



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000686502

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072172-55.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante -----, é apelado FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNESP – VUNESP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), RUBENS RIHL E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 30 de julho de 2024.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APEL. Nº: 1072172-55.2023.8.26.0053

COMARCA: São Paulo

APTE.: -----

APDA.: Fundação para o Vestibular da UNESP VUNESP

Interessado: Diretor Presidente da VUNESP

Juíza: Paula Micheletto Cometti

VOTO Nº: 31590

MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público – Cargo de Professor de Ensino Fundamental e Médio Eliminação do candidato do certame por falsidade de autodeclaração de pessoa parda – Indeferimento da autodeclaração de heteroidentificação como parda da impetrante pela comissão do certame Edital que, ao prever o sistema de pontuação diferenciada para candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, prevê a eliminação do candidato apenas quando constatada a falsidade da autodeclaração, o que não foi evidenciado Decisão administrativas sem adequada motivação Impossibilidade de exercício do contraditório Não observância da tese fixada no julgamento da ADC nº 41 Documentos juntados com a petição inicial que se mostram em conformidade com a declaração apresentada, o que afasta eventual alegação de má-fé – Concessão parcial da segurança Recurso provido em parte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 461/465 que denegou a segurança pleiteada por ----- contra ato do Diretor Presidente da VUNESP, que o eliminou do Concurso Público para provimento de vagas do cargo de Professor de Ensino Fundamental e Médio, do Quadro do Magistério da Secretaria de Estado da Educação, tendo em vista o indeferimento de sua heteroidentificação pela comissão do certame.

Sustenta o apelante que não pretende adentrar no mérito dos critérios utilizados pela comissão de heteroidentificação para determinar se uma pessoa é parda ou não. Afirma que o presente recurso se insurge contra a sua eliminação do certame por falsificação da declaração sem qualquer comprovação de que tivesse agido de má-fé e torpeza em tentar se beneficiar ilicitamente do sistema de pontuação diferenciada (PPI), não permitindo sequer que ele disputasse uma vaga pela ampla concorrência. Alega que, ainda que a comissão de heteroidentificação não o considere como pardo, fato é que analisaram a ascendência dele e puderam verificar que é filho de mãe negra e pai pardo, requisito fundamental para, ao menos,

2
o indivíduo se autoconsiderar pardo, o que demonstra a sua boa-fé. Argumenta que a sua eliminação com base na falsificação de autodeclaração foi abusiva e desproporcional, notadamente porque a má-fé exige comprovação, o que não ocorreu, destacando que tal declaração está embasada em sua ascendência, conforme anteriormente mencionado, portanto, deveria ter sido ao menos permitindo que ele continuasse no certame disputando uma vaga pela ampla concorrência. Pede provimento ao recurso (fls. 470/481).

Recurso tempestivo, com preparo (fls. 482/484 e certidão de fls. 523); não foram apresentadas contrarrazões (certidão de fls. 522).

Manifestação da D. Procuradoria de Justiça a fls. 530/534 pelo provimento em parte do recurso “*a fim de determinar a reintegração do candidato no certame para concorrer apenas na lista geral de ampla concorrência, sem o benefício da pontuação diferenciada assegurado aos cotistas raciais*”.

É o relatório.

O impetrante apontou ter se inscrito no concurso público,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para provimento ao cargo de Professor de Ensino Fundamental e Médio - Matemática, promovido pela Secretaria de Educação do Estado de São Paulo e aplicado pela banca examinadora VUNESP (fls. 31/196) e que optou por concorrer às vagas destinadas a pessoas pardas/pretas através “Sistema de Pontuação Diferenciada para Pretos, Pardos e Indígenas”, tendo em vista ser pessoa parda, filho de mãe negra e pai pardo (fls. 16/30).

Informou que, realizada a prova objetiva, a comissão de heteroidentificação convoca o candidato para avaliação presencial, o que ocorreu no dia 20/08/2023, na FUNDAÇÃO VUNESP _ CDV, ocasião em que foi questionado por videoconferência sobre seus fenótipos e liberado.

