



Ministério Público Federal
Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul
10º Ofício/Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão

RECOMENDAÇÃO nº 01/2020-MPF/PR/MS/GABPR10

Notícia de Fato nº 1.21.000.000110/2020-48;

Destinatária: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por intermédio do procurador da República subscritor, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 127, *caput*, e artigo 129, incisos II e III, ambos da Constituição da República; artigo 5º, inciso V, alínea “a” e artigo 6º, inciso VII, alíneas “a” e “d”, e inciso XX, todos da Lei Complementar n.º 75/93; artigo 4º, inciso IV, e artigo 23, ambos da Resolução n.º 87, de 06 de abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal;

I – Atribuição do Ministério Público para expedição de recomendações;

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preceitua o artigo 127, *caput*, da Constituição da República;

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 129, inciso II, da Constituição da República, é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Magna, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

CONSIDERANDO que é atribuição do Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição da República, do artigo 6º, inciso VII, alíneas “a” e “d”, da Lei Complementar n.º 75/1993, e do artigo 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei n.º 8.625/1993, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que ao Ministério Público compete, nos termos do artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/1993, do artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93, artigo 23, *caput*, da Resolução n.º 87/2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal e artigo 15, da Resolução n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis;

II – Legitimidade das políticas de ação afirmativa para a população negra;

CONSIDERANDO que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição da República);

CONSIDERANDO a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969, com caráter vinculante e supralegal, que determina o seguinte: “Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (art. 2º, parágrafo 2);

CONSIDERANDO que, por meio da Recomendação Geral n.º 32, o Comitê

para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas interpretou o dispositivo supratranscrito, assentando que “o uso do futuro no parágrafo, em relação à adoção das medidas especiais, indica claramente o caráter obrigatório de tais medidas”, o qual “não fica prejudicado pela expressão ‘quando as circunstâncias o exigirem’, que deve ser entendida no sentido de proporcionar um contexto para a aplicação da medida”;

CONSIDERANDO que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.888, de 20 de julho de 2010) estabelece que a participação da população negra na sociedade, em condição de igualdade de oportunidade, será promovida mediante “implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros” (art. 4º, inciso VII);

CONSIDERANDO a Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014, que reservou aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41/DF¹, assentou a constitucionalidade da Lei n.º 12.990/2014, ressaltando a necessidade de superação do racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e de garantia da igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população negra;

CONSIDERANDO que as políticas de ação afirmativa devem ser encaradas como instrumentos destinados a assegurar o direito ao acesso a funções públicas das pessoas negras, de modo que qualquer interpretação sobre elas deve se pautar pelo princípio da máxima efetividade, que conduza ao maior proveito de seus destinatários;

1 STF – ADC 41, Plenário, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, data de julgamento: 08/06/2017, publicação: 17/08/2017.

III – Legitimidade do procedimento de heteroidentificação conforme os parâmetros estabelecidos na Lei n.º 12.990/2014 e o princípio constitucional da proporcionalidade;

CONSIDERANDO que, no julgamento da ADPF n.º 186/DF², o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do modelo de seleção dos beneficiários de cotas raciais executado pela UnB, destacando-se o seguinte trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional”³;

CONSIDERANDO que, ao julgar o mérito da ADC n.º 41/DF, que teve por objeto a constitucionalidade da Lei n.º 12.990/2014, a Suprema Corte igualmente considerou “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”;

CONSIDERANDO que o art. 2º, *caput* da Lei n.º 12.990/2014 dispõe que: “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”;

CONSIDERANDO o parágrafo único do art. 2º da referida lei, que prevê como única hipótese de eliminação do concurso público a constatação de “declaração falsa”, a qual, por óbvio, depende da comprovação de má-fé;

CONSIDERANDO que o art. 3º, *caput* da Lei n.º 12.990/2014 consigna

2 STF – ADPF 186/DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, data de julgamento: 26/04/2012, publicação: 04/05/2012.

