

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA _ VARA
CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE XXXXXXXX**

FULANA DE TAL, brasileira, solteira, desempregada, filha de **FULANO DE TAL** e de **FULANO DE TAL**, RG nXXXXXX e CPF nº XXXXX, residente e domiciliada à XX, Conjunto X X, Casa XX, XXXX, CEP: XXX, telefone: (XX) XXXX, e-mail: XXXXXX@gmail.com, vem, à presença de Vossa Excelência, por meio desta **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXX**, para, propor a presente:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO
COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA**

Em face do **INSTITUTO TAL**, associação privada, CNPJ n.: XXXX, e-mail XXXXXX@quadrix.org.br com sede à SHN Quadra XX Bloco X, Sala XX, XXX, XXX, CEP: XXX, telefone: (XX) XXXX, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos:

I - DA COMPETÊNCIA

Preliminarmente esclarece a autora da presente demanda é ajuizada na Justiça do XXXXX, apesar de se referir a concurso Conselho Regional de Biblioteconomia da Xª Região – XXX, mas o ato partiu da

operadora do concurso público, in caso, Instituto QUADRIX, pessoa jurídica de direito privado.

DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA

O Instituto XXX, constitui-se em associação civil (pessoa jurídica de direito privado) que, por intermédio do Decreto n. XX, de XX de agosto de XXX, recebeu a qualificação de Organização Social (OS) para desempenhar serviço público de natureza social, mediante contrato de gestão, no caso, firmado entre o Conselho Regional de Biblioteconomia da xª Região e o Instituto xxxxxx.

Não obstante a pessoa jurídica de direito privado seja, com a obtenção da qualificação de organização social, declarada entidade de interesse social e utilidade pública, nos moldes do art. 11 da Lei n. 9.637, de 1998, ela não integra a Administração, seja direta, seja indireta, razão pela qual sua representação em juízo escapa à competência da Advocacia-Geral da União, delimitada pela Lei Complementar n.78/1993.

Na espécie, por ser a banca examinadora do concurso responsável pela execução do certame, elaboração, aplicação e correção da prova e demais etapas, conforme as regras editalíssiAs, esta possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação, o que confirma a competência da justiça comum local para apreciar a matéria em questão.

Aliás essa é a jurisprudência do STJ e do TJDF:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO ORDINÁRIA. POLO PASSIVO. ESTADO-MEMBRO E ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO. QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL. IRRELEVÂNCIA PARA A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA.

DESENQUADRAMENTO DA PARTE NO ROL DO ART. 109, INCISO I, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. A teor do art. 109, inciso I, da Constituição da República, compete à justiça federal processar e julgar causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. 2. A mera qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como organização social, na forma do art. 1.º da Lei 9.637/1998, não ocasiona a transformação da personalidade jurídica nem a caracteriza como ente público de mesma índole daqueles com os quais celebra o contrato de gestão. 3. Compete à justiça comum estadual processar e julgar a ação ordinária proposta em face do Estado de Santa Catarina e do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), que tem natureza de associação civil de direito privado, em razão da condição de organizadoras e de executoras de concurso público para o provimento de cargos públicos estaduais. 4. Conflito conhecido para julgar competente o suscitado, Juízo de Direito da 3.ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis. (CC 149.98/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO PAS. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. REJEITOU-SE PRELIMINAR, CONFIRMOU-SE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL E DEU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. Não há vedação, no ordenamento pátrio, à pretensão formulada, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido. 2. O Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE é o responsável pela execução do processo de inscrição no PAS e, sendo pessoa jurídica de direito privado, a competência para processar e julgar o feito é da 24ª Vara Cível de Brasília. 3. Deve ser mantida a decisão que garantiu a participação do impetrante na primeira fase do PAS, até julgamento do mérito da ação principal, pois não pode o candidato ser prejudicado por ato que, a princípio, não lhe competia. 4. Rejeitou-se preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, confirmou-se a antecipação de tutela recursal e deu-se provimento ao agravo de instrumento. (Acórdão n.986642, 20150020321625AGI, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 16/12/2016. Pág.: 834/859).

