



TRT-10 AP 0000778-98.2016.5.10.0003 - ACÓRDÃO

RELATORA: DESEMBARGADORA ELKE DORIS JUST

RECORRENTE: TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A -TELEBRÁS RECORRIDO: LAURA UACILA DE OLIVEIRA E SOUSA

ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

EMENTA:

1. TELEBRÁS. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE. 1. 1 A reclamada é ente da administração pública, sujeito ao regime jurídico das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II, da CF) e a lide trata de concurso público com vistas à contratação para relação de trabalho regida pela CLT. Esses dois aspectos definem a competência da Justiça do Trabalho para

julgar a demanda, conforme decisões do STF e do TST. 1. 2 Todas as fases da execução do concurso, desde a publicação do edital até a homologação do resultado, dependiam de ações da reclamada. Não se trata de situação em que a contratante se alheia à execução do concurso e acata o resultado do trabalho da contratada para executá-lo, mas em que é a verdadeira responsável pela realização do certame, cabendo-lhe, portanto, responder à lide proposta por candidata. 1.3 O fato da discussão envolver efeitos de decisões tomadas em etapa do concurso não afasta a lide da fase pré-contratual à relação de trabalho, uma vez que diz respeito a procedimento prévio necessário à contratação e do qual depende a formalização do contrato de trabalho. 2. CONCURSO PÚBLICO. AUTODECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE NEGRO/PARDO. DECLARAÇÃO FALSA. CARACTERIZAÇÃO.

2.1 A declaração falsa da condição de negro/pardo, referida no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990/2014, que implica a eliminação do concurso, é aquela feita com o propósito de fraudar o certame, não a que apenas deixa de ser aceita por banca que avalia o enquadramento do candidato na condição declarada. 2.2 A autodeclaração da condição de negro/pardo decorre da autopercepção do declarante, que pode não coincidir com a percepção que outros tenham dele, ainda que tomada a partir de elementos supostamente objetivos, o que não significa, necessariamente, que uma das duas avaliações seja verdadeira e a outra falsa, devido à complexidade envolvida nas avaliações. A conclusão pela falsidade da autodeclaração depende de provas do intento fraudulento.

RELATÓRIO

O juiz Gustavo Carvalho Chehab, da 3ª Vara do Trabalho de Brasília - DF, proferiu sentença rejeitando as preliminares e julgando procedentes os pedidos para determinar a nomeação da reclamante para o cargo de advogada, no prazo de oito dias a contar da ciência da decisão, tornando definitiva a antecipação de tutela concedida (pp. 579/614).

A 1ª reclamada interpôs recurso ordinário requerendo a reforma da decisão (pp. 641/676)

A reclamante apresentou contrarrazões (pp. 681/686). Foi atribuído à causa o valor de R\$ 83.154,96.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo, regular a apresentação processual e foram pagas as custas. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

QUESTÕES PRELIMINARES

A recorrente renova diversas questões preliminares, rejeitadas em primeira instância, e que serão analisadas em conjunto devido aos nexos processuais e argumentativos que as une. Para apreciá-las é necessário rever o histórico do percurso processual.

Trata-se de ação proposta por candidata em seleção pública para advogada da reclamada, tendo a autora concorrido também às vagas destinadas a negros e pardos. Disse na inicial que a nota obtida no certame a colocou no 1º lugar tanto na seleção pelas cotas quanto na concorrência geral. Narra que, após ter enviado a documentação para a heteroavaliação de sua condição de negra/parda por uma comissão e de ser indeferida a inclusão nas cotas, foi surpreendida com a exclusão do concurso também quanto às vagas na concorrência ampla. Defende que, não reconhecida condição de negra/parda, deveria permanecer na concorrência geral, e que a reclamada deu interpretação inconstitucional à Lei 12.990/2014 ao concluir pela ocorrência de fraude na declaração da condição de negra/parda. Requeru a tutela de urgência para a reserva de vaga e que, confirmada a medida antecipatória, fosse reputado ilegal o ato que a excluiu do certame e fosse convocada e nomeada para o cargo de advogada (pp. 201/209).