3 Folhas 38 a 39 do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

expressamente que “os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso”, tendo o § 1º adicionado que “os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas”;

CONSIDERANDO que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018, com o escopo de regulamentar o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da lei supramencionada e do entendimento do STF;

CONSIDERANDO que, não obstante a atuação legítima e necessária da Administração Pública em regulamentar um mecanismo para coibir a ocorrência de fraudes na execução da política de ação afirmativa, o art. 11 do aludido ato normativo foi além da concessão legislativa e determinou que serão eliminados do concurso público os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, “ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independentemente de alegação de boa-fé”;

CONSIDERANDO que há evidente distinção entre “declaração falsa”, hipótese prevista pelo legislador para punir os candidatos que atuaram dolosamente com o propósito de burlar a política de ação afirmativa, e a “autodeclaração não confirmada” consagrada no ato infralegal, que se refere à mera discordância de uma comissão avaliadora a respeito do pertencimento do candidato a determinada raça/etnia, o que não presume, por si só, a má-fé;

CONSIDERANDO que a análise fenotípica dos indivíduos é extremamente subjetiva, mormente em países com alto grau de miscigenação, cuja identidade racial não se amolda a uma lógica binária (preto ou branco) e que são compostos por pessoas que ostentam intensa combinação de características físicas, sendo possíveis divergências entre

a autoidentificação sincera do indivíduo como preto/pardo e a percepção externa de uma comissão avaliadora, as quais devem ensejar apenas um impedimento de acesso às vagas reservadas, mas não a exclusão do certame;

CONSIDERANDO que a compreensão do ato de falsear, em nosso ordenamento jurídico, não deve se confundida com a ausência de confirmação, pela Administração Pública, das informações prestadas pelo particular;

CONSIDERANDO que o Ministro Edson Fachin apreciou a expressão “declaração falsa” em seu voto⁴ proferido na ADC n° 41/DF, concluindo que, se a declaração é uma verdade sobre o próprio sujeito, “a fraude só poderia ser apurada por má-fé, tendo em vista que a essência da má-fé implica, como falava Jean Paul Sartre, que o mentiroso está em posse completa da verdade que ele esconde”, daí por que **o critério legal de fraude só poderia ser empregado se o autor da declaração reconhecesse não estar abrangido pela política de ação afirmativa, mas ainda assim afirmasse estar nela incluso;**

CONSIDERANDO, a título exemplificativo, a lógica de apresentação das declarações tributárias, em que há diferença entre a prestação de informação dolosamente falsa às autoridades fazendárias – a qual configura o tipo penal previsto no art. 1° da Lei n.º 8.137/1990 – e eventual descompasso contábil entre o que se declarou e o que foi homologado pela Receita Federal;

CONSIDERANDO que, ao prever a eliminação do certame por “declaração falsa”, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n.º 12.990/2014 demanda a comprovação da intenção de fraudar – o que pode ocorrer, por exemplo, em casos extremos em que o candidato faz uso de elementos artificiais para alterar suas características⁵ ou mesmo havendo documentos/testemunhas demonstrando que o indivíduo habitualmente não se

4 Folha 13 do voto do Ministro Fachin.

5 Nesse sentido, menciona-se, para fins ilustrativos, o caso amplamente divulgado pela mídia em que um candidato a concurso público do INSS utilizou tinta para falsear a cor da pele e lente de contato escura para ocultar a real coloração de seus olhos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2019/06/10/servidor-e-exonerado-do-inss-em-juiz-de-fora-por-fraudar-sistema-de-cotas-em-concurso-publico.ghtml>>. Acesso em 10 fev 2020.

reconhece inserido no grupo beneficiário da ação inclusiva;

CONSIDERANDO, por outro lado, que a **simples divergência da comissão de heteroidentificação acerca do pertencimento do candidato a determinada raça/etnia relaciona-se majoritariamente à análise de aspectos subjetivos e, tendo em vista ausência de previsão legal, não pode ensejar a exclusão do candidato do concurso público, mas apenas sua remoção para a ampla concorrência;**

CONSIDERANDO que não se pode partir da premissa de que todas as autodeclarações sejam falsas e que somente aquelas que forem ratificadas pela comissão avaliadora terão o caráter de verdadeiras, pois, se assim o fosse, estar-se-ia tornando sem efeito o próprio *caput* do art. 2º da Lei n.º 12.990/2014, ao anular o mecanismo da autodeclaração, bem como o art. 3º, que contempla o direito dos candidatos autodeclarados negros a concorrerem simultaneamente às vagas da ampla concorrência;

