

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA ____ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARÁ

DISTRIBUIÇÃO COM URGÊNCIA

CONCURSO PÚBLICO EM ANDAMENTO

Notícia de Fato nº 1.23.000.001759/2018-97

OMINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por intermédio do Procurador da República que assina ao final, com base nos artigos 127, *caput*, e 129, incisos II e III, da Constituição da República; nos artigos 1º; 2º; 5º, incisos I, III, alínea “e” e V; 6º, inciso VII; e, 39, da Lei Complementar nº 75/93; e, nos artigos 1º, inciso IV, e 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor a presente



AÇÃO CIVIL PÚBLICA
COM PEDIDO LIMINAR DE TUTELA PROVISÓRIA

em face da **UNIÃO, pessoa jurídica de direito público**, representada para este fim pela Advocacia-Geral da União no Estado do Pará, situada na Avenida Assis de Vasconcelos, nº 625, Campina, Belém/PA, CEP nº 66.017-070 e

CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS (CEBRASPE), pessoa jurídica de direito privado, situada no Campus Universitário Darcy Ribeiro – Gleba A, Edifício CESPE, Asa Norte, CEP 70.910-900,

pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

1. DO OBJETO DA PRESENTE DEMANDA

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público Federal intenta a alteração de disposição constante no Edital nº 01/2018 – DGP/PF, do concurso público para provimento de cargos na carreira da Polícia Federal, a qual prevê a exclusão do candidato que se autodeclarou negro, caso não seja considerado negro pela comissão de heteroidentificação, ainda que tenha obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independente de alegação de boa-fé (item 6.2.9, alínea a).

2. DOS FATOS



Foi instaurada, no âmbito da Procuradoria da República no Estado do Pará, a **Notícia de Fato nº 1.23.000.001759/2018-97**, partir de representação do sr. [REDACTED], na qual relata possível irregularidade no concurso público para provimentos de cargos de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Agente de Polícia Federal, Escrivão de Polícia Federal e Papiloscopista Polícia Federal, regido pelo Edital nº 01/2018 – DGP/PF, organizado pelo Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE).

O representante relata que o edital prevê, indevidamente, que os candidatos autodeclarados negros serão excluídos do concurso, na hipótese da comissão de heteroidentificação não o considerar negro.

De fato, o item 6.2.9, a, do referido edital determina *in verbis*:

6.2.9 Será **eliminad**o concurso o candidato que:

a) **não for considerado negro pela comissão de heteroidentificação**, conforme previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014, e no artigo 11 da Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independente de alegação de boa-fé;

O **Ministério Público Federal**, tendo concluído pela ausência de proporcionalidade e razoabilidade da previsão, que extrapolou os limites traçados pelos dispositivos normativos da Lei nº 12.990/2014, conforme argumentos expostos adiante, **expediu a Recomendação nº 27/2018 ao CEBRASPE e à Diretoria de Gestão de Pessoal da Polícia Federal para que:**

“**i) altera disposição editalícia expressa no subitem 6.2.9.**, do edital nº 01/2018 DPG/PF, para excluir a previsão de eliminação caso o candidato não seja considerado negro pela Comissão de Heteroidentificação, para prever que, caso a declaração não seja confirmada pela Comissão, o candidato figure apenas na lista de ampla concorrência;

ii) nos próximos concursos a serem realizados, não prevejam a eliminação do candidato caso não seja considerado negro pela Comissão de Heteroidentificação.”



O Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE) e a Polícia Federal, em resposta, informaram o não acatamento da recomendação, considerando a elaboração do edital em estrita observância à legislação, especialmente ao previsto na Lei nº 12.990/2014 e na Portaria Normativa nº 04/2018.

No entanto, conforme será demonstrado adiante, a previsão de eliminação do candidato em razão de decisão da comissão de heteroidentificação de não o considerar negro, **além de violar os princípios da administração pública como da razoabilidade e proporcionalidade, é ilegal. Dessa forma, é imperioso que a conduta seja coibida pelo Judiciário, de acordo com os fundamentos jurídicos a seguir aduzidos.**

3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

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 (artigo 127, *caput*, da CF/88). No artigo 129 da Constituição da República, estão previstas as suas funções institucionais, dentre as quais se destacam “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II) e “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”(inciso III).

