



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3<sup>a</sup> REGIÃO

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0019906-29.2015.4.03.0000/MS**

2015.03.00.019906-1/MS

D.E.

Publicado em 14/03/2016

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO  
AGRAVANTE : INSTITUTO AOCP  
ADVOGADO : PR031310 FABIO RICARDO MORELLI e outro(a)  
AGRAVADO(A) : [REDACTED]  
ADVOGADO : MS004448 EVANDRO MOMBRUM DE CARVALHO e  
outro(a)  
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE >  
1<sup>a</sup>SSJ > MS  
No. ORIG. : 00065674520154036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

### EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como *cotista (parda)* e, nesta condição, seja ela convocada

para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

2. A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata não apresentava traço fenótipo de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

3. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (*conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência*) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressalvou o não cabimento de revisão judicial de critério *subjetivo* de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012).

4. As alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

5. Impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou.

6. Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, **dar provimento ao agravo de instrumento**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de março de 2016.

**Johonsom di Salvo**  
**Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042  
Nº de Série do Certificado: 172FB228704EFD  
Data e Hora: 04/03/2016 16:30:37

---

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019906-29.2015.4.03.0000/MS**

2015.03.00.019906-1/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO  
AGRAVANTE : INSTITUTO AOCP  
ADVOGADO : PR031310 FABIO RICARDO MORELLI e outro(a)  
AGRAVADO(A) : [REDACTED]  
ADVOGADO : MS004448 EVANDRO MOMBRUM DE CARVALHO e outro(a)  
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE >  
1<sup>ª</sup>SSJ > MS  
No. ORIG. : 00065674520154036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

### **RELATÓRIO**

**O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo,  
Relator:**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por INSTITUTO AOCP em face da decisão que, em ação ordinária, **deferiu pedido de antecipação de tutela** para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como *cotista (parda)* e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

Na inicial a autora [REDACTED] narra que participou do concurso para provimento de cargo de enfermeira no Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados (concurso público nº 13/2014 - EBSERH, edital nº 03); *autodeclarou-se parda*, em razão de ser filha de pai negro e mãe branca, concorrendo assim a uma das 20 vagas *reservadas* aos candidatos negros (Lei nº 12.990/2014).

Logrou êxito em atingir 57 (cinquenta e sete) pontos na prova objetiva. Contudo, ao ser convocada para a entrevista de confirmação da autodeclaração, a Comissão Avaliadora concluiu que ela não possui os traços *fenotípicos* que ensejam ao enquadramento como pardo ou negro.

A candidata impugnou a decisão da Comissão Avaliadora, mas teve seu recurso indeferido, mantendo-se sua exclusão do certame.

Buscou assim a via judicial a fim de assegurar sua manutenção no concurso; reitera que é **parda**, filha de pai negro, e que tem duas irmãs, sendo que uma delas é sua irmã gêmea, todas com fenótipo *decor parda* (fl. 106/121).

A d. juíza da causa considerou presente a prova da verossimilhança do alegado, pois "analisando o contido no edital não há critérios objetivos para a constatação se o candidato apresenta ou não o candidato de fenótipo de pardo, como no caso da autora. Logo, a avaliação de tal condição me parece muito subjetiva. Ademais, sequer foi consignado na a decisão que não a considerou parda, quais os critérios fenótipos de negro ou pardo que ela não possui. E, como se sabe, a Administração possui o dever de primar pela imparcialidade ao praticar os seus atos, de forma que a ampla subjetividade de uma decisão que, em tese, extrapola o limite da discricionariedade, pode violar tal princípio."

Ainda, consignou a magistrada federal que "o perigo da demora é evidente eis que a colocação da autora como candidata não cotista por certo que fará com que a sua colocação seja pior e, consequentemente, poderá estar privada de ser convocada para as demais fases do certame".

Nas razões recursais a parte agravante INSTITUTO AOCP sustenta, em resumo, que foram aplicados os exatos termos do edital de abertura, não ocorrendo qualquer ilegalidade a ser sanada pelo Poder Judiciário no tocante a reprovação da candidata no procedimento de confirmação da *autodeclaração* como negra/parda.

