicialmente, não como controle do mérito do ato, mas da sua legalidade, pois a infirmação da autodeclaração não encerra ato discricionário, mas vinculado, devendo guardar vinculação aos motivos que o desencadearam.

11. O controle de constitucionalidade promovido sobre o sistema de cotas advindo com a edição da Lei 12.990/2014 (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 41/DF), conferindo constitucionalidade à norma infraconstitucional de imposição de cotas raciais em concursos públicos e ao exame de heteroidentificação de fenotípico dos candidatos do certame que se autodeclararam negros, estabeleceu que, além do exame visual do concorrente, é imperioso, para o juízo de convicção da banca examinadora, o cotejo de todos os elementos possíveis para aferição da identificação da raça negra/parda, e, conflagrada dúvida ou divergência entre os integrantes da comissão acerca da condição de pessoa negra da candidata, o resultado deve privilegiar a identificação de raça que a própria candidata firmara em autodeclaração, determinando que, não observado os parâmetros e a salvaguarda pela comissão



avaliadora, configurando inobservância dos critérios ilegitimidade na heteroidentificação, o ato de desqualificação é passível de exame e controle judicial em concreto, porquanto não correspondente à concretização de estabelecimento dos critérios de igualdade constitucionalmente garantidos.

12. Editada a sentença e aviado o recurso sob a égide da codificação processual civil vigente, o desprovimento do apelo implica a majoração dos honorários advocatícios originalmente imputados à parte recorrente, porquanto o estatuto processual contemplara o instituto dos honorários sucumbenciais recursais, devendo a majoração ser levada a efeito mediante a ponderação dos serviços executados na fase recursal pelo patrono da parte exitosa e guardar observância à limitação da verba honorária estabelecida para a fase de conhecimento (CPC, art. 85, §§ 2º, 6º e 11).

13. Apelação conhecida. Preliminares rejeitadas e desprovida no mérito. Honorários majorados. Erro material retificado de ofício. Maioria. Julgamento realizado na forma do art. 942, § 1º, do Código de Processo Civil, com quórum qualificado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, HECTOR VALVERDE SANTANA - Relator, TEÓFILO CAETANO - Relator Designado e 1º Vogal, SIMONE LUCINDO - 2º Vogal, RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 3º Vogal e CARLOS RODRIGUES - 4º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES, em proferir a seguinte decisão: **DECISÃO PARCIAL: CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, APÓS O VOTO DO RELATOR, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, PEDIU VISTA O 1º VOGAL. A 2ª VOGAL AGUARDA. EM CONTINUIDADE DE JULGAMENTO: DECISÃO PROVISÓRIA: APÓS O VOTO-VISTA, CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDO O RELATOR. EM CONTINUIDADE DE JULGAMENTO, COM AMPLIAÇÃO DE QUÓRUM: DECISÃO FINAL: CONHECER DO RECURSO, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDOS O RELATOR E O 4º VOGAL. REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O 1º VOGAL. JULGAMENTO REALIZADO NA FORMA DO ART. 942, DO CPC, COM QUÓRUM QUALIFICADO, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.**

Brasília (DF), 19 de Agosto de 2020

Desembargador TEÓFILO CAETANO
Relator Designado

RELATÓRIO



Trata-se de apelação interposta por Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – CEBRASPE contra a sentença (ID 10786653) proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília.

A autora, Rebeca Silva Mello, narra (ID 10786550) que se inscreveu no 10º Concurso Público para provimento de cargos de Analista e de Técnico do Ministério Público da União, na condição de candidata negra, para concorrer a uma das vagas destinadas ao cargo de Técnica do MPU - Especialidade: Administração.

Argumenta que, após a aprovação, foi submetida ao procedimento administrativo de verificação da condição de candidata negra e houve o indeferimento pela banca organizadora da qualificação.

Informou que prestava, no mesmo período, concurso para Analista de Prospecção de Mercados para provimento de empregos oferecidos pela Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (ApexBrasil) de responsabilidade de outra instituição (IADES). Também se candidatou para vagas reservadas a pessoas de raça negra e foi considerada habilitada, bem como obteve o reconhecimento da sua condição racial, conforme resultado divulgado em 04/12/2018.

Afirma, ainda, que em três processos seletivos realizados pela parte ré (CEBRASPE) foi considerada apta (resultado final) a concorrer às vagas reservadas aos negros (ID 10786588, 10786589 e 10786590).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido (ID 10786615) e houve a suspensão da eliminação da autora do concurso público descrito na petição inicial para mantê-la classificada entre os candidatos cotistas até o julgamento de mérito do feito, na ordem classificatória decorrente da pontuação obtida no concurso público.

O réu citado apresentou contestação (ID 10786626). O réu alega a necessidade de inclusão dos demais candidatos como litisconsortes necessários na ação. Cita que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é incompetente para apreciar a matéria. No mérito, sustenta que: a) as regras previstas em edital são a lei do concurso; b) a impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca examinadora – mérito administrativo; c) o edital previu que seria objeto de análise posterior, por meio de banca, da real qualidade de negro; d) houve decisão por maioria no sentido de que a autora não possui características fenotípicas de negra e, ao final, e) sustentou a violação do Princípio da Isonomia.

A União foi intimada duas vezes (ID 10786646 e 10786651) por intermédio da Advocacia-Geral da União para se pronunciar acerca de seu interesse no feito e deixou transcorrer em branco o prazo, conforme certidões (ID 10786650 e 10786652).

O réu interpôs agravo de instrumento contra a decisão de ID n. 10786615. Esta relatoria deferiu o pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (ID 10786648). A decisão foi mantida (ID 10786664).

A sentença de ID n. 10786653 acolheu o pedido formulado da autora e determinou o reconhecimento da condição de cotista à autora.

O réu interpõe recurso de apelação (ID 10786654).



O apelante suscita: a) a incompetência absoluta deste Tribunal de Justiça para julgar a lide, b) a formação de litisconsórcio necessário. Alega que o concurso em questão é de órgão federal, a competência seria da Justiça Federal, em razão do interesse da União. Afirma a necessidade de citação da União como litisconsorte passivo necessário para que o órgão do Ministério Público da União defenda seus interesses.

No mérito, discorre que a apelada inscreveu-se no presente concurso na condição de candidata negra para concorrer a uma das vagas destinadas ao Cargo de Técnica do MPU – Especialidade: Administração e foi convocada, por meio do Edital n. 6, de 19 de novembro de 2018, para o procedimento de verificação da condição declarada a fim de concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, previsto pelo subitem 6.2 do edital de abertura.

Alega que a apelada foi convocada, conforme previsão editalícia, para o procedimento de verificação da condição declarada, ocasião em que foi entrevistada por banca avaliadora composta por 3 (três) membros. A entrevista foi filmada para efeito de registro e de avaliação. Não restou constatada a condição de candidata negra, na avaliação da banca (ID10786562), pois se verificou que as características fenotípicas da apelada não se enquadravam nos preceitos da Resolução n. 170/2017 do CNMP (ID 10786655, f. 04).

Declara que o edital é a peça básica do concurso que vincula tanto a Administração quanto os candidatos concorrentes. Afirma que a apelada ao aderir ao edital se sujeitou às exigências nele previstas e à legislação aplicável.

Sustenta que qualquer alteração das normas previstas no edital deve levar em consideração todos os participantes e não é possível estabelecer distinções. Afirma caber ao Administrador instituir condutas universais e imparciais, sob pena de inviabilizar o concurso.

Argumenta que os parâmetros adotados no certame alcançam todos os candidatos, pois são traçados em conformidade com os princípios do Direito Administrativo, primam pela forma igualitária de tratamento.

Cita ser uníssona a jurisprudência no sentido de que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora quanto aos critérios de seleção e avaliação, por se tratar de mérito administrativo.

Alega que a autodeclaração não esgota o processo de seleção, pois, de acordo com o edital, para avaliação da falsidade ou não da referida autodeclaração é necessária à análise de aspectos físicos do candidato pela banca do concurso.

Menciona que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o procedimento adotado para verificação do fenótipo é legítimo. O seu objetivo é combater fraudes e garantir que os objetivos da política de cotas sejam alcançados. Esclarece que os critérios utilizados foram baseados principalmente nas características fenotípicas utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e que as decisões pelo indeferimento foram unânimes.

Ressalta que, após a divulgação do resultado provisório do procedimento administrativo de verificação, foram disponibilizados os motivos de indeferimento da solicitação.



Destaca que a apelada exerceu seu direito de ampla defesa e do contraditório e interpôs recurso administrativo.

Argumenta que a aprovação da apelada no procedimento de verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros em outros certames foi por bancas diferentes.

Alega que o atendimento ao pedido da apelada implicará tratamento diferenciado, em ofensa ao art. 5º, inc. I, da Constituição Federal, além de poder gerar futuros ajuizamentos de novas e semelhantes demandas judiciais.

Requer a retificação dos honorários advocatícios para que sejam fixados em conformidade com o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Alega que não deu causa à propositura da presente ação, uma vez que o procedimento de verificação de cotas seguiu estritamente os critérios do IBGE bem como foram observados os parâmetros e normas da legislação vigente.

Cita vários julgados em favor da tese defendida.

Requer o conhecimento e provimento da presente apelação para que se rejeitem os pedidos deduzidos na petição inicial e a inversão do ônus da sucumbência.

Preparo (ID 10786656).

Contrarrazões da parte apelada (ID 10786666) pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

A representante da Procuradoria de Justiça do Distrito Federal e Territórios (ID 11874002) oficia pelo conhecimento e provimento do recurso do CEBRASPE.