A reclamação trabalhista resultou de ação cautelar inicialmente ajuizada perante a Justiça Federal (pp. 8/15). O Juízo da 4ª Vara



Federal de Brasília concedeu medida liminar para garantir a reserva de vaga e determinou a transformação da cautelar em ação ordinária (pp. 193/194). Em agravo de instrumento, interposto pela reclamada contra a liminar, essa decisão originária foi suspensa, com base em que a competência seria da Justiça Comum do DF (pp. 446/450). Porém, antes que a decisão no agravo de instrumento fosse publicada (p. 453), o Juízo da 4ª Vara Federal de Brasília declinou da competência para a Justiça do Trabalho e para cá remeteu os autos (pp. 442/444).

Nesta Especializada, em decisão inicial o Juízo de origem reconheceu a competência para julgar o litígio, convalidou os atos praticados na 4ª Vara Federal de Brasília, entendeu que o agravo de instrumento perdera o objeto e renovou a antecipação da tutela, determinando à reclamada a convocação da reclamante para realização das etapas seguintes do concurso com vistas à contratação (pp. 454/457). Na sentença, rejeitou as preliminares e julgou procedentes os pedidos iniciais, determinando que a autora fosse imediatamente contratada para o cargo ao qual concorrera.

Em razão desse quadro, a reclamada reitera as seguintes preliminares: incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar parte da lide, incompetência funcional do juiz trabalhista para declarar a perda de objeto do agravo de instrumento na Justiça Federal, inépcia da inicial por indevida acumulação de pedidos, ilegitimidade passiva e ausência de interesse de agir.

Alega que a Justiça do Trabalho não tem competência para apreciar o pedido de nulidade do ato que excluiu a autora do concurso porque esse ato foi praticado pelo Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CE-

BRASPE), entidade que realizou o concurso e, por isso, é matéria referente a Direito Administrativo, para a qual é competente da Justiça Comum. Aduz tratar-se de situação que antecede a fase pré-contratual porque esta só iniciaria após a aprovação no concurso, de modo que, se e quando for obtida a decisão naquela esfera jurisdicional, então seria caso de reivindicar a admissão na TELEBRÁS, via administrativa ou nesta Justiça Especializada. Ataca os fundamentos sentençiais que lastrearam a rejeição dessa preliminar.

Como consequência desses argumentos, alega que há uma indevida cumulação de pedidos sujeitos a competências jurisdicionais distintas, uma vez que para uns é competente a Justiça Comum e, para outros, a Justiça Trabalhista. Assim, por violação ao artigo 327, § 1º, II, do CPC/2015, a petição inicial deveria ser indeferida, com extinção do feito sem resolução de mérito. Em sequência, sustenta que é ilegítima para figurar no polo passivo, visto que não pode responder sobre a legalidade do ato praticado por terceiro, no caso, o CEBRASPE, pessoa jurídica distinta da recorrente. Por fim, aduz que, se a candidata não buscou, inicialmente, provar no Juízo competente a ilegalidade do ato que a eliminou do certame, faltou-lhe interesse de agir perante a Justiça do Trabalho em desfavor da TELEBRÁS, uma vez que sua admissão é impossível sem a aprovação no concurso público.

Examino.

Para fundamentar a tese de que a responsabilidade pelo ato impugnado pela autora é do CEBRASPE, e não da TELEBRÁS, a recorrente parte do seguinte item da cláusula 4ª do contrato entre as duas empresas, cláusula que trata das obrigações do CEBRASPE:

4.49 Responsabilizar-se, após a conclusão de todas as fases e antes da divulgação do resultado final do concurso, pela verificação da condição de candidato negro e decidir, com base na análise de documentos descritos no edital de abertura, se o candidato se enquadra na raça negra; (p. 374).

