



TRF - 2ª Região

**INFOJUR**Informativo de  
Jurisprudência

### **AÇÕES AFIRMATIVAS**

*A Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito. Assim, além de igualar todos os cidadãos perante a Lei, o Estado passou a assumir papel de fomentador de ações que visam a erradicar ou atenuar as condições de desigualdade e preconceito na sociedade.*

*Neste cenário surge o que conhecemos como Ações Afirmativas, que são políticas ou medidas especiais e temporárias tomadas ou determinadas pelo estado, espontânea ou compulsoriamente, em benefício de pessoas ou grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica ao longo da história ou no presente.*

*Todavia, para atingir os objetivos traçados pela Carta Magna, nem sempre o agente público atua na forma prescrita ou desejada, ensejando a intervenção do Poder Judiciário de forma a garantir a aplicação dos princípios constitucionais insculpidos pelo constituinte no artigo 3º da CF.*

*A nova edição do INFOJUR traz assim um recorte, no âmbito do TRF-2ª Região, desse instituto jurídico cada vez mais evocado numa sociedade moderna que clama por eliminar desigualdades historicamente acumuladas, em especial para o ingresso em universidades e empregos públicos.*

**5ª TURMA ESPECIALIZADA: Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados na lista de cotistas**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Autodeclaração: ilegalidade em condicionar a aferição de sua veracidade a episódios de discriminação**

**6ª TURMA ESPECIALIZADA: Cabimento do uso de critérios subsidiários de heteroidentificação para concorrência às vagas reservadas a estudantes negros ou pardos**

**7ª TURMA ESPECIALIZADA: Política de cotas: cursar parte do ensino médio em escola pública estrangeira não é óbice ao ingresso em universidade federal**

**7ª TURMA ESPECIALIZADA: Autodeclaração em concurso público: imprescindibilidade de motivação para indeferimento do procedimento de aferição étnico-racial**

**7ª TURMA ESPECIALIZADA: Possibilidade de autodeclaração como critério exclusivo de avaliação desde que permitido pelo edital do concurso**

**7ª TURMA ESPECIALIZADA: Descabimento de critério territorial para acesso ao ensino superior**

**8ª TURMA ESPECIALIZADA: Política de cotas: vagas restritas a alunos que tenham formação integral do ensino médio em escolas públicas em cursos regulares ou na modalidade EJA – Educação de Jovens e Adultos**

## ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

**APELAÇÃO CÍVEL - 0018411-92.2018.4.02.5101 (2018.51.01.018411-0)**

Decisão em 29/03/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 02/04/2019

Relator: Desembargador Federal ALUISIO MENDES - 5ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados na lista de cotistas**

Trata-se de remessa necessária e de apelações interpostas pela União Federal e por candidato classificado na 8ª posição geral do concurso para ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha contra a sentença proferida em Mandado de Segurança que concedeu a ordem “para que seja garantida vaga, no Curso de Formação de Oficiais (CFO) – Edital CP-T de 2017, para o Impetrante”.

Depreende-se dos autos que o impetrante, ora apelado, inscreveu-se em Concurso Público para vaga destinada aos autodeclarados negros ou pardos objetivando, na especialidade de Informática, ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha, que disponibilizou seis vagas, cinco para ampla concorrência e uma reservada para ação afirmativa prevista pela Lei nº 12.990/2014, que trata da reserva de vagas para candidatos negros ou pardos.

Preliminarmente, ressalta-se que o item 2.2.3 do edital do referido concurso determina que os candidatos negros ou pardos concorram concomitantemente às vagas reservadas à Ação Afirmativa e às destinadas à Ampla Concorrência, de acordo com a classificação.

Ademais, o item 2.2.4 estabelece que os candidatos negros ou pardos aprovados nas vagas destinadas à Ampla Concorrência não serão computados para preenchimento das vagas reservadas para os cotistas.

No presente caso, o impetrante obteve a 9ª colocação geral e a 3ª entre os cotistas, ficando inicialmente fora da classificação. Contudo, a candidata que se encontrava na 4ª posição de ampla concorrência foi impedida de prosseguir no concurso, devido à gravidez. Por seu turno, o 2º melhor colocado na classificação geral desistiu do certame.

À vista disso, a Administração Naval teve que readequar a classificação dos candidatos. Por conseguinte o 6º colocado geral (até então ocupante da única vaga para a política de cotas) subiu para a 5ª posição geral, passando a ocupar a última vaga em ampla concorrência. Foi, então,

chamado o 7º colocado na classificação geral, igualmente cotista, para integrar a vaga reservada destinada à ação afirmativa e o 8º classificado geral para suprir o lugar deixado após a desistência do candidato na 2ª colocação.

Destarte, o candidato posicionado na 9ª classificação geral impetrou mandado de segurança objetivando sua aprovação no concurso e convocação imediata para o Curso de Formação de Oficiais (CFO), alegando que a saída dos dois candidatos originaram duas novas vagas, incluindo a vaga reservada para cotista, e, por isso, deveria ser convocado ao invés do 8º colocado geral.

O juízo a quo deferiu pedido liminar para a convocação imediata do impetrante, garantindo, pois, sua vaga, o que foi cumprido pela Diretoria de Ensino da Marinha. Após apreciação do writ, confirmou a liminar concedendo a segurança.

O 2º impetrado, candidato da 8ª colocação geral, pleiteou, de forma genérica, pela inocorrência de violação a direito líquido e certo. A União Federal, por sua vez, se dedicou a apontar que a vaga reservada foi preenchida por um candidato melhor qualificado dentre os cotistas.

O MP opinou pelo indeferimento das apelações.

Em sede recursal, o desembargador federal Aluisio Mendes, relator, evidenciou que o ordenamento jurídico, no que tange à temática de concursos públicos, adota o princípio da vinculação ao edital, tornando assim dever de todos os candidatos a observância às regras estabelecidas.

O relator indicou, ademais, que os itens 2.2.3 e 2.2.4, retro discriminados, encontram-se em convergência com a Lei nº 12.990/2014 - que reserva 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos, no âmbito da administração pública federal, para os autodeclarados pretos e pardos.

Destacou ainda, que o edital, no que se refere aos itens 2.2.3 e 2.2.4, encontra-se em conformidade com a Lei supracitada, especificamente, no que dispõe seu artigo 3º caput e parágrafo 1º, que estabelecem, respectivamente, a possibilidade de disputa concomitante às vagas reservadas e às destinadas à ampla concorrência e o não preenchimento de vaga reservada por candidato cotista quando este for aprovado dentro do número de vagas fixadas à ampla concorrência.