Assim, não é possível aplicar ao caso o comando contido no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, eis que o Instituto XXXXX é pessoa jurídica de direito privado, razão pela qual a ação deve ser processada e julgada na Justiça Comum Estadual.

É oportuno lembrar que outras demandas ajuizadas perante a Justiça Federal foram indeferidas por incompetência absoluta do juízo, exemplo, consoante decisão judicial proferida nos autos do Processo n xxxxx (Xª Vara Federal), *in verbis*:

*“A autora dirige a ação contra a Fundação Universidade de XXXX- FUB e contra o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - XXX, denominado XXXX **A nova denominação do antigo XX denota mudança na personalidade jurídica. O XXX, qualificado como organização social por meio do Decreto nº 8.078 de 19 de agosto de 2013, reveste-se de personalidade jurídica de direito privado.** A autora pretende a homologação de sua inscrição no Programa de avaliação Seriada - PAS, cuja execução está a cargo do XXX. Somente ele, portanto, está legitimado passivamente para a ação,*

tanto que, no pedido, a autora requer expressamente contra XXX a antecipação de tutela. Nesse caso, a Fundação Universidade de XXX - XXX não detém legitimidade passiva, visto que a inscrição, como parte da execução do concurso, está a cargo do XXX(XXX). A ele foi direcionado o requerimento de inscrição por parte da escola da autora e ele respondeu negativamente (fls. 15/7). Ao remanescer apenas o XXXX no polo passivo, cumpre reconhecer a incompetência deste Juízo, pois, como visto, o Réu tem personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se à competência da Justiça do XXXXX e Territórios. Ante o exposto, declaro a incompetência deste Juízo Federal e determino a remessa dos autos à Justiça do XXXX, com as cautelas de praxe.(...)”

Esclarecida a competência, para a cognição e apreciação dos pedidos ao final formulados, seguem os fatos e fundamentos jurídicos que consubstanciam a demanda.

II - DOS FATOS

A autora se inscreveu no Concurso Público para Provimento de Vagas e Formação de Cadastro Reserva para Cargo de Nível Superior do Conselho Regional de Biblioteconomia da Xª Região - XXXX, para concorrer a uma das vagas na condição de cotista negro destinadas ao cargo de Bibliotecário Fiscal, o qual teve como banca organizadora o Instituto XXXX ora prestador réu.

Por se auto identificar como uma pessoa parda, bem como por ser filha de pessoa que se autodeclara negro e possui características fenotípicas de pessoas negras, a autora pretendeu concorrer às vagas reservadas a candidatos negros e, de que, após sua aprovação, foi submetida ao procedimento administrativo de verificação da condição de candidata negra, conforme ITEM 8.2 do edital de abertura, onde **houve o indeferimento pela banca organizadora da qualificação.**

Verifica-se também nos documentos anexos que a autora concorreu para tal cargo como pessoa negra ou parda.

Os requisitos utilizados pelo primeiro réu se encontram no Edital Normativo Nº 01/2020:

8.1 Das vagas destinadas a cada cargo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 20% serão providas na forma da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

8.1.3 Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá, no ato da inscrição, optar por concorrer às vagas reservadas aos negros e autodeclarar-se negro, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

No ato da inscrição no concurso promovido pela ré, a autora se autodeclarou negra, em atendimento do item 8.1.3 do certame, tendo sido incluída na relação provisória dos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos.

Em razão de tal habilitação, a autora realizou as provas objetivas e subjetivas do concurso, tendo sido aprovado entre os candidatos que se autodeclararam negros ou pardos (conforme documento anexo).

