



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 1ª Região

PROCESSO: 1026740-65.2018.4.01.3400 PROCESSO REFERÊNCIA: 1026740-65.2018.4.01.3400
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL (198) POLO ATIVO: UNIÃO FEDERAL POLO PASSIVO:----- e outros
REPRESENTANTE(S) POLO PASSIVO: DANIEL BARBOSA SANTOS - DF13147-A, RICARDO CESAR
FERREIRA DUARTE JUNIOR - RN7834 e RAPHAEL DE ALMEIDA ARAUJO - RN8763
RELATOR(A):JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 16 - DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA
Processo Judicial Eletrônico

APELAÇÃO CÍVEL (198) n. 1026740-65.2018.4.01.3400

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelo ----- e pela União Federal em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, na Ação Ordinária n. 1026740-65.2018.4.01.3400, julgou procedentes os pedidos formulados por -----, para anular o ato que excluiu o autor do certame e determinar sua inclusão na listagem final de cotas, com direito a participação nas etapas seguintes em que lograr aprovação e, caso aprovado, seja nomeado e empossado no cargo de Agente de Inteligência, cargo 1, área 1, da Agência Brasileira de Inteligência.

A sentença condenou, ainda, os réus ao pagamento de metade das custas processuais e dos honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, o qual fora fixado em R\$199.445,52 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos).

A União Federal, em suas razões recursais, sustenta que o edital que rege o concurso foi elaborado em total conformidade com o estabelecido no art. 2.º da Lei n. 12.990/2014.

Defende que a autodeclaração não esgota o processo de seleção

por via das cotas para negros. Assim, para avaliar a falsidade ou não da autodeclaração, é necessária a análise de aspectos físicos do candidato pela própria banca examinadora do concurso, a fim de se verificar se tais aspectos são, ou não, característicos da raça negra, especialmente a cor da pele.

Alega que o procedimento de heteroidentificação adotado foi simples, rápido e teve o objetivo exclusivo de evitar fraudes, que certamente comprometeriam sobremaneira a política de inclusão defendida, eliminando apenas e tão somente os candidatos que possuíam o fenótipo incompatível com o da pessoa negra.

Esclarece que as bancas se dedicam ao trabalho de analisar os registros audiovisuais e fotográficos de indivíduos que, em função de um conjunto de elementos fenotípicos, estão sujeitos cotidianamente à violência do racismo. Desse modo, informa que o pardo, para fins da política de inclusão em foco, deve ser entendido como o preto de pele clara, e deve apresentar, independentemente de ter a cor de pele mais clara, características fenotípicas de pessoas negras, as quais serviram ao longo de sua vida como obstáculo, colocando-o à margem da sociedade.

Sustenta que prima pela moralidade, eficiência, alta capacitação técnica, realiza as seleções dentro da mais estrita legalidade, observa sempre a Constituição Federal, dispensa tratamento igualitário a todos os candidatos e cumpre as regras que são dispostas em edital de forma clara e objetiva.

Ademais, defende que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, substituir a banca examinadora nos critérios de avaliação dos candidatos, quando tais critérios tiverem sido exigidos, de modo imparcial, de todos os inscritos.

Por fim, requer a fixação do valor dos honorários advocatícios por apreciação equitativa, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, considerando-se a pouca complexidade do processo, o ínfimo ou inexistente proveito econômico obtido e o fato de que a União cumpriu integralmente a prestação pretendida pela parte.

Por sua vez, o -----, preliminarmente, requer a retificação do valor da causa, que foi majorado, de ofício, pelo Juízo a quo para R\$ 119.445,52, ao argumento de que a demanda não possui conteúdo econômico imediatamente auferível, pois gira em torno da declaração de nulidade do ato que excluiu o apelado do certame.

No mérito, alega não haver qualquer irregularidade na decisão da Comissão de Verificação que excluiu o apelado das vagas reservadas aos candidatos negros. Assim sendo, esclarece que a comissão pautou sua análise apenas no fenótipo do candidato, ou seja, nas suas características físicas visíveis.

Esclarece que a sentença não apontou qualquer ilegalidade no

procedimento de verificação levado a cabo, mas tão somente discordou da conclusão da comissão de verificação, que entendeu não se tratar de candidato negro (preto/pardo), ou seja, não concordou com o mérito da decisão administrativa.

