


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

 Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621,
 São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

 Processo nº: **1056646-48.2023.8.26.0053 - Procedimento Comum Cível**

Requerente: -----

 Requerido: **Municipalidade de São Paulo e outro**

Vistos.

-----, qualificado(a)(s) na petição inicial ou em documento(s) com ela exibido(s) [instrumento(s) de mandato], ajuizou(aram) ação de conhecimento afeta a processo de rito comum em face da **Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Vunesp** e da **Municipalidade de São Paulo**, alegando que: "*se inscreveu para o cargo de Professor de Educação Infantil em concurso público aberto pela Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura de São Paulo, edital nº 01/2015, de 27 de agosto de 2015 ..., concorrendo à reserva de vagas na condição de pessoa parda*"; "*no referido edital, o único critério para concorrer à reserva de vagas é a autodeclaração*"; "*ocorre que em 24/12/2022, mais de sete anos após a publicação do edital de abertura do concurso, e depois de ter sido aprovada dentro do número de vagas destinadas a negros e afrodescendentes, a autora foi convocada, via Diário Oficial da Cidade de São Paulo ... a participar de procedimento de heteroidentificação para 'subsidiar, nos termos do Decreto nº 57.557, de 2016, a verificação da veracidade da autodeclaração como pessoa negra perante o concurso público em epígrafe*"; "*apresentou toda a documentação exigida e, restando dívida após a análise da documentação, foi convocada para aferição presencial de sua autodeclaração ..., porém foi considerada pela comissão avaliadora como não destinatária da política de cotas raciais do concurso, sem nenhuma justificativa, como se pode observar da publicação oficial*"; "*o edital do concurso objeto da inicial (nº 01/2015) foi publicado sob a vigência da Lei nº 15.939/2013 e do Decreto nº 55.320/2014, que não previam a comprovação do fenótipo por meio de comissão específica e como etapa obrigatória do certame, bastando a autodeclaração de afrodescendente/negro, em conformidade com os ditames do IBGE*"; "*não é permitido à Administração Pública, após a publicação do edital, da realização das provas e da convocação de outros candidatos cotistas, alterar tais critérios, uma vez*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

que o edital é a lei do certame e, como tal, vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos"; "verifica-se dos documentos anexados que as decisões que consideraram a candidata como 'não destinatária' da política de cotas raciais não apresentam nenhuma justificativa ou fundamentação, violando claramente o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa"; "sempre se declarou como parda durante toda a sua vida, porque é assim que ela se identifica tanto em razão do seu fenótipo quanto pela ascendência que possui"; "possui características negroides visíveis desde a tenra infância, que denotam a natureza da miscigenação, quais sejam, a pigmentação da pele e dos olhos, o tipo de cabelo e a forma do nariz e dos lábios"; "a jurisprudência é sólida no sentido de que a autodeclaração do candidato goza de presunção relativa de veracidade e o procedimento de heteroidentificação possui natureza subsidiária"; também a sua ancestralidade deve ser levada em consideração; "resta evidente o direito da autora em concorrer à reserva de vagas, uma vez que cumpriu os requisitos do edital para a inscrição como tal, sempre se reconheceu como parda, há, como visto, vários elementos que comprovam seus traços negróides e nem mesmo a administração cogitou a intenção de fraude em sua autodeclaração"; e "em caso de dúvida, a autodeclaração deve prevalecer". Pediu, em consequência, seja declarado o direito de concorrer nas vagas para pessoas pretas ou pardas. Requereu, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela para o mesmo fim.

Instruiu a petição inicial com os documentos de fls. 16/83, complementados a fls. 92/98 em cumprimento à decisão de fls. 85, vindo, ainda, a fundação corrê a se manifestar a fls. 103/106, juntando documentos a fls. 107/122, também em cumprimento à referida decisão.

Citada (fls. 128), a corrê Municipalidade de São Paulo ofereceu contestação (fls. 136/154), aduzindo que: *"em atendimento ao artigo 1º da Lei nº 15.939/2013 e ao Decreto nº 57.557/2016, os candidatos constantes da lista específica do NNA com classificação a partir do nº 801 foram convocados para apresentação de documentos e comparecimento perante a Comissão de Monitoramento e Avaliação"; "embora o edital seja anterior, a convocação dos candidatos a partir de tal posição se deu já sob a vigência do decreto de 2016, sendo ele dotado de aplicabilidade imediata a todos aos integrantes da Administração Pública direta e indireta"; e "não foram encontradas as características fenotípicas capazes de identificá-la socialmente como pertencente ao grupo social negro".* Juntou documentos a fls. 155/171.