Diante dessa análise, o julgador asseverou: “depreende-se, portanto, que a cada remanejamento de cotista para a condição de Ampla Concorrência abre-se uma vaga na lista de cotistas”.

Acrescentou que, em virtude da saída de dois candidatos, o 6º colocado geral que preenchia a vaga destinada às cotas raciais possui a pontuação necessária para subir para 4ª colocação, integrando a vaga de ampla concorrência.

O relator ainda esclareceu que o 7º colocado geral possui média para alcançar a 5ª colocação geral e também preencher uma das cinco vagas destinadas à ampla concorrência.

Logo, em congruência às normas do edital e da Lei nº 12.990/2014, a vaga reservada à ação afirmativa deve destinar-se ao próximo candidato cotista melhor classificado (e não ao candidato da lista geral), razão pela qual a Administração Naval deve convocar o impetrante para a vaga de política de cotas.

Reafirmando sua posição, o desembargador citou a decisão da juíza de piso, que concedeu a segurança respaldada no argumento de que, com a desistência do 2º colocado, houve a realocação espontânea do candidato que ocupava a vaga de cotista, devendo, por isso, a vaga reservada ser preenchida pelo impetrante. Diante da preterição na chamada restou claro o direito líquido e certo à pretensão.

Pelo exposto, em consonância com a sentença que assegurou a participação do impetrante no Curso de Formação de Oficiais do Concurso Público para ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha, votou pelo desprovisionamento da remessa necessária e dos recursos interpostos, no que foi seguido, por unanimidade, pela 5ª Turma Especializada.

**REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL 0005335-10.2018.4.02.5001 (2018.50.01.005335-9)**

Decisão em 14/06/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 18/06/2019

Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Autodeclaração: ilegalidade em condicionar a aferição de sua veracidade a episódios de discriminação**

Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pela Universidade Federal Fluminense - UFF, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado por concorrente às vagas reservadas a PPI (preto, pardo e índio) destinadas a estudantes que cursaram o ensino médio completo em escola pública.

Alegou o autor que se inscreveu em processo seletivo da UFF, por meio do SISU, para vaga do curso de medicina e, ultrapassadas todas as fases do concurso, foi selecionado, obtendo a sétima colocação dentre as nove vagas reservadas - diante da pontuação alcançada.

Afirmou que compareceu à universidade, munido da documentação exigida, mas que sua matrícula foi indeferida após ser submetido a uma entrevista, sob o fundamento de que não apresentou relatos de experiência de discriminação racial/étnica ou entregou documentos comprobatórios de sua cor.

Declarou, ainda, que não havia dúvida com relação à autodeclaração, haja vista ser filho de pai negro e mãe branca e que a instituição de ensino apenas entrevistava os candidatos que considerava “menos negros”, sem questionar a cor, mas apenas se haviam sofrido constrangimento em função dela, agindo de forma ilegal e arbitrária.

Ajuizou ação ordinária, pleiteando a efetivação da matrícula no curso de Medicina da UFF, pelo sistema de reserva de vagas raciais, a declaração de nulidade do procedimento administrativo ao qual foi submetido, bem como cópia da filmagem da entrevista realizada.

A sentença acolheu o pedido inaugural e preservou os efeitos da tutela antecipada, a qual determinou que a UFF procedesse à matrícula do autor.

A UFF apelou e após razões e contrarrazões, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

O relator, desembargador federal Guilherme Couto de Castro, iniciou seu voto por auferir a legalidade do indeferimento da matrícula por falta de enquadramento na política de ação afirmativa.

Asseverou que incumbe à Universidade, dentro do conceito de autonomia que lhe foi assegurado pelo art. 207 da CF e pelo disposto no art. 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), definir a forma de implementação de ações afirmativas, observada a lei, bem como os critérios de seleção.

Esclareceu que a Lei nº 12.711/12 determinou que as instituições federais de educação superior reservem vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e, em seu art. 3º, dispôs sobre a destinação das vagas dos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Já quanto à legitimidade da Comissão Avaliadora, o julgador elucidou que o STF fixou a tese de que “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” (Relatoria do Ministro Roberto Barroso, ADC nº 41, publicado em 17/08/17).

Ponderou o relator que o cerne da controvérsia reside em verificar se a comissão agiu em Informidade com a legislação vigente, passando então à sua análise.

In casu, elucidou que, segundo a narrativa contida na exordial, após a entrevista na qual foi inquirido se, em razão de sua cor, passou por constrangimentos, teve sua matrícula indeferida e foi compelido a redigir um recurso de 30 linhas (sem que pudesse se comunicar com sua mãe ou seu advogado que estavam no recinto ao lado), que foi igualmente indeferido, sem motivação, pela Administração da UFF.

A ré não refutou os fatos narrados pelo autor, em contestação, e se limitou a afirmar que “a análise realizada pela Comissão observou as normas legais, não havendo qualquer discriminação em relação a parte autora”; e que “não há que se falar em ilegalidade pela ausência de transcrição da entrevista”.

O julgador pontuou que houve ilegalidade na conduta da Universidade na medida em que a Comissão extrapolou os limites legais quanto à aferição da autodeclaração, ao condicioná-la a episódios de discriminação.

Corroborando tal entendimento, destacou trecho da bem lançada sentença, a saber: “[...] a Comissão acabou por criar parâmetro não previsto na norma que regula o certame. Ou seja, além de cursar o ensino médio integralmente em escola pública e ser negro (preto, pardo ou índio) – requisitos estes expressamente previstos na legislação que rege o processo seletivo do SISU -, o candidato deve, necessariamente- segundo a Comissão, - ter sofrido discriminação racial, sob pena de não ter direito à vaga”.

Ainda apontou o desembargador federal que os fatos narrados demonstram conduta indevida da Comissão no momento da interposição do recurso, como indevida foi a obrigatoriedade de apresentação de documentos que comprovassem a cor do candidato, uma vez que o edital não exigiu, apenas elencou como possível, a apresentação adicional de documentos públicos que corroborem a veracidade da autodeclaração.

Elucidou que o critério do fenótipo deve prevalecer sobre o da ascendência, mas que a discussão acerca do critério utilizado cede diante do procedimento equivocado adotado pela Comissão. E, concluiu que: “O correto seria, então, uma nova avaliação, e não prover a vaga em si.”

Ponderou que o autor já cursou 3 períodos do curso (em razão de decisão liminar) e que do ponto de vista prático reverter essa situação não traria qualquer benefício, restando a situação fática consolidada no tempo e devendo ser preservada em prol da segurança jurídica.

Diante do exposto, negou provimento à apelação e à remessa necessária - com a majoração da verba honorária em 1% sobre o valor fixado pela sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC - no que foi seguido, à unanimidade, pela 6ª Seção deste TRF-2.