Em complemento à Constituição, foi editada a Lei Complementar nº 75/1993, que, tratando do Ministério Público da União, reafirmou as suas funções de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (artigo 1º) e, no artigo 2º, dispôs incumbir-lhe a adoção das medidas necessárias à garantia do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados.



Para tanto, conferiu-lhe o poder de empregar instrumentos capazes de bem proporcionar o desempenho de seus misteres, dentre os quais o inquérito civil e a ação civil pública, conforme se verifica no artigo 6º, *in verbis*:

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

(...)

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;” (sem grifos no original)

Assim, a legislação pátria, ao tempo em que atribui ao Ministério Público o poder-dever de proteger os direitos e interesses difusos e coletivos da sociedade, proporciona aos seus integrantes o acesso ao mecanismo processual talhado para tal finalidade, ou seja, a ação civil pública. Ação prevista na Lei nº 7.347/85 (principal lei de regência), com expressa previsão da legitimidade do Ministério Público para sua promoção no artigo 5º, *caput*, e destinada, conforme o artigo 1º, a tutelar o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e a economia popular, a ordem urbanística e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Pois bem, colocado isso, e considerando que o direito ou interesse que se pretende proteger por meio desta demanda é coletivo, mostra-se cabível a presente ação civil pública e legitimado o Ministério Público.

Quanto a isso, ante a existência de qualquer dúvida acerca da atuação do Ministério Público Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, pacificou o entendimento de que o *Parquet* possui legitimidade para pleitear questão quanto a concurso público, visto que se trata de direito relativo a um grupo indeterminado de indivíduos, no caso, os candidatos. A respeito, colha-se o julgado paradigma:



ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SISTEMA DE MERITOCRACIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Concurso público é o principal instrumento de garantia do sistema de meritocracia na organização estatal, um dos pilares dorsais do Estado Social de Direito brasileiro, condensado e concretizado na Constituição Federal de 1988. Suas duas qualidades essenciais – ser "concurso", o que implica genuína competição, sem cartas marcadas, e ser "público", no duplo sentido de certame transparente e de controle amplo de sua integridade – impõem generoso reconhecimento de legitimidade ad causam no acesso à justiça.

2. O Superior Tribunal de Justiça é firme em reconhecer a legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública com objetivo de declarar a nulidade de concurso público realizado sem a observância dos princípios constitucionais da legalidade, da acessibilidade e da moralidade.

3. *Se o Parquet tem legitimidade para postular anulação de concurso público, igualmente a possui para invalidar ato administrativo que o tiver anulado. Precedentes do STJ.*

1. *Recurso Especial provido.*
2. *Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 16 de maio de 2013(data do julgamento).*

Referente à competência, por força do art. 109 da Constituição Federal, **as causas que envolverem interesses da União ou entidade autárquica, exceto aquelas reservadas à justiça do trabalho e a justiça eleitoral, devem necessariamente ser julgadas pela Justiça Federal.**

No presente caso, a competência do foro federal se mostra evidente, considerando que o concurso público em voga se destina ao provimento de cargos da carreira da Polícia Federal, órgão do âmbito da União. Apesar de ser executado pelo CEBRASPE, a presença da União no polo passivo, como organizadora do concurso, **atrai a competência da Justiça Federal. Cabe destacar que a atribuição do CEBRASPE se limita à execução do concurso, ficando a cargo do órgão a estipulação das regras gerais do certame.**



3.2. DO MÉRITO

3.2.1. DOS PRINCÍPIOS E NORMAS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO

A Constituição Federal estabelece princípios que devem pautar as atividades da Administração Pública em todos os seus âmbitos, sendo esses **os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**. Tais princípios visam garantir que a Administração Pública resguarde a equidade e a isonomia, vedando abusos, arbitrariedades e discriminações de qualquer tipo.