Citada a fls. 129, a corrê Vunesp ofereceu contestação a fls. 176/180, aduzindo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621,
 São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

que: "a convocação para aferição da veracidade da autodeclaração dos candidatos aprovados em lista especial de negros, negras e afrodescendentes foi realizada exclusivamente pela Secretaria Municipal de Educação e realizada pela Comissão de Acompanhamento da Política Pública de Cotas – CAPPC, da Coordenação de Promoção da Igualdade Racial, da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania – SMDHC"; e assim é parte ilegítima para figurar no polo passivo. Juntou documentos a fls. 181/191.

Réplica foi ofertada a fls. 199/208.

A tutela provisória foi indeferida a fls. 209/210.

Determinado foi que as partes prestassem esclarecimentos e que fosse designada nova avaliação com a Comissão de Acompanhamento da Política Pública de Cotas – CAPPC (fls. 222), bem como que juntados fossem documentos (fls. 236), medida aquela que foi revogada pela decisão de fls. 236, primeiro parágrafo.

Esclarecimentos foram prestados a fls. 227/229 e 248/249, aqui com juntada de documentos a fls. 250/254, respectivamente pela corre Municipalidade de São Paulo e pela autora, com ciência dada às partes, sobrevivendo então apenas manifestação da parte ré referida a fls. 258.

É o relatório.

Passo a decidir.

I

I.1

Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 355, I, do C.P.C., passo à imediata **apreciação** da pretensão deduzida em juízo.

I.2

É caso de julgar **extinto** o feito **sem** resolução do mérito em relação à **corré Fundação Vunesp**, uma vez que a esfera jurídico-patrimonial a ser afetada por eventual procedência da ação se **limita** à corré **Municipalidade de São Paulo**, agindo aquela meramente como **preposta** desta na realização do certame destinado a prover cargos públicos municipais *in casu*.

Nesse sentido, inclusive, decidiu-se, *mutatis mutandis*:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO INTERNO DA POLÍCIA MILITAR – Curso de Formação de Sargentos PM do QPPM e QPPF, realizado nos termos da Portaria Nº Dec- 15/23/16. ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'. Não obstante o concurso público tenha sido realizado por terceiro (VUNESP), a FESP é quem viria a suportar o efeito de eventual condenação, o que a torna parte legítima para compor o polo passivo da demanda – Precedentes. Recurso provido neste particular. ATO ADMINISTRATIVO - Pretensão à anulação de questão de concurso público. Correição do gabarito oficial que se mostra discutível, questão que permite interpretações diversas – Ausência, contudo, de erro grosseiro, não incidindo hipótese de controle judicial do ato exarado pela banca examinadora nos termos do RE 632853 (sob a sistemática de repercussão geral). Ação julgada improcedente – R. sentença mantida – Precedentes dessa Corte, que estão em conformidade, também, com o entendimento dos E. STF e STJ. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO" (TJSP; Apelação Cível

1003130-06.2017.8.26.0286; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Itu - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2019; Data de Registro: 22/03/2019); e

"CONCURSO PÚBLICO. Polícia militar. Autor reprovado no exame psicológico. Pretensão à anulação do ato que o excluiu do concurso. Necessidade de lei em sentido estrito prevendo o exame psicológico como fase do concurso. Súmula Vinculante nº 44 do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de previsão do exame na Lei Complementar nº 697/92. Previsão no Decreto nº 41.113/96 e no edital do certame que não é suficiente para atender ao princípio da legalidade. Inaplicabilidade da Lei Complementar Estadual nº 1.291, de 22 de julho de 2016, por ser posterior ao certame. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Fundação VUNESP. Contratação apenas para planejar e organizar o certame e aplicar as provas escritas. Ato impugnado de responsabilidade da banca examinadora da própria Polícia Militar. Ilegitimidade passiva da Fundação VUNESP corretamente reconhecida pela sentença. Sentença que julgou improcedente o pedido formulado em face da Fazenda do Estado. Recurso parcialmente provido para julgá-lo procedente" (TJSP; Apelação Cível 1011993-82.2016.8.26.0577; Relator (a): Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2017; Data de Registro: 27/06/2017).

II

A parte autora inscreveu-se no concurso para professor da educação infantil, regido pelo edital n. 1/2015, de 27 de agosto de **2015** (fls. 26/71), que previu reserva de vagas para afrodescendentes correspondente a 20% do total de vagas nos termos da Lei Municipal n. 15.939/2013 e do Decreto Municipal n. 54.949/2014 (fls. 37):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621,
 São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

5. DOS CANDIDATOS QUE SE DECLARAREM NEGROS, NEGRAS OU AFRODESCENDENTES

5.1. Os candidatos que se declararem negros, negras ou afrodescendentes concorrerão a 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas, neste Concurso, no total de 120 (cento e vinte) vagas, nos termos da Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013 e Decreto nº 54.949, de 21 de março de 2014.