O réu foi intimado para se manifestar sobre a ocorrência de inovação recursal (ID 12068978).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA - Relator

PRELIMINARES:

1. *Incompetência absoluta.*



O apelante sustenta a preliminar de que a Justiça Comum é incompetente para apreciar a matéria, pois o concurso em questão é de órgão federal, motivo por que seria de exclusivo interesse da União. Ressalta que o ônus dos custos da realização do concurso em questão é da União.

Verifica-se que o Juízo de Primeiro Grau determinou a intimação da União por duas vezes (ID 10786646 e 10786651) para que a União manifestasse seu interesse no feito, sob pena de ser presumido o desinteresse no processo. A União deixou transcorrer em branco o prazo, conforme certidões (ID 10786650 e 10786652).

O CEBRASPE (Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos), denominado CESPE/UnB, constituiu-se em associação civil (pessoa jurídica de direito privado) que, por intermédio do Decreto n. 8.078, de 19 de agosto de 2013, recebeu a qualificação de Organização Social (OS) para desempenhar serviço público de natureza social, mediante contrato de gestão, no caso, firmado entre o Ministério Público da União e o CEBRASPE.

Não obstante a pessoa jurídica de direito privado seja, com a obtenção da qualificação de organização social, declarada entidade de interesse social e utilidade pública, nos moldes do art. 11 da Lei n. 9.637, de 1998, ela não integra a Administração, seja direta, seja indireta, razão pela qual sua representação em juízo escapa à competência da Advocacia-Geral da União, delimitada pela Lei Complementar n. 78/1993.

No caso em questão, por ser a banca examinadora do concurso responsável pela execução do certame, elaboração, aplicação e correção da prova e demais etapas, conforme as regras editalícias, esta possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação, o que confirma a competência da justiça comum local para apreciar a matéria em questão.

Confira-se entendimento do Superior de Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO ORDINÁRIA. POLO PASSIVO. ESTADO-MEMBRO E ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO. QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL. IRRELEVÂNCIA PARA A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA. DESENQUADRAMENTO DA PARTE NO ROL DO ART. 109, INCISO I, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. A teor do art. 109, inciso I, da Constituição da República, compete à justiça federal processar e julgar causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

2. A mera qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como organização social, na forma do art. 1.º da Lei 9.637/1998, não ocasiona a transformação da personalidade jurídica nem a caracteriza como ente público de mesma índole daqueles com os quais celebra o contrato de gestão.

3. Compete à justiça comum estadual processar e julgar a ação ordinária proposta em face do Estado de Santa Catarina e do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebbraspe), que tem natureza de associação civil de direito privado, em razão da condição de organizadoras e de executoras de concurso público para o provimento de cargos públicos estaduais.

4. Conflito conhecido para julgar competente o suscitado, Juízo de Direito da 3.ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis. (CC 149.98/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016);



AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO PAS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. REJEITOU-SE PRELIMINAR, CONFIRMOU-SE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL E DEU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. Não há vedação, no ordenamento pátrio, à pretensão formulada, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

2. O Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE é o responsável pela execução do processo de inscrição no PAS e, sendo pessoa jurídica de direito privado, a competência para processar e julgar o feito é da 24ª Vara Cível de Brasília.

3. Deve ser mantida a decisão que garantiu a participação do impetrante na primeira fase do PAS, até julgamento do mérito da ação principal, pois não pode o candidato ser prejudicado por ato que, a princípio, não lhe competia.

4. Rejeitou-se preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, confirmou-se a antecipação de tutela recursal e deu-se provimento ao agravo de instrumento. (Acórdão n.986642, 20150020321625AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 16/12/2016. Pág.: 834/859).

Não é possível aplicar ao caso o comando contido no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, eis que o CEBRASPE é pessoa jurídica de direito privado, razão pela qual a ação deve ser processada e julgada na Justiça Comum Estadual.

Rejeito a preliminar.

2. *Litisconsórcio Necessário.*

Suscito, de ofício, preliminar de inovação recursal.

O apelante alega necessidade de citação da União como litisconsorte passivo necessário para que o órgão do Ministério Público da União defenda seus interesses.

A alegação, porém, difere da feita na contestação (ID 10786626, f. 05). A tese na contestação foi quanto à necessidade de inclusão dos demais candidatos como litisconsortes necessários.

No caso em questão, trata-se de tese nova. Embora tenha sido requerido na contestação, o pedido foi reformulado na apelação (ID 10786655, f. 06), o que configura inovação recursal.

A inovação em sede recursal é vedada pelo ordenamento jurídico como forma de se impedir a supressão de instância, pelo que não pode ser conhecida.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO REJEITADA. INOVAÇÃO RECURSAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES NÃO COMPROVADA. DANOS MORAIS. NÃO CABIMENTO.



Não existe vício de representação processual quando se verifica que o instrumento colacionado aos autos se refere à empresa que procedeu à suposta inscrição do nome do apelante, representada pela pessoa física daquele que era o empresário individual à época da inscrição.

É vedado a qualquer das partes inovar em sede de apelação, de modo que questões apresentadas no recurso e não submetidas anteriormente ao juízo sentenciante, ressalvadas aquelas de ordem pública, não podem ser conhecidas pelo juízo ad quem.

É consolidado o entendimento de que a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes é fato suficiente para causar danos morais. À parte lesada, é desnecessário demonstrar a violação ao direito da personalidade, mas cumpre provar os fatos ilícitos ensejadores da reparação pretendida, nos termos do art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

Os documentos apresentados não são hábeis a comprovar o ato ilícito alegado e, embora tenha sido dada, à apelante, a oportunidade de especificar provas, não foi apresentado o referido documento. Ao deixar de fazê-lo, a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, de acordo com o que prescreve o art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

Apelação desprovida.

(Acórdão n.1005484, 20170110025088APC, Relator: HECTOR VALVERDE 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/03/2017, Publicado no DJE: 18/04/2017);

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO. ICMS. COBRANÇA ANTECIPADA. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTA INTERNA E INTERESTADUAL. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. ART. 13, §1º, XIII, G, DA LC 123/06. POSSIBILIDADE. BITRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Se determinado pleito não é externado na petição inicial, mas apenas quando da interposição do apelo, fica caracterizada a inovação recursal, o que obsta o conhecimento quanto a esse ponto, sob pena de se incorrer em violação ao duplo grau de jurisdição. Apelação parcialmente conhecida.

2. Nos termos do art. 13, §1º, XIII, g, da Lei Complementar nº 123/2006, é possível a cobrança de ICMS nas aquisições de bens ou mercadorias provenientes de outros estados ou do Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, às empresas optantes pelo Simples Nacional.

3. Não se verifica a existência de bitributação ou bis in idem em desfavor de empresa optante pelo Simples Nacional na cobrança antecipada de ICMS nas aquisições de bens ou mercadorias provenientes de outros estados, mas sim em cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de forma a atingir o valor total devido.

4. Apelação conhecida em parte e, na extensão, não provida.

(Acórdão n.1006301, 20150111456226APC, Relator: SIMONE LUCINDO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/03/2017, Publicado no DJE: 31/03/2017. Pág.: 179/185).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos demais termos da apelação.

MÉRITO.



Passo à análise do mérito.

A controvérsia dos autos consiste na análise da possibilidade de a apelada ser considerada cotista para os fins da reserva de vagas em concurso público a candidatos negros.

A apelada se autodeclarou negra ao se inscrever no 10º Concurso Público para provimento de cargos de Analista e de Técnico do Ministério Público da União, mas foi reprovada pela banca examinadora (ID10786562).

A apelada propôs a ação ordinária (ID 10786550) contra o CEBRASPE, após a negativa do recurso administrativo interposto (ID 10786563 e 10786564). O Juízo de Primeiro Grau acolheu o pedido formulado na petição inicial e reconheceu o seu direito a uma das vagas nas cotas reservadas a negros (ID 10786653).

Como já me manifestei em julgamentos anteriores, filio-me à tese de que não cabe ao Poder Judiciário entrar no mérito dos atos administrativos, em substituição à banca examinadora. É lícito tão-somente efetuar o controle de legalidade, sem emitir juízo de valor sobre as avaliações realizadas como etapa de certame.

A Constituição Federal estabelece que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, inc. I).

A Lei n. 12.990/2014 tornou obrigatória a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas previstas em concursos públicos da Administração Federal a candidatos negros. Previu que poderão concorrer a tais vagas aqueles que se autodeclarassem 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[1].

Nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41, julgou-se procedente o pedido para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014. Na ocasião, foi fixada tese segundo a qual, além da autodeclaração, poderiam ser utilizados critérios subsidiários de heteroidentificação. Confira-se:

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 o objetivo de garantir maior lisura aos certames, as bancas de concursos passaram a ser mais rigorosas na aferição de raça/cor dos candidatos, com a realização de avaliação daqueles que se autodeclararam negros.

A avaliação é feita por uma comissão, a qual deve levar em consideração elementos fenotípicos (aparência) do indivíduo, após a entrega da autodeclaração pelo candidato, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 186/DF.

Nos termos do edital que rege o concurso em questão, as vagas destinadas aos candidatos negros serão providas na forma da Resolução n. 170/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. Esta prevê, no art. 5º, §3º[2], que a Comissão Organizadora do Concurso avaliará o candidato primordialmente com base no fenótipo. Tal previsão repete-se no item 6.2.5 do edital que rege o concurso em questão. Veja-se:



6.2.5 A avaliação da comissão considerará primordialmente o fenótipo ou, subsidiariamente, quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra.

A avaliação do fenótipo que demonstraria a condição de pessoa negra baseou-se em entrevista, sem qualquer previsão de análise de fotos. Conclui-se que a ascendência, no caso em questão, se mostra insuficiente para verificação de ser ou não a pessoa negra, mormente porque consideradas primordialmente, conforme já mencionado, as características fenotípicas do candidato.