Precedentes:

**STF:** ADC 41 (DJe de 17/08/2017);

**STJ:** REsp 1540146 (DJe 08/09/2015);

**TRF2:** AMS 2017.50.01.028682-9 (e-DJF2R de 29/01/2019); AC 2017.51.01.186414-8 (e-DJF2R de 13/11/2018).

**APELAÇÃO CÍVEL - 0028682-09.2017.4.02.5001 (2017.50.01.028682-9)**

Decisão em 25/01/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 29/01/2019

Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

## **Cabimento do uso de critérios subsidiários de heteroidentificação para concorrência às vagas reservadas a estudantes negros ou pardos**

Trata-se de recurso de apelação interposto por estudante, em face de ato praticado pelo reitor da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e outros, com pedido de liminar, contra sentença proferida no mandamus que teve sua segurança denegada, objetivando a revisão do ato que cancelou sua matrícula na instituição, após o comitê de heteroidentificação alegar que o autor não preenchia as qualidades fenotípicas para concorrer à vaga selecionada, destinada aos autodeclarados negros ou pardos.

O requerente se inscreveu no SISU/UFES/2017 para o curso de Ciência da Computação, concorrendo a uma vaga destinada às cotas raciais provenientes de escolas públicas. Aprovado, efetuou sua matrícula em 05/03/2017, dentro do período estipulado pelo edital. Contudo, em 02/05/2017, foi notificado acerca do indeferimento de sua autodeclaração, pela Comissão de Verificação à Demanda Social de Cotas, em razão de não se enquadrar no fenótipo preto ou pardo.

A parte autora alegou, em sua exordial, que detinha direito líquido e certo à vaga, haja vista a realização de sua matrícula e autodeclaração como pardo ou preto, conforme exigido no edital. Afirmou, outrossim, que não passou por qualquer avaliação da comissão e que, em 02/05/2017, teve sua matrícula cancelada pela autoridade impetrada. Sustentou que a Lei nº 12.711/2012, que normatiza a política de ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino, dispõe que o único critério válido para o usufruto do sistema de cota racial é a autodeclaração.

No entanto, o juízo a quo denegou a segurança aduzindo que: “é equivocada a premissa de que a autoatribuição é o único critério válido utilizado pelo IBGE atualmente no Brasil”.

Esclareceu que o caput do art. 2º da Lei nº 12.990/2014 deve ser analisado em interpretação conjunta com o seu parágrafo único, que dá amparo ao procedimento de verificação instituído pela banca examinadora, a saber: “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.

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 sentenciante apontou que o remédio constitucional escolhido não admite dilação probatória e que o impetrante não amparou seu pedido em prova inequívoca e pré-constituída dos fatos, tendo acostado aos autos certidões de nascimento, casamento e óbito de seus parentes, não juntando foto sua, a comprovar, de plano, seus aspectos fenotípicos.

A UFES, continuou o magistrado, adicionou foto apresentada no processo administrativo, na qual foi possível constatar que o impetrante não possui a cor parda.

Ante o exposto, denegou a segurança.

Inconformado o impetrante apelou.

Em sede recursal, o demandante acrescentou que a universidade decidiu de forma parcial, alegando que sua decisão baseou-se apenas em uma foto 3x4, o que afirmou tratar-se de uma afronta à lei reguladora das cotas raciais e, por fim, afirmou que a comissão que o avaliou não permitiu seu direito ao contraditório no processo administrativo.

O parquet manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Em julgamento da apelação, o relator, desembargador federal Poul Erik, preliminarmente, expôs que o edital é o ato normativo constituído para disciplinar o processamento do concurso e é vinculante tanto para a Administração quanto para os candidatos.

O julgador esclareceu que o Supremo Tribunal Federal, em processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, decidiu em sede da ADC nº 41, em julgamento unânime, pela constitucionalidade da utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação para concorrência às vagas reservadas, com o objetivo de inibir o abuso na autodeclaração.

Ademais, acrescentou que a comissão de verificação visa combater as condutas fraudulentas e garantir os objetivos da política de ação afirmativa, com alargada discricionariedade para analisar, fundamentada nos critérios fenotípicos, o enquadramento do candidato na sistema de cotas, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e assegurados o contraditório e ampla defesa.

Concluiu o julgador, entendendo ser plenamente legítimo que o candidato selecionado pela Política de Ações Afirmativas da Lei nº 12.711/2012 seja avaliado em entrevista por Comissão própria, visando a confirmação de seus requisitos.

Nesse diapasão, o desembargador trouxe à baila a Orientação Normativa nº 3/2016 do Ministério do Planejamento, art. 2º, que define as formas de verificação e critérios de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990/2014, expondo que as comissões deverão constatar a precisão das informações prestadas na presença do candidato, analisando somente os traços fenotípicos, para afirmar ou negar seu enquadramento na condição de preto ou pardo.

In casu, afastou os argumentos do impetrante, que baseou seu direito à referida vaga em suas alegações de ancestralidade e consanguinidade, uma vez que o intuito da ação afirmativa é reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente. Portanto, complementou, não se pode prescindir do fenótipo preto ou pardo, pois quem não o possui, não é discriminado, não tendo, por via de consequência, direito à prerrogativa concorrencial.

Outrossim, colacionou aos autos decisão do STF (AI 80.5328 AgE/CE) demonstrando que a autodeclaração é necessária, mas não suficiente, para concorrer às vagas reservadas aos cotistas de cor negra ou parda.

Por fim, destacou que, respeitadas as previsões do edital e mediante a constitucionalidade do procedimento de heteroidentificação, além de ausentes quaisquer afrontas à dignidade da pessoa humana, à garantia ao contraditório e à ampla defesa, não ficou demonstrada a ilegalidade defendida pela parte autora.

Ante o exposto, a 6ª Turma Especializada desta Corte, por unanimidade, desproveu a apelação, nos termos do voto do relator, mantendo a sentença em sua integralidade.

Precedentes:

**STF:** ADC nº 41 (DJe de 18/05/2018); AI 805328 Agr (DJe de 11/10/2012).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – 0001620-69.2011.4.02.0000 (2011.02.01.001620-4)**

Decisão em 04/05/2011 - Disponibilização no e-DJF2R de 25/05/2011

Relator: Juiz Federal Convocado FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Política de cotas: cursar parte do ensino médio em escola pública estrangeira não é óbice ao ingresso em universidade federal**

Trata-se de agravo de instrumento, objetivando tutela antecipada recursal, interposto contra decisão, proferida nos autos de mandado de segurança, que indeferiu o pedido para que a Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ efetuasse a pré-matrícula do agravante no curso de Engenharia Civil, no primeiro semestre de 2011, cujas aulas se iniciaram em 14 de março do referido ano.