5.2. Para concorrer às vagas referidas no item 5.1. deste Edital, o candidato deverá, no momento de sua inscrição:

5.2.1. indicar em sua ficha de inscrição, essa condição; e

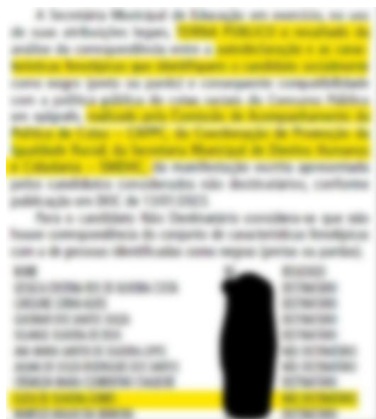
5.2.2. preencher e encaminhar a autodeclaração constante do Anexo IV deste Edital, pelos Correios, por SEDEX ou por outra modalidade de correspondência com Aviso de Recebimento (AR), postado até o último dia de inscrição, para a Fundação VUNESP, envelope com a seguinte identificação:

A Fundação VUNESP
 Concurso Público 2015 da PMSP – SME – Professor de Educação Infantil
 INSCRIÇÃO DE NEGRO, NEGRA OU AFRODESCENDENTE
 Rua Dona Germaine Burchard, 515 – Água Branca/Perdizes - 05002-062 – São Paulo - SP

5.3. A autodeclaração somente terá validade se efetuada no momento da inscrição.

5.4. O não cumprimento, pelo candidato, do disposto nos itens 5.2.1. e/ou no 5.2.2. deste Edital, impedirá que se beneficie das cotas raciais, passando a concorrer às vagas da ampla concorrência.

Ocorre que a parte autora, inscrita no certame para concorrer às vagas na condição de pessoa autodeclarada negra ou afrodescendente, foi considerada não destinatária da política pública do cotas pela Comissão de Acompanhamento da Política de Cotas – CAPPCC (fls. 104):



Pois bem, de início, a parte autora sustenta que apenas o critério da autodeclaração deveria ser utilizado no certame, uma vez que, ao tempo da publicação do edital, não vigia norma prevendo critério diverso (no caso, o Decreto Municipal n. 57.557/2016), porém foi submetida à heteroidentificação.

Segundo o corrêu Município de São Paulo, "*considerando a existência de denúncias sobre possíveis fraudes na autodeclaração, efetivada no momento da inscrição, bem como a necessidade de apuração da veracidade da declaração de pertencimento racial ao grupo negro, negra ou afrodescendente, em atendimento ao artigo 1º da Lei nº 15.939/2013 e ao Decreto nº 57.557/2016, os candidatos constantes da lista específica do NNA com classificação a partir do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

nº 801 foram convocados para apresentação de documentos e comparecimento perante a Comissão de Monitoramento e Avaliação. Embora o edital seja anterior, a convocação dos candidatos a partir de tal posição se deu já sob a vigência do decreto de 2016, sendo ele dotado de aplicabilidade imediata a todos aos integrantes da Administração Pública direta e indireta" (fls. 138).

Ora, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu ser indevido o uso da heteroidentificação como critério para avaliação das cotas nos casos em que não havia previsão normativa ao tempo da publicação do edital, *in verbis*:

"Mandado de segurança. Concurso público. Reserva de vaga para negros, negras e afrodescendentes. Comprovação da correspondência fenotípica. Exigência não prevista no edital do certame. Exigência instituída pelo Decreto nº 57.557/2016 de SP, superveniente ao edital. Concessão da segurança mantida. Recursos, oficial e voluntário, impróvidos" (TJSP; Apelação Cível 1018429-09.2018.8.26.0053; Relator (a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/06/2019; Data de Registro: 19/06/2019); e

"APELAÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO - Município de São Paulo – Vagas destinadas a candidatos negros, negras e afrodescendentes Cotas Autodeclaração Critério estabelecido na Lei Municipal nº 15.939/2013 e no Decreto nº 54.949/2014 – Edital anterior ao Decreto nº 57.557/2016 Procedimento de análise da correspondência entre a autodeclaração e as características fenotípica pelo CAPC – Ilegalidade – Concessão da segurança mantida – Apelação desprovida" (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1047634-20.2017.8.26.0053; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020).