O item deve ser analisado à luz do conjunto contratual entre as duas empresas. O concurso foi promovido em face do interesse e da necessidade da reclamada na contratação de novos funcionários. Os editais do concurso (pp. 262 em diante) e da publicação dos resultados (pp. 323 em diante) foram publicados pelo Presidente da recorrente. Ao CEBRASPE coube a execução do concurso, de acordo com os parâmetros estabelecidos nesses documentos. Destaco a cláusula 3ª do contrato entre as empresas, que trata das obrigações da TELEBRÁS (pp. 369/370). Segundo essa cláusula, era obrigação da contratante, dentre outras providências,

3.1 Fornecer ao CONTRATADO, todas as informações necessárias e pertinentes à elaboração e condução do processo seletivo, tais como: cargos, atividades, salário base, descrição sumária das atividades, requisito dos cargos, carga semanal de trabalho, conhecimentos exigidos, tipos de provas, benefícios/vantagens, bem como outras informações, sempre que formalmente solicitadas;

3.2 Definir em conjunto com o CONTRATADO, as matérias/conhecimentos, e o peso para cada cargo/atividade a serem formuladas em cada uma das avaliações antes da publicação do edital de abertura;

3.3 Nomear comissão responsável pela transparência, lisura e agilidade da condução do processo seletivo, incluindo Declaração de Desimpedimento;

3.4 Nomear preposto responsável pela execução do contrato com o objetivo de fazer cumprir o calendário fixado;

3.5 Proceder a verificação da execução dos serviços, por meio de representantes devidamente credenciados e promover todas as ações necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas que forem Contratadas;

3.6 Encaminhar para publicação no Diário Oficial da União os editais elaborados pelo CONTRATADO, arcando com o respectivo ônus referente a essa publicação, e, ainda, as listagens, os comunicados e quaisquer materiais pertinentes ao concurso, inclusive a lista dos aprovados, nos termos das exigências legais, respeitando sempre os prazos estabelecidos no cronograma de atividades do certame;

3.7 Indicar empregados com atuação na área correspondente ao cargo oferecido para composição da equipe multiprofissional, que estará a cargo do CONTRATADO, responsável pela perícia médica dos candidatos portadores de deficiência. A indicação feita mediante solicitação do CONTRATADO.

(...)

3.9 Divulgar internamente, por meio da intranet e externamente, por meio do sítio eletrônico da Telebras as



informações referentes ao Concurso Público desde o edital de abertura até o resultado final;

3.10 Definir em conjunto com o CONTRATADO os termos do Edital de Abertura do concurso público e aprová-lo.

(...)

3.13 Notificar o CONTRATADO a respeito de imperfeições, falhas ou irregularidades constatadas na execução dos serviços, para que sejam adotadas as medidas corretivas necessárias;

3.14 Homologar o resultado final do concurso.

O rol dessas obrigações revela que todas as fases da execução do concurso dependiam de ações da recorrente. O fato de que cabia à recorrente homologar o resultado do concurso implica que era a responsável final pelo certame e, caso não concordasse com os procedimentos utilizados ou com o resultado, como previsto no item 3.13, poderia não efetuar a homologação e questionar a executora quanto a esses procedimentos ou resultados. Portanto, não se trata de situação em que a contratante se alheia à execução do concurso e acata o resultado do trabalho da contratada, mas em que é verdadeira responsável pela realização do certame. Verifica-se, pois, que, como posto na sentença, o CEBRASPE agiu como “mera longa manus da reclamada” (p. 619). Cabe, portanto, à TELEBRÁS responder à ação proposta pela autora. Nesse sentido é o entendimento do STJ, como revela a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. METRÔ/DF. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS.

