



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0600104-03.2017.6.05.0000 – SALVADOR – BAHIA

Relator: Ministro Admar Gonzaga

Recorrente: Louriana França dos Santos

Advogados: Otto Wagner de Magalhães –OAB: 19930/BA e outra

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. EXCLUSÃO DO CERTAME EM RAZÃO DE NÃO SUBMISSÃO AO PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO. ILEGALIDADE DO ATO. INCLUSÃO NA LISTA DOS CANDIDATOS ÀS VAGAS DE AMPLA CONCORRÊNCIA. PROVIMENTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Mandado de segurança em face do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, com o objetivo de reverter eliminação em concurso público, para provimento de cargo efetivo nessa mesma Corte.
2. Houve a denegação da ordem na origem porque a candidata, embora tenha optado por concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não se submeteu ao procedimento de verificação de sua autodeclaração, o que implicou sua exclusão do certame, nos termos do disposto no subitem 5.2.2.7 do edital.
3. Circunstância não contemplada na legislação de regência (art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.990/2014), que somente estipula a eliminação dos candidatos que apresentarem declaração falsa.
4. Não pode a norma inferior, o edital, sobrepujar a previsão legal, criando hipóteses de proscrição de candidato.
5. Afigura-se ilegal previsão editalícia que estipula eliminação sumária, em razão do não comparecimento à avaliação da condição de negro e, em consequência, orienta a anulação da decisão administrativa nela fundamentada.



6. Em caso análogo (RMS 0600130-98, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 5.11.2018), relativo ao mesmo concurso, o TSE determinou o reenquadramento, na lista de aprovados da ampla concorrência, de candidato que havia sido eliminado do concurso por não ter sido considerado negro pela comissão avaliadora, considerada a ausência de fraude ou má-fé na autodeclaração.

7. No presente caso, também não se apontou fraude ou má-fé na autodeclaração, a recomendar o mesmo tratamento jurídico.

8. O edital ainda manifesta tratamento anti-isonômico entre os candidatos negros e os portadores de deficiência, posto que para estes a recusa da condição de deficiente não os elimina do certame, conforme subitens 5.1.6.6 e 5.1.6.7, mas apenas os submete à classificação geral.

9. Por não haver motivos aptos a justificar tal diferenciação, deve-se permitir que o candidato que teve a condição de negro indeferida (subitem 5.2.2.7, letra "a") ou que não tenha se submetido ao procedimento de verificação (subitem 5.2.2.7, letra "b") possa concorrer às vagas destinadas à ampla concorrência, consoante preceitua o art. 3º da Lei 12.990/2014, o art. 6º da Res.-CNJ 203/2015 e o subitem 5.2.3 do edital em comento, desde que não tenha havido fraude ou má-fé na autodeclaração.

Recurso provido, para conceder a segurança e anular a eliminação da candidata no concurso público, bem como assegurar à impetrante sua inclusão na lista dos candidatos às vagas de ampla concorrência, submetendo-se, conseqüentemente, aos critérios de aprovação e nomeação de acordo com sua classificação.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Louriana França dos Santos, para conceder a segurança e anular a eliminação da candidata no concurso público e assegurar à impetrante sua inclusão na lista dos candidatos às vagas de ampla concorrência, submetendo-se, conseqüentemente, aos critérios de aprovação e nomeação de acordo com sua classificação, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRO ADMAR GONZAGA – RELATOR

RELATÓRIO



O SENHOR ADMAR GONZAGA: Senhora Presidente, Louriana França dos Santos interpôs recurso ordinário (ID 199898) em face do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (ID 199893) que denegou mandado de segurança impetrado com a finalidade de que a impetrante seja incluída no resultado final do concurso público para Analista Judiciário – Área Administrativa, anulando-se sua eliminação por não ter participado da verificação da condição racial declarada, com a consequente nomeação e posse conforme a ordem de classificação dos candidatos às vagas de ampla concorrência.

Eis a ementa do acórdão regional (ID 199893):

Mandado de Segurança. Concurso público. Provimento de cargos efetivos do TRE/BA. Vaga reservada à cota racial. Candidato autodeclarado negro. Não comparecimento ao procedimento de verificação. Etapa obrigatória. Previsão editalícia. Eliminação. Princípio da vinculação ao edital. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da ordem.