Diverge-se, contudo, desse posicionamento.

Isso porque a Administração Pública, por questão óbvia, tem a prerrogativa de aferir se a declaração corresponde à realidade, afinal, é inaceitável que mera autodeclaração não pudesse ser impugnada ou aferida quanto à sua autenticidade em caso de declaração abusiva ou falsa. E logicamente a avaliação da autodeclaração tem de ser realizada por critério outro que não a mera afirmação do próprio candidato (fenotípico, genético, social etc.), evidentemente interessado na sua prevalência e em nada além disso.

Isto é, com o dever de reconhecer o direito à cota, vem o dever-poder e os meios



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

necessários para bem cumpri-lo.

Tanto é assim que o Decreto Municipal n. 54.949/2014 – **anterior** ao edital, vale notar – prevê em seu art. 4º que o candidato que prestar declaração falsa terá direito ao contraditório e à ampla defesa antes de ser excluído das vagas reservadas, **reconhecendo**, por consequência, que a Administração Pública tem o **dever-poder** de **aferir** se a declaração do candidato é verdadeira:

"Art. 4º Para os efeitos deste decreto, será considerado negro, negra ou afrodescendente, o candidato que assim se autodeclare no momento da inscrição para o respectivo concurso ou seleção pública pelas cotas raciais, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 1º A opção pela participação no concurso ou seleção pública por meio da reserva de vagas garantida pela Lei nº 15.939, de 2013, é facultativa.

*§ 2º Na hipótese de **constatação** de **declaração falsa**, o candidato será eliminado do concurso ou seleção pública e, se houver sido nomeado ou admitido, ficará sujeito à nulidade de sua nomeação e posse no cargo efetivo ou de sua admissão no emprego público, **após procedimento administrativo no qual lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa**, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. "*

Com efeito, a parte autora está equivocada quando defende que o Decreto Municipal n. 57.557/2016 não retroage, dado que o referido decreto **apenas obriga** a realização de exame fenotípico para **todos** os candidatos (o que **antes era reservado** para os casos com suspeita de **fraude**):

*"Art. 15. A verificação da conformidade das situações com a Política Pública de Cotas Raciais de que trata a Lei nº 15.939, de 2013, dar-se-á mediante procedimento de análise da correspondência entre a autodeclaração e as características **fenotípicas** que identifiquem o candidato socialmente como negro e consequente compatibilidade com a política pública de cotas raciais, observado o disposto no artigo 3º deste decreto, constituindo etapa obrigatória dos concursos públicos.*

§ 1º O procedimento de análise terá início imediatamente após a última ou única etapa do certame, abrangendo todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas".

É dizer, a previsão legal de autodeclaração como único critério de verificação era uma disciplina de como a Administração deveria executar a política pública, e **não um direito do administrado de ser avaliado por tal critério em detrimento de outros.**

Nesse sentido, inclusive, decidiu-se:

"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

*PÚBLICO – PROFESSOR MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL – COTA RESERVADA ÀS PESSOAS NEGRAS, PARDAS E AFRODESCENDENTES – AFERIÇÃO FENÓTICA - Pretensão ao reconhecimento de sua condição de negra/parda no concurso público, e sua inclusão na lista de aprovados por cota racial - Candidata submetida à verificação por comissão de avaliação para atestar a veracidade da autodeclaração – Admissibilidade - **Decreto nº 59.949/14 que estabeleceu a possibilidade de controle sobre declarações falsas e a criação de comissão para acompanhamento do efetivo cumprimento da norma - O Decreto 57.557/2016 tão somente tornou a verificação obrigatória** - Edital que menciona expressamente a aplicação da norma regulamentadora - Ausência do preenchimento dos requisitos legais objetivos para ser considerada negra, parda ou afrodescendente – Ausente direito líquido e certo - Precedentes - Sentença denegatória da segurança mantida - Recurso não provido" (TJSP; Apelação Cível 1005316-46.2022.8.26.0053; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022).*

Desse modo, antes ou depois do Decreto Municipal n. 57.557/2016, **é perfeitamente lícito à Administração proceder à verificação do direito à cota, ainda que por critério diverso da autodeclaração.**

Nesse **diapasão**, note-se que o **Pretório Excelso**, ao tratar da política pública federal de cotas, **decidiu** ser "**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" (ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Mister é **destacar**, inclusive, que o Venerando Acórdão em comento abordou **expressamente** a possibilidade de **regulação** da matéria também pelos **demais entes federados**, *in verbis*:

