

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA ____ª VARA
FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL.**

**Referências: Inquérito Civil n.º 1.16.000.003618/2015-09
 PAJ nº 2016/001-00042**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora da República signatária, no uso das suas atribuições constitucionais e legais, previstas especialmente nos arts. 127 e 129, incisos II e III, da Constituição da República, art. 5º, inciso I, “c”, inciso III, “e”, e art. 6º, inciso VII, “a” e “d” da Lei Complementar n.º 75, de 1993, e a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, pelo Defensor Público Federal subscrito, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição da República, art. 4º, incisos VII, VIII, X e XI da Lei Complementar n.º 80/94 e art. 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/85, vêm propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
COM PEDIDO DE LIMINAR

em desfavor da **UNIÃO FEDERAL** (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), pessoa jurídica de direito público interno, a ser citada no Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, Lote 800 – Brasília/DF, CEP 70.610-460, e da **FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP**, personalidade

jurídica de direito privado vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a ser citada no endereço SAIS, Área 2A, Brasília/DF, CEP 70.610-900, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

1 – SÍNTESE DA DEMANDA

Pretendem o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União, por intermédio desta Ação Civil Pública, a prestação da tutela jurisdicional para que as réas sejam obrigadas a oportunizar e realizar, previamente à nomeação e posse de candidatos inscritos como concorrentes às vagas reservadas aos negros (previstas na Lei nº 12.990/2014) no concurso público regido pelo Edital nº 1 – MP/ENAP, de 12 de junho de 2014, procedimentos de aferição de ocorrência de falsidade da autodeclaração prestada por candidatos para esse fim.

Conforme será visto adiante, o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão não demonstrou a adoção de medidas necessárias para coibir as fraudes noticiadas no sistema de cotas, situação que tende a se agravar com a efetivação da posse dos candidatos aprovados para tais vagas reservadas pela Lei nº 12.990/2014 e dos consequentes prejuízos irreparáveis que podem advir dessa omissão.

2 - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dispõe a Constituição Federal 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* (art. 127).

A legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar a presente ação também está especificamente prevista no art. 129, incisos II e III, da Constituição da República, no art. 6º, incisos VII, “a” e “d”, XIV da Lei Complementar nº 75, de 1993, a seguir reproduzidos:

Constituição Federal

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - 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;
III - 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;”

Lei Complementar nº 75/93

“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;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: (...)”

A reserva de vagas estabelecida pela Lei nº 12.990/2014 é política de cotas que visa à promoção da igualdade material entre negros e não negros. Afigura-se espécie do gênero *ações afirmativas*, com inegável caráter transindividual¹.

É importante esclarecer que no caso da presente demanda, a legitimidade do Ministério Público é reconhecida sob três aspectos: a) defesa dos direitos dos candidatos negros inscritos no certame, que correm o risco de não lograr êxito no ingresso nos cargos do quadro de pessoal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da ENAP em razão da omissão desse Ministério em estabelecer mecanismos de apuração de fraudes no preenchimento indevido de vaga por candidato não negro; b) proteção de grupo socialmente vulnerável – as pessoas negras –, já que o ato omissivo das rés afronta a política de cotas instituída pela Lei nº 12.990/2014 e; c) tutela dos interesses de toda a sociedade, no que tange ao cumprimento dos preceitos constitucionais ora ameaçados e ao respeito dos princípios republicanos de acesso aos cargos públicos, com observância dos princípios da legalidade e impessoalidade pela Administração Pública.

Quanto ao primeiro aspecto, cabe ressaltar: tratam-se dos direitos ou interesses individuais homogêneos, cuja possível violação transcende a esfera dos candidatos prejudicados e alcança toda a coletividade, dados os valores constitucionais

¹ “Dessa forma, não obstante a pluralidade histórica e terminológica que marcou a especificidade do desenvolvimento jurídico-político de diferentes sociedades ocidentais contemporâneas, pode-se dizer que as ações afirmativas se situam no âmbito dos chamados direitos ou interesses ‘transindividuais’ ou ‘metaindividuais’ - gênero no interior do qual costumamos diferenciar várias espécies, tais como: interesses ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘individuais homogêneos’.” (ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *Ações afirmativas e Estado democrático social de direito*. São Paulo: Ltr, 2009. p. 27).

afrontados. O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do órgão ministerial “*para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis*”².