1 – Pelo princípio da vinculação ao edital, todos os atos que regem o seletivo público devem estrita obediência ao mesmo, vinculando, em caráter recíproco, o Poder Público e candidatos;

2 – O não comparecimento da candidata impetrante ao procedimento de verificação previsto no item 5.2.2.1 implicou sua eliminação, nos termos do quanto previsto no item 5.2.2.7 do edital;

3 – Denega-se a ordem de segurança pleiteada em razão de inexistir direito líquido e certo a ser amparado.

Sobreveio a interposição de recurso ordinário (ID 199898), no qual a recorrente sustenta, em suma, que:

a) foi eliminada do concurso público realizado pelo TRE/BA por não ter comparecido perante a comissão do certame para a verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros;

b) defende que tal comparecimento era desnecessário, pois teria obtido nota suficiente para ingressar nas vagas de ampla concorrência;

c) sustenta que, diante disso, deveria ter sido automaticamente excluída das vagas de cotas e realocada dentro das vagas de ampla concorrência e dispensada da etapa de verificação da condição declarada, já que esta é uma fase restrita aos candidatos classificados para o preenchimento da cota racial;

d) o edital prevê que os candidatos negros concorrem também às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no certame, sendo que, se o candidato negro for aprovado dentro do número de vagas oferecido para a ampla concorrência, não será classificado para o preenchimento das vagas reservadas à cota racial;

e) postula que a obrigatoriedade do procedimento de verificação da condição declarada é apenas para os candidatos classificados para as vagas reservadas aos cotistas.

Requer, por fim, o conhecimento e o provimento do recurso ordinário, a fim de reformar integralmente o acórdão regional, com a concessão da segurança pleiteada e consequente determinação à autoridade coatora para que proceda à habilitação da recorrente no edital de homologação do resultado final do concurso em apreço, bem como à sua imediata convocação e nomeação.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo provimento parcial do recurso (ID 563914), em parecer cuja ementa transcrevo a seguir:

Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Provimento de cargos efetivos. Vagas reservadas aos negros. Ausência de comparecimento à fase de verificação da condição declarada. Caráter eliminatório. Violação ao § 1º do art. 3º da Lei nº 12.990/2014. Inobservância dos princípios da proporcionalidade e da isonomia. afronta a direito líquido e certo.

1. A Lei nº 12.990/2014 tem fundamento no princípio da isonomia, na medida em que busca conferir aos indivíduos negros a plenitude dos direitos e liberdades individuais, em efetiva igualdade de condições.



2. Ao referido diploma legal deve-se conferir máxima eficácia, a fim de assegurar que sua aplicação se traduza em efetiva inclusão racial e real compensação das perdas e prejuízos acumulados historicamente.

3. Por esse motivo, não deve prevalecer a interpretação que, de qualquer modo, iniba ou restrinja o exercício do direito afirmativo consubstanciado na reserva aos negros de 20% das vagas oferecidas nos concursos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos.

4. As normas editalícias que impõem a eliminação do candidato não considerado negro, coíbem o uso legítimo dessa ação afirmativa, restringindo-lhe, sem justo motivo, a eficácia.

5. A medida aflige, ainda, o princípio da proporcionalidade, visto que ela não constitui o meio menos lesivo – logo, necessário – de que dispõe a Administração Pública para alcançar o objetivo de garantir o uso correto e adequado da política de reserva de vagas.

6. Nesse contexto, a exegese do art. 3º da Lei nº 12.990/2014 que se mostra consentânea com o texto constitucional, impõe que se outorgue autonomia à lista de concorrência às vagas reservadas por força de políticas afirmativas, em ordem a garantir que o candidato que seja dela excluído não se sujeite, apenas por esse fato, também à eliminação da lista de ampla concorrência.

7. Há que se conferir igual tratamento aos candidatos com deficiência e aos negros, notadamente porque os objetivos almejados com a política de reserva de vagas a ambos os grupos de indivíduos considerados vulneráveis, convergem no propósito comum de materializar a igualdade substancial.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhora Presidente, o recurso ordinário é tempestivo. O aresto regional foi publicado em 1º.3.2018, e o recurso ordinário foi interposto em 2.3.2018 em petição subscrita por advogada habilitada nos autos (ID 1935638).

Na espécie, a recorrente impetrou mandado de segurança em face do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia com o objetivo de reverter sua eliminação em concurso público para o provimento de cargo efetivo do quadro dessa mesma Corte.