*"Aqui eu concordo também com o que foi dito da tribuna de que a regra vale para todos os órgãos e, portanto, para todos os Poderes. Nós estamos aqui discutindo a validade de uma lei federal, mas, **evidentemente, se afirmamos a validade da lei federal, estaremos afirmando também que os Estados e Municípios podem, quando não, devem seguir a mesma linha**. Portanto, o caso concreto é de lei federal, mas o efeito transcendente do reconhecimento da constitucionalidade me parece fora de dúvida" (excerto de antecipação do voto do Ministro Relator).*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Enfim, "a previsão de controle externo (exercido, 'in casu', pela Comissão de Avaliação) é legítima para coibir que o candidato tenha a prerrogativa inquebrantável de, juiz de si mesmo, decidir, com foros de definitividade, sobre direito que tem previsão legal, finalidade específica e visa a compensar prejuízos discriminatórios, e não a criar privilégios. A propósito, dessa perspectiva, vê-se que, em verdade, o controle externo não é somente uma possibilidade, mas antes dever do Estado, a fim de garantir a correta execução dessa política pública, vale dizer, garantir que as vagas destinadas às cotas sejam ocupadas por seus reais destinatários. Não por outro motivo, o E. STF, no julgamento da ADC acima já citada, ao declarar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/14, cuidou de fixar expressamente que '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'" (TJSP; Apelação Cível 1000234-45.2020.8.26.0169; Relator (a): Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Duartina - Vara Única; Data do Julgamento: 21/10/2020; Data de Registro: 21/10/2020).

Até aqui, pois, não há mínima inconstitucionalidade ou ilegalidade a ser considerada, isto é, agiu o Poder Público nos limites do quanto legalmente prescrito e constitucionalmente amparado.

III

III.1

Forte nessas premissas, caso é de acolher a ação, porquanto demonstrado que ostenta a parte autora diversos traços fenotípicos que permitem concluir ter sido lídima sua inscrição no certame para nele concorrer na condição de pessoa parda, o que coloca em xeque a decisão administrativa que não reconheceu a parte autora como destinatária da política pública.

Deveras, essa é a conclusão a que se chega por meio de exame das imagens de fls. 82, 83, 93/96, tanto pelo formato do nariz e cor da pele, quanto pelo fenótipo dos familiares:



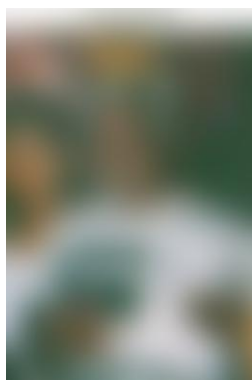
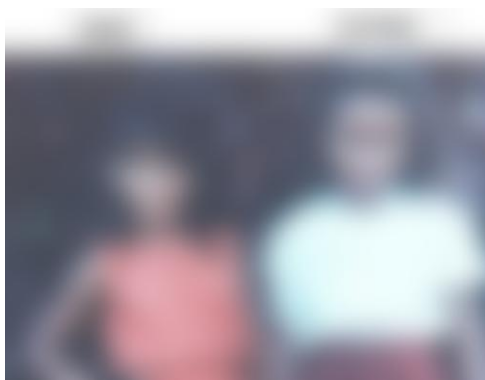
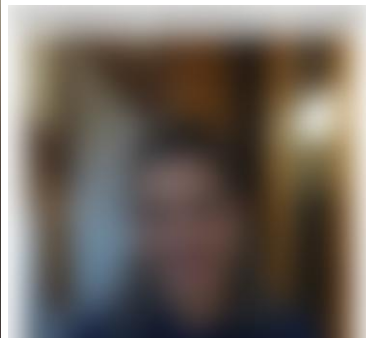
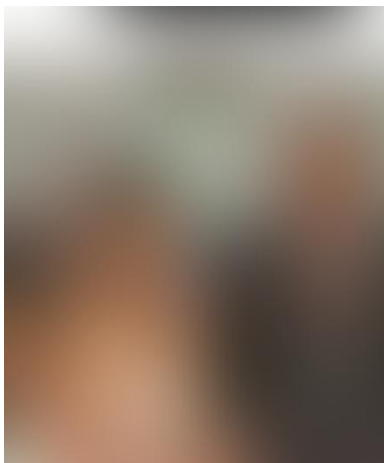
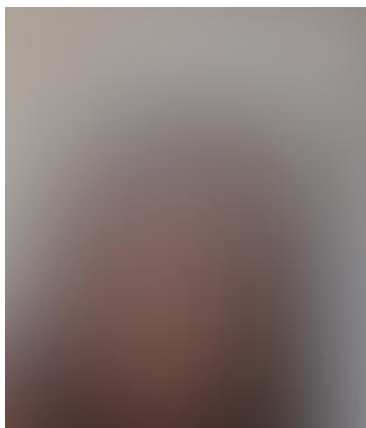
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br