SÚMULA 7/STJ. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO EDITAL. 1. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu que possui a agravante legitimidade passiva no caso dos autos. 2. Assim, insuscetível de revisão, nesta via recursal, o referido entendimento, por demandar reapreciação de matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. A Jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que possui legitimidade passiva o órgão responsável pela elaboração do edital que rege o certame, e não a entidade contratada para executar as provas. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 769592 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0213790-8 . Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Órgão Julgador T2. Data do

Julgamento 15/10/2015. Data da Publicação/Fonte DJe 26/10/2015

Por outro lado, a reclamada é ente da administração pública, sujeito ao regime jurídico das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF, e a lide trata de potencial relação de trabalho regido pela CLT. Esses dois aspectos definem a competência desta Justiça Especializada para julgar o caso, conforme decisões do STF e do TST, assim ementadas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CURSO DE FORMAÇÃO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

OFENSA REFLEXA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. É pacífico o entendimento, nas duas Turmas da Corte, de que compete à Justiça laboral o julgamento das controvérsias nas quais se discutem questões afetas à fase pré-contratual relativas às pessoas jurídicas integrantes da administração indireta. 2. Para dissentir das conclusões do Tribunal de origem no tocante ao reconhecimento do vínculo empregatício, seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, assim como dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 279 e 636/STF. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa. (ARE 972204 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29/08/2016)

RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS A EMPREGO PÚBLICO REGIDO PELA CLT. FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito da administração pública indireta dos Estados, situação em que se insere o presente caso, uma vez que se discute admissão em emprego público na empresa reclamada, sociedade de economia mista. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-94700-26.2012.5.21.0005, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 13/12/2013).

O fato da discussão envolver efeitos de decisões tomadas em etapa do concurso não afasta a lide da fase pré-contratual à relação de trabalho, uma vez que diz respeito a procedimento prévio necessário à contratação e do qual depende a formalização do contrato de trabalho. Reporto-me à seguinte ementa de acórdão do TST:

RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE SELEÇÃO. FASE QUE ANTECEDE À RELAÇÃO DE EMPREGO.

1. Compete à Justiça do Trabalho conhecer e julgar as causas em que se discutem os critérios adotados pela Administração Pública para a seleção e admissão de pessoal em seus quadros, porquanto envolve fase anterior à investidura no emprego público. Precedentes.

2. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR 993-29.2011.5.03.0073, Relator Ministro João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Publicação: DEJT 26/06/2015)

Idêntico entendimento é expressado em decisão da Egr. 3ª Turma deste Regional, cuja ementa é a seguinte:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADE EM EDITAL DE CONCURSO QUE SE DESTINA AO PROVIMENTO DE EMPREGO PÚBLICO. Tratando-se de matéria pertinente à regularidade de atos precedentes à contratação de trabalhadores pelo regime da CLT, resulta incontestável a competência da Justiça do Trabalho para solucionar o conflito estabelecido em sede de ação civil pública” (RO 01264-2013-017-10-00-0; Acórdão 3ª Turma; Re-



lador: Desembargador Ribamar Lima Júnior. Julgado em 23/04/2014. Publicado em 09/05/2014 no DEJT).

Observo, com a devida vênia da prolatora da decisão no agravo de instrumento interposto na Justiça Federal (pp. 446/449), que as ementas ali transcritas reforçam o entendimento aqui adotado. Primeiro, porque apontam no sentido de que a competência para apreciar causas em que se discute critérios de concurso público é definida pela natureza do ente promotor do concurso, se federal ou estadual/distrital, e não do executor. Depois, todas aquelas ementas, que embasaram a declaração da competência da Justiça Comum para a presente causa, referem-se a casos em que a promotora do concurso é ente público estadual ou do DF. Ora, a TELEBRÁS é ente da administração federal (pp. 251/252). Assim, a contrário sensu, as decisões representadas por aquelas ementas afastam a competência da Justiça Comum para apreciar a presente lide.

Em suma, tem-se que a demanda está sujeita à competência integral da Justiça do Trabalho, que a reclamada tem legitimidade passiva, que não há indevida cumulação de pedidos e que está presente o interesse da reclamante para ajuizar a demanda.