Quanto aos dois últimos aspectos não há dúvida tratar-se da proteção dos direitos ou interesses difusos e coletivos, sendo a legitimidade do *parquet* incontestado, conforme já aduzido.

Da leitura combinada das Leis nº 7.347/1985 e 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) também infere-se a legitimidade *ad causam* do *parquet*:

Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)

“Art. 55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público; (...)”

Posto isso, não resta dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público Federal para o manejo da presente ação civil pública.

3 – DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Da mesma forma, a ampla legitimidade ativa da Defensoria Pública para ações de cunho coletivo em prol dos necessitados é questão remansosa na legislação, reconhecida primeiramente no art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei nº 11.448/07, e depois incluída dentre suas funções institucionais, no art. 4º, VII, da Lei Complementar nº 80/94, alterada pela LC nº 132/09.

Em plano constitucional, a Emenda nº 80/2014 espancou qualquer dúvida acerca da atribuição deste Órgão na seara coletiva, ao lhe incumbir “*a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*” (art. 134, caput, da CF/88, grifo nosso).

² RE 500.879-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26-05-2011; RE 472.489-AgR, rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJe de 29-08-2008; AG. No REG. NO RE N. 401.482-PR, STF, Segunda Turma, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Pub.: 21/06/2013.

Não bastante, o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, recentemente (07/05/2015) sacramentou a legitimidade da Defensoria Pública para o amplo manejo de ações civis públicas, ao julgar, à unanimidade, improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, em que se questionava a nova redação do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Frise-se, ainda, que a presente ação civil pública guarda íntima relação com as funções institucionais da Defensoria Pública, notadamente a prevista no art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94, que lhe impõe o *exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado*, que é justamente o caso das pessoas negras, destinatárias da política de ação afirmativa prevista na Lei nº 12.990/14, que se encontra ameaçada de esvaziamento pela falta de critérios de controle pelos entes públicos aqui demandados.

Patente, portanto, a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União para o manejo da presente ação civil pública.

4 - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência atribuída à Justiça Federal tem assento constitucional e caráter absoluto, motivo pelo qual somente restará caracterizada quando presente ao menos uma das hipóteses taxativamente arroladas na Lei Maior.

Na espécie, em consonância com o disposto no art. 109, inciso I, da Carta Magna, impõe-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação, uma vez que União (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) é ré da presente lide, exatamente por ser responsável pelo ato omissivo que se pretende inibir.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Por outro lado, é de bom alvitre ressaltar que o fato de o Ministério Público Federal integrar o polo ativo do feito, a fim de tutelar os direitos que

lhe incumbe defender, por si só, já tem o condão de atrair a competência para a Justiça Federal.

Presentes o Ministério Público Federal no polo ativo e a União no polo passivo, irrefutável a competência da Justiça Federal para o desenlace da causa.

5 - DOS FATOS

Publicado em 12 de junho de 2015, o Edital n° 1 – MP/ENAP abriu concurso público para provimento de vagas em cargos do quadro de pessoal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Seguindo os ditames da Lei n° 12.990/2014, previu-se sistema de cotas para reserva de 20% das vagas aos candidatos negros.

Ao estabelecer os critérios relacionados a tal reserva (item 6), o referido edital indicou que o acesso às vagas destinadas aos candidatos negros se daria por autodeclaração (item 6.1.4), prevendo hipótese de eliminação do concurso e até de anulação da admissão ao serviço ou emprego público em caso de constatação da falsidade da declaração (item 6.1.6.1).