A autodeclaração não tem caráter absoluto, mas critérios de heteroidentificação devem garantir o contraditório e a ampla defesa, em conformidade ao decidido nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41.

A decisão da banca de concurso configura ato administrativo, que goza de presunção de certeza e de legitimidade, a qual somente pode ser afastada mediante a produção de provas suficientes e cabais em sentido contrário de sua deliberação.

A ascendência da apelada se mostra insuficiente para esse fim, mormente porque consideradas primordialmente, conforme já mencionado, as características fenotípicas do candidato.

Ressalto competir ao Poder Judiciário o controle de legalidade dos atos administrativos, sem decidir quanto ao mérito destes, em substituição à banca examinadora, emitir juízo de valor sobre as avaliações realizadas como etapa de certame, o que não é o caso da presente ação.

Confira-se, em casos análogos, entendimento deste Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. COTA RACIAL. EXCLUSÃO CANDIDATO. RESPEITADA LEI 12.990/2014. GARANTIDO CONTRADIÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AFASTAMENTO DO JUDICIÁRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Acota racial prevista na lei 12.990/2014 foi respeitada pelo edital do concurso, e todo procedimento de verificação da autodeclaração da cor parda foi pautada na ampla defesa e contraditório.

2. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a legitimidade do estabelecimento de critérios para se verificar a autodeclaração, objetivando a garantia da efetividade da política inclusiva.

3. Não há ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo que excluiu o candidato a vaga reservada para negros e pardos por não considerar o candidato pardo.

4. Ao judiciário cabe intervir apenas em situações de ilegalidade ou abuso de poder, não cabendo intervenção no mérito administrativo.

5. Jurisprudência consolidada do STJ sobre a intervenção do judiciário apenas em casos de ilegalidade ou inobservância de critérios do edital de concurso público.

6. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida.

(Acórdão n.1072400, 20160110190772APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 31/01/2018, Publicado no DJE: 07/02/2018. Pág.: 488-503);



ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM REJEITADA. MÉRITO. INAPTIDÃO DA CANDIDATA PARA CONCORRER NAS VAGAS DESTINADAS A NEGROS E PARDOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DO FENÓTIPO. CABIMENTO. PREVALÊNCIA DA LEI N. 12.990/2014 E DAS NORMAS EDITALÍCIAS.

1. O contratante de serviços de promoção de concurso público, por ser a titular do poder de revisão dos atos praticados pela banca examinadora, deve ser considerado parte legítima para figurar no polo passivo de demanda judicial questionando a legalidade da exclusão de candidato do rol de concorrentes às vagas destinadas às cotas raciais.

2. Ao Poder Judiciário cabe, tão-somente, a análise da legalidade e regularidade das normas editalícias. Por conseguinte, não pode o magistrado, pois, imiscuir-se no mérito da decisão tomada pela banca examinadora, quanto ao reconhecimento da inaptidão de candidato para concorrer nas vagas de candidatos que se autodeclarem negros ou pardos, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

3. A análise da aptidão do candidato para concorrer no sistema de cotas deve ser apreciada com base no fenótipo, mediante a análise da fotografia fornecida à banca examinadora, a fim de se evitar fraudes, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 12.990/2014.

4. Verificado que a inabilitação da candidata para fins de concorrência às vagas destinadas a cotas raciais foi baseada em 3 (três) pareceres distintos, e não havendo evidências de qualquer ilegalidade, não há como ser reconhecida a nulidade do ato administrativo.

5. Apelação Cível conhecida e provida.

(Acórdão n.1113630, 20160110948163APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 02/08/2018, Publicado no DJE: 06/08/2018. Pág.: 542/547).

Ante o exposto, conheço parcialmente a apelação e, nesta extensão, dou-lhe provimento para reformar a sentença e rejeitar o pedido formulado na petição inicial, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

Inverto o ônus da sucumbência para condenar a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados por apreciação equitativa no valor de R\$ 1.000,00, (um mil reais) nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

[1] Art. 1o Ficam reservadas 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, na forma desta Lei.

(...)



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 pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

[2] Art. 5º Poderão concorrer às referidas vagas aqueles que se autodeclararem negros 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.

§ 3º Os candidatos classificados, que tiverem se autodeclarado negros, serão convocados para confirmar tal opção, mediante a assinatura de declaração nesse sentido, perante a Comissão Organizadora do concurso, que avaliará o candidato primordialmente com base no fenótipo ou, subsidiariamente, em quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra.

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Relator Designado e 1º Vogal

Cabível, tempestivo, preparado, devidamente processado e subscrito por advogado regularmente constituído, satisfazendo, pois, os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade que lhe são próprios, conheço do apelo.

Cuida-se de apelação interposta por Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção de Promoção de Eventos – CEBRASPE – em face da sentença que, resolvendo a ação ordinária com pedido de antecipação de tutela manejada em seu desfavor por Rebeca Silva Mello, rejeitara a preliminar de incompetência da Justiça Comum do Distrito Federal para apreciação e julgamento da demanda e acolhera o pedido, cominando ao apelante, responsável contratual exclusivo pela organização do concurso público e por todas as demais etapas do certame seletivo objeto do Edital nº 1 – MPU, de 21 de agosto de 2018, o reconhecimento da apelada como apta a concorrer no certame nas vagas destinadas aos candidatos que se autodeclararam negros e/ou pardos. No concurso público em tela, a apelada se inscrevera para concorrer ao provimento de cargos de Técnico do Ministério Público da União – MPU – Especialidade: Administração, sob o sistema de cota racial. O julgado singular desconstituía o ato da banca examinadora que inabilitara a apelada como apta a concorrer às vagas reservadas de acordo com a imposição da Lei 12.990/2014, mantendo-a e realocando-a na relação dos aprovados no certame, observada a ordem classificatória em acordo com a pontuação que a candidata obtivera nas provas respectivas.

Essa resolução fora empreendida sob o prisma de que o apelante, por ocasião da etapa de verificação do critério fenotípico da apelada perante a comissão avaliadora dos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos, incorrera em ilegalidade por negar-lhe o direito de participar das demais etapas do certame na qualidade de concorrente legítima às vagas reservadas “*sem qualquer fundamentação das razões que não foi considerada negra/parda*”. Acentuara que, em outros três certames organizados pelo próprio apelante, nos quais a apelada fora submetida a idênticas avaliações fenotípicas, utilizando-se de idênticos parâmetros adotados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE -, considerara a condição do fenótipo da candidata como pessoa negra/parda e a mantivera na relação de candidatos concorrentes às vagas reservadas em sistema de cotas. Dispusera o juízo sentenciante, demais disso, que o apelante, conquanto tratar-se de ato administrativo por ele proferido, cuja legalidade é presumida, na avaliação acerca do fenótipo da apelada decidira de “*modo incoerente e contraditório*”, esvaecendo a legitimidade do ato administrativo que desclassificara a então candidata em ofensa à disposição inserta no artigo 2º da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

Ressaltara, alfim, que, de acordo com os elementos coligidos, a apelada demonstrara “*características fenotípicas harmonizáveis*” com a condição parda que autodeclarara, caracterizando-se em contradição e “*falha do sistema de avaliação*” do ato administrativo da banca examinadora, cujo resultado “*prejudica sobremaneira a veracidade e legitimidade do ato que excluiu a autora*” e é passível de controle judicial, dada a flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Como corolário dessa



resolução, condenara “*a autora*” (sic) ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Inconformado, o ente organizador do concurso sob apreciação apelara almejando, inicialmente, o acolhimento de defesas indiretas que agitara preliminarmente, com o declínio da competência para apreciação da demanda à Justiça Federal, assim como a inclusão do Ministério Público da União na composição processual, sob o fundamento de que se qualifica como litisconsórcio passivo necessário, pelo fato de que o concurso público destina-se ao provimento de cargos do órgão. Como lastro a aparelhar a pretensão reformatória, no mérito, defendera, reprisando as mesmas razões manejadas na contestação, a improcedência do pedido formulado no ingresso, e, em suma, que o edital é norma que baliza o concurso público, no qual foram estabelecidos todos os critérios para averiguação dos candidatos que se autodeclararam como negros ou pardos, sustentando, destarte, a inexistência de qualquer irregularidade na verificação do fenótipo da apelada para concorrer no certame na condição de pessoa negra/parda, consoante ao que autodeclarara, incorrendo, pois, a sentença vergastada em incursão indevida no mérito do ato administrativo, cuja resolução alcançaria, inclusive, tratamento diferenciado à apelada, em ofensa ao que preceitua o artigo 5º, I, da Constituição Federal, almejando, alfim, a inversão do ônus de sucumbência.

Do alinhado de conformidade com os argumentos manejados pelo apelante deflui que seu inconformismo cinge-se à validação da heteroidentificação do fenótipo da apelada, candidata às vagas reservadas pelo critério racial ao concurso público organizado pelo renomado instituto, notadamente porque, conforme sustentara, obedecidas as disposições lançadas no instrumento convocatório ao aludido concurso público, não subsistira permissão legal para controle do mérito administrativo por ocasião da sentença objurgada que permitisse a continuidade e conseqüente classificação da então candidata no certame à concorrência do sistema de cotas em acordo com as disposições insertas na Lei 12.990/2014. Refutara os fundamentos norteadores à conclusão do juízo sentenciante acerca da ilegitimidade do ato administrativo impugnado por restaram patentes com o acervo de prova coligidos, mormente a comprovação da ancestralidade da apelada e quanto ao fato de que, em outros três exames de heteroidentificação realizados pelo próprio apelante, a candidata fora considerada como pessoa negra/parda e, conseqüentemente, apta para concorrer às vagas destinadas em sistema de cotas, incorrendo, demais disso, em ilegalidade no ato de heteroidentificação fenotípica errônea, por ofensa ao artigo 2º da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo).