O impetrante, ora agravante, afirma que obteve êxito no exame do ENEM de 2010, visando seu ingresso na graduação de Engenharia da UFRJ, ocasião em que procedeu à sua inscrição pelo sistema de seleção unificada – SISU, sendo devidamente aprovado para o pretendido curso.

Ocorre que sua pré-matrícula restou indeferida sob o argumento de ter concluído a terceira série do ensino médio na escola pública “Sonoma Valley High School”, na Califórnia, Estados Unidos da América, apesar da Secretaria de Estado de Educação ter reconhecido a equivalência dos estudos para seguimento em ensino superior.

O juiz a quo, a seu turno, declarou que o impetrante não havia preenchido os requisitos para concorrer às vagas destinadas à política afirmativa, haja vista ter cursado o terceiro ano do ensino médio em escola estrangeira.

Em sede recursal, o agravante sustentou, em síntese, que o único motivo de indeferimento da matrícula foi o fato de não ter cursado todo o ensino médio no Colégio Pedro II (unidade onde realizou os estudos desde o ensino fundamental até parte da 3ª série).

Foi proferida decisão concessiva da tutela recursal, sendo a UFRJ devidamente intimada, momento em que interpôs agravo interno, aduzindo, em síntese, que “a abrangência da Ação Afirmativa da UFRJ foi ampliada para escolas da rede pública de todo o território nacional.”.

O MPF emitiu parecer opinando pelo provimento do recurso.

Em apreciação ao apelo, o juiz federal convocado Flávio Oliveira Lucas, relator, inicialmente recebeu o agravo interno como contrarrazões e incorporou os argumentos utilizados para a concessão da tutela de urgência ao seu voto, constatando que o agravante

cursou todo o ciclo do ensino fundamental, além da 1ª, 2ª e metade da 3ª séries do ensino médio no Colégio Pedro II, sendo a outra metade realizada na escola “Sonoma Valley High School”, onde concluiu este último ciclo.

Inobstante, observou que a Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a equivalência dos estudos concluídos perante a citada instituição estrangeira, fato este que não poderia deixar de ser considerado no momento da matrícula e, em razão disso, entendeu como preenchido, em caráter antecipatório, o requisito para fins de critério da política afirmativa para o qual concorreu o agravante. Destarte, afirmou que, após consulta ao sítio da escola, foi possível verificar sua natureza pública.

No que tange ao risco de difícil ou impossível reparação, o juiz federal também entendeu estar presente este requisito, pois caso não fosse realizada a pré-matrícula o agravante perderia a vaga no curso escolhido. No mais, salientou que o entendimento da jurisprudência dominante afirma que a tutela de urgência deferida não acarreta a aplicação da Teoria do Fato Consolidado, pois o ingresso no curso se deu por força de decisão precária.

Nesse diapasão, concordou com o parecer do MPF que asseverou que “(...) no Brasil, as ações afirmativas foram estendidas para além do critério meramente étnico, contemplando o critério econômico-educacional. Para isso, considera-se que alunos de instituições de ensino médio públicas, evidentemente prejudicadas em sua qualidade devido à má-gestão e alocação dos recursos públicos, foram contemplados, em decorrência de sua inconsistente formação educacional em adição com a menor condição sócio-econômica.

O agravante teve sua formação toda em instituição de ensino público, somente interrompida pelo seu intercâmbio ao exterior a uma outra escola pública, a qual teve seus ensinamentos equiparados aos ensinamentos do Sistema Educacional Brasileiro. O reconhecimento esvazia o argumento de que o autor teve formação incompleta em instituição nacional de ensino público, já que muito embora tenha completado seus ensinamentos em rede pública americana, sua formação foi equiparada à formação de ensino público brasileiro, em face da equivalência dos níveis de ensino confirmado para Secretaria Estadual de Educação.”.

Concluiu seu voto concordando com o parquet no sentido de ser irrazoável o óbice ao agravante em efetuar sua pré-matrícula, ferindo integralmente o princípio meritocrático, o qual norteia o concurso do vestibular, visto a excelência do aluno no Colégio Pedro II, o que lhe proporcionou uma bolsa no curso de intercâmbio, assim como seu alto rendimento na escola pública americana.

Diante do exposto, a 7ª Turma Especializada desta Corte, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, em caráter de antecipação de tutela e julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

**STF:** RHC 88880 MC/SC (DJ 09/06/2006).

**STJ:** RESP 1372370 (DJE de 04/09/2013).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – 0005864-31.2017.4.02.0000 (2017.00.00.005864-9)**

Decisão em 27/10/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 06/11/2017

Relator: Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Autodeclaração em concurso público: imprescindibilidade de motivação para indeferimento do procedimento de aferição étnico-racial**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH contra decisão que deferiu tutela de urgência para suspender decisum que desconsiderou a autodeclaração do autor, mantendo sua inscrição no concurso na qualidade de pardo, concorrendo às vagas previstas pela Lei nº 12.990/2014 e às de ampla concorrência, bem como concedeu novo prazo para sua participação na etapa de provas e títulos.

A agravante afirma que o agravado candidatou-se à função de Fisioterapeuta, no concurso público para provimento de vagas em empregos da área assistencial, com lotação no Hospital Universitário Júlio Maria Bandeira de Mello – HUJB, da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, realizando sua inscrição para concorrer às vagas destinadas aos candidatos negros, ocasião em que se autodeclarou pardo.

Entretanto, após procedimento de confirmação da autodeclaração, sua inscrição nas vagas reservadas à política de ação afirmativa restou indeferida, sob a alegação de não possuir os traços fenotípicos necessários, passando a concorrer somente às vagas de ampla concorrência e sendo eliminado do concurso por não ter alcançado a nota de corte (52.00 pontos). Ademais, a agravante alegou, ainda, ser parte ilegítima, pois a realização dos atos é de atribuição do instituto AOCF, por força contratual.

O juízo de piso, no que lhe concerne, declarou estar presente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, em razão da alegação do autor de que foi eliminado do concurso e está impedido de participar das demais etapas do certame. Com relação à probabilidade do direito, mencionou que a Lei nº 12.990/2014 disciplinou, em seu artigo 2º, a reserva de vagas para pessoas negras ou pardas oferecidas nos concursos públicos, afirmando que o quesito cor ou raça será o utilizado pelo IBGE, que por sua vez, estabeleceu cinco categorias para a classificação da pessoa quanto à característica cor ou raça, quais sejam, branca, preta, amarela, parda (incluindo quem se declarou mulata, cabocla, cafusa, mameluca ou mestiça de preto com outra pessoa de outra cor ou raça) e indígena.