Ora, é impossível afirmar que a autora é pessoa branca. Trata-se de fato de constatação evidente. Tão evidente que, ao ser cadastrada como professora na rede estadual de ensino, a autora foi indicada como sendo pessoa parda (fls. 250):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

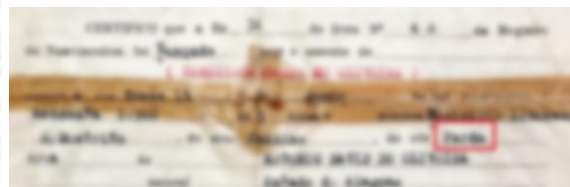
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br



Corroborar isso as certidões de nascimento a fls. 80 e 254, que indicam ser consideradas tanto a parte autora como sua mãe pessoas de cor **parda**:



III.2

Lado outro, a Comissão de Acompanhamento da Política de Cotas (CAPPC) aqui decidiu de forma **imotivada**, pois o fez – repita-se – de modo **genérico**, sem atentar para as **especificidades** da parte autora, daí **não** poder prevalecer sua conclusão, tal qual, inclusive, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça **em mais de uma oportunidade**:

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – COTAS RACIAIS - Pretensão mandamental voltada à anulação do ato administrativo de desclassificação, com a sua consequente inclusão na lista aprovados cotistas ou, subsidiariamente, pela reserva de vagas – admissibilidade - 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 – ausência de fundamentação do ato administrativo - impossibilidade da exclusão da candidata embasada em considerações genéricas que não infirmam os demais elementos coligidos aos autos – sentença de concessão da ordem de segurança mantida – Recursos, oficial e voluntário da Municipalidade, desprovidos" (TJSP; Apelação Cível 1045137-23.2023.8.26.0053; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/02/2024; Data de Registro: 09/02/2024);



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

"MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público para provimento do cargo de Professor de Educação Infantil – Candidata desclassificada do certame 'por não ter sido considerada pessoa negra' pela Comissão Avaliadora – A Administração Pública tem discricionariedade na tomada de suas decisões, podendo estabelecer regras do concurso público da forma que melhor lhe aprouver, desde que o faça no exercício de sua competência, visando ao interesse público, e nos termos da lei – Ocorre que o ato administrativo que excluiu a candidata da lista referente às vagas destinadas à cota racial não se encontra devidamente motivado, pois a Comissão Avaliadora se limitou a dizer, de maneira genérica, que a candidata não apresenta características fenotípicas aptas a identificá-la socialmente como pessoa negra – Recurso e reexame necessário improvidos" (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1014012-71.2022.8.26.0053; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/11/2022; Data de Registro: 11/11/2022).

Realmente, "a Administração Pública deixou de justificar e cotejar fundamentadamente quais características do requerente condizem ou não com o fenótipo do que se entende por população parda. Não basta a mera afirmação genérica de que o candidato não se enquadra no fenótipo previsto na norma vigente, bem como que o ato administrativo estava em conformidade com as leis e o edital de concurso. Há de se demonstrar quais as características específicas do requerente que conduzem ao indeferimento do pedido de reserva de vagas, ainda mais se levarmos em consideração a população brasileira que possui diversos fenótipos de pardos, de acordo com o IBGE¹. Nesse ponto, ressalta-se que a doutrina esclarece que os atos administrativos são constituídos por cinco elementos, quais sejam: a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. Dessa forma, amparando-se nas lições de Carvalho Filho, é forçoso que o ato administrativo apresente de forma fundamentada as razões de fato que o justificaram: 'Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade, e a razão não é difícil de

¹ Aqui, vem a calhar o quanto o Ministério Público já manifestou, para hipótese similar em processo deste Juízo: E, realmente, arguta e precisamente se observou no mesmo parecer que "são inúmeros os fenótipos de pardos brasileiros, segundo o próprio IBGE, não existindo explicitação em lei das características específicas que seriam necessárias para a caracterização de um pardo para cotas, até porque somente LEI poderia fazê-lo, inexistindo, por ora, discrimen entre pardos na legislação em vigor, não se prestando a tal quaisquer editais, decretos, resoluções ou demais regulamentos infralegais. Aliás, nos dados do IBGE, não se constata qualquer subdivisão dos pardos em subgrupos, o que fortalece a tese de que qualquer discrimen em razão de determinado fenótipo pardo implica afronta à Constituição Federal e à própria legislação que garante as cotas" (fls. 276/277 do processo de autos n. 1072060-52.2024.8.26.0053).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

conceber: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados' (CARVALHO FILHO, José dos Santos.

Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 113-117). Todavia, na hipótese vertente, observa-se que o ato administrativo que excluiu o candidato não está devidamente motivado, deixando de especificar os critérios adotados para alijá-lo da política de cotas, em sentido contrário aos elementos probatórios (fotografias e documento pessoal), que corroboram a autodeclaração da pessoa como parda. Em outros termos, os motivos genéricos elencados pela administração, tais como vieram na peça informativa, não subsidiam o ato de exclusão do candidato, impondo óbice, inclusive, ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, o que autoriza, em caráter excepcional, a declaração de invalidade" (TJSP; Apelação Cível 1019622-49.2024.8.26.0053; Relator (a): Martin Vargas; Órgão Julgador: 10ª

Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2024; Data de Registro: 24/10/2024).

Para corroborar, na sentença proferida nos autos n. 1060037-45.2022.8.26.0053, que cuidava também do concurso para professor da educação infantil, foi assentado que "*a irregular aferição realizada pela CAPCC carece de motivação, pontuando apenas que 'não foi identificada como destinatária da política, pois seu conjunto de características fenotípicas não possibilita, identifica-la socialmente como negra' (fl. 119). Verifica-se que não houve apontamento de qualquer característica específica da autora que conduziu a comissão avaliadora a tal conclusão*" (fls. 142 daqueles autos).

III.3

E a falta de apresentação das razões em Juízo é despida de qualquer fundamento, dado que o Decreto Municipal n. 57.557/16, que revogou o Decreto Municipal n. 54.949/14, determina que a CAPPCC deverá "*instruir e elaborar o relatório final do procedimento de análise da correspondência entre a auto declaração e as características fenotípicas que identifiquem o candidato socialmente como negro e sua consequente compatibilidade com a política pública de cotas raciais*" (art. 16, I).

Com efeito, o certame objeto da ação é regido, entre outras normas, pelo Decreto Municipal n. 57.557/16 (mesmo sendo ele anterior ao edital, conforme alhures assentado nesta sentença), que **impõe** a feitura de um relatório **fundamentado** sobre as **características fenotípicas** dos candidatos:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

"Art. 3º Para os efeitos deste decreto, negros, negras ou afrodescendentes são as pessoas que se enquadram como pretos, pardos ou denominação equivalente, conforme estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, considerando-se a autodeclaração.

§ 1º A autodeclaração não dispensa a efetiva correspondência da identidade fenotípica do candidato com a de pessoas identificadas socialmente como negras.

§ 2º O vocábulo 'afrodescendente' deve ser interpretado como sinônimo de negro ou negra.

§ 3º A expressão 'denominação equivalente' a que se refere o 'caput' deste artigo abrange a pessoa preta ou parda, ou seja, apenas será considerada quando sua fenotípica a identifique socialmente como negra.

(...)

*Art. 16. Fica instituída, na Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania, sob a coordenação do Departamento de Promoção da Igualdade Racial, da Coordenadoria de Promoção e Defesa de Direitos Humanos, a **Comissão de Acompanhamento da Política Pública de Cotas – CAPPC, incumbindo-lhe**;(Redação dada pelo Decreto nº 58.079/2018)*

*I - **instruir e elaborar o relatório final do procedimento de análise da correspondência entre a auto declaração e as características fenotípicas que identifiquem o candidato socialmente como negro e sua consequente compatibilidade com a política pública de cotas raciais**;(Redação dada pelo Decreto nº 58.079/2018)*

II - compilar dados, avaliar os resultados, acompanhar e propor medidas para o efetivo cumprimento da Lei nº 15.939, de 2013;(Redação dada pelo Decreto nº 58.079/2018)

III - encaminhar ao Prefeito, anualmente, no mês de abril, relatório sobre a execução da Lei nº 15.939, de 2013.(Redação dada pelo Decreto nº 58.079/2018)

(...)

Art. 18. A partir da instrução produzida, será avaliado se o fenótipo do candidato é expressão real do conceito definido no artigo 3º deste decreto.

§ 1º No caso de suspeita de que a declaração do candidato não condiz com sua fenotípica, após o comparecimento pessoal, será dado prazo não inferior a 48 (quarenta e oito) horas para sua manifestação escrita, podendo juntar outros documentos e todos os meios de prova em direito admitidas.