Assevera que as características fenotípicas consideradas aludem aos tons de pele, às texturas de cabelos e aos traços fisionômicos, elementos visuais que, via de regra, servem como marcadores para excluir pessoas negras, a despeito de seus potenciais.

Assim, defende que o simples fato de uma pessoa apresentar tom de pele um pouco morena não é o único fator a ser considerado no momento da avaliação presencial do candidato, até porque, no Brasil, país onde a miscigenação predomina, grande parte das pessoas apresentam tom de pele morena.

Desse modo, sustenta que o apelado apresenta tom de pele clara, lábios finos e o conjunto de suas características físicas levam à conclusão de que não se trata de candidato negro.

Alega que não pode o Poder Judiciário substituir a banca examinadora quanto aos critérios de seleção e avaliação, por se tratar de mérito administrativo, ou seja, matéria reservada à discricionariedade da Administração Pública.

Por fim, pleiteia pela redução dos honorários recursais.

Contrarrazões apresentadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento dos recursos de apelação. O representante ministerial pontuou o seguinte:

O fato é que o procedimento de heteroidentificação não escapa de uma certa dose de subjetividade dos avaliadores.

Mas as mesmas dificuldades existentes para a banca de heteroidentificação também se aplicam ao magistrado que julgará o caso concreto. No entanto, as bancas examinadoras possuem maior capacidade de avaliação fidedigna dos traços fenotípicos do examinado.

Em verdade, entender pela primazia da autodeclaração todas as vezes que a demanda for judicializada é esvaziar a lei. Portanto, vale destacar que o critério de heteroidentificação tem por finalidade assegurar o cumprimento dos próprios objetivos da ação afirmativa, pois, havendo ausência de controle, haveria brechas para muitas fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais, neutralizando os efeitos da própria política pública.

É, em síntese, o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
Processo Judicial Eletrônico
Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 16 - DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA

APELAÇÃO CÍVEL (198) n. 1026740-65.2018.4.01.3400

V O T O

Apelações que preenchem os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Preliminar de retificação do valor da causa

No caso, o juízo a quo corrigiu o valor da causa, de ofício, fixando-o em R\$199.445,52 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos), ao fundamento de que o provimento jurisdicional pleiteado abrange o pedido de nomeação e posse em cargo público de Oficial de Inteligência dos quadros da ABIN, cuja remuneração mensal perfaz a quantia de R\$ 16.620,46 (dezesesse mil, seiscentos e vinte reais e quarenta e seis centavos), aplicando, portanto, a norma do art. 292, § 2º, do CPC/2015.

Inicialmente, frise-se que, nos termos do art. 292, § 3º, do CPC, o juiz poderá corrigir, de ofício, o valor da causa quando verificar que este não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor.

A regra é que o valor da causa reflita o proveito econômico pretendido quando possível sua quantificação. Contudo, na presente demanda, o que se discute é a regularidade de ato administrativo que eliminou candidato do certame na fase de heteroidentificação, inexistindo, portanto, pretensão econômica imediata.

Ademais, inexistente nos autos demanda relativa à cobrança de

obrigação pecuniária, como a de vencimentos, de modo que, reafirmo, não há qualquer pretensão que se expressa em valor econômico imediatamente aferível.

Colaciono ementa de julgado em que, em situação semelhante, a pretensão autoral se limitava ao reconhecimento de direito subjetivo à nomeação, sem qualquer pretensão que revele proveito econômico direto e imediato:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. EDITAL 1/2012. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. JULGAMENTO DO RE 837.311 EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RESSALVA QUANTO À HIPÓTESE DE INDEVIDA PRETERIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. SITUAÇÃO NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AUSÊNCIA DE EXPRESSÃO PATRIMONIAL. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. **1. Tratando-se de ação que tem por objeto a nomeação e posse em cargo público, e não a cobrança de vencimentos, descabe fixar o valor da causa com base em proveito econômico.** (STF MS 33970, Rel. Ministra Carmen Lúcia, DJe nº 129, de 28/06/2016) 2. A aprovação em concurso público fora do número de vagas previsto no edital não gera direito à nomeação, senão expectativa de direito, ainda que venha a surgir novas vagas e a abertura de novo processo seletivo para seu provimento, dentro do prazo de validade do certame anteriormente realizado, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016) 3. É igualmente assente que "não há ilegalidade na negativa de preenchimentos de vagas além daquelas previstas no edital, ainda que o ente público ou órgão de destino da vaga tenha manifestado interesse, expresso ou tácito, em preenchê-la, pois cabe à autoridade administrativa responsável pelo orçamento público definir as prioridades a serem atendidas." (AgInt no MS 23.820/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019). 4. A eventual existência de servidores requisitados, terceirizados ou estagiários no órgão de origem da vaga pretendida não configura, por si só, a alegada preterição dos autores, pois não caracteriza a existência de cargos efetivos vagos, sem contar a distinção no valor das remunerações pagas, o que repercute na aferição da disponibilidade orçamentária necessária à contratação, em caráter permanente, para servidores ocupantes de cargo efetivo. 5. O fato de outro candidato, no mesmo concurso, com classificação inferior à