A Corte de origem denegou a ordem por entender que a eliminação da candidata observou as regras inscritas no respectivo edital de abertura, haja vista que ela, embora tenha optado por concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não se submeteu ao procedimento de verificação de sua autodeclaração, o que implicou sua exclusão do certame, nos termos do disposto no subitem 5.2.2.7 do edital (ID 199863), com a seguinte redação:

CANDIDATOS NEGROS

5.2.2.7 Será eliminado do concurso o candidato que:

a) não for considerado pela comissão avaliadora como negro;

b) se recusar a ser filmado, não responder às perguntas que forem feitas pela comissão avaliadora e não se submeter ao procedimento de verificação.



c) prestar declaração falsa.

A instituição de cotas para negros no âmbito do serviço público federal foi introduzida pela Lei 12.990/2014, que instituiu a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos negros (art. 1º), assim entendidos aqueles que se autodeclarassem pretos ou pardos no ato da inscrição (art. 2º).

De acordo com o parágrafo único do art. 2º dessa Lei, somente foi estipulada a eliminação dos candidatos que apresentassem declaração falsa, conforme se verifica a seguir:

Art. 2º (...)

*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 edital do concurso (ID 199863), entretanto, além da eliminação por declaração falsa (subitem 5.2.2.7, letra “c”), também estabeleceu outras duas causas de eliminação (letras “a” e “b” do referido subitem).

Não pode a norma inferior, o edital, extrapolar a previsão legal, criando hipóteses de eliminação do candidato.

Entendo, portanto, ilegal a cláusula editalícia que estipulou a eliminação daqueles que não tenham se submetido ao procedimento de verificação da condição de negro (subitem 5.2.2.7, letra “b”) e, consequentemente, passível de anulação a decisão administrativa nela fundamentada.

A propósito, esta Corte Superior, em recente julgamento de caso análogo, no qual o candidato não foi considerado negro pela comissão avaliadora (subitem 5.2.2.7, letra “a”), relativo ao mesmo concurso público do TRE/BA, concedeu a segurança para “determinar à autoridade coatora que, no âmbito de sua respectiva competência, reenquadre o recorrente na lista de aprovados da ampla concorrência”, conforme ementa a seguir:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ILEGALIDADE NO ATO APONTADO COATOR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. RECORRENTE AUTODECLARADO PARDO. AFIRMAÇÃO ELIDIDA PELA BANCA EXAMINADORA. CONDIÇÃO DE AFRODESCENDENTE NÃO AFERIDA. EXCLUSÃO DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. REENQUADRAMENTO NA LISTA DE APROVADOS DA AMPLA CONCORRÊNCIA. PROVIMENTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Nos termos da Lei nº 12.990/2014 – que dispõe sobre a reserva de vagas aos afrodescendentes –, “os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso” (art. 3º – grifei). Tal disposição é regulamentada no âmbito do Poder Judiciário pela Res.-CNJ nº 203/2015.

2. A mencionada resolução dispõe que a autodeclaração não é absoluta, haja vista que passível de verificação, respondendo o candidato civil, penal e administrativamente “na hipótese de autodeclaração falsa” (art. 5º, § 2º).

3. O TRE/BA, ao interpretar a legislação aplicável, manteve a exclusão do recorrente do concurso público, amparado na conclusão firmada pela comissão avaliadora de que este não atende ao fenótipo, ou seja, não apresenta a condição de afrodescendente (preto ou pardo).

4. Em que pese invocar a fundamentação legal de regência (normas da Res.-CNJ nº 203/2015 e subitem nº 5.2.2.7 do Edital nº 1 – TRE/BA), o Tribunal Regional deixou de conferir a melhor interpretação às normas que cuidam da política da reserva das cotas raciais, porquanto chegou à conclusão de que o recorrente, o qual se autodeclarou cotista, prestou declaração falsa, embora inexistia qualquer evidência concreta de fraude ou má-fé.



5. A negativa da banca examinadora quanto à autodeclaração de candidato na condição de afrodescendente não importa em presunção automática de fraude ou má-fé. No caso vertente, por ser hipótese diversa, há que se conferir ao candidato que teve a condição de cotista indeferida a possibilidade de concorrer às vagas destinadas à ampla concorrência, em que fora inclusive aprovado, consoante preceituam o art. 3º da Lei nº 12.990/2014 e o art. 6º da Res.-CNJ nº 203/2015, bem como os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade.