Também é princípio que deve ser observado pela Administração Pública em sua atuação o princípio da proporcionalidade, que depende da observação de três subprincípios: a adequabilidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequabilidade diz respeito à idoneidade da medida adotada pela Administração para atingir o fim a que se propõe. **A necessidade proíbe excessos ao exigir que a medida a ser tomada seja, entre todas as medidas adequadas, a menos gravosa às garantias fundamentais.** Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito examina a relação entre a restrição imposta e o dano a ser causado, avaliando se o benefício que resultará da aplicação da medida prepondera sobre o direito porventura atingido.

Quando se trata do acesso aos cargos e empregos públicos, a **Administração Pública deve observar não somente as normas específicas concernentes aos concursos públicos, mas também os demais princípios aplicáveis a administração como um todo, em especial a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e proporcionalidade.**

Assim, a condução dos concursos públicos para provimento de cargos deve ser **nos termos da lei e do Direito**, visando sempre ao interesse público, atuando sempre com padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. **Do contrário, haverá ato inválido de nulidade, passível de controle judicial.** Ademais, normas e decisões no âmbito do concurso público deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade em todos os seus subprincípios. Não somente devem ser adequadas aos fins visados pelo concurso, mas também devem ser sempre aquelas menos gravosas aos administrados e que menos ofendam garantias e direitos fundamentais.



3.2.2. DO DISPOSTO NA LEI Nº 12.990/2014 E NA PORTARIA NORMATIVA Nº 4/2018 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – DA ILEGALIDADE DO ART. 11 DA PORTARIA

A Administração Pública possui a prerrogativa do poder regulamentar, ou poder normativo, no desempenho de suas funções, consistindo em mecanismos de complementação de leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Os atos editados em função do poder normativo são verdadeiras normas gerais e abstratas. **no entanto, são atos normativos derivados, uma vez que explicitam ou complementam as leis, não devendo ultrapassar os horizontes da legalidade.**

“Poder Regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não podem pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60)”.

É sabido que apenas as leis podem criar ou limitar direitos, bem como estabelecer obrigações, em consonância com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, tais atos normativos regulamentares visam apenas a correta execução da lei, não podendo estabelecer disposições *contra legem* ou *ultra legem*, tampouco inovar na ordem jurídica.

“Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. **Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, por que tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'** (art. 5º, II, CF)”.



(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 62)". Grifo Nosso.

Dentre os instrumentos do poder regulamentar, existem as portarias, resoluções, decretos, instruções normativas, entre outros.

Mais uma vez, ressalta-se: "**Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade**" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002). Grifo Nosso.

Portanto, na ausência de Lei formal, impossível que o administrador, por ato infralegal, assumo o papel de legislador ordinário, prevendo regra que a Lei não previu, limitando direitos, sem qualquer fundamento, correspondência, razoabilidade e proporcionalidade.

Neste diapasão, a Lei nº 12.990/2014 prevê que o candidato será eliminado do concurso na hipótese de constatação de declaração falsa.

Lei 12990/2014:

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.

Da leitura do dispositivo legal, **conclui-se que somente faz referência à eliminação do candidato que prestar declaração falsa, não mencionando o caso daquele que não for considerado negro por comissão avaliadora.**



Ocorre que, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, publicou Portaria Normativa nº 4/2018, que regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros. **Nos termos da Portaria, serão eliminados do concurso os candidatos cujas autodeclarações não forem confirmadas em procedimento de heteroidentificação, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência e independente de alegação de boa-fé.** *In verbis*:

Portaria Normativa nº 04/2018:

Art. 11 - 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.

Parágrafo único - A eliminação de candidato por não confirmação da autodeclaração não enseja o dever de convocar suplementarmente candidatos não convocados para o procedimento de heteroidentificação.