Ademais, prosseguiu afirmando que a resposta ao recurso administrativo interposto pelo autor não elucidou quais traços fenotípicos foram analisados e não preenchidos e quais critérios objetivos foram utilizados para aferição de tais traços. Concluiu, asseverando que referida indefinição de critérios para aferição da autodeclaração dão azo a irregularidades e impedem a apresentação de um recurso definido pelos candidatos. Diante do exposto, revogou a eliminação do autor do certame.

Em suas razões recursais, a agravante aduziu, em síntese, que: (i) o edital estabeleceu que o enquadramento nas cotas raciais dependeria da verificação das características fenotípicas do candidato e não do genótipo; (ii) as provas anexadas aos autos são insuficientes para comprovar a identidade racial do autor; (iii) o IBGE entende que “negro” é a soma da população preta e parda, por este motivo as vagas destinadas a cotistas são para pessoas que possuem pele negra, o que não foi verificado no caso; (iv) o autor possui olhos claros e lábios finos, fenótipos de pessoa caucasiana; (v) o método utilizado para a identificação racial pela agravante está de acordo com a legislação de referência, bem como com o posicionamento do STF; (vi) foi assegurado o contraditório e a ampla defesa; (vii) o STF reconheceu que não compete ao Poder Judiciário, em sede de controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dos candidatos e as notas que lhes forem atribuídas; (viii) recentemente foi publicada a Orientação Normativa nº 3, que dispõe sobre as regras para a verificação da autodeclaração realizada pelos candidatos; (ix) inexistente qualquer irregularidade na decisão da banca organizadora; (x) nos concursos públicos, predomina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; (xi) o agravado não comprovou o dano moral sofrido; (xii) inexistem os requisitos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Em decisão liminar, de relatoria da juíza federal convocada, Edna Carvalho Kleemann, restou indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao AI, sob o fundamento de que, conforme observado pelo juízo sentenciante, em razão da ausência de indicação dos critérios objetivos utilizados, existe dúvida se foram utilizados critérios subjetivos, inexistindo relevância da fundamentação preliminar para esta atribuição.

O relator, desembargador federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, a seu turno, de pronto declarou que o agravo de instrumento deveria ser desprovido, visto que a aferição de veracidade da autodeclaração está disciplinada no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, tendo a previsão editalícia determinado que a verificação se daria através de exame presencial do fenótipo do candidato.

Inobstante, constatou que o parecer dos três membros da Banca Examinadora não possui fundamentação acerca das características fenotípicas do autor que infirmariam sua condição de pessoa parda, incluindo somente a resposta “não” à pergunta sobre se o candidato é preto ou pardo. Ademais, restou sem preenchimento o campo do parecer para indicar quais características não foram apresentadas pelo candidato.

Destarte, o desembargador esclareceu que foi oportunizado ao agravado interpor recurso administrativo, entretanto a referida decisão inicial foi mantida pela Banca, novamente sem demonstrar quais os traços fenotípicos foram considerados.

Nesse diapasão, colacionou o relator julgado da 7ª Turma Especializada do TRF, que em análise a recurso em que se questionava a legitimidade de previsão editalícia quanto à heteroidentificação da condição de pessoa preta ou parda, concluiu pela imprescindibilidade da fundamentação da banca para justificar a desqualificação do candidato. O referido acórdão, da lavra do desembargador federal José Antonio Lisboa Neiva, afirma que existe um senso comum de que o mero exame visual é suficiente para verificar se o candidato é beneficiário ou não da reserva de vaga. Destarte, complementou, existem situações limítrofes em que há a necessidade de uma boa fundamentação da banca, esclarecendo que o objetivo da Lei nº 12.990/2014, no art. 2º, parágrafo único, é evitar que pessoas claramente brancas se declarem como negras para fazer jus à ação afirmativa. Salientou, por fim, que a o método do heteroconhecimento associado ao autorreconhecimento foi acolhido pelo STF no julgamento do ADPF 186.

Diante do exposto, a 7ª Turma Especializada desta Corte, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

**TRF2:** AG 0011794-98.2015.4.02.0000 (DJe de 16/12/2015).

**APELAÇÃO CÍVEL - 0167606-88.2017.4.02.5101 (2017.51.01.167606-0)**

Decisão em 24/10/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 30/10/2019

Relator: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Possibilidade de autodeclaração como critério exclusivo de avaliação desde que permitido pelo edital do concurso**

Trata-se de recurso de apelação interposto por candidato do Concurso Público para Ingresso no Corpo de Saúde da Marinha em 2016 - Quadro de Apoio à Saúde, em face da União Federal e de candidata classificada para o referido concurso dentro das vagas destinadas aos autodeclarados negros e pardos.

O apelante pleiteou sua classificação dentro do número de vagas, a fim de ingressar no próximo Período de Adaptação do Curso de Formação de Oficiais (CFO), sob o argumento de pontuação equivocada da 2ª ré ou possível fraude na autodeclaração de pertencimento à cota racial.

Em 09/03/2017, tendo em vista a não apresentação de candidato titular para o CFO, foi realizada a 1ª convocação de candidato reserva, momento no qual a candidata apelada fora convocada. Alegou o autor que obteve a 11ª colocação geral e o 3º lugar para vagas destinadas a candidatos negros, todavia, asseverou que a candidata convocada não possuía fenótipo negro, não podendo ser enquadrada, por este motivo, na referida cota racial. Afirmou, ainda, que houve sindicância na Marinha do Brasil para apurar suposta fraude na auto declaração da 2ª ré, sem que fosse constatada qualquer irregularidade.

Apontou o apelante que a Lei nº 12.990/14, especificamente, em seu artigo 2º dispõe sobre a concorrência dentro do número de vagas destinadas às cotas raciais, reservadas aos autodeclarados pretos ou pardos, em conformidade com a definição do IBGE e destacou o item 2.2.7 do edital do certame que garante a eliminação do concurso ou anulação de convocação de candidato, na hipótese de declaração falsa. Por fim, afirma que a referida ré prestou falsa declaração uma vez que “não se enquadra em nenhuma característica da raça negra”.

Em sua exordial, requereu pedido de tutela de urgência que foi indeferido pelo juízo de piso.

Em contraponto, a ré supramencionada juntou à sua contestação cópia de documentos pessoais e passados que continham a declaração de cor parda dela e de sua família, tais quais: Cadastro Único para Programas Sociais do governo federal – com data de inclusão em 2003 -, cadastro na Plataforma Brasil, cadastro no Currículo Lattes, com última atualização de novembro de 2016, Registro de Ocorrência, cuja vítima foi seu pai, cadastro da irmã na UNIRIO, certidão de óbito de seu tio paterno,

fotos de RG e CTPS de seu avô paterno e declaração do IBGE relativa à entrevista para o censo demográfico.