dos autores, ter eventualmente obtido o direito à nomeação por meio provimento judicial individual, não implica preterição arbitrária dos candidatos que não fazem parte da dita ação, pois não decorrente de conduta imputável à Administração. (RMS 45.920/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016) 6. Não demonstrada a ocorrência das ressalvas previstas pelo STF, o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital do concurso não tem direito subjetivo à nomeação. 7. Apelação a que se dá parcial provimento tão somente para restabelecer o valor dado à causa pelos autores na inicial e, por conseguinte, fixar os honorários advocatícios devidos à União em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), por apreciação equitativa, nos termos do art. 85, §8º, do CPC, já considerada a majoração de que trata o art. 85, §11 na norma processual vigente, a serem suportados pelos apelantes em partes iguais pelos autores.

(AC 0046916-53.2016.4.01.3400, Juíza Federal RENATA MESQUITA RIBEIRO QUADROS (conv.), TRF1 - Quinta Turma, eDJF1 22/08/2019) (Grifei)

Desse modo, entendo que o caso é de redução do valor da causa, o qual se revela excessivo, porquanto sua fixação foi pautada com base nas remunerações anuais brutas do cargo de Oficial de Inteligência dos quadros da ABIN, fundamento este que não se amolda à situação discutida nos autos, uma vez que não há pretensão relativa ao recebimento de qualquer remuneração, até porque o candidato, quando da fixação do valor da causa, sequer havia sido aprovado em todas as etapas do certame.

Assim, visto que a presente demanda não revela conteúdo econômico imediatamente aferível, e considerando que a toda causa deve ser atribuído valor certo, acolho a preliminar suscitada e fixo o valor da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 292, § 3º, do CPC.

Mérito

A Lei n. 12.990/2014, que determina a reserva aos negros/pardos de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública, assim dispõe com relação à eliminação do 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.

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 sistema de cotas é o modelo de ações afirmativas que visa reduzir as desigualdades socioeconômicas e educacionais em uma sociedade, no que diz respeito ao acesso aos cargos e empregos públicos, assim como ao ensino superior público.

É cediço que as cotas raciais, como medida de justiça distributiva voltada para a neutralização de iniquidades raciais persistentes na sociedade brasileira, devem ter aplicabilidade restrita às potenciais vítimas diretos do racismo e da discriminação racial.

Contudo, embora se reconheça que a autoidentificação seja fator importante na construção da identidade racial do indivíduo, revelando a forma como este se percebe e se define para a sociedade, esta em si mesma não é suficiente para o enquadramento em cotas raciais, podendo e devendo ser aferida essa condição por uma comissão, representativa do olhar da sociedade para o indivíduo, como sucedeu na espécie e foi expressamente previsto no edital do concurso.

No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 41, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, decidiu 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” (ADC 41, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, Processo Eletrônico DJe-180 Divulg 16/08/2017 Public 17/08/2017).

O Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido, no julgamento da ADPF 86, a constitucionalidade dos programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas com base em critério étnicoracial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior, decidindo que tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, são “plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional” (ADPF 86, Plenário, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 26/04/2012).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 41, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, decidiu o Supremo Tribunal também pela legitimidade da instituição de cotas raciais e de um procedimento de heteroidentificação para que se autodeclarassem pretos ou pardos, beneficiários da política de cotas raciais.

Confira-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. 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.