*§ 2º Se a CAPC concluir que o candidato não é destinatário da política pública de cotas raciais, deverá opinar, **em relatório devidamente fundamentado**:*

I - no caso de fraude e má-fé, pela eliminação do concurso público e comunicação do fato ao Ministério Público;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

II - quando não constatada a má-fé, especialmente diante da existência de dúvida razoável por parte do candidato quanto à conceituação prevista no artigo 3º deste decreto, pela sua exclusão da lista de cotas, porém mantendo-o no concurso público, na lista da ampla concorrência.

Art. 19. Finalizado o procedimento de análise da correspondência, o relatório conclusivo daí resultante deverá ser imediatamente enviado ao titular do órgão da Administração Direta ou da entidade da Administração Indireta responsável pela realização do concurso público, que deverá decidir, por despacho, em até 5 (cinco) dias úteis".

Como se vê, a CAPPCC deve elaborar **relatório final** do procedimento de análise da correspondência entre a autodeclaração e as **características fenotípicas** que identifiquem o candidato socialmente como negro, **devidamente fundamentado**.

Tais relatórios foram apresentados em Juízo (fls. 155/171), porém eles não servem para fundamentar a exclusão da parte autora da cota racial atinente ao concurso de que participou, já que **não** apresentaram as razões afetas à "**correspondência entre a auto declaração e as características fenotípicas que identifiquem o candidato socialmente como negro**" (art. 16, I, do Decreto Municipal n. 57.557/16).

Nesse diapasão, de **nada** servem as considerações (vagas, genéricas, padronizadas) lançadas nos relatórios aqui considerados (fls. 161/162, 166 e 170) e é em razão desse vazio deixado pela decisão administrativa, **despida** de motivação, que se mostra **adequado** invocar aqui parte dos fundamentos lançados no voto do iminente Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 41/DF, *in verbis*:

*"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.**"*

Esse critério de **prevalência** da autodeclaração nos casos de incerteza não tem força vinculante, evidentemente, pois mera razão de decidir (STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017). Ainda assim, tal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621,
 São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

critério **supre** a lacuna deixada pelo reconhecimento de estar maculada a decisão administrativa, pois **sem** motivação, daí porque, **no presente caso, deve prevalecer a autodeclaração da parte autora**, eis que **corroborada** pelas provas documentais suso consideradas.

Nesse contexto, a expertise técnica e isonomia - garantidas pela decisão de uma comissão especialmente constituída para resolução de todos os casos, que justificam um controle judicial contido -, **perdem** espaço face à **arbitrariedade de uma decisão sem motivação**, que silencia ante **relevantes** elementos indicativos de que faria a parte autora jus à política pública.

Vê-se, então, ter-se pautado a decisão administrativa pela **falta de motivação**, pois, embora o princípio da vinculação ao edital seja relevante, a sua aplicação é contrária ao direito, levando a uma arbitrariedade, o que implicaria na violação do direito da parte autora. Não é aceitável do ponto de vista jurídico, tampouco compatível com o interesse público, o indeferimento da inscrição da parte autora, **sem qualquer explicação** do porquê disso no sistema de concorrência destinado aos candidatos pretos e pardos.

IV

Ante a existência já agora não apenas de verossimilhança das alegações da parte autora, mas da certeza do direito alegado, além do perigo da demora, pois não se sabe o andamento do concurso, caso é de conceder a tutela provisória.

Defiro, pois, a tutela provisória de para determinar seja a parte autora reincluída de imediato no concurso público na condição de cotista pela condição de pessoa parda.

Autorizo sirva esta sentença como ofício a fim de ser diretamente encaminhada pela parte autora, ou por quem a representa, ao órgão público da parte ré apto a dar-lhe cumprimento.

V

Posto isto, extingo o processo sem apreciação do mérito quanto à corrê **Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Vunesp** nos termos do art. 485, VI, do C.P.C., e, no mais, julgo procedente a ação proposta por ----- em face da **Municipalidade de São Paulo** para o fim de anular o ato de desclassificação da parte autora da lista especial destinadas às pessoas de cor preta e parda e determinar seu reingresso no concurso na condição de cotista nesta condição.

Pela sucumbência, condeno a parte ré ao pagamento das custas, das despesas

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: (11) 3489-6621,
São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

processuais e de honorários de advogado de R\$ 3.500,00, com fundamento no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, sendo que pagará a autora à Fundação VUNESP honorários do mesmo valor, observada quanto à sua exigibilidade a assistência judiciária gratuita concedida.

Não há reexame necessário. P.R.I.

e C..

São Paulo, 11 de março de 2025.

Randolfo Ferraz de Campos
Juiz^(a) de Direito