Do aduzido afere-se que o cerne da controvérsia cinge-se à apreensão da legitimidade do ato do apelante, como instituto contratado e ao delegada a realização do concurso público atinente ao Edital nº 1 – MPU, de 21 de agosto de 2018, que considerara a apelada como inapta a concorrer a uma das vagas destinadas a negros e pardos daquele certame porque, de acordo com a averiguação fenotípica erigida por aquela instituição em etapa regulamentar do concurso público, concluíra que a candidata não se enquadrara como negra/parda, e, conseqüentemente, tal ato incorrera em ilegalidade por ofensa aos princípios regulamentadores do processo administrativo e da contraditória identificação fenotípica. Alinhadas essas premissas, e, delimitado o lastro invocado como apto a ensejar a reforma do provimento singular vergastado, cuja matéria devolvida à apreciação deste Colegiado sobeja evidente que a pretensão reformatória do instituto organizador, ora apelante, do concurso público em que a apelada fora desclassificada, após a realização da etapa de heteroidentificação fenotípica, por inaptidão à concorrência como cotista destinada a pessoas negras e pardas, ressoa carente de fundamentação e sustentação.

Alinhados esses parâmetros, anoto, desde logo, que as preliminares manejadas no intróito do apelo foram objeto de apreciação por este Colegiado no julgamento parcial ocorrido na sessão do dia 05 de março último, que, consoante voto do eminente Relator, **à unanimidade, foram rejeitadas em sua integralidade[1], razão pela qual, em continuidade, passo a examinar o mérito recursal. Deve ser assinalado, ademais, que o apelante, como agente delegado pelo órgão público para ultimar o certame, tendo a banca examinadora que constituíra deliberado pela eliminação da apelada, é o único legitimado a compor a angularidade passiva da lide, afastando o que aduzira, inclusive quanto à incompetência desta Justiça Comum para elucidar o litígio.**



Quanto ao mérito, o cotejo dos elementos coligidos infirma o que fora alinhado pelo apelante, fragilizando a pretensão recursal fundamentada na validade do resultado da heteroridentificação fenotípica, que é etapa regular do certame, assim como por pretensa análise indevida acerca do mérito administrativo. Sobreleva pontuar, de início, que o sistema de cotas destinado a conferir o acesso mínimo aos cargos públicos às pessoas que se autodeclararam como negras, ação afirmativa consagrada sob os ditames da Lei nº 12.990/2014, confere a reserva de vinte por cento das vagas ofertadas ao provimento de cargos efetivos, mediante concurso público, no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional, assim como à contratação para provimento de empregos públicos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, desde que o concurso público respectivo disponibilize o mínimo de três vagas para o preenchimento do cargo ou do emprego ofertado. Especificamente, amolda-se como norma regulamentadora do artigo 39 do Estatuto de Igualdade Racial – Lei 12.288/2010 – como implementação de política pública para a inclusão da população negra no mercado de trabalho na administração pública federal, em adoção ao mandamento constitucional para o combate à desigualdade racial, mormente observada no princípio da igualdade consagrado no artigo 5º da Carta Magna.

Trata-se, portanto, de elevada ação afirmativa legislativa de promoção igualitária à ascensão social dos notoriamente discriminados, mormente considerando toda a conformação histórica do racismo estrutural brasileiro, que, nas palavras de Silvio Luiz de Almeida[2], evidencia o racismo como:

“(...) uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminaram em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam.”

Conquanto denotem relação direta entre suas respectivas análises sociológicas, preconceito racial e discriminação racial, distinguem-se, notadamente porque no preconceito racial opera-se um juízo de valor preconcebido de padronização subjetiva acerca de determinado grupo de indivíduos racialmente identificados, tais como, negros, orientais, judeus etc, independentemente se sobre os mesmos procedem-se atos discriminatórios. A discriminação racial, por seu turno, desenvolve-se como aversão implícita ou explícita àqueles grupos sociologicamente determinados com base na definição de sua raça (discriminação direta), o que se constata.

Lado outro, observa-se ainda a discriminação racial como um processo permanente e motivado de deliberação implícita em propriamente discriminar o indivíduo e a raça, consubstanciada ao longo do tempo, de maneira que, cada vez mais, grupos minoritários (diz-se minoritários não por um quantitativo reduzido em um determinado universo de indivíduos, mas, em verdade, pela baixa representatividade, ou rede de proteção e representação, de seus emergentes e necessários interesses) encontrem-se à margem da sociedade, desconsiderando-se sua existência no convívio social, praticada através da ignorância consciente ou inconsciente sem atentar-se ao porquê dessas diferenças, não lhes conferindo direitos ou até mesmo mitigando-os ao longo de gerações (discriminação indireta). Conseqüentemente, ademais, a discriminação racial no decorrer do tempo *“leva à estratificação social, um fenômeno intergeracional, em que percurso de vida de todos os membros de um grupo social – o que inclui as chances de ascensão social, de reconhecimento e de sustento material – é afetado”*. [3]

Constata-se, pois, independentemente da modalidade da discriminação racial, que o instrumento essencial para que se perpetue ou para que pereça a discriminação é o poder, seja pelo uso da força de forma a subjugar e impor a discriminação pela subalternidade, seja pelo poder estatal, através de políticas públicas e ações concretas e juridicamente possíveis e alcançáveis, de maneira a combater e, inclusive, a reparar danos sociais estruturalmente causados por gerações. Nesse cenário, portanto, torna-se o poder estatal forma essencial e legítima de correção de distorções e injustiças historicamente galgadas na discriminação sob as mais diversas vertentes. Ou seja, para compensar a desigualdade histórica e atingir, minimamente, a reparação social discriminatória e fazer-se justiça, é mister a imposição da “discriminação positiva” através de políticas de ações afirmativas, reconhecendo-se a discriminação estrutural estabelecida e conferindo oportunidades e possibilidades reais a uma ascensão outrora não permitida e deliberadamente ignorada, em notória persecução democrática fomentadora à diminuição da desigualdade social.



A reparação da desigualdade estruturada, outrossim, exige a fática consagração do princípio constitucional da igualdade, apresentando-se encadeado ao proclamado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, alicerçado no artigo 1º, I, do texto constitucional, cujo primado visa o respeito e a integridade do ser humano, por óbvio, independentemente de credo, raça, religião, não havendo falar, portanto, em consagração da igualdade em inobservância à dignidade da pessoa humana, mormente considerando o fato de que *“seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”* [4]. Releve-se, pois, tratar-se de normativa constitucional cogente para a realização de todos os demais mandamentos da Carta Maior, não se apresentando indistintamente à realização da igualdade entre os cidadãos, mas, sim, em contrário, impondo-se a absorção do princípio da igualdade como norma constitucional à promoção dos direitos, porquanto volvida em estabelecer os mesmos parâmetros de igualdade aos iguais, e, distintamente, àqueles colocados à margem da desigualdade em observância às suas próprias especificidades de menosprezo e ofensas seculares que lhes afetam.

Diferenciar, portanto, enquadra-se em sentido oposto a tratamento isonômico, mormente no Direito, cuja ideia de igualdade possui natureza jurídica principiológica, consagrada no texto constitucional consoante ao anteriormente observado, e sua força normativa é atribuída tanto ao intérprete da lei como ao legislador ordinário. Vale dizer, ademais, que o ordenamento infraconstitucional possui, em regra, campo de visão e de tratamento uniformes, ou seja, sem esboçar ou urdir privilégios ou preterir terceiros, contudo, excepcionalmente, e lastreado na imposição normativa do princípio em voga, a lei distinguirá não por um critério de possibilidade, mas, em verdade, por necessidade de reparação social, que, na hipótese das ações afirmativas, constitui-se como método ou instrumento jurídico de decomposição da desigualdade, opera legalmente a discriminação positiva, privilegiando-se de maneira concreta e corretamente. Ao descortinar-se a película aparente, entretanto, percebe-se a complexidade a respeito dessa discriminação positiva, que, para engendrar-se numa efetiva ação de reparação e de tratamento isonômico, faz-se necessária a adoção de critérios e métodos de diferenciação à promoção da igualdade, que ultrapassam a compreensão aristotélica do tratamento dos iguais com igualdade e dos desiguais na medida de suas desigualdades, em notória contraposição à desigualdade a ser combatida.

Nesse sentido, inclusive, preleciona Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes [5]:

“(…), o princípio da igualdade não mais se compraz com a interpretação aristotélica de tratarem-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, uma vez que é preciso destacar os critérios autorizadores de distinção das pessoas e situações, até de modo a justificar os agrupamentos de ‘iguais’ e ‘desiguais’. É esse diferencial que é erigido pelo próprio sistema normativo e que, para tornar-se legítimo, deve estar revestido de razoabilidade e proporcionalidade. (...)” (destaque do autor).

Ações afirmativas, destarte, propõem-se como ação jurídico-normativa cuja função, precipuamente, é a mitigação da desigualdade, por imposição do constituinte originário, de inclusão como instrumento apto a corrigir a segregação e a discriminação social em que se encontram a maior parte dos indivíduos ou grupos sociais, seja em razão da cor da pele, do sexo, da classe social, etc. Percebe-se, pois, que a ação afirmativa, em conjugação do mandamento constitucional da igualdade, relaciona-se a partir do cotejo das especificidades dos indivíduos, dotado de direitos e características próprias, e o conjunto de suas reais necessidades que compõem os elementos autorizadores e capazes de conferir-lhes condições e tratamentos efetivamente afirmativos, ou seja, discriminatórios positivamente para a sua ascensão social, como exercício contínuo ao alcance da democracia. Amolda-se, assim, a imposição de ações afirmativas como política mandamental consagrada pelo constituinte originário, notadamente porque, consoante reserva inserta no artigo 5º da Carta Magna, o exercício da igualdade traduz-se na verdadeira acepção da democracia enquanto alicerce do combate à desigualdade. Nesse mesmo sentido preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho [6]:

“A igualdade, desde a Antiguidade, é indissolúvelmente associada à democracia. (...). Da mesma forma não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo. (...). O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na



verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça.”

