

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):
Submeto à apreciação da Segunda Turma, para referendo, decisão por meio da qual deferi pedido de liminar.

Sabe-se que a concessão de tutela provisória de urgência justifica-se pela incidência cumulativa de dois pressupostos legais: a probabilidade do direito vindicado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo advindo da demora na entrega da prestação jurisdicional.

Entendo presentes ambos os requisitos neste caso.

Põe-se em foco nesta reclamação saber se ofende o comando vinculante firmado no julgamento da ADC 41 a ausência de previsão, em edital de concurso público, de recurso administrativo para questionar decisão da comissão responsável pela heteroidentificação de candidatos autodeclarados negros.

Ressalto que, no aludido precedente, este Tribunal reconheceu a legitimidade constitucional da heteroidentificação como critério para seleção de candidatos inscritos em vagas destinadas a pessoas negras. No entanto, advertiu-se acerca da necessidade de se resguardar as garantias da ampla defesa e do contraditório do candidato afetado pelo ato administrativo.

Reproduzo a tese jurídica então firmada:

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.** (grifei)

Naquela oportunidade, o Relator, ministro Luís Roberto Barroso, ponderou a respeito da necessidade de se conjugar, de um lado, o esforço

legítimo da Administração Pública em coibir fraudes no processo de autodeclaração para cotas étnicas com, de outro, os direitos fundamentais dos candidatos excluídos em decorrência da avaliação fenotípica implementada. Confira-se:

68. 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 Lei nº 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.

O reclamante logrou demonstrar a existência de cláusula editalícia a prever o descabimento de quaisquer recursos para impugnar a decisão da comissão de heteroidentificação. Transcrevo-a:

5. DAS INSCRIÇÕES PARA CANDIDATOS(AS)
NEGROS(AS) OU INDÍGENAS

[...]

5.5.4 Da decisão da Presidência da Banca Examinadora acerca do reconhecimento ou não da condição de pessoa negra ou indígena, não caberá recurso.

Constata-se, ao menos no atual juízo preambular, que o edital em exame não observa os termos da diretriz vinculante firmada pelo Supremo no julgamento da ADC 41.

Digna de nota, ademais, é a circunstância de a decisão prolatada pela autoridade judicial reclamada — que suspendeu os efeitos de decisão de primeiro grau que concedera medida cautelar para permanência do candidato no certame público — ser desprovida de qualquer

fundamentação. Eis seu inteiro teor:

Processe-se o agravo de instrumento com a concessão de efeito suspensivo para sobrestar os efeitos da decisão agravada até o julgamento final deste recurso, considerada a presença dos requisitos legais autorizadores da medida (CPC, artigo 995, parágrafo único), notadamente, a probabilidade do direito vindicado.

Anoto, no entanto, ser necessária a garantia do contraditório antes de se cogitar a concessão da medida pretendida, dialetizando-se a relação processual a fim de elucidar os pontos controvertidos, devendo ser intimada a parte agravada para apresentação de resposta no prazo legal. Comunique-se ao Juízo a quo, dispensadas as informações.

Após, tornem conclusos para julgamento.

Ao contrário do que sugerido, entendo que os requisitos da tutela provisória de urgência militam em favor, nesse momento, não da Administração Pública, mas do reclamante-candidato, face o iminente risco de ser excluído da etapa de provas orais.

Nesse cenário, reiterando as premissas que embasaram o pronunciamento liminar, confirmo-o, em ordem a determinar o restabelecimento dos efeitos da decisão cautelar proferida pela 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, no MS 1059527-95.2023.8.26.0053, de modo a garantir a reserva de vaga a Marcelo Henrique Barbosa nas provas orais do IX Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira de Defensora ou Defensor Público do Estado de São Paulo e, em caso de êxito, o prosseguimento no certame até julgamento definitivo desta reclamação.

É como voto.