Quanto à questão da competência do juiz sentenciante para declarar a perda de objeto do agravo de instrumento proposto na Justiça Federal, deve ser observado que, embora na decisão interlocutória o juiz tenha feito tal declaração, na sentença limitou-se a determinar:

Oficie-se, com urgência, ao eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves do TRF da 1ª Região (Agravo de Instrumento 17688-48.2016.4.01.0000), encaminhando

cópia da presente decisão e informando sobre o julgamento da presente ação, oriunda da remessa, a essa Justiça Especializada, dos autos do Processo 10825-61.2016.4.01.3400, que tramitou perante a 4ª Vara Federal, e alertando-o sobre a possível perda de objeto do Agravo de Instrumento. (p. 629. Destaquei.).

Como se vê, na sentença, que substituiu a decisão inicial, não houve a declaração da perda de objeto do agravo de instrumento, mas apenas o alerta sobre essa possibilidade. Não se caracterizou, pois, a invasão da competência de outra esfera judicial.

Quanto ao desfecho decorrente do fato do Juiz da 4ª Vara Federal ter declinado da competência para a Justiça do Trabalho, em vez de determinar a remessa dos autos para a Justiça comum em cumprimento à decisão proferida no agravo de instrumento, é matéria a ser dirimida no âmbito daquele Tribunal Federal, não competindo a esta Especializada manifestar-se a respeito.

Em conclusão, mantenho a sentença que rejeitou as preliminares reiteradas pela recorrente, negando provimento ao recurso, no item. **COTA NEGRO/PARDO. NÃO ENQUADRAMENTO. ELIMINAÇÃO DO CONCURSO**

Como narrado, a autora concorreu também às vagas do concurso destinadas a negros e pardos, sendo classificada em 1º lugar tanto na seleção pelas cotas quanto na concorrência geral. A comissão que avaliou a sua condição de negra/parda indeferiu a inclusão nas cotas e a eliminou do concurso, inclusive quanto às vagas na concorrência ampla. O fundamento dessa decisão foi de que, não sendo comprovada sua condição de negra/parda, a autodeclaração nesse sen-

tido caracterizou declaração falsa, o que, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.990/2014, implicaria a eliminação do certame e não apenas das cotas.

Embora alegando que em outros concursos teve reconhecida a sua condição de negra/parda, a reclamante não se insurge contra esse não reconhecimento pela comissão do concurso em questão, mas apenas contra a eliminação da ampla concorrência. Defende que, não reconhecido o enquadramento na condição para concorrer pelas cotas, deveria permanecer na concorrência geral, e que a reclamada deu interpretação inconstitucional à Lei 12.990/2014 ao concluir pela ocorrência de fraude na autodeclaração. Argumenta que a boa-fé é presumida e o nível de subjetividade para a averiguação, por si só, não permite imputar má-fé apenas pelo indeferimento do pedido; que a decisão iguala quem agiu de má-fé e quem agiu de boa-fé; que a comissão desprestigiou o art. 3º, I e III da CF, pois não conferiu concretude às ações afirmativas; e que desprestigia o art. 37 da CF, pois afasta a melhor candidata do serviço público.

O Juízo de origem entendeu que, pelo fato da fraude depender de prova, não podendo ser presumida, competia à reclamada o ônus probatório de que a autora agiu com má-fé, dolo ou com intenção de ludibriar a banca. Registrou que essas provas não foram apresentadas e que a demandada também não revelou, nem sequer indicou, qual a vantagem indevida em que a reclamante tentava obter, uma vez que sua colocação em primeiro geral e nas cotas garantiria o direito de ser nomeada em qualquer das duas situações.

Analisando os editais do concurso, o juiz sentenciante concluiu que aquele em que fixado o procedimento da etapa de verificação da condição de negro/pardo (Edital nº 8/2016) criou requisito para eliminação de

candidato não constante do edital de abertura do certame (Edital 1/2015) nem da Lei 12.990/2014, pois estabeleceu que a decisão unânime da banca contrária ao enquadramento nas cotas equivaleria à declaração de ocorrência de fraude por parte do candidato. E arrematou:

É cristalino, portanto, que a reclamante foi eliminada de forma indevida, pois presumida a fraude, tanto pelo seu elemento subjetivo, como objetivo. O pior é que tal conclusão está fundada em uma norma que alterou as normas do Edital do certame e que instituiu uma hipótese de eliminação não prevista na Lei 12.990/2014 nem no Edital 1/2015 (p. 624).