(STF - ADC: 41 DF - Distrito Federal 0000833-70.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/06/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-180 17-082017)

Importante salientar, contudo, que compete ao Poder Judiciário apenas o controle de legalidade dos atos da banca examinadora, não podendo substituí-la para avaliar as condições do impetrante (mérito do ato administrativo).

Nesse sentido, cito precedente do Supremo Tribunal Federal, cuja ratio decidendi é a mesma aplicável a casos como o da espécie:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.

(RE 632853, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral Mérito DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança n. 60.668-RS, da relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES, também decidiu pela legitimidade da heteroidentificação, mediante uma comissão posteriormente formada, em caso de concurso público.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. SISTEMA DE COTAS. AUTODECLARAÇÃO. CONSTITUIÇÃO POSTERIOR DE COMISSÃO PARA A AVALIAÇÃO DO PERTENCIMENTO RACIAL DOS CANDIDATOS. EXPRESSA PREVISÃO EDITALÍCIA. INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO PARA CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS E PARDOS. DECISÃO FUNDAMENTADA. LEGALIDADE DO ATO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Os autos são oriundos de mandado de segurança impetrado contra ato que negou provimento a recurso administrativo e indeferiu inscrição nas vagas destinadas as pessoas negras, em concurso para o cargo de Especialista em Saúde (Edital n. 01/2013), na cidade de Santo Ângelo/RS, retornando a candidata à classificação geral originária.
2. Na presente insurgência, a recorrente aduz a falta de previsibilidade em edital acerca da criação de comissão, a constituição extemporânea desse órgão administrativo e a violação dos princípios da motivação, vinculação ao edital e segurança jurídica.

3. Ocorre que, examinando os autos, é possível notar que o editaldo certame do qual participou a impetrante, embora tenha exigido a autodeclaração racial como requisito para a disputa das vagas por cotas (item 3.3.5 e 4.1.5), previu, também, expressamente a possibilidade de designação posterior de Comissão de Verificação, para averiguar a veracidade do conteúdo de tais declarações e o pertencimento racial dos candidatos (item 4.1.6). Além disso, consignou a forma de avaliação técnica e/ou documental da condição dos candidatos e as consequências para o caso de detecção de declarações falsas (item 4.7.1).
4. Além disso, as jurisprudências do STJ e STF são pacíficas no sentido da legalidade/constitucionalidade de tal etapa de verificação posterior de veracidade, para evitar fraudes e garantir maior efetividade à ação afirmativa. Precedentes: ADC 41, Rel. Min.

Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 07.05.2018; AgInt no RMS 61.406/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/12/2020; MS 24.589/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 25/11/2020.

5. Assim, não tendo sido demonstradas ilegalidade e arbitrariedade por parte da autoridade coatora, conclui-se pela inexistência de direito líquido e certo a ser assegurado por meio deste writ, sendo certo que a decisão administrativa atacada, como bem assentou o acórdão de origem, "apesar de sucinta, contém motivação suficiente para indeferir o pedido da impetrante, na medida em que, submetida à análise de sua fenotipia, não foi constatada característica negra (preta ou parda)" (fls. 335).

6. Recurso em mandado de segurança não provido.

(RMS 60.668/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021)

E deste Tribunal, são vários os precedentes, entre os quais destaco o que segue:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS ÉTNICO-RACIAIS. PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. ADFP 186/STF. CANDIDATA ELIMINADA. AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS PRÓPRIAS DOS ESTUDANTES DESTINATÁRIOS DA POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA. AFERIÇÃO POR BANCA EXAMINADORA. VALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao declarar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, legitimou a utilização do critério da heteroidentificação como medida

complementar à autodeclaração realizada pelo candidato no ato da inscrição de concurso, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa (ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017). 2. Em que pese a autodeclaração possuir presunção de veracidade, ela, por si só, não é suficiente para que o candidato seja considerado pessoa negra, inexistindo ilegalidade na adoção de Comissão Avaliadora para atestar as características fenotípicas dos candidatos em certames públicos, conforme previsto no edital do processo seletivo e com o fim precípuo de se evitar o desvirtuamento da aludida política de ação afirmativa. 3. Hipótese em que, concluído por unanimidade pela Comissão de Heteroidentificação da UFG, composta por cinco membros, que a apelante não ostenta, em seu conjunto, as características fenotípicas de negro ou pardo, e observada a garantia do contraditório e da ampla defesa, deve ser mantida a decisão indeferiu sua matrícula em uma das vagas reservadas ao sistema de cotas, pois o uso do procedimento para aferição de adequação à concorrência às vagas reservadas, além de prevista no Edital do certame (Processo Seletivo SiSU/UFG 2018, Edital n. 005, Anexo VI, item IV), é reconhecido como constitucional pelo STF, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, substituindo os critérios técnicos utilizados pela Comissão avaliadora. 4. Apelação a que se nega provimento.

