

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030297-28.2015.4.04.0000/RS

RELATOR : RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
AGRAVANTE : SILVIA DA ROCHA DUARTE
ADVOGADO : FABRICIO DIAS EIFLER
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH
: INSTITUTO AOCF

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS. AFRO-DESCENDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTIDOS NO EDITAL DO CONCURSO. LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

- Sendo o edital do concurso claro ao adotar o **fenótipo** - e não o genótipo - para a análise do grupo racial, não resta demonstrada arbitrariedade na decisão da Comissão, que, seguindo os termos estritos do dispositivo mencionado, procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afro-descendentes, reputando-os não preenchidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de novembro de 2015.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7895747v6** e, se solicitado, do código CRC **79328CEC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Data e Hora: 05/11/2015 17:45

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030297-28.2015.4.04.0000/RS

RELATOR : RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA

AGRAVANTE : SILVIA DA ROCHA DUARTE
ADVOGADO : FABRICIO DIAS EIFLER
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSE
: INSTITUTO AOCP

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação ordinária ajuizada por Silvia da Rocha Duarte objetivando sua admissão para participar do concurso público da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSE nas vagas destinadas a negras e pardas, indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, que estão presentes a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 273 do CPC. Refere que foi aprovada em concurso público para a área assistencial no cargo de farmacêutica em vagas destinadas aos que se declararam pretos ou pardos, tendo assinado declaração e colhido fotografia exigida pelo edital, mas teria sido indevidamente desclassificada como "cotista" em razão de a banca examinadora não ter considerado que apresentasse traços fenotípicos adequados. Postula a antecipação da pretensão recursal.

Inicialmente convertido o agravo de instrumento em retido (evento 2), foi interposto agravo (evento 08) e reconsiderada a decisão para indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (evento 11).

A parte agravada apresentou contraminuta (evento 19).

É o relatório.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7895745v4** e, se solicitado, do código CRC **C9FE5110**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Data e Hora: 05/11/2015 17:45

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030297-28.2015.4.04.0000/RS

RELATOR : RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA

AGRAVANTE : SILVIA DA ROCHA DUARTE

ADVOGADO : FABRICIO DIAS EIFLER
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH
: INSTITUTO AOCP

VOTO

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de analisar pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado pela autora, no sentido de que seja admitida a sua participação em concurso público realizado pela ré, concorrendo às vagas reservadas aos candidatos que se declararam negros, conforme dispõe a Lei 12.990/14.

Autos conclusos para análise da liminar.

Passo a fundamentar.

Insurge-se a parte autora contra ato praticado pela Comissão Avaliadora que, no âmbito do concurso público realizado pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Edital 03/2015), determinou sua exclusão da lista de candidatos que concorriam às vagas destinadas às quotas raciais, cuja reserva foi determinada pela Lei 12.990/14.

*Conforme desponta da inicial, a exclusão foi motivada pelo não atendimento ao disposto no subitem 5.7.2 do Edital de Abertura, segundo o qual o **fenótipo** apresentado pelo candidato em foto tirada no momento da entrevista seria um dos fatores considerados para confirmar a possibilidade de o candidato prosseguir no certame concorrendo às vagas destinadas as pessoas autodeclaradas pretas e pardas.*

Disponha o Edital:

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 preta ou parda;

b) autodeclaração assinada pelo(a) candidato(a) no momento da Entrevista de confirmação da autodeclaração como negro, ratificando sua condição de pessoa preta ou parda, indicada no ato da inscrição;

*c) **fenótipo** apresentado pelo(a) candidato(a) em foto(s) tirada(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 indicados 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).

Em primeiro lugar, deve ser firmado que o STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF, ao mesmo tempo em que firmou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, pronunciou-se especificamente sobre a legitimidade do sistema misto de identificação, no qual o enquadramento do candidato como negro (preto ou pardo) não é efetuado exclusivamente com base na autodeclaração do candidato, sendo essa declaração posteriormente analisada por terceiro, normalmente por um comitê ou comissão especialmente designado para esse fim.