CONSIDERANDO que “o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos”⁶, bem assim que “se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração”⁷;

CONSIDERANDO que o art. 11 da Portaria Normativa n.º 4/2018 promoveu inovação ilegal na ordem jurídica ao consagrar a eliminação do candidato não reconhecido como negro pela comissão de heteroidentificação, uma vez que a sua fonte legislativa previu exatamente o oposto: que os candidatos possuem o direito de concorrer, também, no âmbito da ampla concorrência e que sua exclusão somente se justifica diante da constatação de “declaração falsa”, que pressupõe má-fé;

CONSIDERANDO que, além de ilegal, a previsão de nova hipótese de eliminação no concurso público diante do mero conflito entre as percepções igualmente

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

subjetivas do candidato e da comissão avaliadora – que não se pode confundir com “declaração falsa” – viola o princípio constitucional da proporcionalidade, que deve reger os atos da Administração Pública;

CONSIDERANDO que, embora a medida analisada se mostre apta a alcançar o fim almejado pelo administrador – isto é, a proteção contra fraudes –, ela não resiste ao exame do subprincípio da necessidade, na medida em que a simples transferência dos candidatos “não confirmados” no procedimento de heteroidentificação para o regime da ampla concorrência já se apresenta como suficiente para assegurar a higidez da política pública;

CONSIDERANDO que, em precedente sobre o tema, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deliberou que “a verificação pela administração da incorrência de enquadramento do candidato como cotista não pode ter o condão de eliminá-lo do certame como um todo, mas tão só da lista destinada aos cotistas”⁸;

CONSIDERANDO que o Conselho Nacional de Justiça, em concurso promovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tornou sem efeito previsão editalícia que eliminava os candidatos que não tivessem sua autodeclaração confirmada pela comissão de heteroidentificação, ante a conclusão de que a Lei n.º 12.990/2014 não autoriza “a eliminação sumária de candidatos não reconhecidos como negros ou pardos, porquanto a adoção da medida extrema é legítima quando constatada a intenção em burlar o sistema de cotas raciais”, bem assim de que “o reconhecimento da má-fé exige a instauração de processo administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de conferir ares inquisitórios à decisão do Tribunal”⁹;

CONSIDERANDO a Notícia de Fato n.º 1.21.000.000110/2020-48, autuada no âmbito deste 10º Ofício/PRDC a partir da Manifestação 20200001414 (PR-MS-00000389/2020),

8 TRF-5 – AG/SE: 388961 CE 080385987201540500000, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 16/09/2015.

9 CNJ – Procedimento de Controle Administrativo 0002353-13.2018.2.00.0000, Relator: Fernando Mattos, Data de Julgamento: 04/09/2018 (277ª Sessão Ordinária).

da Manifestação 20200008971 (PR-MS-00002381/2020) e da Manifestação 20200011122 (PR-MS-00003195/2020), as quais comunicaram suposta ilegalidade no procedimento de heteroidentificação do concurso público para o cargo de Técnico Administrativo em Educação do quadro permanente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), regido pelo Edital PROGEP/UFMS n° 153, de 24 de dezembro de 2019;

CONSIDERANDO que, seguindo a lógica do art. 11 da Portaria Normativa n.º 4/2018, o item 4.6.11, “b”, do Edital PROGEP/UFMS n° 153/2019 previu a eliminação do candidato autodeclarado negro quando, no procedimento de heteroidentificação, ele “não apresentar as características fenotípicas de pessoas negras”;

CONSIDERANDO que, instada a se manifestar, a UFMS remeteu, por meio do Ofício n° 27/2020-GAB/RTR/UFMS (PR-MS-00002863/2020), despacho da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas, indicando que a Procuradoria Jurídica daquela instituição de ensino se manifestou pela impossibilidade de alteração do item 4.6.11, alínea “b”, do edital regulamentador, ante o argumento de que “a referida exclusão do candidato está amparada no art. 2º da Lei Federal n° 12.990/2014” e de que “não se trata de um ato administrativo discricionário, pois a referida Lei não faculta ao Administrador Pública realizar outras ações que não seja a eliminação do candidato”;

