



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042211-46.2015.4.01.3400/DF
Processo na Origem: 422114620154013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : _____
PROCURADOR : DF00013147 - DANIEL BARBOSA SANTOS E OUTROS(AS)
APELADO : _____
ADVOGADOS : DF00050513 - PATRÍCIA LOBATO FERREIRA RIBEIRO E OUTROS(AS)

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
(RELATOR):**

Cuida-se de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação, ajuizada no procedimento ordinário, por _____ contra a União Federal e o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE, julgou procedente o pedido autoral, para homologar “o reconhecimento da procedência dos pedidos do autor pelas requeridas, confirmando os atos que resultaram na nomeação e posse do autor no cargo de Agente da Polícia Federal.” (fls. 743/746)

Em suas razões recursais (fls. 750/775), o CEBRASPE sustenta, em resumo, que a decisão apelada “viola o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990/2014, que estabeleceu a possibilidade de verificação da falsidade da autodeclaração por meio de procedimento administrativo.” Assevera que “a autodeclaração não esgota o processo de seleção por via das cotas para negros.” Defende que a decisão unânime da Banca Examinadora, em não reconhecer o apelado como negro/pardo, foi coibir fraude eliminando apenas os candidatos que possuíam fenótipo extremamente incompatível com o fenótipo de pessoa negra. Aduz que, muito embora a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000 tenha determinado novo procedimento para a

verificação da condição do candidato negro, de forma presencial, “*a publicação do edital tornou explicitas as regras que norteiam o relacionamento entre a banca examinadora e aqueles que concorrem a cargos e/ou empregos públicos. Daí a necessária observância bilateral das regras definidas.*” Defende, ainda, a autonomia da Banca Examinadora nos critérios de avaliação em concurso público e a impossibilidade de substituição da Banca Examinadora pelo Poder Judiciário, bem assim a violação ao artigo 5º, I, da CF/88 (Princípio da Isonomia). Por fim, alega que, da análise conjunta dos Princípios da Causalidade e da Sucumbência, caberia ao autor o pagamento da verba honorária, na medida em que os atos da apelada, que levaram a eliminação do autor, foram pautados nos exatos termos do edital do certame. Requer, assim, o provimento do presente recurso, para que seja reformada a sentença apelada.

Com as contrarrazões (fls. 779/788-v.) subiram os autos a este egrégio Tribunal.

Este é o relatório.

Processo na Origem: 422114620154013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE :
PROCURADOR : DF00013147 - DANIEL BARBOSA SANTOS E OUTROS(AS)
APELADO :
ADVOGADOS : DF00050513 - PATRÍCIA LOBATO FERREIRA RIBEIRO E OUTROS(AS)

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

Como visto, a pretensão em referência ampara-se no argumento de que, o requerente se submeteu ao concurso publico para provimento de cargos de Agente da Policia Federal, conforme edital nº 55/2014 — DGP/DPF, DE 25/09/2014, tendo sido classificado no certame, na condição de negro, razão pela qual chegou a se submeter a teste de aptidão física, logrando êxito também nesta etapa. Ocorre que, ao ser submetido ao procedimento administrativo para verificação da condição de candidato negro (preto ou pardo), preenchendo autodeclaração no sentido de que desejava concorrer como candidato negro, acompanhado de fotografia, foi surpreendido com a informação de que não se enquadra na condição de candidato negro, sendo considerado inapto, ante a ausência das características fenotípicas do candidato para ser enquadrado nos preceitos legais dispostos na Lei nº 12.990/14.

A Lei nº 12.990/2014, que reservou aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, afirmou em seu art. 2º que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito de cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE , in verbis:

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.

A Banca Examinadora do certame, ao tempo em que publicou a lista dos candidatos negros aprovados, também dispôs sobre a forma de verificação da condição declarada, mediante o envio, dentre outros documentos, “... *por meio de link específico, fotografia individual colorida, com fundo branco e placa com a data em que a fotografia foi tirada, de seu tronco, cabeça e braços, sendo que a cabeça e os braços deverão estar descobertos*”.