O juízo a quo julgou improcedente o pedido do autor, ora apelante, fundado na ideia de que descabe ingerência da administração pública no que concerne à autodeclaração étnico-racial, por se tratar de questão pessoal. No mesmo diapasão, afirmou que a autoidentificação é suficiente para inclusão na competição do concurso em análise, além de não vislumbrar a existência de qualquer ilegalidade da Administração Militar na condução do certame.

Inconformado, o autor apelou.

O relator, desembargador federal Sergio Schwaitzer entendeu pela manutenção da sentença, declarando ser incabível a nulidade da nomeação da candidata, ora questionada, haja vista a ausência de indício de fraude em sua autodeclaração, principalmente, pela farta documentação comprobatória de sua etnia.

Evidenciou o julgador que as provas colacionadas pela ré aos autos correspondem a um período anterior à realização do concurso em análise. Destacou para tanto a declaração do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística relativa à entrevista para o Censo Demográfico de 2010 (sete anos antes do certame), que a declara como “parda”. Declaração esta em perfeita harmonia com o disposto no artigo 2º da Lei nº 12.990/14, o qual estabelece a possibilidade de concorrência às vagas reservadas aos candidatos negros aos autodeclarados pretos ou pardos em conformidade com o IBGE.

O julgador optou por adotar a fundamentação do juízo de piso como razões de decidir.

Afirmou o magistrado de primeira instância que a reserva de vagas integra um conjunto de ações afirmativas do Estado, pontuando que “o sistema de cotas tem como objetivo igualar as condições de disputas entre pessoas de diferentes raças, alunos egressos de escolas públicas e particulares, dentre outros, em razão do abismo imposto por uma sociedade essencialmente desigual e traiçoeira com aqueles que historicamente tiveram seus direitos vilipendiados.

Ações afirmativas, longe de configurarem benefício em favor de certos grupos minoritários, visam, em verdade, atender ao princípio da isonomia, em sua perspectiva material, seja em razão das injustiças históricas sofridas por grupos tradicionalmente afastados dos centros de poder e da atenção do Estado, seja em razão da essencial necessidade de promover, no corpo social, o pluralismo e a superação de estereótipos negativos sobre grupos historicamente marginalizados – aí incluídos os negros e pardos”.

Nesse concernente, esclareceu que o Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos reconhece a plena validade de medidas afirmativas frente ao princípio da isonomia e que a atual Constituição Federal legitima, em inúmeros casos, a aplicação de tal política, a fim de superar as

disparidades étnico-sociais impregnadas na sociedade brasileira, fruto de racismo institucional, desigualdade e não reconhecimento de direitos de minorias e grupos vulneráveis, i.e. mulheres, negros, deficientes físicos, homossexuais, quilombolas, comunidades tradicionais e outros.

Ademais, enfatizou o julgador que sistema de ações afirmativas buscam a superação das desigualdades sociais e encontram fundamento nos incisos III e IV do art. 3º da Constituição Federal, que estabelecem como objetivos essenciais da carta magna, respectivamente, a diminuição da desigualdade social e regional e a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito.

No mesmo sentido, acrescentou que a Lei 12.990/14, que estabelece a reserva para negros e pardos de 20% do total de vagas em concursos públicos, foi alvo de controle de constitucionalidade, no âmbito da ADC nº 41, quando se estabeleceu a adoção de critérios de aferição como forma de garantir a efetividade à política de ações afirmativas. No entanto, destaca o magistrado que a referida lei não impõe um critério específico para tal análise, facultando, assim, à Administração, a adoção, no edital de cada certame, dos critérios que entenda necessários e suficientes para averiguar a qualidade declarada.

Deste modo, o julgador citou o voto do Ministro Roberto Barroso do supramencionado julgado: “a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade”.

Dessarte, prosseguiu, a não especificação de critérios de verificação faculta à Administração, desde que em consonância com cada edital, estabelecê-los fundada nos parâmetros de autodeclaração e heteroidentificação.

Com relação ao primeiro critério, o juiz a quo, citou a Subprocuradora-Geral da República Deborah Duprat, em parecer exarado nos autos da ADPF nº186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ao assentar que “é absolutamente legítima a incorporação da ideia de autodeclaração, seja porque ignorar a percepção que cada um tem da própria identidade seria uma violência, atentatória à própria dignidade da pessoa humana, seja porque esse critério encontra-se previsto no art. 1º, item 1, alínea ‘a’ da Convenção 169 da OIT, em vigor no ordenamento brasileiro”.

Acrescentou que o art. 1º, inciso IV do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10) considera população negra: “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”.

Nesse sentido, complementou que, nas hipóteses em que a Administração Pública adota o critério da autodeclaração, não cabe ao Poder Executivo ou Judiciário questionar a sua validade, pois

a autopercepção não pode ser avaliada por terceiros, sob pena de desconsiderar os sentimentos íntimos e particulares de cada indivíduo, em detrimento à dignidade da pessoa humana.

Sob outra ótica, avançou o juiz a quo, o critério da heteroidentificação permite outras formas para aferir a declaração de candidato como sendo pessoa negra ou parda, “a partir de análises genotípicas ou fenotípicas, avaliação por comissão pluriétnica, fotográfica ou avaliações congêneres”, especialmente diante de denúncias de fraude. Destacou que, embora seja viabilizada essa forma de identificação, deve realizar-se de forma cautelosa, a respeitar todas as garantias fundamentais constitucionais.

Explanou que o edital do concurso público em foco determinou à Administração Pública a adoção de critério de autodeclaração, possibilitando subsidiariamente o método de heteroidentificação. Todavia, dentro de sua discricionariedade, a Marinha optou exclusivamente pelo critério de autodeclaração, o que não incide em violação alguma ao ordenamento jurídico.

Para mais, realçou que o edital não prevê eventuais parâmetros de heteroidentificação, tampouco há entendimento firmado pelas Cortes Superiores ou disposição da lei de regência acerca da necessidade de adoção de ambos os critérios. Logo, não há que se falar em violação à legislação ou princípios administrativos, tratando-se apenas da livre discricionariedade da administração castrense sobre seu concurso.

O julgador elucidou que, apesar de possível o controle judicial de ato administrativo mesmo que discricionário, quanto a seus elementos vinculados, no presente caso, a opção por critério único da autodeclaração não permite anulação do ato administrativo por motivação inidônea, à medida que inexistente ingerência da administração pública (heteroidentificação) acerca da autoidentificação dos candidatos.