(AC 1001937-72.2019.4.01.3500, Desembargadora Federal DANIELE MARANHÃO COSTA, TRF1 - Quinta Turma, PJe 01/09/2020)

Em verdade, embora a lei e atos do concurso se refiram à "veracidade da autodeclaração" ou à "declaração falsa", o que se tem é uma verificação da conformidade do conteúdo da declaração ao conjunto dos caracteres do candidato na classe de cotista, salvo em casos de absoluta e perceptível impossibilidade de enquadramento da pessoa como cotista racial, caso em que se poderia vislumbrar tentativa de fraudar o sistema legal de inclusão, como apresentação de documento falso ou de terceiro.

Fora hipóteses limites, não há falar em falsidade, mas apenas de divergência de percepção dos caracteres fenotípicos, perfeitamente admissível em uma sociedade multirracial, como a brasileira. Por isso mesmo, a consequência tem sido apenas a desclassificação da pretensa condição de cotista, mas permanecendo o candidato na concorrência pela clientela geral.

Particularidades da causa

No caso concreto, o autor foi eliminado do concurso para

provimento de vagas do quadro de pessoal da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN em razão de a sua autodeclaração como candidato negro/pardo não ter sido homologada pela banca de heteroidentificação.

O edital do concurso (Edital n. 1 – ABIN, de 02/01/2018) previu a possibilidade de análise, por parte de uma comissão, da autodeclaração do candidato:

6.2 DO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO DECLARADA PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS CANDIDATOS NEGROS

6.2.1 Os candidatos que se autodeclararam negros serão submetidos, obrigatoriamente antes do Curso de Formação em Inteligência, ao procedimento de verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros.

6.2.2 Para o procedimento de verificação, na forma da Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016, o candidato que se autodeclarou negro deverá se apresentar à comissão avaliadora, em Brasília/DF.

6.2.2.1 A comissão avaliadora será formada por três integrantes e deverá ter seus integrantes distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade.

6.2.3 Durante o procedimento de verificação, o candidato deverá responder às perguntas que forem feitas pela comissão avaliadora.

6.2.4 O procedimento de verificação será filmado pelo ----- para fins de registro da avaliação e será de uso exclusivo da banca examinadora.

6.2.5 A avaliação da comissão considerará o fenótipo do candidato.

6.2.5.1 Será considerado negro o candidato que assim for considerado como tal por pelo menos um dos membros da comissão avaliadora.

6.2.6 Será eliminado do concurso o candidato que: a) não for considerado pela comissão avaliadora como negro, conforme previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, no § 3º do art. 2º da Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016; b) se recusar a ser filmado, não responder às perguntas que forem feitas pela comissão avaliadora ou não se submeter ao procedimento de verificação; c) prestar declaração falsa.

6.2.6.1 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.

6.3 O enquadramento ou não do candidato na condição de pessoa negra não se configura em ato discriminatório de qualquer natureza.

6.4 A avaliação da comissão avaliadora quanto ao enquadramento, ou não, do candidato na condição de pessoa negra, terá validade apenas para este concurso.

6.5 A comissão avaliadora poderá ter acesso a informações, fornecidas ou não pelo próprio candidato, que auxiliem a análise acerca da condição do candidato como pessoa negra.

6.6 Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas a pessoas com deficiência, se atenderem a essa condição, e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

6.7 Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido à ampla concorrência não preencherão as vagas reservadas a candidatos negros.

6.8 Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

6.9 Na hipótese de não haver candidatos negros aprovados em número suficiente para que sejam ocupadas as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação geral por cargo/área.

6.10 A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e de proporcionalidade, que consideram a relação entre o número total de vagas e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Todavia, análise atenta dos documentos acostados aos autos leva à conclusão de que o requerente é, indubitavelmente, pessoa parda, como se pode aferir por meio de fotos constantes em sua folha de identificação ao ingressar na Marinha do Brasil (ID 142848296), nas fotos pessoais (ID 142848304 e 288217051), e na contestação do ----- (ID 142858538).