Outrossim, as políticas públicas inclusivas e restauradoras dos efeitos da discriminação secular traduzem-se, absolutamente, não como “ajuda estatal”, mas, ao contrário, como elementos democráticos alicerçados principiologicamente na Carta Maior exatamente para resgatar, diferenciadamente, todo um escopo de injustiças que urgem reparação, em evidente compensação histórica a todos os que foram desfavorecidos e subjugados, fomentando-lhes tratamento condigno em equiparação com os demais que não experimentaram qualquer ordem de tratamento discriminatório pejorativo, segregador, ou preconceituoso.

In casu, conforme anotado alhures, cuida-se do sistema de cotas estabelecido na Lei 12.990/2014, regulamentando o artigo 39 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), porquanto ausente naquele estatuto a previsão da separação de vagas destinadas a negros/pardos em concursos públicos para o provimento de cargos públicos no âmbito da administração pública federal, inclusive aquelas destinadas aos empregos públicos nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas controladas pela União. Restara estatuído, com o advento da citada norma, a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas para provimento mediante concurso público, consoante se afere do artigo 1º, observado o quantitativo mínimo de vagas disponíveis, de acordo com a regra inserta no § 1º do dispositivo em cabeça, cujo espírito normativo apresenta-se para equilibrar a proporção do contingente de servidores públicos federais negros, em cotejo com o quantitativo da população negra no Brasil, utilizando-se como parâmetro os dados obtidos no censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – do ano de 2010[7].

Ressalte-se, ademais, que referida norma fora objeto de debruçamento acerca de sua constitucionalidade perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, que, em decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 41/DF -, iluminara e preservara a congruência da constitucionalidade da norma, cuja ementa demonstra-se pertinente colacionar:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO . 1. É constitucional a Lei n° 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n° 12.990/2014. 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. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 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”. (ADC 41/DF – Plenário. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. DJe dia 16/08/2017).”

A seu turno, o Edital nº 1 – MPU, de 21 de agosto de 2018, observara a regra inserta no § 3º do artigo 1º da Lei 12.990/2014, e, expressamente, na cláusula 6ª do instrumento, dispusera acerca das vagas destinadas aos candidatos que se autodeclararam negros, obedecendo ao percentual de vinte por cento das vagas como determinado na norma, assim como em relação aos procedimentos de verificação da condição declarada pelo candidato como pessoa negra e que concorrera às vagas em separado[8]. Com a aprovação na prova técnica objetiva e discursiva, a apelada fora convocada para a heteroidentificação fenotípica[9], conforme previsão no regramento do concurso, notadamente porque referido exame pessoal tem como escopo preservar a lisura do sistema de cotas e conferir destino de vagas aos candidatos negros e pardos, a quem a norma discrimina positivamente e confirma a garantia constitucional, eliminando-se eventuais fraudes por aqueles que não são, por óbvio, negros ou pardos e, por tal condição, não sofrem ou não sofreram, assim como seus ancestrais, discriminação e tudo do que desse nocivo comportamento adviera.

Destarte, não obstante a inexistência de previsão acerca da verificação da condição da autenticidade da autodeclaração do candidato de que se trata de pessoa negra, com a decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal na ADC 41/DF supra destacada e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186/2014[10] – em que compreendia-se como constitucional a criação de comissão/banca específica para averiguação da veracidade da autodeclaração do candidato ao critério da raça, posto que a autoafirmação não possui caráter absoluto de veracidade, mas, sim, de presunção quanto ao teor, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP -, em observância às suas competências constitucionais, editara a Resolução 170, de 13 de junho de 2017. O objeto deste regramento dispusera sobre a reserva do percentual legal das vagas destinadas às pessoas negras para o ingresso na carreira dos membros do Ministério Público, assim como para todos os demais cargos dos órgãos que compõem as carreiras dos servidores do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos estados. Consoante o artigo 5º da citada resolução[11], estabeleceu-se a previsão da comissão averiguadora, cujo teor é de relevância destacar, *verbis*:

“(…).

Art. 5º Poderão concorrer às referidas vagas aqueles que se autodeclararem negros 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.

§ 1º A autodeclaração terá validade somente para o concurso público aberto, não podendo ser estendida a outros certames.

§ 2º Presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição do certame, sem prejuízo da apuração das responsabilidades administrativa, civil e penal na hipótese de constatação de declaração falsa.



§ 3º Os candidatos classificados, que tiverem se autodeclarado negros, serão convocados para confirmar tal opção, mediante a assinatura de declaração nesse sentido, perante a Comissão Organizadora do concurso, que avaliará o candidato primordialmente com base no fenótipo ou, subsidiariamente, em quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra.

§ 4º O candidato não será considerado enquadrado na condição de negro quando:

a) não comparecer à entrevista;

b) não assinar a declaração; e

c) por maioria, os integrantes da Comissão considerarem que o candidato não atendeu à condição de pessoa negra.

§ 5º O candidato não enquadrado na condição de negro será comunicado por meio de decisão fundamentada da Comissão.

§ 6º O candidato cujo enquadramento na condição de negro seja indeferido poderá interpor recurso, em prazo e forma a serem definidos pela Comissão.

§ 7º Comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver 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.

§ 8º A comissão designada para a verificação da veracidade da autodeclaração deverá ter seus membros distribuídos por gênero e cor. (grifo nosso).

Denota-se, pois, que, consoante a disposição inserta no aludido dispositivo, previsto expressamente no edital norteador do concurso no item “6.2.2” da cláusula sexta do instrumento regente, o critério de avaliação dos candidatos que se autodeclararam negros consistira, primordialmente, conforme restara expresso, “com base no fenótipo”, sem prejuízo de obtenção de outros dados que auxiliem “a análise acerca de sua condição de pessoa negra”. Emoldurados tais parâmetros, afere-se que, alinhado ao sentido de que tangenciara o ato administrativo sobre a avaliação conduzida pelo apelante em relação à condição de pessoa negra da apelada, o cerne da controvérsia cinge-se tão-somente quanto à validade do ato em discussão, afastando-se qualquer inferência acerca do mérito respectivo, notadamente quanto à razoabilidade e a proporcionalidade da avaliação fenotípica da candidata, em consonância com todos os elementos coligidos.

É incontroverso, portanto, o regular cumprimento da etapa de heteroidentificação fenotípica levada a efeito pelo apelante em relação à apelada no momento oportuno, conforme previsão editalícia, para afastar eventuais fraudes, com base na análise do fenótipo de cor/raça dos candidatos. Referida etapa tem como escopo conferir se as características pessoais do candidato são de pessoa negra/parda, conforme esse declarara por ocasião da inscrição no certame, sem prejuízo, ademais, que à análise visual acresçam-se informações subsidiárias, seja pelo próprio candidato, seja por obtenção de dados em outros órgãos públicos, inclusive em outros concursos públicos que, porventura, tenha o analisado concorrido por uma das vagas do sistema de cotas. Conseqüentemente, o resultado da banca avaliadora, obedecidas as formalidades constantes do edital, é dotado de presunção de legalidade quanto ao objeto e teor do ato, contudo, é passível de invalidação tanto pelo órgão que o emanara, mormente por ocasião de interposição de recurso administrativo pelo candidato interessado, assim como pelo Judiciário.

Compreende-se fundamentada, no âmbito do controle jurisdicional dos atos administrativos, quando eivados de vícios dissonantes com o ordenamento jurídico vigente, posto que a invalidação relaciona-se “a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato” [12], e passível de invalidação o ato administrativo em razão da ilegitimidade do ato perscrutado, não se confundindo, pois, com o mérito administrativo respectivo porque, quanto ao mérito, amolda-se a análise da conveniência e/ou



oportunidade do objeto, atributo este exclusivo da administração pública, não tendo que falar, destarte, em invalidação, mas, em verdade, em revogação do ato inconveniente ou inoportuno. O controle jurisdicional da atividade administrativa, por seu turno, está coadunado aos aspectos de legalidade, inclusive na hipótese de abuso de poder, dada sua ilegalidade, afastando-se, via de regra, quanto ao mérito respectivo.

Por ofensa ao direito, portanto, o ato administrativo torna-se ilícito, o que fundamenta sua invalidação, cujos efeitos, aliás, retroagem, em regra, desde quando fora emanado, notadamente porque a invalidação iluminara o ato viciado, carecendo de correção a partir de sua edição no mundo jurídico, com vistas a reparar todas as consequências inerentes ao vício elucidado, que fora ilidido quando os elementos coligidos evidenciaram a ilegitimidade do ato administrativo. É o que se vislumbra na hipótese vertente, isso porque, conforme anotado pelo juízo *a quo*, afrontara a razoabilidade, a proporcionalidade e sem qualquer motivação plausível diante da incongruência lançada em cotejo com seus próprios atos anteriores de heteroidentificação da apelada, consoante regra inserta no artigo 2º da Lei 9.784/99, que regula todo o procedimento administrativo, incorrendo, inclusive, em desconformidade com toda a ordem jurídica concernente à matéria, especialmente a própria política pública *sub examine*.