Percebe-se, dessa forma, que já existe pronunciamento expresso da Suprema Corte contrário ao entendimento de que o sistema de autoidentificação do candidato deve necessariamente prevalecer sobre o sistema de heteroidentificação, sendo ambos válidos, desde que observados certos requisitos.

Sobre o tema destaco o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo, em que a questão foi abordada:

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar

também se os instrumentos utilizados para sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

'A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas - há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por **fenótipo** e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos'.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

No caso concreto, o sistema de identificação utilizado observa os critérios acima propostos, na medida em que: a) a avaliação pela comissão (heteroidentificação) é feita em momento posterior à autoidentificação do candidato, não ficando o enquadramento predominantemente nas mãos daquela; b) o comitê faz a avaliação da candidata segundo critérios fenotípicos, e não por ascendência, com base em fotografias da candidata obtidas pela equipe do Instituto AOCF.

Quanto a esses aspectos, cumpre ainda trazer à discussão as considerações feitas pelo Minsitro Luiz Fux, também no julgamento da ADPF 186, justificando não apenas a opção pelo critério de análise de **fenótipo**, ao invés do critério de ancestralidade genômica, como também a legitimidade da criação de comitês de avaliação, especialmente como forma de impedir eventuais abusos de um sistema que fosse exclusivamente autodeclarativo.

A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil. Nesse cenário, o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu **fenótipo**, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.

Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um 'Tribunal Racial'. O tom pejorativo e ofensivo empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pela UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A

referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior.

Posta a questão nesses termos, conclui-se ser legítima a instituição de um comissão de controle que, opondo-se a autodeclaração do candidato, negue seu enquadramento na condição de negro (preto ou pardo), toda vez que concluir pela ausência das características fenotípicas exigidas para tanto.

Portanto, tenho que deve ser respeitada, prima facie, as conclusões da comissão do concurso, salvo hipóteses em que fique flagrantemente demonstrado o equívoco da decisão, na medida em que o candidato, estreme de dúvida, possua características fenotípicas que o identifiquem como negro (preto ou pardo). Esse Juízo, inclusive, em outras demandas, concedeu antecipação de tutela exatamente por entender que os candidatos claramente deveriam ser identificados como negros (pretos ou pardos) com base nos registros fotográficos juntados aos autos, não se mostrando razoável a decisão tomada pela comissão de avaliação.

No caso em tela, diferentemente, a partir das fotografias acostadas com a inicial, não parece razoável afirmar, estreme de dúvida, que a autora possui características físicas próprias de pessoa negra (preto ou pardo). No mínimo, há dúvida razoável por parte do Juízo quanto à classificação pretendida, caso em que deve ser prestigiada a decisão da comissão, mantendo-se o indeferimento da pretensão da autora de concorrer às vagas reservadas a pessoas negras.

*Ante o exposto, **indefiro** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.*

Defiro, contudo, o benefício da assistência judiciária gratuita.

Intimem-se.

Citem-se as rés.

Contestada a ação, vista à parte autora para réplica, pelo prazo de 10 (dez) dias.

No prazo da réplica, manifeste-se a parte autora, conclusivamente, sobre as provas a produzir, especificando-as, se for o caso.

Não havendo requerimento de provas, entender-se-á que a parte autora concorda com o julgamento antecipado da lide.

(processo de origem, evento 3)

*Como se vê, o Edital é claro ao adotar o **fenótipo** - e não o genótipo - para a análise do grupo racial. Portanto, não se pode falar em arbitrariedade na decisão da Comissão de Validação de Autodeclaração, que, seguindo os termos estritos dos dispositivos mencionados, procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos.*

Assim, não bastava apenas a autodeclaração, fazendo-se necessário averiguar o preenchimento dos demais requisitos contidos no Edital.