No entanto esclareceu que, ao entrar na área do candidato no site da VUNESP, foi surpreendido ao ver constar sua eliminação com base no item 24 do capítulo 7 que cuida exatamente do Sistema de Pontuação Diferenciada para Pretos, Pardos e Indígenas, isto é, foi eliminado por falsidade na autodeclaração (fls. 264).

Por entender que o ato proferido pela comissão de concurso ³ foi irregular, uma vez que cumpre os requisitos estabelecidos pelo IBGE e pelo edital do concurso, ingressou em juízo pleiteando fosse afastado o ato administrativo que o eliminou do certame, determinando a sua inclusão na lista de classificação obtida pelo uso do Sistema de Pontuação Diferenciada para Pretos, Pardos e Indígenas ou, alternativamente, a sua participação pela ampla concorrência, tendo em vista não ter agido de má-fé ao se declarar pardo, tampouco agido com a intenção de fraudar o sistema de pontuação diferenciada para se beneficiar, pretensão não acolhida pelo juízo de 1º grau, o que ensejou a interposição do recurso ora em análise.

A Lei nº 12.990/14, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo STF (Pleno, ADC nº 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 8.6.2017, DJe 16.8.2017), prevê que a condição de preto ou pardo será afirmada em autodeclaração, mas essa declaração está sujeita a declaração de falsidade:

“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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”.

O quesito cor ou “raça” utilizado pelo IBGE é assim explicado em publicação daquele órgão:

“A classificação racial atualmente empregada pelo IBGE distingue as variedades pela característica 'cor da pele', que pode ser branca, preta, amarela e parda, a única exceção sendo a categoria indígena, introduzida no Censo Demográfico 1991” (OSORIO, Rafael Guerreiro, “A classificação de cor ou raça do IBGE revisitada” in Estudos e Análises – Informação Demográfica e Socioeconômica n. 2, Rio de Janeiro, IBGE, 2012, p. 87. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>).

É, portanto, uma classificação fenotípica e, mais do que isso,⁴ uma classificação fenotípica sem critérios “fechados” do que caracteriza cada um dos fenótipos. Ainda assim, permite a constatação da falsidade da autodeclaração, o que o Edital prevê, no Capítulo 7, com a Comissão de Heteroidentificação:

“15. A veracidade da autodeclaração de que trata o item 4.1 será objeto de verificação pela Comissão de Heteroidentificação, constituída pela Fundação Vunesp.

16. Na aferição da veracidade da autodeclaração de candidatos pretos e pardos será verificada a fenotipia (aparência) e, caso subsistam dúvidas, será considerado o critério da ascendência.

17. Para comprovação da ascendência será exigido do candidato no momento da inscrição a apresentação de documento idôneo, com foto, de pelo menos um de seus genitores, em que seja possível a verificação do preenchimento do requisito previsto para habilitação ao sistema de pontuação diferenciada.

18. Caso a Comissão de Heteroidentificação, constituída



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela Fundação Vunesp entender que a documentação entregue pelo candidato não é suficiente para a sua decisão, o candidato será convocado para o procedimento de heteroidentificação presencial, por meio de Edital específico que será publicado oficialmente na Imprensa Oficial do Estado (www.imprensaoficial.com.br), e disponibilizado, como subsídio, no Portal de Concursos Públicos do Estado (www.concursopublico.sp.gov.br) e nos sites da Secretaria da Educação (www.educacao.sp.gov.br) e da Fundação VUNESP (www.vunesp.com.br), não podendo ser alegada qualquer espécie de desconhecimento.

(...)

24. Constatada a falsidade da autodeclaração, o candidato será eliminado deste Concurso, conforme previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015.” (em especial fls. 67/68).

O termo fenótipo pode ser definido, em tradução livre, como "o conjunto de características observáveis de um indivíduo decorrente da interação com seu genótipo e com o ambiente" (<https://en.Oxforddictionaries.com>), sendo, em regra, apontadas como características observáveis: morfológicas, fisiológicas e comportamentais.

Verifica-se às fls. 264 que a Comissão de Avaliação limitou-se a decidir que “O/A candidato/a não possui nem isoladamente e nem em conjunto as características fenotípicas da população negra e, PORTANTO, não atende a política pública objeto deste concurso”.

Não se discute a possibilidade de a Comissão de Avaliação afastar a autodeclaração do candidato, mas ao fazê-lo deve indicar os critérios objetivos que levaram à decisão, motivadamente.