Anotou, por último, que a reclamante foi preterida, uma vez que candidatos com menor pontuação que ela já foram chamados e alguns deles foram admitidos.

A recorrente reitera a alegação de que, sendo o edital a lei do concurso, tendo a interessada efetuado sua inscrição no certame sem qualquer impugnação ou ressalva a esse normativo, aceitou as regras nele expressas. Combate o fundamento sentencial de que houve inovação no Edital nº 8/2016, argumentando que os editais foram elaborados de acordo com a Lei nº 12.990/2014 e que desde o edital de abertura a candidata tinha ciência de que a veracidade de sua declaração da condição de negra/parda seria aferida, porquanto a autodeclaração não é suficiente para o processo de seleção pelas cotas. Acentua que essa aferição foi efetuada por banca composta de três pessoas, que analisaram, isoladamente, os documentos e o fenótipo da candidata, havendo unanimidade em que ela não se enquadra como candidata cotista.

Aduz que, como o parágrafo único do



art. 2º da Lei nº 12.990/2014 diz, literalmente, que a constatação de “declaração falsa” elimina o candidato do certame, não há necessidade de constatar fraude, bastando que a declaração não corresponda à realidade. Acrescenta que a recorrida não desistiu da inscrição como negra/parda, como facultado pelo edital, buscando obter proveito próprio, pois nesse momento ainda não ocorria a fase de avaliação de títulos e não estava garantida a classificação da recorrida em primeiro lugar no concurso.

Por fim, sustenta que o edital do concurso dispensou tratamento igualitário a todos os candidatos e que foram cumpridas todas as regras do edital, não se podendo falar em preterição da candidata. Diz que, a sentença é que trata a reclamante de forma diferenciada em relação aos demais candidatos, ferindo o art. 5º, caput e inciso I, da CF, que exige a isonomia entre os participantes do concurso público.

Passo à análise.

Considerando-se a causa de pedir e o pedido constantes da inicial,

como já exposto, a questão em debate é se a conclusão da comissão pelo não enquadramento da autora na condição de negra/parda implica, necessariamente, a exclusão também da concorrência ampla no concurso. Como acima visto, a reclamada defende que isso deflui da literalidade do texto legal porque este registra apenas que a “declaração falsa” leva a tal consequência. O argumento da autora, acolhido na sentença, é de ser necessária a constatação de má-fé por parte da declarante, na tentativa de fraudar o concurso. Portanto, superadas as questões sobre validade do edital e da heteroavaliação da candidata, o núcleo da discussão está na interpretação da expressão “declaração falsa” contida no parágrafo único do art.

2º da Lei nº 12.990/2014.

Diz o art. 2º da Lei nº 12.990/2014:

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.

Não é difícil perceber que espírito do texto legal é garantir que a implementação da política de cotas não seja objeto de fraude por aqueles que se autodeclararem na condição de negro/pardo. Isso foi, inclusive, reconhecido pelo CEBRASPE nas informações prestadas sobre o procedimento da banca que aferiu a declaração da autora: “O procedimento adotado foi simples, rápido e teve o objetivo exclusivo de evitar fraudes, que certamente comprometeriam sobremaneira a política de inclusão defendida na Lei n.º 12.990/2014” (p. 399). A própria reclamada também reconhece isso, pois, mesmo alegando que a mera declaração falsa elimina o candidato do certame, acrescenta que essa declaração indicaria o propósito de obter vantagem sobre outros candidatos, diante da possibilidade de concorrer tanto na listagem da ampla concorrência como na de cotistas (p. 666). Ora, o Dicionário Aurélio registra

que fraude é a “ação praticada de má-fé”, ou seja, com o intento de enganar para obter vantagem ilícita. A fraude é assim tipificada no art. 171 do Código Penal: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento...”. Portanto, para que seja aplicada a previsão legal de eliminação do concurso, é necessário que seja provado o intento fraudulento na autodeclaração do candidato.