Embora não caiba ao Poder Judiciário substituir os critérios da banca examinadora salta aos olhos a profunda discrepância entre a conclusão da banca e a fisionomia do candidato, pessoa de tez parda escura.

Tais aspectos foram destacados na petição inicial:

“Pelas fotos anexas (DOCUMENTO 9) é possível concluir que o requerente possui traços negroides de boca, formato do rosto, formato do nariz e tipo de cabelo. Esses traços comprovam o enquadramento do requerente na condição de PARDO.

(...)

Os avaliadores ignoraram completamente os fenótipos afrodescendentes do requerente que tem a cor de pelo do tipo PARDO, violando assim o Art. 2º da lei 12.990/2014 (...)

Ainda, ressalto que, em diversas ocasiões, este relator consignou que eventual aprovação do candidato na condição de pardo em um concurso ou processo seletivo, ainda que realizado para provimento de cargos da mesma instituição ou órgão, não lhe assegura qualquer direito em outro certame, porque essa discrepância pode ocorrer em razão da composição da comissão encarregada da verificação da condição racial, o que não pode ser evitado em todas as circunstâncias, nem implica em fato contraditório passível de anulação, porque cada certame tem sua própria banca e seus próprios critérios de avaliação da fenotipia, de sorte que as conclusões de uma não prevalecem sobre as de outra, especialmente em questões como a da espécie.

Não é determinante, mas é relevante, porém, neste caso, considerar que o candidato foi submetido a procedimentos administrativos de verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, e foi assim considerado no concurso da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (DATPREV), em 2017, no concurso do INSS, em 2016, e da EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH), em 2021.

Assim sendo, observa-se que o candidato, desde o ano de 2016, vem sendo considerado pardo pelas bancas de concurso público em procedimentos idênticos de heteroidentificação.

Na avaliação mais recente, no concurso da EBSEHR/2021, em que, assim como o certame em análise, a verificação da condição de preto ou pardo seria “limitada pelas características fenotípicas do candidato, isto é, suas características observáveis, e não de ascendência e/ou apresentação de quaisquer documentos” (ID 288217062), o candidato foi por unanimidade considerado preto/pardo.

No entanto, apesar de ambos os procedimentos analisarem o apenas fenótipo do candidato, as decisões foram diametralmente opostas, já que no certame da ABIN, a autodeclaração não foi homologada.

Por oportuno, transcrevo trecho da sentença e da decisão proferida

no Agravo de Instrumento n. 1005678-47.2019.4.01.0000, pelo então relator Desembargador JIRAIR ARAM MEGUERIAN, respectivamente:

“A avaliação do fenótipo do candidato pela Comissão contudo, é que não foi realizado da forma como deveria, de acordo com os elementos constantes dos autos. Isto porque a documentação colacionada aos autos deixa claro que se trata de candidato com fenótipo predominantemente pardo, o que se pode verificar de diversos atos administrativos.”

“ No presente caso, contudo, deve ser levado em consideração o fato de que o agravado foi considerado como negro no concurso público para o cargo de Analista de Tecnologia da Informação da DATAPREV, Id 24691553, pg. 2 do feito de origem, bem assim pelo mesmo ----- no certame realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Edital nº 12/2016) para o cargo de Técnico do Seguro Social (Id 24691565, pg. 2 do feito de origem), o que demonstra pelo menos a ocorrência de contradição entre os resultados das avaliações.”

Portanto, em situações muito excepcionais, como sucede no caso dos autos, é possível ao Poder Judiciário superar as conclusões da comissão de heteroidentificação, sem que isso importe substituir os critérios administrativos, especialmente quando confrontada com outras 3 (três) conclusões em procedimentos de heteroidentificação, desde o ano de 2016, e com as fotos do candidato, que possui pele nitidamente parda, quase preta, e traços negroides, como lábios grossos, cabelos crespos e nariz largo.

Deste modo, deve ser mantida a sentença, que julgou procedente o pedido, para “para anular o ato que excluiu o autor do certame, por não considerá-lo pardo, e determinar que o requerente seja incluído na listagem final de cotas, com direito a participação nas etapas seguintes em que lograr aprovação e, caso aprovado, seja nomeado e empossado no cargo de Agente de Inteligência, cargo 1, área 1, da Agência Brasileira de Inteligência”.