Dessa feita, a Portaria Normativa nº 03/2018 **criou outra hipótese de eliminação** do candidato que se autodeclarou negro, **apesar da ausência de qualquer disposição legal nesse sentido, extrapolando sem qualquer razoabilidade as hipóteses previstas em lei.**

A referida Portaria, portanto, que deveria apenas visar explicitar a Lei nº 12.990/2014, ultrapassou as balizas legais, criando nova hipótese de eliminação do candidato. Dessa forma, o administrador atuou como legislador ordinário, sendo a norma eivada de ilegalidade, devendo ser anulada pelo Poder Judiciário.

3.2.3. DA AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO PREVISTA



Além de ser ilegal, o ato administrativo de caráter normativo violou os princípios gerais da administração pública, em especial o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Senão, vejamos.

Conforme disposto na Lei nº 12.990/2014, concorrem nas vagas reservadas a candidatos negros “aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso”. Para evitar fraudes, entendeu-se ser possível a instituição de método de verificação da autodeclaração prestada, por meio de comissão de heteroidentificação.

Nesse sentido, o Edital nº 01/2018 DGP-PF adotou como critérios para participação na reserva étnica: ter o candidato prestado a autodeclaração e a avaliação por comissão de heteroidentificação. Nada obstante, o edital foi além, em consonância com a Portaria nº 04/2018, **estipulando que a avaliação da comissão de heteroidentificação é determinante para a participação do candidato no certame, uma vez que caso não seja considerado negro será eliminado do concurso.**

No entanto, **a previsão normativa e editalícia contraria os princípios da administração pública, bem como viola a dignidade da pessoa humana.**

A autoidentificação como negro no momento da inscrição no concurso depende, especialmente, de aspectos subjetivos do candidato. Especialmente em um país com um sólido histórico de miscigenação como o Brasil, em que a mera avaliação da cor da pele de uma pessoa nem sempre é suficiente para esclarecer a etnia a que ela pertence, **a constatação da inserção de um indivíduo em determinado grupo étnico não é de aferição simples e passa pela avaliação de diversos fatores, muitos deles dotados de pouca objetividade.**

Nesse contexto, há notícias de que uma pessoa foi considerada negra para efeito de um certame, mas não em outro, demonstrando a falibilidade dos critérios da comissão examinadora(<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2018/05/06/noticiasinterna,38218/cespe-considera-o-mesmo-candi>).

Cita-se também o caso dos candidatos [REDACTED] e [REDACTED], que figuram na lista de convocação para apresentação perante a comissão do Edital nº 20 - AGU, mas não foram considerados negros pela comissão, conforme se observa do Edital Nº 23 – AGU. Seus nomes, porém, figuram na lista de candidatos considerados negros no concurso de Provimento de Cargos de **Procurador da Fazenda Nacional (Edital ESAF nº 84, cópia em anexo).**

Assim, a autoidentificação como negro deve ser especialmente respeitada, em razão da dignidade da pessoa humana, bem como pela previsão expressa da Lei de Cotas de que a autodeclaração é forma de identificação das pessoas que poderão concorrer as vagas reservadas.



Por outro lado, a hipótese ressalvada no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990/2014, ao prever que em casos de comprovação da falsidade o candidato será eliminado do concurso, deve ser empregada com a devida prudência, posto que é exceção e não a regra.

A simples discordância de uma comissão avaliadora a respeito do pertencimento do candidato a determinada etnia não presume, por si só, intenção de fraude e má-fé, visto que, repita-se, a autoidentificação de pertencimento a determinada etnia depende majoritariamente de aspectos subjetivos do candidato, que acredita ou não nesse fato.

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, ao se tornar nula a autodeclaração.

Logo, o entendimento desejável é no sentido de que, presumindo-se, a priori, como verdadeiras todas as autodeclarações realizadas pelos candidatos no ato de inscrição, somente nos casos em que a comissão puder comprovar a falsidade da declaração será admissível a eliminação dos candidatos do certame, consoante a hipótese excepcional mencionada. Nas demais hipóteses, **em que não se tem uma comprovação da falsidade da autodeclaração, mas somente um conflito entre as percepções igualmente subjetivas do candidato e da comissão avaliadora – o que não se pode confundir com falsidade – não parece razoável a eliminação do candidato do certame.**