Em razão de sua aprovação, a autora foi selecionada para avaliação realizada pela ré para verificação do requisito étnico-social, tendo tal exame sido realizado presencialmente no dia XX/XX/XX, no horário das 9h10min na sede da requerida, ocasião em que a banca examinadora lhe solicitou que permanecesse em uma cadeira com luzes próximas, onde tiraram fotografias de seu perfil, falaram para fazer a declaração de negra, e assim lhe foi questionado sobre desde quando se reconhecia como negra, se já havia sofrido preconceito e, que, de acordo com o edital do concurso deveria haver no dia da análise de raça 6 (seis) integrantes da banca, quando no local só haviam 5 (cinco), sendo 2 (duas) mulheres brancas, 2 (duas) mulheres negras/pardheresa e 1 (um) homem negro/pardo e, que, inclusive as pessoas negras/pardas que avaliaram a autora eram mais claras do que a mesma.

Nada obstante, a ré apresentou lista provisória dos candidatos aprovados para preenchimento das vagas destinadas àqueles que se autodeclararam negros ou pardos, não tendo o nome da autora aparecido na lista, tendo sido eliminada do certame, tendo a mesma de imediato recorrido da decisão, contudo, não lhe apresentaram justificativa, até o momento.

De tal modo, mesmo não identificando diretamente o resultado do exame e seus fundamentos de forma explícita, tem-se que a autora foi excluída do concurso, o que pode ter se fundamentado no item 8.2.8.2 do certame:

8.2.8. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do Concurso Público 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.

Ainda assim, a autora apresentou a tempo recurso à sua exclusão do certame, o qual restou indeferido pelos examinadores, contudo, sem qualquer justificativa.

A autora teve cerceado seu direito de acesso ao cargo público na condição de cotista negro não lhe restando opção senão a busca da tutela jurisdicional, a fim de que seja declarada a nulidade do ato administrativo vindicado e, que, por conseguinte, seja nomeada e empossada no cargo pleiteado.

III - DO DIREITO

A controvérsia dos autos consiste na análise da possibilidade de a autora ser considerada cotista para os fins da reserva de vagas em concurso público a candidatos negros.

A Constituição Federal, no seu art. 6º, *caput*, que trata dos Direitos Sociais, diz:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

A Lei Orgânica do DF, por sua vez, dispõe:

Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Distrito Federal obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação, transparência, eficiência e interesse público.

Nos termos do art. 37, I, da Constituição Federal, a administração pública indireta da União obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cabendo a seus entes assegurar o acesso aos empregos públicos por todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Embora a ré seja entidade de direito privado, na forma de seu estatuto, tem-se que a ela se aplicam os princípios constitucionais acima indicados, uma vez que atua como executora da promoção de empregos públicos e, delegatária da atividade administrativa exercida pelo segundo réu.

Assim, visualiza-se que a ré durante a realização do concurso público deve observar a impessoalidade, isonomia e a legalidade de seus atos.

Quanto à isonomia, verifica-se a adoção em concursos públicos de medidas concretas que permitam o efetivo acesso aos empregos públicos por todos os membros da sociedade. Tais medidas buscam promover uma

igualdade material e se fundamentam na dificuldade de certa parcela da sociedade de acessar os referidos empregos.

É público e notório que pessoas negras são minoria nos quadros de pessoal dos órgãos da Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, razão pela qual foi editado o Estatuto da Desigualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, que visa a estabelecer igualdade de oportunidades à população negra, inclusive de trabalho.

Nesse sentido, tem-se que:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

Poder-se-ia afirmar que a quantidade de pessoas brancas nos órgãos públicos se relaciona com a dificuldade de pessoas negras e pardas de acessar os níveis mais elevados do conhecimento. Ocorre que independentemente dos critérios adotados pelos órgãos públicos para o provimento de seus empregos, não se está permitindo acesso igualitário entre pessoas negras e brancas, conforme o Estatuto da Igualdade Racial.