Observa-se, portanto, na hipótese vertente, tratar-se de controle judicial acerca da legalidade do ato administrativo perscrutado, consoante autorização já emanada na Súmula 473 da egrégia Corte Suprema:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

No caso em apreço, a comissão avaliadora designada pelo apelante, em procedimento regular daquele concurso público, com o propósito específico de averiguar, mediante entrevista e análise visual de heteroidentificação da apelada, sua condição fenotípica perante os integrantes da banca acerca da veracidade relacionada a candidata do certame como pessoa negra/parda, porque assim a candidata se declarara para concorrer às vagas destinadas em sistema de cotas aos concorrentes negros/pardos, cuja conclusão apontara que a apelada não se enquadrara, com a análise fenotípica, na condição de pessoa negra, motivo pelo qual não fora incluída no resultado provisório dessa etapa do certame[13]. Considerando a ausência de critérios e motivos que subsidiaram aquele resultado, a apelada recorreu administrativamente[14], cuja resposta ao recurso, mediante análise dos três componentes da banca, negara o pleito por maioria[15], sendo que o terceiro integrante acatara os argumentos da candidata, considerando-a como cotista na reanálise fenotípica sob os ditames legais, portanto, apta para concorrer nas vagas destinadas às pessoas negras, acarretando na divergência e/ou dúvida entre os componentes da comissão[16].

A heteroidentificação, instrumento hábil e regular na etapa para averiguação dos candidatos que se autodeclararam negros, tem como escopo, principalmente, a lisura do certame para o preenchimento das vagas e a segurança jurídica para essencialmente fortalecer a política pública reparadora de desigualdades sociais, entretanto, não fora o que se evidenciara no caso sob debate. De acordo com o que bem salientara o juízo sentenciante, o ato questionado do apelante sobeja contradição, notadamente porque, em outras três avaliações em heteroidentificação fenotípica em que a apelada fora submetida e então promovidas pelo próprio apelante (Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco – Bolsa-Prêmio de Vocação para a Diplomacia – Edital, 7 de 16/12/2015; Concurso de Admissão à Carreira de Diplomacia – Edital 7 de 13/09/2016 e Edital 7 de 21/09/2017)[17] a conclusão foi uníssona, qual seja, quanto à autenticidade da autodeclaração da apelada sobre sua condição de pessoa negra para concorrer ao sistema de cotas em cada um daqueles concursos públicos.

Sobrexcede-se, ademais, a ausência de razoabilidade por parte do apelante na heteroidentificação, mormente pelo fato de que a apelada fora considerada apta a concorrer às vagas destinadas a candidatos que se autodeclararam negros ou pardos em resultado de avaliação fenotípica realizado por outro instituto organizador de concursos públicos e igualmente idôneo, cujo resultado, inclusive, é anterior ao exame e entrevista que submetera a candidata ora apelada[18]. A heteroidentificação, frise-se, não se limita a um simplório exame visual do estereótipo do candidato, somando-se a essa análise aparentemente perfunctória, ademais, entrevista pormenorizada da banca sobre a auto-afirmação daquele



que concorrera à vaga pelo sistema de cotas. Sob tal perspectiva, é suficientemente plausível presumir que, em procedimentos com tal finalidade, questiona-se, dentre outras abordagens, a ascendência do candidato. Logo, ao homem médio, igualmente se presume que a banca examinadora, na entrevista, questionara acerca de outros certames em que concorrera às vagas destinadas aos cotistas e, previamente, já teria coletado em seu banco de dados os candidatos que já se submeteram à heteroidentificação e o resultado respectivo, assim como evidencia-se, notadamente em razão da expertise do apelante, que investigara a apelada acerca de sua afrodescendência e em seu banco de dados.

Deflui inexorável, ademais, o fato de que, acerca de sua ascendência, a apelada não a omitiria, pelo contrário, pois, de acordo com os elementos coligidos, a ostenta com muito orgulho, o que não poderia ser diferente. É notória a ascendência de origem africana da apelada, notadamente de escravos que, com a pseudoliberalidade que outrora lhes foram “concedidas”, assim como aqueles que fugiram dos grilhões, compuseram comunidades de proteção recíproca denominadas quilombos, dentre as quais adviera a comunidade quilombola Kalunga, de incontestável relevância histórica nacional, enraizada no planalto central, sendo que alguns de seus integrantes são ascendentes em linha reta e colateral da apelada, o que se afere da documentação que instruíra no ingresso, em especial as certidões de nascimento de alguns desses ascendentes e a declaração firmada pela associação daquele quilombo, certificando a ancestralidade decorrente de escravos africanos[19].

Torna-se difícil especular ou admitir que tais informações e dados foram omitidos pela apelada, denotando-se que significativos elementos acerca de sua ancestralidade foram ignorados pelo apelante por ocasião da entrevista, o que se afigura incontroverso pelo fato de que a própria apelada requerera cópia da gravação ou sua transcrição junto ao apelante, o que lhe fora deliberadamente sonegado pelo organizador do certame[20], não obstante tratar-se de ato ilícito tal negativa, registre-se. Contudo, conquanto tivera a oportunidade de impugnar a relevância de tais informações no momento processual próprio, do que não se desincumbira, o apelante optara por eximir-se do manejo de tais evidências e de todos os dados coletados, inclusive afirmara no apelo sobre o tal “vídeo anexo”, inexistente, o que corrobora presumir-se de sonegação dolosa e ilícita decorrente da falta de transparência acerca de todo o teor da heteroidentificação fenotípica que promovera, o que subsidia a flagrante infringência à razoabilidade e proporcionalidade exigidas em lei acerca do ato questionado.

Concomitantemente, a ilegalidade do ato persiste quanto aos motivos balizadores de sua formação e resultado ora questionados. A título elucidativo, emerge a ilicitude, dos motivos do ato perquirido, em interminável afronta ao artigo 2º da Lei 9.784/99, acrescentando -se outra vicissitude, notadamente porque o apelado criara, ao arrepio da lei, critérios subjetivos de avaliação fenotípica não previstos no ordenamento. Asseverara que, nas razões do apelo acerca dos critérios de avaliação em relação à apelada, tecendo previamente comentários genéricos sobre o pretense procedimento de averiguação, sob a ilação de que **“é necessário compreender a natureza do processo de verificação que toma como base as características fenotípicas dos indivíduos que são socialmente tratados como negros”**, que relacionam-se aos **“tons de pele, às texturas de cabelos e aos traços fisionômicos, elementos visuais que, via de regra, servem como marcadores para excluir pessoas negras, a despeito de seus potenciais”**, cujos traços historicamente “foram utilizados como demérito”, e, pelo sistema de cotas, “são referências para garantir o acesso da população negra aos espaços dos quais sempre esteve alijada.”

Outrossim, afirmara que “dentro das características fenotípicas da Apelada, (...), a cor da pele ‘também’ (sic) foi considerada”, oportunidade em que tergiversara sobre avaliação de cor de pele e raça, concluindo que “a banca examinadora, ao avaliar as características fenotípicas da Apelada, de forma conjunta, concluiu que esta não poderia ser considerada candidata da raça negra, pois não apresenta traços fenotípicos inerentes à raça negra.” (grifos no original). Restara inexorável, portanto, a criação, por parte do apelante, de critérios de avaliação subjetivos não previstos em lei, emergindo a percepção de outro elemento autorizador ao controle jurisdicional e conseqüente invalidade do ato respectivo. Registre-se, por oportuno, que, ao contrário do afirmado pelo apelante, o apelo não fora manejado e instruído com nenhum vídeo da avaliação fenotípica da apelada, o que fora anteriormente destacado neste voto, mas tão-somente com uma fotografia (ou frame de imagem) da candidata por ocasião daquela etapa do certame.



Em verdade, o simples cotejo da fotografia colacionada pelo apelante no bojo do apelo com as fotografias da apelada que instruem a inicial[21] denota que os critérios pontuados pelo próprio ente para aferição da concorrente como pessoa negra foram: (i) o cabelo não é totalmente crespo, conquanto não seja liso, (ii) os lábios e o nariz são característicos de pessoas negras/pardas e, (iii), não obstante seja pessoa parda, a candidata visualmente possui padrões socialmente enquadrados e aceitos como de beleza, logo, (iv) não sofrera ou experimentara discriminação e, portanto, não pode ser considerada negra ou parda para o sistema de cotas. Sob a lógica do aduzido, o que apresentara o apelante como critério de avaliação infirma os parâmetros utilizados, não podendo ser assinalado que incorrera por avaliações subjetivas dissonantes do visado pelo legislador e pelas ações afirmativas estabelecidas.

Ressalte-se, a avaliação fenotípica com essa finalidade deve estar restrita tão-somente a identificação de raça, não suportando outras especulações sobre o estereótipo do candidato, inclusive o estético. Salta aos olhos acerca do que sustentara o apelante de que, após a avaliação das características fenotípicas da apelada, inclusive sobre o que afirmara, que a “cor da pele também foi considerada”, não apresentara traços fisionômicos historicamente passíveis de preconceitos e ordinariamente atribuídos aos negros. Ou seja, infere-se indubitavelmente de tal argumentação que, por ser uma mulher bonita e não apresentar as anatomias “identificadas aos negros” (cabelo crespo, nariz e lábios extremamente acentuados, cor da pele negra evidenciada) não sofrera discriminação, conquanto seja negra/parda, e, portanto, deveria ser excluída do certame pelo sistema de cotas.