Resta evidente que a previsão de eliminação automática do certame de candidatos na situação acima mencionada, quando não evidenciada clara intenção de fraude e má-fé, ou seja, sem análise do caso concreto, **configura ofensa ao princípio da proporcionalidade.**

Uma vez constatado pela comissão avaliadora que o candidato não pertence à etnia alegada, é fato que ele não estaria mais apto a concorrer nas vagas reservadas. No entanto, **não é proporcional sua completa exclusão do concurso, visto que há solução menos gravosa possível no contexto, apta a solucionar o impasse existente, qual seja, a simples remoção dos candidatos da lista de concorrentes às vagas reservadas para as vagas da ampla concorrência.**

O próprio edital prevê que os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso, sendo razoável concluir que, sendo eliminados das vagas reservadas por não terem sido considerados negros pela comissão avaliadora, deverão *permanecer* no certame, concorrendo às vagas de ampla concorrência, se tiverem pontuação apta para tanto.

Nesse sentido:



AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS. CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO CANDIDATO NÃO CONSTATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO. NÃO ELIMINAÇÃO DO CERTAME. DIREITO À DISPUTA DAS VAGAS DE AMPLA CONCORRÊNCIA.

(...)

6. Nada obstante, impõe-se reconhecer que **a verificação pela administração da inoocorrência 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. Esse Tribunal tem entendido semelhantemente quanto aos candidatos a concursos vestibulares egressos de escolas públicas. Naqueles casos, se por hipótese o candidato não for considerado como cotista, porque não fizera todo o ensino médio em escola pública, ainda assim poderá participar de ampla concorrência. Da mesma forma no caso presente. **Se o candidato possuir nota suficiente para sua aprovação no número de vagas de ampla concorrência, não há falar em sua eliminação do certame.** Ao que aduz o agravante, sua nota o enquadraria na classificação 519, portanto dentro das 549 que restaram (no final do concurso, e já revertidas algumas inicialmente destinadas às cotas, mas não preenchidas) para a ampla concorrência.

7. Agravo de instrumento provido.

(TRF-5 – AG/SE: 388961 CE 080385987201540500000, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 16/09/2015. Fonte: http://www.trf5.jus.br/data/2015/09/PJE/08038598720154050000_20150916_61216_4050000304
)

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. SISTEMA DE COTAS. CONDIÇÃO DE NEGRO/PARDO. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. **A comissão especialmente formada para validar a auto-declaração racial não tem nenhum respaldo científico para identificar o que seria o "negro", mormente no contexto brasileiro, em que, como se disse, a miscigenação é a característica essencial da Nação brasileira.** TRF-4 – AG: 12111 SC 2009.04.00.012111-6, Relator Valdemar Capeletti, Data de Julgamento: 17/06/2009, Quarta Turma, Data de Publicação D.E. 27/07/2009



Outrossim, a ausência da definição expressa dos parâmetros a serem utilizados pela comissão do Edital também afeta a justiça da previsão, não sendo possível aos candidatos conhecer a forma como serão avaliados os casos levados à comissão e, dessa forma, prever se suas características fenotípicas se encaixam ou não na noção da comissão avaliadora de determinada etnia. Essa ausência de definição expressa impossibilita, também, o exercício de posterior controle de legalidade dos atos da comissão de avaliação.

Os referidos exemplos, entre muitos que sem dúvida podem ser encontrados, reforçam que há, sim, forte subjetividade na decisão da comissão de avaliação. O próprio edital parece reconhecer essa realidade ao prever, em seu item 6.2.8.1., que a avaliação da comissão quanto ao enquadramento, ou não, do candidato na condição de pessoa negra, terá validade apenas para aquele concurso. Se a decisão fosse, de fato, baseada em quesitos unicamente objetivos, toda comissão avaliadora em qualquer concurso a ser realizado, independente de sua composição, deveria chegar a mesma conclusão sobre aquele candidato.