Honorários advocatícios

No caso, tendo em vista a retificação do valor da causa, assim como o pedido da União para fixação de honorários de forma equitativa, e, ainda, considerado o trabalho prestado pelo patrono do autor, a importância da causa e natureza da causa, condeno os réus ao pagamento dos honorários advocatícios no importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), pro rata, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

Conclusão

Em face do exposto, **dou parcial provimento à apelação do -----, para retificar o valor da causa, e dou parcial provimento à apelação da União, para fixar os honorários de forma equitativa, nos termos deste voto.**

É como voto.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 16 - DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA
Processo Judicial Eletrônico

PROCESSO: 1026740-65.2018.4.01.3400 PROCESSO REFERÊNCIA: 1026740-65.2018.4.01.3400

CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL (198) **POLO ATIVO:** UNIÃO FEDERAL **POLO PASSIVO:**----- e outros
REPRESENTANTES POLO PASSIVO: DANIEL BARBOSA SANTOS - DF13147-A, RICARDO CESAR FERREIRA DUARTE JUNIOR - RN7834 e RAPHAEL DE ALMEIDA ARAUJO - RN8763

EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA. SISTEMA DE COTAS. AUTODECLARAÇÃO DO CANDIDATO. PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. COMISSÃO AVALIADORA. NÃO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE PRETO OU PARDO. EXCEPCIONALIDADE DA SUPERAÇÃO DA CONCLUSÃO DA COMISSÃO PELO JUDICIÁRIO.

1. Trata-se de apelações interpostas pelo ----- e pela União Federal em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, na Ação Ordinária n. 102674065.2018.4.01.3400, julgou procedentes os pedidos, para anular o ato que excluiu o autor do certame e determinar sua inclusão na listagem final de cotas, com direito a participação nas etapas seguintes em que lograr aprovação e, caso aprovado, seja nomeado e empossado no cargo de Agente de Inteligência, cargo 1, área 1, da Agência Brasileira de Inteligência.
2. No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 41, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

constitucionalidade da reserva de vagas a candidatos negros, bem como a legitimidade na utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação.

3. Compete ao Poder Judiciário apenas o controle de legalidade dos atos da banca examinadora, não podendo substituí-la para avaliar as condições do candidato (mérito do ato administrativo).
4. No caso concreto, o autor foi eliminado do concurso para provimento de vagas do quadro de pessoal da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN em razão de a sua autodeclaração como candidato negro/pardo não ter sido homologada pela banca de heteroidentificação.
5. Em diversas ocasiões, este relator consignou que eventual aprovação do candidato na condição de pardo em um concurso ou processo seletivo, ainda que realizado para provimento de cargos da mesma instituição ou órgão, não lhe assegura qualquer direito em outro certame, porque essa discrepância pode ocorrer em razão da composição da comissão encarregada da verificação da condição racial, o que não pode ser evitado em todas as circunstâncias, nem implica em fato contraditório passível de anulação, porque cada certame tem sua própria banca e seus próprios critérios de avaliação da fenotipia, de sorte que as conclusões de uma não prevalecem sobre as de outra, especialmente em questões como a da espécie.
6. Todavia, em situações muito excepcionais, como sucede no caso dos autos, é possível ao Poder Judiciário superar as conclusões da comissão de heteroidentificação, sem que isso importe substituir os critérios administrativos, especialmente quando confrontada com outras 3 (três) conclusões em procedimentos de heteroidentificação, desde o ano de 2016, e com as fotos do candidato, que possui pele nitidamente parda, quase preta, e traços negroides, como lábios grossos, cabelos crespos e nariz largo.
7. Honorários advocatícios fixados.
8. Apelação do ----- parcialmente provida, para retificar o valor da causa, e da União Federal, para fixar os honorários de forma equitativa, nos termos deste voto.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento às apelações.

6ª Turma do TRF da 1ª Região – 15/05/2023.

Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA

Relator

Assinado eletronicamente por: JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA
12/06/2023 11:31:39

<https://pje2g.trf1.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> ID do documento: 309192035
309192035



23051712362771700000

IMPRIMIR

GERAR PDF