Tal procedimento se mostra razoável, pois visa a evitar o uso indevido da autodeclaração e garantir a efetividade do princípio da isonomia.

A decisão da Comissão de Validação de Autodeclaração, por conseguinte, não se mostra irrazoável quando reputou não apresentar o requerente características de identificação com o grupo de afrodescendentes.

Cumpra consignar ainda que a Administração, no exercício dos seus poderes vinculado e discricionário, enquanto consectários da legalidade, não é passível de substituição pelo Judiciário, isto é, não pode o julgador se imiscuir no merecimento ou mérito do ato administrativo.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS. AFRO-DESCENDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTIDOS NO EDITAL DO CONCURSO.

*LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DA UFSC. IMPROCEDÊNCIA. 1. Hipótese na qual o Edital do concurso foi claro ao adotar o **fenótipo** - e não o **genótipo** - para a análise do grupo racial, não restando demonstrada arbitrariedade na decisão da Comissão, que, seguindo os termos estritos do dispositivo mencionado, procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afro-descendentes, reputando-os não preenchidos, coadunando-se as conclusões desta equipe com a imagem presente nos registros fotográficos carreados ao processo eletrônico que não identificam o postulante com os traços fenotípicos do grupo negro. Demonstrada, portanto, a legitimidade do ato administrativo levado a cabo pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. 2. Apelação improvida. (TRF4, AC 5008908-91.2010.404.7200, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 03/08/2012)*

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. COTA RACIAL. UFSM. AUTODECLARAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. . Não há ilegalidade na adoção de critério misto ou complexo para aferição da condição de 'candidato afro-brasileiro negro', já que o método encontrado pela Universidade para distinção dos cotistas não delega ao aluno a prerrogativa inquebrantável para, juiz de si mesmo, decidir, com foros de definitividade e sem qualquer juízo posterior, sobre o seu próprio enquadramento na reserva de cotas - e nem poderia fazê-lo - sob pena de, aí sim, ser necessária intervenção judicial para corrigir a violação dos princípios norteadores do sistema de inclusão. . Não há motivos para que sejam desconsideradas as conclusões da comissão própria, que está diante do conjunto de candidatos incluídos na cota, e pode, comparativamente, aquilatar quem compõe o universo de preteridos sociais que necessitam de ação afirmativa. . Apelação a que se dá provimento, para julgar improcedente a ação. (TRF4, AC 5006419-50.2011.404.7102, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 07/08/2015)

Destarte, não vejo motivos para alterar a decisão agravada, uma vez que todos os fundamentos para o julgamento do recurso foram expressamente apontados.

Assim, ausente fato ou fundamento novo, capaz de infirmar a decisão hostilizada via agravo legal, impõem-se a manutenção da decisão recorrida.

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

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7895746v3** e, se solicitado, do código CRC **F2A5FE4C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Data e Hora: 05/11/2015 17:45

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 04/11/2015

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5030297-28.2015.4.04.0000/RS

ORIGEM: RS 50049977420154047110

INCIDENTE : AGRAVO
RELATOR : Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
PRESIDENTE : FERNANDO QUADROS DA SILVA
PROCURADOR : Dr Jorge Luiz Gasparini da Silva
AGRAVANTE : SILVIA DA ROCHA DUARTE
ADVOGADO : FABRICIO DIAS EIFLER
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH
: INSTITUTO AOCP

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 04/11/2015, na sequência 37, disponibilizada no DE de 22/10/2015, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

RELATOR : Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
ACÓRDÃO
VOTANTE(S) : Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA
: Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA
: Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
AUSENTE(S) : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER

José Oli Ferraz Oliveira
Secretário de Turma

Documento eletrônico assinado por **José Oli Ferraz Oliveira, Secretário de Turma**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7946394v1** e, se solicitado, do código CRC **9CA2ADFC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): José Oli Ferraz Oliveira
Data e Hora: 04/11/2015 18:48