Destaca que no caso o procedimento adotado pela Comissão Avaliadora **está de acordo** com as orientações mencionadas na decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal na ADPF 186, a saber: a) autodeclaração pelo candidato no ato da inscrição (autoidentificação); (b) realização da sessão de fotografias; (c) julgamento pela Comissão Especializada por **fenótipo** e não por ascendência (heteroidentificação) - entrevista de confirmação da autodeclaração como negro; e (d) possibilidade de recurso pelo candidato.

Efeito suspensivo deferido às fls. 135/136.

Contraminuta apresentada no prazo legal, fls. 139/148.

É o relatório.

## **VOTO**

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modifcassem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo do presente recurso.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

"A intervenção do Poder Judiciário no âmbito de concurso público deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito às normas do edital que o norteia.

Basta lembrar que há muitos anos o STF já teve o ensejo de afirmar que "...não cabe ao Poder Judiciário sobrepor-se aos critérios da comissão julgadora, para rever as notas atribuídas aos candidatos" (RMS 15.543/DF, DJ 13/04/66). Esse entendimento mantém-se atual, pois a Corte Suprema recentemente repisou que o "...Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30.433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27.260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CARMEN LÚCIA)..." (MS 30.859/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23/10/2012). A exceção corre por conta de erro material grosseiro, visível *ictu oculi*, que deve ser sindicado pelo Judiciário.

Esse pensamento é correto, pois o alcance do art. 5º, XXXV, da CF, não permite que o Juiz incursione no cenário que a lei reserva à administração em geral, e assuma para si a responsabilidade pelo resultado de concursos públicos, intervindo no certame sempre que algum candidato assim reclame. Não sendo caso de *afronta à lei ou de arbitrariedade de comissão de concurso*, não há razão jurídica que legitime a invasão pelo Juiz de competência alheia.

Fora desses casos restritos, o Juiz não pode substituir a comissão de concurso nas suas conclusões e *dirigir* o resultado do certame.

Do edital - só impugnado pela autora após sua desclassificação - consta expressamente (fl. 86 - destaquei):

5.7.2 A avaliação da comissão quanto à condição de pessoa preta ou parda considerará os seguintes aspectos:

5.7.2.1. a) informação prestada no ato da inscrição quanto à condição de pessoa negra ou parda;

b) autor declaração assinada pelo candidato(a) no momento da entrevista de confirmação da autodeclaração como negro ou pardo;

c) **fenótipo** apresentado pelo(a) candidato(a) em foto(s) tirado(s) pela equipe do Instituto AOCP no momento da entrevista de confirmação da autodeclaração como negro.

5.7.3 O(A) candidato(a) será considerado(a) não enquadrado(a) na condição de pessoa preta ou parda quando:

5.7.3.1 Não cumprir os requisitos indicados no subitem 5.7.2.

5.7.3.2. Negar-se a fornecer algum dos itens especificados no subitem 5.7.2, no momento solicitado pelo Instituto AOCP.

5.7.3.3 Houver **unanimidade** entre os integrantes da Comissão quanto ao **não atendimento do quesito cor ou raça** por parte do(a) candidato(a)

5.8 Quanto ao não enquadramento do candidato na reserva de vaga para negros, caberá pedido de **recurso**, conforme o disposto no item 12 deste Edital.

Como se vê, a *autodeclaração* pelo candidato é condição necessária, mas **não suficiente**, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra/parda.

O edital previu que a *autodeclaração* seria confirmada por uma banca julgadora segundo o critério do **fenótipo**, que é a *manifestação visível ou detectável* da constituição genética de um determinado indivíduo.

Assiste razão à agravante ao afirmar que "as alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas", até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata **não** apresentava traço fenótipo de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de **subjetividade** que é próprio do critério do **fenótipo** (*conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência*) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressalvou o não cabimento de revisão judicial de critério *subjetivo* de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012).

Além dessa impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, repito: a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou."

Ante o exposto, voto por **dar provimento ao agravo de instrumento.**

**Johonsom di Salvo  
Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042  
Nº de Série do Certificado: 172FB228704EFD  
Data e Hora: 04/03/2016 16:30:40

---