Por oportuno, colho na internet o seguinte excerto da decisão do MPF em representação encaminhada àquele órgão pela Organização de Estudantes Negros da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - COLETIVO NEGRADA, relatando a possível prática do crime previsto no art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica) por estudantes, em razão de declaração falsa em formulário de autodeclaração étnico-racial:

Ora, o Direito Penal é informado pelo princípio da legalidade estrita. Disso se extrai que, para que a alguém possa ser imputada a prática de um crime, faz-se necessária a previsão normativa exaustiva da conduta, anterior à sua prática. Além disso, deve a conduta seja [sic] perpetrada com dolo (vontade livre e consciente de realizar os elementos previstos no tipo penal). Assim, para que alguém pudesse ser acusado de prática de falsidade ideológica, por suposta falsidade na autodeclaração, seria indispensável demonstrar que a declaração falsa fora feita dolosamente com o intuito de “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, ou seja, que o declarante, plenamente ciente de que não se inseria nas categorias preto, pardo ou índio, assim se declarasse, no intuito de concorrer em

vagas destinadas a PPI. (<http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/docs/decisao-de-arquivamento-coletivo-negrada>).

Vale ressaltar que, conforme anotado no rodapé da página onde se encontra esse texto, “Não há previsão para a modalidade culposa no tipo penal do art. 299 do Código Penal.”

Deve ser considerado que a autodeclaração da condição de negro/pardo envolve a autopercepção que a pessoa tem de si. Essa autopercepção pode não coincidir com a percepção que outros tenham do declarante, ainda que tomada a partir de elementos supostamente objetivos, o que não significa, necessariamente, que uma das duas avaliações seja verdadeira e a outra falsa, devido à complexidade envolvida nas formas nas avaliações.

O CEBRASPE informou que,

... a banca examinadora, ao avaliar as características fenotípicas da candidata, de forma conjunta, concluiu que esta não poderia ser considerada candidata da raça negra, pois não apresenta traços fenotípicos inerentes à raça negra. Importante esclarecer 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 de pele mais clara, características fenotípicas de pessoas negras, as quais serviram ao longo sua vida como obstáculo, colocando-o à margem da sociedade (pp. 403/404).

Quanto às características fenotípicas avaliadas, disse o CEBRASPE que “... 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” (p. 402).

Esses aspectos não estão isentos de avaliação subjetiva. Qual a nuance da cor da pele é o limite para uma pessoa ser considerada parda? Embora o CEBRASPE registre que a abrangência da categoria parda e sua aparente indefinição, paradoxalmente, ampliem a objetividade da classificação, também reconhece que as linhas de fronteira que separam as três grandes zonas de cor - preta, parda e branca - são tênues, o que remete à necessidade de “apreender a situação do indivíduo classificado em seu microcosmo social, no contexto relacional que efetivamente conta na definição da pertença ao grupo discriminador ou ao discriminado” (p. 403). Ou seja, leva-se em conta não apenas aspectos físicos, mas também sociais. As demais características também não podem ser avaliadas pelo mero enquadramento em um modelo rígido. Trata-se, pois, de avaliação cujo resultado não está atrelado à exatidão na utilização dos critérios avaliativos.