Ainda que a avaliação seja, indiscutivelmente, necessária, a fim de evitar que candidatos que não fazem jus a tratamento especial ocupem as vagas reservadas para negros e pardos, a total eliminação do concurso **é sanção demasiadamente grave para ser aplicada com base em decisão de cunho tão subjetivo.**

Por fim, a situação se torna ainda mais complexa, ao lembrar que a Lei de Cotas reserva vagas para candidatos negros, **dentre os quais se incluem pretos e pardos.**

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.

No mesmo sentido, o Edital nº 01/2018 determina, no item 6.1.3 "Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá, no ato da inscrição, **optar por concorrer às vagas reservadas aos negros e autodeclarar-se negro, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituição Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**".



Diante da possibilidade do pardo concorrer às vagas étnicas, **a avaliação da comissão heteroidentificação se torna ainda mais subjetiva**, considerando que a cor parda envolve uma série de **variações complexas** é a que costuma gerar maior polêmica no sistema de autoreferenciamento. Diferente da cor branca e preta, em que há uma maior facilidade de definição.

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), quase 47% da nossa população se identifica como parda (<https://g1.globo.com/economia/noticia/populacao-que-se-declara-preta-cresce-149-no-brasil-em-4-anos-aponta-ibge.ghtml>)

Desse modo, considerando que a cor parda gera bastante polêmica e divergência, não é razoável determinar a eliminação da pessoa que se identifica como parda por decisão de uma comissão de heteroidentificação.

3.3. DO PEDIDO LIMINAR

Como fundamento legal para a concessão de medida liminar em ação civil pública (com natureza cautelar ou de antecipação de tutela), tem-se a previsão do artigo 12 da Lei nº 7.347/85 (“Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”).

Ademais, o artigo 300 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à Ação Civil Pública, autoriza a concessão da tutela de urgência, com o intuito a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ser concedida quando houver “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” (*fumus boni iuris*), bem como “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (*periculum in mora*).

Sobre os requisitos para concessão da liminar (com natureza de antecipação de tutela), ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Não fala [refere-se ao art. 12 da Lei 7.347/85] em requisito algum mas, se uma justificação pode ser necessária, é porque necessária é também a presença dos requisitos da urgência e da probabilidade; além disso, o contrário equivaleria a desconsiderar o devido processo legal. Mais técnico e explícito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que ‘sendo relevante o



fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu' (Lei 8078, de 11.9.90, art. 84, §3º). E, como esses dois estatutos se interpenetram mediante recíproca aplicação das normas de uma ao processo regido pelo outro (LACP, art. 21 e CD, art. 90), as exigências do Código de Defesa do Consumidor, como requisitos para antecipar a tutela, impõem-se também na área regida pela Lei de Ação Civil Pública" (in Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. cit. p. 98/9).

Assim, os requisitos para a concessão de liminar, com natureza de antecipação de tutela, na ação civil pública, são a urgência, ou, nos termos da lei, o justificado receio de ineficácia do provimento final (requisito que se convencionou chamar *periculum in mora*), e a relevância do fundamento da demanda (ou *fumus boni juris*). No caso em questão, a concessão da liminar é de todo viável, uma vez que presentes ambos os requisitos.

No caso concreto, **resta amplamente demonstrada a ilegalidade da Portaria nº 04/2018, por extrapolar o disposto na Lei nº 12.990/2014, bem como sua irrazoabilidade e desproporcionalidade. As decisões mencionadas na presente exordiam também servem para reforçar a plausibilidade da existência do direito na presente demanda.**

Quanto ao *periculum in mora*, resta também evidenciado, considerando que os candidatos eliminados não poderão participar das demais fases do certame.

Nos termos do item 6.2.2 do edital, "candidatos que se autodeclararam negros serão submetidos, imediatamente antes da matrícula no curso de formação profissional, ao procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros".

O curso de formação profissional compõe a segunda etapa do certame, cuja convocação está prevista para ocorrer em janeiro a fevereiro de 2019.