6. Mostra-se assim desarrazoada a exclusão do candidato da lista geral da ampla concorrência do certame, visto que não foi evidenciada má-fé ou fraude na conduta do recorrente quando se autodeclarou pardo, notadamente ante a juntada de documentos expedidos por órgãos públicos, que ostentam caráter oficial e atestam a sua condição de pardo.

7. Recurso provido a fim de conceder a segurança nos limites do pedido inicial, ou seja, de determinar à autoridade coatora que, no âmbito de sua respectiva competência, reencontre o recorrente na lista de aprovados da ampla concorrência.

(RMS 0600130-98, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe de 5.11.2018.)

No presente caso, não houve a recusa da condição de negro pela comissão avaliadora (subitem 5.2.2.7, letra “a”), pois a candidata/impetrante nem mesmo compareceu para que fosse submetida à avaliação. Por isso, ela foi eliminada com fundamento no subitem 5.2.2.7, letra “b” do edital.

Não houve, contudo, tal como no caso anterior, nenhuma menção ou evidência de fraude ou má-fé na autodeclaração.

Embora as situações não sejam idênticas, as mesmas razões que nortearam esta Corte no referido precedente estão presentes neste caso, a recomendar o mesmo tratamento jurídico, pois ambas as eliminações não tiveram como fundamento a emissão de declaração falsa, único motivo que autorizaria a eliminação sumária do concurso.

Ressalto, ainda, como apontado pelo Ministério Público, que o edital se ressentia de isonomia entre os candidatos negros e os portadores de deficiência, pois para estes a recusa da condição de deficiente não os eliminava do certame, conforme subitens 5.1.6.6 e 5.1.6.7, mas apenas os submetia à classificação geral.

Assim, por não haver motivo apto a justificar tal diferenciação, deve-se permitir que o candidato que teve a condição de negro indeferida (subitem 5.2.2.7, letra “a”) ou que não tenha se submetido ao procedimento de verificação (subitem 5.2.2.7, letra “b”) possa concorrer às vagas destinadas à ampla concorrência, consoante preceitua o art. 3º da Lei 12.990/2014, o art. 6º da Res.-CNJ 203/2015 e o subitem 5.2.3 do edital em comento, *in verbis*: “Os candidatos negros **concorrerão concomitantemente às vagas a eles reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso**” (grifei), desde que não tenha havido fraude ou má-fé na autodeclaração.

Como ponderou o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto no precedente citado, “*tal solução se mostra mais consentânea aos preceitos da legislação de regência, bem como aos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade*” (RMS 0600130-98, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe de 5.11.2018).

Por essas razões, voto no sentido de **dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Louriana França dos Santos, para conceder a segurança e anular a eliminação da candidata no concurso público e assegurar à impetrante sua inclusão na lista dos candidatos às vagas de ampla concorrência, submetendo-se, conseqüentemente, aos critérios de aprovação e nomeação de acordo com sua classificação.**

VOTO



O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, acompanho integralmente o voto de Sua Excelência, o eminente ministro relator, não apenas pela sensibilidade com que aprecia esta matéria, que envolve tanto questão administrativa quanto matéria de fundo que reclama a incidência de um conjunto de princípios e regras de índole constitucional, bem como circunstâncias já consideradas pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da teoria do impacto desproporcional, nas relações que legitimam as ações afirmativas.

Portanto, cumprimento Sua Excelência e o acompanhamento integralmente.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Senhores Ministros, da mesma forma, parabeno o eminente relator, na linha do que decidimos recentemente em mandado de segurança da relatoria do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Inclusive, como bem pontuado pelo eminente relator, com relação a outro candidato do mesmo concurso.

Acompanho Sua Excelência.

EXTRATO DA ATA

RMS nº 0600104-03.2017.6.05.0000/BH. Relator: Ministro Admar Gonzaga. Recorrente: Louriana França dos Santos (Advogados: Otto Wagner de Magalhães –OAB: 19930/BA e outra).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Louriana França dos Santos, para conceder a segurança e anular a eliminação da candidata no concurso público e assegurar à impetrante sua inclusão na lista dos candidatos às vagas de ampla concorrência, submetendo-se, conseqüentemente, aos critérios de aprovação e nomeação de acordo com sua classificação, nos termos do voto do relator.

Composição: Ministra Rosa Weber (presidente), Ministros Edson Fachin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Ausente, sem substituto, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 14.2.2019.