Por fim, pontuou que não houve qualquer irregularidade no certame, na medida em que a 2ª ré firmou autodeclaração como pessoa parda no momento de inscrição, foi aprovada e, posteriormente, nomeada, não tendo a administração inserido no edital, ou em atos posteriores, qualquer outro método para avaliação de etnia dos candidatos.

Ante todo o exposto, o relator, desembargador federal Sergio Schwaitzer, decidiu por negar provimento ao recurso do autor, no que foi seguido, unanimemente, pela Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Precedentes:

**STF:** ADC nº 41 (DJe de 07/05/2018); ADPF nº 186 (DJ de 19/03/2004).

**APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA 0500034-10.2016.4.02.5158 (2016.51.58.500034-1)**

Decisão em 12/09/2019 - Disponibilização no e-DJF2R de 16/09/2019

Relator: Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

### **Descabimento de critério territorial para acesso a cursos de ensino superior**

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela Universidade Federal Fluminense – UFF contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a afastar quaisquer bonificações de acesso aos cursos de ensino superior da referida instituição com fundamento em critérios de residência ou de região de conclusão do ensino médio.

A Universidade Federal Fluminense dispôs em seu site, em relação às inscrições do 1º semestre no SISU 2016, que “para os cursos do interior, os candidatos residentes e que tenham estudado todo o ensino médio em escola regular do município de oferta da vaga ou em município circunvizinho ao mesmo, terão 10% de acréscimo na nota final”, conforme previsão dos artigos 1º ao 4º da Resolução 525/2015 do Conselho de Ensino e Pesquisa da UFF, que estabelece o critério de inclusão regional para acesso aos seus cursos presenciais nos campi fora da sede.

O juízo a quo entendeu que a previsão de critério de inclusão regional, definido pela resolução supracitada, afronta o princípio da isonomia, uma vez que, como afirma, não há qualquer justificativa razoável para tal diferenciação.

Acrescentou que tal distinção possibilita o ingresso de candidatos que obtiveram notas inferiores no lugar de candidatos que obtiveram melhores notas na avaliação do ENEM, conduta que viola o sistema de acesso à educação superior e contraria o caput do art. 5º da Constituição Federal/1988.

Outrossim, citou, da mesma Carta, o artigo 206, I que estabelece a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, e o artigo 208, V, que impõe ao Estado o dever com a educação e o ergue ao patamar de seu garantidor, inclusive com relação aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

Ponderou que o princípio da isonomia e o sistema de meritocracia coexistem com outros direitos, valores e princípios constitucionais e que discriminações fundadas nesse equilíbrio são permitidas.

Todavia, concluiu que a Resolução 525/2015 não carrega em si qualquer justificativa razoável para a diferenciação realizada exclusivamente no critério territorial, com acréscimo da bonificação de 10% na nota final do ENEM.

Em suas razões de apelação, a universidade sustenta que a referida resolução tem por objetivo reduzir diferenças sociais e econômicas, criando estratégias de fortalecimento das políticas afirmativas, no sentido de preencher as vagas ofertadas nos cursos de graduação fora de sua sede, em regiões que são extremamente carentes de um ensino superior de qualidade.

O relator, desembargador federal, José Antonio Neiva, assevera que a sentença merece prosperar pelos seus próprios fundamentos e informa o ajuizamento da ação civil pública nº 0003595-76.2016.4.02.5101 que trata do mesmo tema, julgada procedente em primeira instância e mantida em grau recursal (6ª Turma desta Corte).

Esclarece o relator que: “O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento firmado, a partir da disposição do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de que não há litispendência entre ação coletiva e ação individual e que somente pode se beneficiar da coisa julgada na ação coletiva se for postulada a suspensão da demanda individual, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da ação coletiva, antes da sentença de mérito proferida na demanda coletiva, o que já ocorreu na hipótese dos autos (Nesse sentido: STJ. AgInt na PET no REsp 1387022 / SC. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Turma. DJ: 14/03/2017)”.

Afirma que, embora o requerente esteja excluído dos efeitos da sentença coletiva, ainda que procedente, já que a opção pelo prosseguimento da demanda individual constitui direito potestativo, a mesma solução da ACP deve ser dada ao caso em análise, adotando como razão de decidir os mesmos fundamentos da ação civil pública.

Em síntese, em sede recursal da ação coletiva, os julgadores entenderam pela manutenção da sentença, ao fundamento de que a bonificação pautada em critério de inclusão regional - prevista na resolução 525/2015 do Conselho de Ensino e Pesquisa da UFF - estabelece violação à isonomia sem qualquer justificativa razoável.

O voto condutor da apelação cível da ACP, da lavra do juiz federal convocado ALFREDO JARA MOURA, afirma inexistir substrato histórico e social relacionado às desigualdades regionais sobre os residentes de tais localidades que justifique a preferência da Universidade. Demonstrou o julgador que os municípios do Rio de Janeiro possuem índices de desenvolvimento humano (IDH) com considerável destaque frente a outros municípios de outras regiões, sobretudo, norte e nordeste do país, de acordo com ranking elaborado através de dados promovidos pelo IBGE de 1991, 2000 e 2010.

Por fim, o juiz federal esclarece que o STF possui jurisprudência tradicional no sentido de vedar a discriminação por origem e cita a conclusão do STF da ADPF 186: "as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos".

Por todo o exposto, a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto do relator, desembargador federal José Antônio Neiva6ª Seção deste TRF-2.

Precedentes:

**STJ:** AgInt na PET no REsp 1387022 (DJe de 25/04/2017);

**TRF2:** AC 00035957620164025101 (e-DJF2R de 04/05/2019).

**REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – 0112701-36.2017.4.02.5101 (2017.51.01.112701-4)**

Decisão em 05/07/2019- Disponibilização no e-DJF2R de 10/07/2019

Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA - 8ª Turma Especializada

volta

**Política de cotas: vagas restritas a alunos que tenham formação integral do ensino médio em escolas públicas em cursos regulares ou na modalidade EJA – Educação de Jovens e Adultos**

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ contra sentença, proferida nos autos de mandado de segurança, que concedeu a segurança para reativar a matrícula do impetrante no curso de Licenciatura em Educação Física, com o retorno imediato às aulas, restando suspenso o cumprimento da ordem, em razão do deferimento de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento interposto.

O impetrante, ora apelado, diante do cancelamento de sua matrícula no curso de graduação que frequentava regularmente, alegou ter sido aprovado no processo seletivo de 2015, favorecendo-se da circunstância de ter concluído o ensino médio no sistema de Educação de Jovens e Adultos (EJA), disponibilizado de maneira gratuita a estudantes de baixa renda por escola privada, através de ação filantrópica.