CONSIDERANDO que, não obstante o posicionamento exarado pela universidade, a Lei n.º 12.990/2014 determina a eliminação dos candidatos **apenas no caso de constatação de “declaração falsa”, o que se distingue da hipótese de “ausência de confirmação da autodeclaração pela comissão de heteroidentificação”, conforme exaustivamente exposto acima;**

CONSIDERANDO que o ato normativo editado pela UFMS, amparado pela Portaria Normativa n.º 4/2018, além de igualmente exceder a disposição contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 12.990/2014, não se coaduna com o art. 3º, *caput*, do mesmo diploma legal, na medida em que a divulgação do resultado preliminar do procedimento de heteroidentificação ocorrerá em 03/03/2020 e as provas objetivas serão realizadas em

15/03/2020¹⁰, impedindo os candidatos autodeclarados negros de concorrerem, também, às vagas de ampla concorrência;

CONSIDERANDO que a postura da universidade representada viola, em tese, o princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade) e, além de presumir a má-fé dos candidatos no certame, tem o potencial de provocar exatamente o efeito inverso daquele almejado pelas ações afirmativas, uma vez que pessoas fenotipicamente ambíguas – mas que sempre se identificaram como “pardas”, por exemplo – podem se sentir desestimuladas a se inscrever no âmbito das vagas reservadas por receio de possível exclusão do certame;

CONSIDERANDO, por fim, que apesar de ser louvável e necessário o mecanismo de controle contra fraudes engendrado pela aludida instituição de ensino, este **deve ser compatível com os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico**;

RECOMENDA à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, representada pelo Magnífico Reitor Marcelo Augusto Santos Turine, que:

1. Utilizando-se de seu poder-dever de autotutela no âmbito do concurso público regulamentado pelo Edital PROGEP/UFMS nº 153/2019:

1.1. altere a previsão contida no item 4.6.11, alínea “b” do edital regulamentador, com o escopo de permitir que os candidatos que não tenham sua autodeclaração confirmada pela comissão de heteroidentificação sejam apenas transferidos para a ampla concorrência, tendo em vista o art. 3º da Lei n.º 12.990/2014;

1.2. insira novo dispositivo editalício para assegurar a eliminação do concurso público somente dos candidatos que apresentarem “declaração falsa”, isto é, que comprovadamente atuem com o propósito de fraudar a política de ação afirmativa, em consonância com o art. 2º, parágrafo único,

¹⁰ Conforme alterações no cronograma realizadas pelo Edital PROGEP/UFMS nº 7, de 31 de janeiro de 2020.

da Lei n.º 12.990/2014 e com as considerações formuladas na presente recomendação;

2. nos editais dos próximos concursos públicos a serem realizados conforme a Lei n.º 12.990/2014: abstenha-se de aplicar o art. 11 da Portaria Normativa n.º 4/2018 diante de sua patente ilegalidade e inconstitucionalidade e contemple previsão de transferência dos candidatos que não tenham sua autodeclaração confirmada pelo procedimento de heteroidentificação para a ampla concorrência, promovendo-se a eliminação do certame apenas nos casos excepcionais de “declaração falsa”, mediante ato fundamentado da comissão de heteroidentificação que demonstre a comprovação da intenção do candidato de burlar a política de ação afirmativa e, garantindo-se, em todo caso, a ampla defesa e contraditório.

É concedido à Reitoria do UFMS o prazo de **5 (cinco) dias úteis** para que informe se acatará os termos da presente recomendação e comprove, no mesmo prazo, as medidas adotadas para o seu cumprimento.

Por fim, adverte-se que **a não adoção do comportamento descrito na recomendação implicará o manejo de todas as medidas administrativas e judiciais cabíveis, em sua máxima extensão, contra aqueles que se mantiverem inertes.**

Campo Grande, data da assinatura eletrônica.

(assinado eletronicamente)

Pedro Gabriel Siqueira Gonçalves
PROCURADOR DA REPÚBLICA
PROCURADOR REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

tjm