Isto porque a ausência de fundamentação da decisão, ou seja, a falta de indicação dos motivos que levaram a considerar que o impetrante não tinha fenótipo pardo impede a aferição dos elementos que embasam a conclusão e seu controle, podendo levar à sua anulação, porque impede o exercício do contraditório, o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que foi afirmado pelo STF ao condicionar a possibilidade de heteroidentificação em concursos públicos:

“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” (Pleno, ADC nº 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 8.6.2017, DJe 16.8.2017).

Além disso, importante destacar, ainda, que a comissão de heteroidentificação não explicitou as razões pelas quais concluiu pela falsidade da autodeclaração, o que também torna a decisão nula por ausência de fundamento idôneo.

Diante disso, verifica-se que o ato impugnado apenas contém o resultado da avaliação e não foi apresentada motivação apta a afastar o teor da declaração apresentada pelo candidato, ora recorrente no certame, o que, na hipótese

dos autos, considerada a prevalência da autodeclaração (ADC nº 41) e a inexistência de má-fé do candidato, torna ilegítima a sua exclusão do concurso público, diante do disposto pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 1.259/2015, expressamente indicado no item 24 do Capítulo 7 do edital, anteriormente mencionado.

Por fim, conforme pontuado pela D. Procuradoria de Justiça em seu parecer, *“há de se reconhecer o direito líquido e certo do candidato excluído das cotas raciais, isto é, do benefício da pontuação diferenciada, ante a descaracterização da condição alegada, de poder ao menos continuar concorrendo na lista geral de ampla concorrência com a nota obtida sem a pontuação diferenciada.*

Com efeito, quanto à exclusão total do certame, em princípio não se desconhece a importância da cominação de sanções no edital para coibir fraudes em autodeclarações firmadas nos concursos públicos, porém não é o que se vê no caso em tela, uma vez que não há demonstração de má-fé do candidato ora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelante, em suposta falsificação de sua autodeclaração como pardo, até porque pairam dúvidas o seu fenótipo realmente condiz com o de cotista beneficiário da ação afirmativa de pontuação diferenciada.

Há de se consignar, ademais, que o candidato apelante já foi apenado pela descaracterização como afrodescendente, com a sanção de sua imediata exclusão do benefício da pontuação diferenciada dos candidatos cotistas raciais, que se caracterizarem como negros/índios/pardos.

Compulsando-se os termos do edital em questão, não se vislumbra uma clara previsão no sentido de que o indeferimento da inscrição como cotista racial, por falta de requisitos formais, ou mesmo, no caso em exame, de que a simples descaracterização da condição de cotista em entrevista de heteroidentificação constituiria fundamento para exclusão total do certame, notadamente em vista de demais elementos constantes dos autos indicando a boa-fé do apelante, pairando dúvidas sobre o seu fenótipo.” (em especial fls. 552, com destaque original)

E, no caso, as fotografias do impetrante e de seus genitores ⁷ (fls. 16/26) corroboram a sua autodeclaração como pessoa parda, afastando a existência de fraude e reafirmando a sua boa-fé.

Assim sendo, merece reforma a r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, para acolher o pedido alternativo formulado na inicial e assegurar ao impetrante a possibilidade de reintegração ao certame para concorrer na lista geral de ampla concorrência, destacando que o recorrente não se insurgiu contra a decisão administrativa que não reconheceu nele as características fenotípicas da população negra, que permitam que ele se beneficie do sistema de pontuação diferenciada.

Para efeito de prequestionamento anoto que não houve violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal, especialmente às normas invocadas pelas partes na demanda, destacada a desnecessidade de indicação explícita aos artigos mencionados (nesse sentido: RSTJ 15/233, 30/341, 64/183).

Ante o exposto, meu voto é pelo parcial provimento do recurso do impetrante, nos termos acima delimitados, sem condenação a honorários (conforme disposto pelo enunciado das Súmulas de número 105 do Superior Tribunal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Justiça – STJ e 512 do Supremo Tribunal Federal – STF, com interpretação consolidada no art. 25 da Lei nº 12.016/09).

Luís Francisco Aguilar Cortez

Relator