Assim sendo, o estado passou a adotar medidas afirmativas para que todos os brasileiros tivessem maior acesso aos cargos e empregos públicos. Entre tais medidas públicas, tem-se a exigência promovida pela Lei 12.990/2014, por meio da qual, busca-se superar distorções sociais historicamente consolidadas, possibilitando que as pessoas que se declarem negras e pardas também tenham acesso aos empregos públicos.

A referida lei, em seu artigo 1º, impõe a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de empregos públicos no âmbito das sociedades de economia mista controladas pela União.

A Lei 12.990/2014 estabelece que podem concorrer às vagas destinadas a candidatos negros, as pessoas negras e pardas, assim entendidas aquelas que de tal forma se autodeclarem no momento da inscrição no concurso:

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.

Em observância da dita norma, os requisitos utilizados pela ré se encontram no Edital Normativo Nº 01/2020:

8.1 Das vagas destinadas a cada cargo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 20% serão providas na forma da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

8.1.3 Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá, no ato da inscrição, optar por concorrer às vagas reservadas aos negros, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Foram reservadas vagas a candidatos negros no respectivo concurso, tendo a autora para elas se inscrito na medida em que se entendia como uma pessoa parda e, portanto, beneficiário da referida medida.

Interpretando o referido item do certame e a referida norma da Lei 12.990/2014, verifica-se direito de concorrência como candidato negro, a pessoa que se autodeclara parda.

Nos moldes das mesmas normas, é possível afirmar que o candidato, para se declarar negro ou pardo, deve se valer do critério adotado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - IBGE para determinação de raça ou cor em suas pesquisas.

Acrescente-se a tal argumento o fato de não ter adotado qualquer outro critério previsto pela banca para verificação de raça ou cor.

Em consulta ao ITEM 8.1.3, tem-se que a mesma adota como critério primordial de identificação dos requisitos de cor e raça pura e simplesmente a declaração da pessoa:

Cor ou Raça - característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena¹. (Grifamos)

Ademais, conforme Portaria Normativa nº 4, de 06 de abril de 2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Secretaria de Gestão de Pessoas, artigo 3º, parágrafo 2º, assim prescreve que a autodeclaração goza de presunção relativa e que prevalecerá caso haja dúvida razoável a respeito do fenótipo.

Art. 3º A autodeclaração do candidato goza da presunção relativa de veracidade.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, a autodeclaração do candidato será confirmada mediante procedimento de heteroidentificação;

§ 2º A presunção relativa de veracidade de que goza a autodeclaração do candidato prevalecerá em caso de dúvida razoável a respeito de seu fenótipo, motivada no parecer da comissão de heteroidentificação.

Percebe-se que a referida instituição não se utiliza de critérios próprios e objetivos para a identificação de raça e cor, evitando interferir na escolha do entrevistado e permitindo que este, ou excepcionalmente um membro de seu grupo social, promova sua identificação na sociedade.

A adoção da auto declaração para identificação de uma raça ou cor se relaciona com a consciência da própria pessoa, de modo que pode ser considerado uma pessoa negra aquela que se entende como tal.

De igual modo, podem ser identificadas também as pessoas brancas, amarelas, pardas, amarelas e indígenas.

Tal medida também se mostra mais adequada, vez que a população brasileira é fruto de miscigenação étnica e de cor, sendo inviável determinar, de modo objetivo, uma pessoa negra e uma pessoa parda, em maior medida em razão dos preconceitos e pré-compreensões dos sujeitos.

Nesse sentido, tem-se o conceito atribuído pelo Estatuto de Desigualdade Racial, orientador da adoção de medidas afirmativas a negros:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:
(...)

IV - 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 auto definição análoga;

Ademais, deve ser prestigiada a auto identificação da autora, sob pena de vulneração da dignidade da pessoa humana, na medida em que somente o candidato poderá analisar sua cor e seu pertencimento a determinada etnia, de modo que não se mostra cabível que tal condição seja atribuída por terceiros, os quais, no uso de suas observações subjetivas e pré-compreensões, também são sujeitos a avaliações discricionárias e subjetivas.