A avaliação da condição declarada seria analisada, portanto, por uma Banca especialmente designada para tanto e que, dentre outros quesitos, verificaria o fenótipo do candidato por meio da fotografia apresentada.

Ocorre que a avaliação de uma simples fotografia, com vistas à verificação da condição de negro de um candidato pode levar ao cometimento de equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e outras influências, razão pela qual não se afigura razoável a eliminação de um candidato sem uma verificação presencial.

Prova disso é que o autor, após ter sido posteriormente reavaliado perante a Banca Examinadora do concurso, criada para realizar a avaliação presencial, reconheceu que o autor detém as condições para participar das vagas destinadas aos candidatos negros.

Tanto isto é verdade, que por meio da decisão proferida pela 5ª Turma do TRF da 2ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, que tem como origem a Ação cível Pública nº 119328-36.2015.4.02.5001, o CEBRASPE procedeu nova verificação da condição de negro dos candidatos, anulando as regras que exigiam o envio de fotos para verificação da condição dos candidatos que se autodeclararam negros, tornando nulo o resultado final do procedimento administrativo de verificação da condição de candidato negro, e determinando nova verificação, com avaliação presencial e

decisão motivada, assegurando-se que somente fossem eliminados do concurso os candidatos que prestaram declaração falsa, também com a devida motivação. Aduz que, nesse contexto, o autor foi inserido na condição de negro, após nova avaliação, e reincluído nas demais fases do certame dentro da política de cotas raciais, resultado na posterior nomeação e posse no cargo.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial no âmbito de nossos tribunais dispõe que *"não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos"*, bem como que *"a simples análise fotográfica, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o Princípio da Isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial"* (APELAÇÃO 00061712220164013500, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/05/2017 PAGINA:.).

Confiram-se, ainda, os seguintes julgados sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS NEGROS. PREVISÃO EDITALÍCIA DE ANÁLISE DA VERACIDADE DA AUTODECLARAÇÃO MEDIANTE APRECIÇÃO DE, DENTRE OUTRAS FORMAS, FOTOGRAFIA ENVIADA PELO CANDIDATO. ELIMINAÇÃO DA CANDIDATA. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DETERMINAÇÃO DE AFERIÇÃO PRESENCIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. No caso dos autos a candidata se inscreveu no Concurso Público realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para provimento do Cargo de Analista do Seguro Social - Assistente Social, regido pelo Edital n. 01 - INSS, de 22/12/2015, para uma das vagas reservadas aos candidatos negros. Obtendo aprovação na prova objetiva, aquela foi convocada para procedimento de verificação da condição declarada, nos termos do Edital n 07 - INSS/2016, que se daria mediante o preenchimento de declaração a afirmar que desejaria continuar concorrendo como candidato negro, a impressão, assinatura e envio desta por meio de link específico acompanhado de *"... fotografia individual colorida, com fundo branco e placa com a data em que a fotografia foi tirada, de seu tronco, cabeça e braços, sendo que a cabeça e os braços deverão estar descobertos"*, para ser analisada por uma Banca Examinadora designada especialmente para tanto. A mencionada Banca entendeu as características fenotípicas da

candidata não se enquadravam nos preceitos legais dispostos na Lei n. 12.990/14, tendo ela, de forma unânime, indeferido a inscrição da candidata na condição de negra, motivo pelo qual ela foi eliminada do concurso. 2. A jurisprudência desta Sexta Turma possui entendimento no sentido de que, no caso como o colocado nestes autos, "Não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos", bem como que "A simples análise fotográfica, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o Princípio da Isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial" (APELAÇÃO 00061712220164013500, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/05/2017 PAGINA:.). 3. A Orientação Normativa n. 3, de 1º de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que veio dispor sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros, para os fins da Lei n. 12.990/2014, determinando que esta verificação seja feita, obrigatoriamente na presença do candidato, afirmou no seu art. 3º que "Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa". 4. Em razão da aplicação do princípio da razoabilidade e tendo em vista a disposição contida no art. 3º da aludida Orientação Normativa n. 3/2016, deve ser mantida a decisão agravada que determinou a suspensão do ato de eliminação da candidata/agravada, das nomeações daqueles aprovados para o cargo e localidade para o qual a parte autora, determinando que a verificação da condição de negra da candidata/agravada se desse de forma presencial. 5. Agravo de instrumento conhecido e, no mérito, não provido. (AG 0068876-80.2016.4.01.0000 / PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 03/07/2017)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. CARGO DE AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. CANDIDATO AUTODECLARADO PARDO. ELIMINAÇÃO APÓS PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE VERIFICAÇÃO DE CANDIDATO NEGRO (PARDO OU PRETO). CRITÉRIO SUBJETIVO. VERIFICAÇÃO DO FENÓTIPO POR FOTOGRAFIA. NÃO ADMISSÃO. DETERMINAÇÃO DE NOVA VERIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. VERIFICAÇÃO PRESENCIAL. CANDIDATO CONSIDERADO PARDO.

COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS.

I - Apesar de não existir no edital que rege o certame a previsão de uma fase "verificação da condição de candidato negro (preto ou pardo)", há a estipulação de uma verificação quanto à autenticidade da autodeclaração feita pelo candidato, conforme no subitem 5.1.4.1 e parágrafo único do art. 2º da Lei 12.990/2014, não havendo nenhuma ilegalidade ou desrespeito ao edital a administração convocar os candidatos para confirmar a declaração feita na hora da inscrição.

II - Não é o caso de se adentrar no critério da Administração para avaliar a autodeclaração dos candidatos, mas a avaliação do fenótipo já traz um alto grau de subjetividade e, sendo feita por análise fotográfica, enviada pelo candidato, pode ocorrer equívocos, em razão da qualidade da foto, luz, enquadramento e diversos outros motivos.

III - A simples análise da fotografia, ainda mais quando fornecida pelo candidato, fere o Princípio da Isonomia, devendo essa ser feita pela própria Administração, ou de melhor monta, de forma presencial.

IV - Candidato que era tido como negro pela sociedade, conforme "Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED" e "Boletim do Ocorrência do Corpo de Bombeiro Militar".

V - Em virtude da decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, dada pela 5ª Turma do TRF da 2ª Região, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, o autor realizou novo procedimento administrativo de verificação da condição de candidato negro (parto ou preto), dessa vez presencial, no qual foi considerado pardo, sendo aprovado de forma regular para participar do curso de formação.

VI - Em regra, ao candidato sub judice não se reconhece direito à nomeação e posse, antes do trânsito em julgado da decisão, já que inexistente, em Direito Administrativo, o instituto da posse precária em cargo público (AMS n. 0006306-34.2002.4.01.3400/DF - e-DJF1 de 28.06.2010).

VII - É possível, no entanto, a nomeação e posse antes do trânsito em julgado nos casos em que o acórdão do Tribunal seja unânime. Precedentes desta E. Corte. VIII - Recurso de apelação da União ao qual se nega provimento. Recurso de apelação do Autor que se dá provimento, reconhecendo como válida sua autodeclaração comprovada pelo exame presencial (item V), e, conseqüentemente, declarando nula a modificação realizada no edital original, pelo edital nº 8/2015 - DGP/DPF, bem como declarando nulos o Edital nº 14/2015 - DGP/DPF e a eliminação do autor do certame. Nomeação e posse imediatas.

(APELAÇÃO 00395229020154013800, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/05/2017 PAGINA:.)

Ademais, a Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que veio dispor sobre as

regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros, para os fins da Lei nº 12.990/2014, determinando que esta verificação seja feita, obrigatoriamente na presença do candidato, afirmou no seu art. 3º que *"Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa"*.

Por fim, quantos aos honorários advocatícios, não há que se falar em que os mesmo seriam indevidos ou que a parte autora teria dado causa a demanda, porque foi necessária a propositura do presente feito, uma vez que houve recusa administrativa do reconhecimento da condição de candidato negro.

Com estas considerações, **nego provimento** à apelação, para confirmar a sentença monocrática em todos seus termos.

Este é meu voto.