Inexistindo decisão judicial que impeça, os candidatos que não forem considerados negros serão automaticamente eliminados do certame. Dessa forma, caso ocorra a exclusão dos candidatos, prevista para ocorrer antes da matrícula no curso de formação profissional (antes, portanto, de janeiro de 2019), será mais difícil que tais candidatos voltem ao certame, em razão da eminente homologação dos resultados, realização do curso de formação profissional e prosseguimento das demais fases do certame, quais sejam, classificação para escolha de lotação e nomeação.



Resta evidente que graves prejuízos advirão aos candidatos que forem excluídos do certame nessa situação, sendo impedidos de participar das demais fases do procedimento.

Ademais, também os demais candidatos poderão ser prejudicados ou ter suas expectativas frustradas, uma vez julgada procedente a presente ação, sem o anterior deferimento a tutela de urgência, com o retorno dos candidatos eliminados do certame à lista de ampla concorrência.

Cabe destacar ainda que o provimento judicial liminar neste momento terá ampla efetividade, já que ainda não ocorreu a primeira fase do certame, com previsão para ocorrer em 19 de agosto de 2017 (prova objetiva e subjetiva).

Para além, ainda que este Juízo não entenda pela presença de urgência que justifique a tutela de urgência descrita no art. 300 do Código de Processo Civil, o referido diploma prevê também a possibilidade de tutela provisória por evidência, quando, nos termos do art. 311, VI, independente da demonstração de urgência ou perigo de dano, a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Ante o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer a concessão **de tutela provisória de urgência**, a ser concedida **liminarmente, e, alternativamente, por evidência com oitiva da parte ré**, para determinar que, até sentença final, **a União e o CEBRASPE, se abstenham de eliminar candidatos com fundamento na previsão expressa no subitem 6.2.9, alínea “a”, do Edital nº 01 – DGP/PF, de 14 de junho de 2018.**

4. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer a Vossa Excelência que:

4.1. de início, em sede de tutela provisória de urgência, a ser concedida liminarmente, e, alternativamente, por evidência com oitiva da parte ré, determinar que, até sentença final, **a União e o CEBRASPE, se abstenham de eliminar candidatos com fundamento na previsão expressa no subitem 6.2.9, alínea “a”, do Edital nº 01 – DGP/PF, de 14 de junho de 2018;**

4.2. requer a **citação** das partes requeridas para, querendo, contestarem a presente ação;



4.3. em provimento definitivo:

a) procedência do pedido para julgar ilegal, irrazoável e desproporcional a previsão do art. 11 da Portaria nº 04/2018 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

b) procedência do pedido para alterar a disposição editalícia expressa no subitem 6.2.9, alínea "a", do Edital nº 01 – DGP/PF, de 14 de junho de 2018, excluindo a previsão de eliminação do candidato que não seja considerado negro pela comissão de heteroidentificação, com a finalidade de que o candidato passe a figurar na lista de ampla concorrência, sem a sua eliminação do certame;

c) procedência do pedido para que nos próximos concursos a serem realizados pelas partes, não seja prevista a regra de eliminação do candidato caso não seja considerado negro pela comissão, em razão da declaração da ilegalidade do art. 11 da Portaria nº 04/2018, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

4.4. condenar a requerida ao pagamento de eventuais custas e outras despesas processuais;

4.5. adispensa do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em vista do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85;

1.

4.6. Acondenação, em caso de descumprimento das obrigações contidas no provimento liminar e final, com fulcro no art. 11, da Lei nº 7.347/85, em multa a ser fixada pelo prudente arbítrio de Vossência;

5. DAS PROVAS



Embora o Ministério Público Federal já tenha apresentado prova pré-constituída do alegado, protesta, pela produção de prova documental, testemunhal, pericial e, até mesmo, inspeção judicial, que se fizerem necessárias ao pleno conhecimento dos fatos, inclusive no transcurso do contraditório que se vier a formar com a apresentação de contestação, **informando, ainda**, que se dispõe à conciliação, através de Termo de Ajuste de Conduta nestes autos.

6. DO VALOR DA CAUSA

Dá-se à presente causa, para fins legais, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Belém/PA, 07 de agosto de 2018.

- Assinatura Eletrônica -

MARCELO SANTOS CORREA

Procurador da República