No caso dos autos, três fatores demonstram como essa avaliação é relativa. Primeiro, a autora teve sua inscrição pela cota negro/pardo homologada para o vestibular da UNB, realizado pelo CESPE (p. 72), entidade que foi transformada no CEBRASPE e executou o concurso para a TELEBRÁS, bem como em outro concurso, realizado pela Fundação Carlos Chagas (p. 48). Depois, o item 5.10 do Edital nº 8 do concurso em discussão, pelo qual foram convocados os candidatos para verificação da condição autodeclarada, registra que “A avaliação da banca especifica quanto ao enquadramento, ou não do candidato na condição de pessoa negra, terá validade apenas para este concurso” (p. 348). Ou seja, fosse outro o concurso,

ou outra a composição da banca, o resultado da avaliação poderia ser diferente. Por fim, o próprio juiz sentenciante, à vista da reclamante, anotou a seguinte observação: “Aliás, por amor à verdade, cabe registrar que a reclamante fez-se presente à Vara do Trabalho e, data máxima vênua da reclamada e da organizadora do concurso, possui todos os traços que lhe legitimariam a concorrer pelas cotas raciais.” (p. 625). Assim, a conclusão de que a autodeclaração da autora não devia ser aceita não significa que essa declaração tinha o intento de fraudar o concurso, mas apenas que a autoavaliação não coincidiu com a avaliação da banca.

Pelas razões expostas, mesmo a unanimidade da banca ao avaliar a autora não pode ser tomada como prova de falsidade da declaração. Nas informações prestadas pelo CEBRASPE consta: “Ressalta-se que, se houvesse apenas um voto favorável ao candidato em oposição a dois votos contrários declarados pelos demais, essa situação viabilizaria o deferimento. As decisões pelos indeferimentos foram, portanto, unânimes” (p. 402). Esse critério, embora suficiente para excluir a reclamante da concorrência pelas cotas, não é bastante para caracterizar como fraudulenta a autodeclaração para a exclusão do certame. Para eliminação do concurso seria necessária a prova da fraude na autodeclaração da candidata. Como registrado na sentença “A reclamada, em nenhum momento, trouxe aos autos qualquer elemento de prova que revele que a reclamante agiu com má-fé, dolo ou com intenção de ludibriar a banca, ônus que lhe competia, por se tratar de fato, impeditivo/extintivo do direito postulado em juízo (arts. 818 da CLT e 373 do NCPC)” (p. 624). Na verdade, nem sequer alegou que a reclamante agiu fraudulentamente, como já visto.

Por fim, o fato da autora não ter recorrido contra a decisão da banca avaliadora

não impede o exercício do direito de ação para postular a contratação. Nesse sentido esta sedimentada a jurisprudência, como abaixo exemplificado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. APOSENTADORIA RURAL. ACESSO À VIA JUDICIAL. PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. 1. Em que pese o STF tenha reconhecido a repercussão geral quanto ao tema da controvérsia, isso não se mostra idôneo a sobrestar os recursos especiais que tramitam nesta Corte de Justiça. 2. Na instância extraordinária, compete exclusivamente à Suprema Corte a análise e interpretação de dispositivos específicos da Cartada República. 3. O STJ pacificou o entendimento de que o esgotamento da instância administrativa não é condição para o ingresso na via judicial. 4. Agravo regimental não provido. (STJ-AgRg no AREsp 166322 PR 2012/0076100-9. Data de publicação: 12/03/2013)

Ademais, é plausível a alegação obreira de que não recorreu contra a decisão da banca por verificar que as notas obtidas no concurso a classificavam em primeiro lugar na ampla concorrência. Por isso que não veio a Juízo pedir a revisão da avaliação para manter a inclusão na cota, mas apenas a permanência no concurso pela concorrência geral.

Nego provimento ao recurso, também nesse item.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos ter-

mos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, decidir, por unanimidade, em: aprovar o relatório, conhecer parcialmente do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada. O representante do Ministério Público do Trabalho manifestou-se oralmente pelo desprovimento do recurso. Determinada a remessa da matéria objeto do presente julgamento ao NUCOM, para divulgação, e à Escola Judicial, para análise da possibilidade de publicação na Revista do TRT 10.^a Região.

Brasília (DF), sala de sessões,
19 de julho de 2017

Assinado digitalmente
ELKE DORIS JUST
Desembargadora Relatora