A instituição de um verdadeiro “tribunal racial”, portanto, não é garantia de maior objetividade na avaliação em questão.

Por todos esses motivos, afirma-se de que a ré, em atendimento à lei, adotou o critério da consciência dos candidatos para identificação da etnia e cor dos mesmos e, por ser o edital lei entre as partes, tem-se que a referida parte não poderia excluir a autora do certame.

Doutra sorte, caso entenda que a ré não adotou o critério da auto identificação para a determinação da raça e cor do candidato, fazendo uso de critérios diversos dos adotados pelo IBGE, tem-se que a eliminação deve ser declarada nula por ter a ré se utilizado de requisitos próprios, subjetivos e indeterminados.

Tal como já apontado, para a execução de concurso para contratação de pessoas em emprego público, a entidade deveria observar os princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, notadamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

Além disso, por promover a eliminação da autora do concurso por procedimento administrativo, deveria a mesma observar, também, o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório que lhe são inerentes.

Nada obstante, a ré eliminou a autora do certame após avaliação, a qual não foi pessoal, não tendo a requerida explicitado os motivos que utilizou para a eliminação da candidata, mesmo após a apresentação de recurso administrativo.

Utilizando como parâmetro o art. 2º da Lei 12.990/13, o qual foi repetido no item do certame, verifica-se que:

8.2.8.2 Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se tiver 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.

Na medida que a declaração apenas pode ser considerada falsa quando veicula informação distinta da realidade, é possível afirmar que a ré excluiu a autora por não considerá-la parda ou negra.

No que tange à definição do que se pode ser considerado pardo ou negro, verifica-se um problema, na medida em que tal palavra surge, como substituto do termo mestiço, para designar pessoas com variada ascendência étnica², o que, em razão da grande miscigenação no país, passa a ser adotado pelas pessoas de forma variada, a depender de critérios subjetivos.

Relembrando os ensinamentos de Ludwig Wittgenstein, expressado na virada linguística, tem-se, também, que as coisas não nascem como etiquetas que as definam. Todos os objetos são ligados a termos significantes (palavras) pelos indivíduos que os identificam, de forma autônoma, a partir de seus preconceitos e pré-compreensões.

De tal modo, não é possível ter como válida a exigência do candidato que ele seja pardo, sem fixar os requisitos que deve cumprir, uma vez que isso permitiria ao examinador a discricionariedade absoluta para a eliminação do candidato.

Ilustrativamente, valendo-se do senso comum, trazendo o termo “pardo” para seu uso moderno, pode-se afirmar que o referido termo é utilizado, em maior medida, em razão de:

- Consciência da autora: a pessoa se autodeclara parda;
- Os sentimentos pessoais da autora: a pessoa se sente parda, atribuindo à raça que se atribui um sentido que lhe é subjetivo e inerente a seus sentimentos, atribuindo valor a tal característica;
- Suas características fenotípicas: a pessoa aparenta características visíveis de pessoas pardas ou negras;

- Suas características genéticas: a raça e cor da pessoa estariam expressas em seu DNA.
- Sua ascendência étnica: a autora é filha de pessoas pardas ou de pessoas, cujos descendentes podem ser considerados pardos ou negros.
- Sua convivência e identificação em sua comunidade: a pessoa vive em um ambiente de pessoas pardas ou negras e, portanto, é passível dos mesmos preconceitos e discriminações de seu grupo;
- Sua convivência e identificação na sociedade: a pessoa é objeto é considerada parda pela sociedade.

De tal modo, verifica-se que ao ré poderia ter se utilizado de vários dos critérios acima expostos.

Na resposta ao recurso apresentado pela autora, um dos membros da banca de avaliação, em texto obscuro, fez menção às características fenotípicas, a qual somada às demais respostas rasas dos demais membros da banca não permitem identificar quais foram os critérios utilizados pela banca.