Significa afirmar, então, que somente as negras/pardas que não apresentam traços estéticos socialmente estabelecidos como padrão de beleza são as que sofreram discriminação social e preconceito racial e estariam habilitadas a ingressarem no serviço público pelo sistema de cotas? Trata-se de critério avaliativo preconceituoso e não previsto no ordenamento, até porque não se afigura como esse o espírito normativo em tela, que restringe à heteroidentificação a conclusão se o candidato é negro/pardo, sem qualquer especulação acerca de sua estética. Não se trata, em absoluto, de perseguição acerca do mérito administrativo, mormente porque está voltado à conveniência e oportunidade do ato, mas, em verdade, trata-se de constatação de critérios subjetivos de avaliação de condição de pessoa negra totalmente estranhos ao ordenamento, não conferindo lastro apto à legalidade da motivação, que é objeto de controle jurisdicional, a qual, inclusive, demonstrara-se totalmente desproporcional e sem qualquer critério razoável de aferição, posto que não coaduna com todos os demais elementos e características da apelada, sejam fenotípicos, sejam sociais e racial.

Consoante ao anteriormente observado, o critério do edital é restrito ao fenótipo do candidato, e não se seu aspecto visual é enquadrado nos padrões estéticos de beleza para conferir discriminação racial, que, na hipótese do negro/pardo ser considerado “esteticamente enquadrado ou aceito socialmente”, procede-se a exclusão do sistema de cotas por critério subjetivo de que o candidato não sofrera discriminação no percurso de vida e não subsistiria motivos de reparação relacionados à discriminação histórica contra os negros/pardos, muito embora tal pessoa/candidata seja negra/parda. Não se olvida, ademais, que os critérios de avaliação não assumem todas as possibilidades objetivas de avaliação da condição discriminada, e que o sistema em discussão não careça de aperfeiçoamento, contudo, para eventuais modificações ou adaptações, torna-se imprescindível a prévia alteração ou autorização legislativa, e, para casos tais, não afigura qualquer previsão no ordenamento que confira ao agente do ato administrativo estabelecer critérios distintos ou estranhos aos olhos da lei que a regulamenta.

O que emerge, outrossim, é a impossibilidade do agente em lançar critérios superficiais, aparentes ou especulativos sob infundada alegação de padronização de quem “realmente” sofrera ou não preconceito racial tão-somente carreada em análise estética, caminho esse que, além de ilícito, se mantido, autorizar-se-ia a propagação de injustiças e estabelecer-se-ia, ao contrário do que emana no consciente ou na motivação de tais atos, o inverso do que essencialmente a ação afirmativa visa combater ou mitigar, que são as desigualdades sociais, as discriminações nocivas e os preconceitos nefastos, promovendo-se evidente vulgarização às avessas desse elevado instrumento de política pública, afetando-lhe com instabilidade e insegurança jurídicas.

Imperioso ressaltar que, na hipótese vertente, considerando que houvera dúvida acerca do resultado entre os integrantes da comissão avaliadora em exame de heteroidentificação, consoante consta do espelho do resultado do recurso em sede administrativa interposto pela candidata, o apelante não observara a



determinação emanada na Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 41/DF -, em que, na hipótese de dúvidas acerca do fenótipo do candidato, há que ser privilegiada a percepção subjetiva do então candidato quando este autodeclarara sua condição de pessoa negra ou parda. Necessário, portanto, o excerto cogente do voto do eminente Relator, Ministro Roberto Barroso, *in verbis*:

“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 cota sejam efetivamente alcançados. [...]. 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 da Lei n. 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.”[22] (destaque nosso).

Emerge, portanto, a revalidação de que o apelante não atendera aos comandos necessários ao cumprimento dos critérios a uma heteroidentificação convergente à lei e consoante o que perfectibilizara o entendimento da Suprema Corte, notadamente porque restara incontroverso que não tivera os cuidados necessários ao cotejo da autodeclaração para com os mecanismos de sujeição de identificação de raça em que está inserida a apelada. Outrossim, tangenciara quanto à imposição em prestar reverência à dignidade da pessoa humana, ignorando por completo a identidade racial vivida, cultuada e ostentada pela candidata, e, mitigara o espectro do contraditório e da ampla defesa, pois, como é cediço, essa garantia constituintal não se configura como simples oportunização de manifesto do inconformismo do candidato excluído, como o fizera, mas, principalmente, são elementos de debruçamento e análise para formação de convicção e de permitir ao interessado, dentre outros, o amplo e irrestrito acesso a todas as evidências para o patrocínio de seu pretenso ou eventual direito, o que não se verifica no procedimento do certame em apreço, inclusive porque omitira dados e as gravações do exame à própria candidata.

Demais disso, caminhara ao pórtico oposto ao da cautela ao ignorar todos os subsídios colacionados pela apelada acerca de sua identificação de raça negra e tão-somente ativera-se a padrões estéticos da candidata, imiscuindo-se em critérios estranhos ao sistema de cotas para ingresso no serviço público federal, os quais carecem de lastro hábil de motivação legal e de razoabilidade mínima para conferir legitimidade ao resultado emanado. Ressoa inexorável o fato de que o apelante promovera relação de heteroidentificação ao arrepio da lei, mormente porque a “zona de certeza ou a zona de incerteza” está atrelada à cor, no sentido de raça da identificação do próprio indivíduo, e não em outras especulações estéticas, exatamente por isso que, subsistindo a divergência ou dúvida entre os integrantes da comissão, presume-se autêntica a autodeclaração do candidato como pessoa negra/parda, privilegiando-se, por conseguinte, a identidade racial ostentada pela candidata, e não a preponderância de elementos alheios à identificação de sua raça, como de forma forçada e estranha à impessoalidade cultivara o apelado.

Dessas inferências ressoa impassível que os autos restaram fornidos do suficiente e necessário à elucidação da controvérsia, restando demonstrada a ilegalidade do ato administrativo, subsidiada em toda a incoerência do seu objeto em cotejo com todos os outros elementos, de idêntica finalidade, sob a qual submetera-se a apelada, em que, por óbvio, fora considerada apta a sua condição de candidata concorrente ao sistema de cotas destinadas às pessoas negras e pardas que se inscreveram no certame. Constata-se, pois, a existência de vícios no ato passíveis de controle jurisdicional, em desobediência à lei do processo administrativo e à própria lei de cotas ao ingresso no serviço público, assim como por inobservância ao determinado no controle judicial elaborado pela Corte Suprema acerca dos requisitos exigidos para validação e veracidade da heteroidentificação, como etapa regular do concurso público.

O cotejo dos elementos coligidos aos autos subsidia, portanto, a ocorrência de ilegalidade capaz de ensejar a anulação do ato administrativo manejado pelo apelado, banca examinadora do concurso público ao qual a apelada se inscrevera para concorrer no sistema de cotas previsto em lei, cujo critério de



identificação está delimitado à averiguação da raça do candidato. E não se trata, consoante sugerido pelo apelante, de incursão pelo mérito do ato administrativo, mas de controle da sua legalidade, e, na espécie, a ilegalidade dos conceitos emitidos e dos parâmetros utilizados, soam inexoráveis, pois destoante de todos os critérios passíveis de ser manejados para aferição da inserção da apelada como concorrente às vagas reservadas segundo se autodeclarara de forma legítima e consoante o fenótipo e ancestralidade que apresenta.

Esses argumentos, inclusive, encontram respaldo no entendimento que é perfilhado em casos semelhantes por esta egrégia Corte de Justiça, conforme asseguram os arestos em destaque:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS. LEI N.º 12.990/2014. HETEROIDENTIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS. CANDIDATA PARDA. DIREITO À CONCORRÊNCIA NAS VAGAS RESERVADAS PARA NEGROS (PRETOS E PARDOS). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ATOS DISCRICIONÁRIOS. SUBMISSÃO AO CONTROLE DE LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença que, nos autos de mandado de segurança, concedeu a ordem a fim de garantir à impetrante o direito a uma vaga nas cotas reservadas a negros e pardos no 10º concurso público para o provimento de vagas e a formação de cadastro de reserva nos cargos de analista e técnico do Ministério Público da União, observadas as demais regras do certame. 2. A Lei n.º 12.990/2014 estatui, em seu artigo 2º, que aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros, conforme o quesito de cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. 4. A autodeclaração não é absoluta, podendo ser o candidato submetido a procedimento de heteroidentificação com base no fenótipo por banca examinadora, cuja conclusão goza de presunção de legalidade e legitimidade, só podendo ser afastada se houver prova suficiente em sentido contrário. Assim, a princípio, o Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo, a não ser em casos de ilegalidade ou abuso de poder. 5. In casu, da análise das fotografias constantes dos autos, verifica-se que a candidata apresenta traços inconfundíveis da cor parda, tais como a textura dos cabelos e o tom de pele, devendo ser reconhecido o seu direito ao benefício estabelecido na Lei n.º 12.990/14. Ademais, diversos documentos corroboram essa conclusão, como certidão de nascimento, admissão no processo seletivo do PROUNI como sendo da cor parda e declarações de médicos dermatologistas. 6. Não há se falar em violação ao princípio da igualdade, pois, para se atribuir efetividade a esse princípio, devem ser tratados de forma distinta os candidatos que possuem condições distintas, na medida de sua distinção. 7. Não se pode considerar que o Poder Judiciário está substituindo a banca examinadora, pois mesmo o mérito administrativo dos atos discricionários é passível de controle de legalidade através da análise da observância dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 8. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1189257, 07006905220198070001, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 24/7/2019, publicado no DJE: 5/8/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO. SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS. ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO CANDIDATO. APLICAÇÃO DA LEI 12.990/14. I - É constitucional a avaliação realizada por banca examinadora de concurso público sobre a presença de características fenotípicas negras para a inclusão do candidato na relação de aprovados nas vagas reservadas às cotas para negros, conforme entendimento do STF no julgamento da ADC 41/DF. II - As características físicas da candidata atendem ao critério da aparência adotado pelo edital do concurso para a reserva de vagas aos candidatos negros, por isso, deve ser reconhecido seu direito ao benefício estabelecido na Lei 12.990/14. III - Apelação desprovida. (Acórdão 1130379, 07151740920188070001, Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 10/10/2018, publicado no PJe: 19/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)



APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. ENTREVISTA PESSOAL. CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS. CANDIDATO ELIMINADO. POSTERIOR RECONHECIMENTO DO FENÓTIPO EM OUTROS CONCURSOS. MESMA BANCA EXAMINADORA. INCOERÊNCIA E CONTRADIÇÃO NAS AVALIAÇÕES. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO AFASTADA. ILEGALIDADE DO ATO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Apelo que busca a manutenção de candidato em concurso, concorrendo às vagas reservadas às cotas raciais, após a sua eliminação por não apresentar, no entendimento da banca examinadora, as características fenotípicas de cor e raça conforme determinado pelo IBGE. 1.1. Constatação de fato superveniente à sentença recorrida, conforme Art. 933 do CPC, consistente na aprovação do candidato em outros três certames organizados pela mesma banca examinadora e com a adoção do mesmo critério fenotípico para as vagas destinadas às cotas raciais. 2. A autodeclaração, que viabiliza somente a inscrição do candidato para concorrer às vagas reservadas aos negros e pardos, não é absoluta, uma vez que há autorização legal à instituição de procedimento de averiguação, utilizando-se os parâmetros do IBGE. 3. A eliminação por julgamento da banca examinadora deixa de gozar da presunção de legitimidade, quando o candidato comprova que logrou aprovação nas vagas de cotista em outros certames promovidos pela mesma banca que instituiu no edital igual critério fenotípico. 4. Não deve subsistir a eliminação do candidato diante da patente contradição e incoerência que se extrai dos documentos juntados aos autos, notadamente da declaração da banca examinadora de que, na segunda avaliação feita em outro concurso público, na qual o candidato restou reconhecido como negro, foi possível uma análise mais meticulosa, ao contrário do que ocorreu na avaliação anterior, no certame objeto deste feito. 5. É admissível a intervenção do Judiciário quando houver provas capazes de elidir a veracidade e legitimidade do ato administrativo da banca do concurso, conforme entendimento do Conselho Especial deste Tribunal (Acórdão n.1011727, 20160020347039MSG, Relator: JAIR SOARES CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 11/04/2017, Publicado no DJE: 26/04/2017. Pág.: 40-41). 6. Apelação provida. Sentença reformada para classificar o candidato como cotista. (Acórdão 1125418, 20160111182725APC, Relator: ROBERTO FREITAS, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 5/9/2018, publicado no DJE: 24/9/2018. Pág.: 210-230)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS. ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO CANDIDATO. APLICAÇÃO DA LEI 12.990/14. I - É constitucional a avaliação realizada por banca examinadora de concurso público sobre a presença de características fenotípicas negras para a inclusão do candidato na relação de aprovados nas vagas reservadas às cotas para negros, conforme entendimento do STF no julgamento da ADPF 186/DF. II - As características físicas do impetrante atendem ao critério da aparência adotado pelo edital do concurso para a reserva de vagas aos candidatos negros, por isso, deve ser reconhecido seu direito ao benefício estabelecido na Lei 12.990/14. III - Segurança concedida. (Acórdão 1004790, 20160020350254MSG, Relator: VERA ANDRIGHI, CONSELHO ESPECIAL, data de julgamento: 7/3/2017, publicado no DJE: 22/3/2017. Pág.: 469-470)”

Do alinhavado deflui, portanto, a irreversível evidência de ilegalidade do ato administrativo impugnado, cujo resultado, sopesados todos esses fatores, aponta à contradição da avaliação em heteroidentificação em cotejo com todas as outras três heteroidentificações fenotípicas em relação à apelada, conjuntamente à deliberada desconformidade com todas as outras provas coligidas, que atestam a ancestralidade e identificação da raça negra da candidata, cujos elementos estão lastreados em provas idôneas e capazes de afastarem a veracidade e legitimidade do ato administrativo questionado. Flagrante incoerência, ademais, configura ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, notadamente porque fere a identificação de raça do indivíduo/candidato e destinatário da promoção afirmativa de restauração social, cujo espírito volvida-se à mitigação da desigualdade social e discriminação social, fatores esses não observados no ato impugnado, o qual, em sentido adverso, estabelecera critérios não elencados em lei para aferição de identificação de raça, em explícita contradição com outras três análises, de mesmo objeto e finalidade, sobre a mesma pessoa.



Com todo esse cenário, e consoante fundamentado na escoreita sentença objurgada, ressoa configurada a violação ao artigo 2º da Lei 9.784/1999 na medida em que sobejaram patentes os vícios na motivação do ato, alicerçado em critérios de aferição a heteroidentificação de raça não previstos em lei, denotando-se, outrossim, a ausência de razoabilidade e de proporcionalidade do ato administrativo, considerando a contradição e incongruência em relação aos outros resultados que apresentaram conexão com os elementos coligidos aos autos. Referida discrepância, outrossim, acresce em desajuste no ato ao, igualmente, incorrer em desarmonia ao determinado no controle de constitucionalidade da normativa do sistema de cotas, que estabelecera a predominância da identificação de raça na qual se autodeclarara o candidato, quando evidente a dúvida ou a discórdia entre os componentes da banca de heteroidentificação sobre seu fenótipo.

Alfim, deve ser frisado que, desprovido o apelo e tendo sido aviado sob a regulação processual vigente, o apelante sujeita-se ao disposto no artigo 85, § 11, do diploma processual[23], cujo preceito determina que, resolvido o recurso, os honorários advocatícios originalmente fixados deverão ser majorados levando-se em conta o trabalho adicional realizado no grau recursal, observada a limitação contida nos §§ 2º e 6º para a fixação dos honorários advocatícios na fase de conhecimento, que não poderá ser ultrapassada. Constatado, de ofício, erro material na sentença guerreada no que tange a fixação da sucumbência, notadamente porque, conquanto o julgamento na origem fora de procedência, a sentença, equivocadamente, condenara “a parte autora” ao pagamento das verbas, contudo, a obrigação respectiva há que recair a quem juridicamente sucumbira, que fora o apelante, motivo pelo qual, desde a sentença, a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência por ele devem ser suportados.

Assim é que, rejeitado integralmente a pretensão recursal, e fixada a verba originalmente em R\$ 3.000,00 (três mil reais), e considerados os serviços realizados neste grau, os honorários advocatícios devidos ao patrono da apelada, ponderados os serviços realizados no trânsito processual e ao serem manejadas as contrarrazões, majoro os honorários advocatícios para o equivalente a R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Estofado nos argumentos alinhavados, divergindo do eminente Relator quanto à resolução de mérito, afastado as preliminares manejadas e nego provimento ao apelo, mantendo intacta a ilustrada sentença vergastada. Considerando que o apelo restara desprovido, majoro os honorários advocatícios imputados ao apelante para R\$ 6.000,00 (seis mil reais), importe que deve ser atualizado monetariamente a partir da prolação desse provimento, ficando retificado o erro material em que incidira a sentença ao se reportar à autora.

É como voto.

[1] - Certidão ID 14747724.

[2] ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é Racismo Estrutural?*. Belo Horizonte: Letramento. 2018, p. 25.

[3] ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é Racismo Estrutural?*. Belo Horizonte: Letramento. 2018, p. 25/26.

[4] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.121/1.123.

[5] LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O Sistema de Cotas para Afrodescendentes e o Possível Diálogo com o Direito*. Brasília: Edições Dédalo, 2008, p. 129/130.

[6] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421/423.



[7] FERREIRA, Gianmarco Loures. *A Lei de Cotas no Serviço Público Federal: sub-representação legal nas ações afirmativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 116.

[8] - Edital ID 10786555.

[9] - Documento ID 10786558.

[10] - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>

[11] - Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5116/> (e ID 10786571).>

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 478.

[13] - Edital ID 10786560.

[14] - ID10786563.

[15] - Edital ID 10786565.

[16] - Espelho decisão recurso administrativo ID 10786564.

[17] - Editais ID 10786588, ID 10786589 e ID 10786590.

[18] - Edital ID 10786561.

[19] - Documentação ID 10786580, ID 10786582, ID 10786583, ID 10786584M ID 10786585 e I78D6586.

[20] - Documentação ID 10786566, ID 10786567, ID 10786568, ID 10786569 e ID 10786570.

[21] - Fotografias ID 10786574, ID 10786575, ID 10786576, ID 10786577, ID 10786578 e ID 10786579.

[22] - Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>, p. 36/37

[23] - CPC, “Art. 85 – (...) § 11 – O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários advocatícios fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º 3º para a fase de conhecimento.

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - 2º Vogal

Com a divergência

O Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 3º Vogal

Com a divergência

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - 4º Vogal

Com o relator



DECISÃO

DECISÃO PARCIAL: CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, APÓS O VOTO DO RELATOR, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, PEDIU VISTA O 1º VOGAL. A 2ª VOGAL AGUARDA. EM CONTINUIDADE DE JULGAMENTO: DECISÃO PROVISÓRIA: APÓS O VOTO-VISTA, CONHECER EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDO O RELATOR. EM CONTINUIDADE DE JULGAMENTO, COM AMPLIAÇÃO DE QUÓRUM: DECISÃO FINAL: CONHECER DO RECURSO, REJEITAR AS PRELIMINARES À UNANIMIDADE. NO TOCANTE AO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. DECISÃO POR MAIORIA. VENCIDOS O RELATOR E O 4º VOGAL. REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O 1º VOGAL. JULGAMENTO REALIZADO NA FORMA DO ART. 942, DO CPC, COM QUÓRUM QUALIFICADO