Destarte, encontrava-se no 3º período do curso da UFRJ quando foi informado que sua matrícula seria cancelada porque a instituição onde cursou o ensino médio não o habilitaria à obtenção de vaga reservada. Ante o fato, impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, requerendo que sua matrícula fosse assegurada, além de seu imediato retorno às aulas.

Após a concessão da liminar, a UF interpôs agravo de instrumento, pelo qual obteve decisão favorável que manteve suspensa a matrícula do estudante.

O juiz de 1º grau, ao conceder a segurança, trouxe à baila o art. 5º do edital de ingresso na UFRJ, através do SISU, para o primeiro semestre de 2016, a saber:

“Art. 5º. Poderá se candidatar às vagas de Ação Afirmativa o candidato que atender aos seguintes requisitos:

I. ter cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou

II. ter obtido certificado de conclusão com base no resultado do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos -

ENCCEJA ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino.

§ 1º. Para aplicação do disposto neste artigo considera-se escola pública, a instituição de ensino criada ou incorporada, mantida e administrada pelo Poder Público, nos termos do inciso I, do art. 19, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. §2º. Não poderão concorrer às vagas na modalidade de que trata este artigo os estudantes que tenham cursado em escolas particulares integralmente ou parte do ensino médio, mesmo que com bolsa de estudo integral.

§ 3º. O não cumprimento das exigências dispostas neste artigo implicará perda da vaga na UFRJ.”

O juiz sentenciante asseverou que a autoridade coatora, ao avaliar a documentação do impetrante, por ocasião da matrícula, concluiu, equivocadamente, que este se enquadrava na política de cotas em decorrência da redação do inciso I. Referido inciso, continuou o magistrado, dá margem à interpretação de que aqueles que concluíram o ensino médio na modalidade EJA teriam direito às vagas das ações afirmativas, independentemente da natureza pública ou privada da instituição de ensino onde cursaram o ensino médio.

Ponderou que, como a própria Administração Pública incorreu em erro no enquadramento do impetrante, com mais razão devem ser mitigadas as consequências do erro, ao qual este foi levado pela redação do Edital, argumento corroborado em parecer do MPF.

Sublinhou o julgador que o último candidato da oitava lista de chamada do curso de Licenciatura em Educação Física, na modalidade de ampla concorrência, obteve nota 634,49 no ENEM, tendo o impetrante obtido a nota 653,22, possuindo condições de ingressar no referido curso mediante as vagas destinadas à ampla concorrência. Diante disso, entendeu não ser proporcional sua exclusão sumária e consequente perda do direito de matrícula.

E completou seu argumento, defendendo que a perda da vaga do impetrante, baseada na vedação à concorrência tanto de vagas de ações afirmativas, quanto vagas de ampla concorrência, caracterizaria negativa de acesso ao sistema de ensino.

O juiz a quo transcreveu trecho do parecer do procurador da república que corroborou o entendimento acima esposado: “(...) Assim, temos um cenário completamente desprovido de razoabilidade: Um aluno que está atualmente estudando na instituição e teria condições de obter a vagas mediante ampla concorrência pode perder a sua vaga devido a um erro da Administração, que não verificou adequadamente a sua documentação apresentada de boa-fé na hora oportuna para tanto. (...)” e colacionou julgados afastando a exclusão sumária e a perda automática do

direito de matrícula do aluno que teria logrado êxito se participasse do certame competindo às vagas de ampla concorrência.

Concluiu, exemplificando que os inscritos em concurso público para concorrer a vagas de deficiente, caso não reste demonstrada a incapacidade no momento da convocação, não são eliminados sumariamente do concurso, passando a figurar, exclusivamente, na lista de ampla concorrência, podendo ser convocados em momento posterior, desde que respeitada a nova classificação obtida.

Em suas razões recursais, sustentou a apelante, em síntese, que não haveria qualquer ato ilegal ou abuso de poder que ensejasse a referida medida, ressaltando que agiu amparada pelo princípio da legalidade.

Outrossim, aduziu que a documentação trazida na exordial não supriu as exigências do art. 5º do edital do certame, não podendo a UFRJ ou o Poder Judiciário assegurar o direito à vaga, o que implicaria em prejuízo aos demais candidatos e feriria os princípios da legalidade e moralidade. Alegou, também, que a Administração observou e adotou os princípios administrativos, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso.

O relator, a seu turno, desembargador federal Marcelo Pereira da Silva, declarou que da decisão liminar que reativou a matrícula do impetrante e o imediato retorno às aulas, a UFRJ interpôs agravo de instrumento, sendo deferido (pelo mesmo relator) o efeito suspensivo à decisão agravada e, posteriormente, o recurso não foi conhecido em razão da perda do objeto, visto ter sido prolatada sentença nos autos principais.

Esclareceu o desembargador que a regra do edital do certame em análise prevê em seu art. 5º, I, que o candidato deve ter cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, cursos regulares ou na modalidade EJA. Adicionou que o §2º do supracitado artigo dispõe que não poderão concorrer às vagas os candidatos que tenham cursado em escolas particulares parcial ou integralmente o ensino médio, mesmo mediante bolsa de estudos integral.

Ponderou o julgador que - apesar do posicionamento do juízo sentenciante - da leitura do mencionado artigo depreende-se que as vagas destinadas às ações afirmativas se limitam aos estudantes que cursaram o ensino médio integralmente em escolas públicas. Ressaltou, também, que o edital prediz a exclusão do candidato a qualquer tempo, mesmo depois de matriculado, caso apresente documentação falsa, forneça informações inverídicas, utilize meios ilícitos ou descumpra as normas do edital.

Esclareceu que o citado edital foi emitido de acordo com o art. 1º da Lei nº 12.711/12, o qual dispõe que as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação

reservarão, para cada concurso seletivo de ingresso em cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo, 50% de suas vagas aos estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas.

Asseverou o magistrado que, ao realizar a matrícula, o candidato adere às normas estabelecidas anteriormente pelo edital e que vinculam a Administração, não sendo plausível flexibilizar a regra de perda do direito à vaga, sob o argumento de ser algo razoável, conforme entendimento do juízo de primeiro grau.

Por fim, declarou que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que tais normas não podem ser interpretadas de maneira extensiva, com o intuito de atingir instituições de ensino particulares, sob pena de impossibilitar o fim almejado por meio da ação afirmativa.

Diante do exposto, a 8ª Turma Especializada desta Corte, por unanimidade, deu provimento à remessa necessária e ao apelo, nos termos do voto do relator, para denegar a segurança.

Precedentes:

**STJ:** REsp 1443440 (DJe de 20/06/2014).