O que cabe asseverar é que, em nenhum momento, os critérios utilizados pela ré – partindo do pressuposto de que foram utilizados – foram indicados sequer como prováveis no exame, ofendendo frontalmente os princípios da publicidade, da legalidade e da isonomia.

Impõe destacar que um brasileiro apenas pode ser privado de exercer os empregos públicos na forma da lei, mormente pela exigência de que os melhores colocados e habilitados possam assumir os empregos.

Assim sendo, por configurar atividade de interesse público, deve ser executado em forma preestabelecida, por ato normativo, de modo que permita aos candidatos, bem como à toda população, a fiscalização do correto provimento dos empregos públicos por servidores habilitados.

Ademais, por meio do processo de verificação de raça e cor, a requerida promove, sem qualquer respaldo normativo, seja legal ou administrativo, verdadeira distinção entre as pessoas que se autodeclaram pardas ou negras, promovendo a definição de candidato negro de forma diversa do parágrafo único do artigo Xº do Estatuto da Igualdade Racial, por meio de mera atividade administrativa.

Diante de tais ofensas aos referidos preceitos constitucionais e legais, forçosa a anulação do ato de exclusão da autora.

Assim, a inexistência de critérios objetivos e preexistentes mostra-se razão bastante para declaração da nulidade de ato administrativo que elimina candidato a cargos e empregos públicos, tal como restou fixado nas jurisprudências deste e. TJDFT, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Importante destacar que tal posição foi adotada em razão de exame psicotécnico adotado em concursos públicos, os quais se voltam a características subjetivas do candidato e, geralmente, executado de formas diversas pelos diferentes examinadores.

Nesse sentido, tem-se respectivamente as jurisprudências do TJDFT, do STJ e do STF:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA CIVIL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. OMISSÃO DO EDITAL. NULIDADE DO ATO. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME.

1. Conforme dicção consolidada no Enunciado Sumular 20 desta Corte: "A validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo". 2. A Lei 4.878/65 (regime peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal), em seu art. 9º, VII, exige que o candidato possua temperamento adequado

ao exercício da função policial, mediante realização de psicotécnico, para a matrícula no curso de formação. 3. A avaliação do perfil psicológico do candidato deve ser feita mediante a utilização de critérios técnicos e objetivos, previamente especificados no edital, propiciando base objetiva que permita o controle jurisdicional da legalidade do exame, sob pena de nulidade. 4. A banca examinadora agiu de forma arbitrária ao exigir um perfil profissiográfico secreto, desconhecido dos participantes do certame, o que confere ao exame psicológico caráter essencialmente subjetivo e malfere o princípio da publicidade. 5. Uma vez existente previsão no edital de submissão dos candidatos à avaliação psicológica, não cabe ao Poder Judiciário dispensar o candidato de realizar o psicotécnico, mas apenas determinar que lhe seja oportunizada a realização de um novo exame baseado em parâmetros objetivos. 6. Apelação provida. (Acórdão n.894326, 20140110592430APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: MARIO-ZAM BELMIRO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/09/2015, Publicado no DJE: 18/09/2015. Pág.: 159)

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INAPTIDÃO EM TESTE PSICOTÉCNICO. ILEGALIDADE DO ATO. EDITAL. REGRAS. OBJETIVIDADE. AUSÊNCIA. NOVA AVALIAÇÃO. DESNECESSÁRIA. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. O exame de avaliação psicológica encontra-se expressamente previsto em diversos diplomas legais, devendo atender aos requisitos de previsão legal, exigência de critérios objetivos e garantia de recurso administrativo. 2. O edital do certame deve especificar os critérios objetivos para aplicação e correção da avaliação psicológica, sob pena de ser anulado, tendo em vista a violação ao princípio da publicidade. 4. O Superior Tribunal de

Justiça vem decidindo no sentido de que a avaliação psicológica não tem por fim eliminar o candidato do certame, mas para apurar da saúde mental do candidato. 5. Reconhecida a ilegalidade da avaliação psicológica, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu reconhecendo o direito ao candidato de prosseguir nas demais fases do certame, sendo desnecessária a realização de novo teste. 6. Não é razoável prejudicar o candidato, com sua eliminação do concurso, em razão da falta de objetividade no edital quanto as regras da aplicação do teste. 7. Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.911591, 20140110298547APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/12/2015, Publicado no DJE: 17/12/2015. Pág.: 188)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. PREVISÃO LEGAL. REQUISITOS PSICOLÓGICOS EXIGIDOS PARA O CARGO. AUSÊNCIA DE DIVULGAÇÃO PRÉVIA PELO EDITAL REGULADOR. SUBJETIVIDADE RECONHECIDA.

1. Na esteira da jurisprudência firmada pelo excelso Supremo Tribunal Federal, foi editada por este egrégio Tribunal de Justiça a Súmula 20, que assim dispõe: "A validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo." 2. Considera-se ausente o requisito relacionado à necessidade de critérios objetivos quando o edital limita-se a consignar a necessária adequação aos requisitos psicológicos exigidos para o cargo, sem, entretanto, declarar quais seriam tais habilidades, submetendo a parte autora a exigências que não foram claramente divulgadas, constituindo violação os princípios da igualdade, publicidade e

impessoalidade. 3. Após a anulação do exame psicotécnico realizado sem os requisitos exigidos é assegurado ao candidato o prosseguimento nas demais fases do concurso. 4. Recurso provido. (Acórdão n.900689, 20140110470110APC, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Relator Designado: CRUZ MACEDO, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/09/2015, Publicado no DJE: 25/11/2015. Pág.: 271)

Ademais, nos moldes da Súmula 20 do eg. TJDFT, tem-se de que “a validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo”.

Ocorre que tal jurisprudência deve ser aplicada à avaliação étnica realizadas em concursos públicos, eis que nos moldes do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, verifica-se que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Tendo em vista o princípio do “Ubi eadem ratio ibi eadem legis” – a mesma razão autoriza o mesmo direito –, mostra-se mister que a aplicação dada aos princípios constitucionais da legalidade, da publicidade, da impessoalidade e do devido processo legal, aplicados para anular o exame psicotécnico em razão da inexistência de critérios objetivos e predeterminados deve também ser utilizado para anular a avaliação da raça e da cor da autora.

A garantia prevista no art. 37, I, da Constituição Federal, representa nítida garantia de ordem pública à sociedade, a qual tem interesse de exigir que os serviços públicos sejam operados por pessoas habilitadas.

Em igual medida, a referida norma prevê um direito subjetivo, o qual restou consolidado por meio do Recurso Extraordinário 837311/RG, em que foi reconhecida a repercussão geral do tema:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS

PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. TEMA 784. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (STF: RE 837311 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014)

O julgamento da tese objeto da repercussão geral foi julgada em 09/12/2015, não tendo ainda sido publicada. Não obstante, é pública e válida, podendo ser apresentada nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.” Vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou contra o enunciado. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.12.2015.³

No presente caso, a autora foi aprovada para as vagas do cargo de Bibliotecário Fiscal, destinada a candidatos negros e, em que pese sua eliminação do certame, tem-se que tal ato administrativo é ilegal e, não pode ser utilizado pela Administração Pública para obstar o direito subjetivo da autora ao cargo, que a autora ostenta tanto por ter sido aprovada dentre do número de vagas inicialmente previsto no edital, bem como por ter sido preterida, o que nada obsta a imediata integração da autora aos quadros do contratante da requerida.

III - DA TUTELA DE URGÊNCIA

Na hipótese, verifica-se que pretensão se amolda ao conceito de tutela de urgência, sendo uma das modalidades da tutela provisória prevista no art. 294 e seguintes do CPC.

As tutelas provisórias (de urgência e de evidência) vieram sedimentar a teoria das tutelas diferenciadas, que rompeu com o modelo neutro e único de processo ordinário de cognição plena. São provisórias porque as possibilidades de cognição do processo ainda não se esgotaram, o que apenas ocorrerá no provimento definitivo.

Os requisitos da tutela de urgência estão previstos no art. 300 do CPC, sendo eles: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Compulsando os autos, observa-se de que os fundamentos apresentados pela autora são relevantes e amparados em prova idônea, permitindo-se chegar a uma alta probabilidade de veracidade dos fatos narrados, visto que o nome da parte autora consta na relação daqueles que se declararam como negros ou pardos e, que foram convocados para o procedimento de verificação da condição declarada, relativa ao Concurso Público para o Provimento de Vagas e a Formação de Cadastro Reserva no Cargos de Bibliotecário Fiscal do Conselho Regional de Biblioteconomia da Xª Região, de acordo com a cláusula nº 8.1. do edital que disciplina acerca dos procedimentos para concorrer às vagas destinadas a negro ou pardo; **e**

fotografias e documentos comprobatórios da ascendência em linha reta (família).

Em análise não exaustiva, estão evidenciados a opção da autora em concorrer às vagas de cotas raciais e o resultado do procedimento de verificação da condição declarada.

Por outro lado, suas fotografias demonstram a probabilidade do direito alegado, ante a existência de características físicas que evidenciam que a autora se encaixa no fenótipo da raça negra ou parda, além de suas próprias características: cabelos cacheados, tom da pele, olhos, nariz enfim aspectos físicos inerentes a raça parda/negra.

De igual modo se faz presente o perigo de dano, uma vez que existe o risco de nomeação de candidatos em classificação posterior à da autora, do que resulta o agravamento dos prejuízos narrados na inicial.

Destaca-se, que não se está, nesse momento, afirmando a condição de negro ou pardo da autora, mas tão somente lhe garantindo, até a plena dilação probatória, a participação no concurso público no caso concreto, razão pela qual deve ser deferido o pedido de tutela de urgência e determinado a suspensão da eliminação da autora do certame público descrito no bojo desta inicial, **determinando-se a requerida que a mantenha como classificada entre os candidatos cotistas até o julgamento de mérito do feito, na ordem classificatória decorrente da pontuação obtida no concurso público, na forma do art. 300 do CPC.**

IV - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a autora solicita, que:

- a) Seja deferido os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 98 do CPC;

- b) Seja concedida a tutela de urgência para que seja determinada a suspensão da eliminação da autora do concurso público descrito na petição inicial para mantê-la classificada entre os candidatos cotistas até o julgamento de mérito do feito, na ordem classificatória decorrente da pontuação obtida no concurso público, sob pena de multa diária, nos termos do art. 300 do CPC;
- c) A designação prévia de audiência de conciliação, nos termos do art. 319, VII do CPC, inclusive por meio de vídeo conferência e, que, caso não haja acordo, a ré apresente defesa no prazo legal, sob pena de revelia;
- d) Seja julgado procedente o pedido, declarando-se nulo o ato administrativo da requerida que excluiu a autora do certame, sendo determinado o reconhecimento da condição de cotista à autora, inserindo-a na lista final dos aprovados na posição que lhe cabe e, no certame para o cargo de bibliotecário fiscal, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária, confirmando-se a liminar deferida de item b;
- e) A condenação do réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a serem revertidos em favor do Fundo de Apoio e Aparelhamento da Defensoria Pública do Distrito Federal – PRODEF – (art. 3º, da Lei Complementar Distrital nº 908/2016), que deverão ser depositados no Banco de Brasília S.A. – BRB, Código do banco 070, Agência 100, conta 013251-7, PRODEF.

Protesta provar por todos os meios em Direito permitidos.

Dá a causa o valor de R\$ XXXX (XXXXX). Nesses termos. Pede deferimento.

XXXXXX

Analista da Defensoria Pública do XX

XXXX - matrícula XXX

Defensor Público do XXXXX