Contudo, em nenhuma parte do referido edital foi esclarecida a forma com que se daria as apurações de falsidade da autodeclaração, fato que se repetiu ao longo do processo, inclusive na ocasião da divulgação das relações provisória e final dos candidatos com inscrição deferida como negros, divulgadas no sítio do concurso na internet³, respectivamente em 11/08/2015 e 24/08/2015.

Com o advento do resultado final do concurso público, homologado no Edital n° 01, de 2 de dezembro de 2015, alguns candidatos aprovados nas cotas para negros começaram a apurar, a partir dos nomes de outros candidatos que os precediam na lista classificatória, que estes não preencheriam critérios fenotípicos condizentes com a política de ações afirmativas prevista na Lei n° 12.990/2014.

À míngua de qualquer meio editalício para impugnação e controle das autodeclarações apresentadas por esses outros candidatos, ainda em dezembro de 2015, os prejudicados buscaram junto ao Ministério Público Federal providências para obrigar o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a realizar

³ http://www.cespe.unb.br/concursos/MP_15_ENAP/

procedimentos de verificação fenotípica previamente à nomeação e posse dos aprovados sob suspeita.

Tal pleito deu origem ao Inquérito Civil nº 1.16.000.003618/2015-09, a partir do qual foi empreendida pesquisa amostral em perfis públicos dos candidatos autodeclarados negros na internet, cujos resultados preliminares apontaram possíveis irregularidades de declaração em nada menos que 17 (dezesete) dos aprovados cotistas.

Diante desses indícios, foi expedida a Recomendação nº 132/2015, de 18 de dezembro de 2015, ao Secretário-Executivo do MPOG, para que adotasse as seguintes medidas antes da nomeação dos candidatos aprovados no concurso regido pelo Edital nº 1 – MP/ENAP, de 12 de junho de 2015:

- “a) definição de procedimento de aferição da ocorrência de falsidade da autodeclaração prestada por candidatos pretos e pardos para fins do disposto na Lei nº 12.990/2014;
 - b) previsão e detalhamento das formas e critérios de verificação de ocorrência de falsidade da autodeclaração, com a indicação do órgão julgador, preferencialmente uma comissão designada para tal fim, com competência para decidir sobre a ocorrência de falsidade da autodeclaração, consoante os critérios estabelecidos no edital a ser republicado;
 - c) previsão do critério de verificação da ocorrência de falsidade da autodeclaração pelo fenótipo do candidato exclusivamente;
 - d) decisão fundamentada do órgão julgador segundo critérios a serem estabelecidos, com previsão de recurso para o caso de decisão do órgão julgador que leve à exclusão do certame de candidato inscrito como negro.
- [...]”

Em resposta, o MPOG informou que seriam tomadas providências para verificar falsidade na autodeclaração prestada nos termos da Lei nº 12.990/2014. Contudo, ressaltou que tal apuração somente seria realizada após a nomeação dos aprovados, tendo em vista a publicação da Portaria MP/GM nº 611, de 22 de dezembro de 2015, que promovera tal nomeação.

Tais informações vieram acompanhadas, entre outras, da Nota Técnica SEI nº 6570/2015-MP, da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas daquele Ministério, a qual manifesta sua posição em relação a critérios de identificação de candidatos negros diversos do sistema autodeclaratório, da qual transcrevemos os seguintes trechos:

“12. Com efeito, pode-se chegar à seguinte conclusão: se a análise da possibilidade de os candidatos concorrerem às vagas reservadas

aos negros se regeria pelos quesitos de cor ou raça utilizados pelo IBGE e se o IBGE utiliza apenas o sistema autodeclaratório, não poderia a Administração Pública inovar e passar a exigir no edital regulador do concurso procedimento para verificação da condição de candidato negro, por ser flagrantemente ilegal, uma vez que sem lastro em lei ou regulamento próprio.

[...]

14. Sabe-se que onde a lei não fez distinção, não pode o administrador fazer especialmente quando baseado, como no caso, em critérios subjetivistas e sem base em norma (sic) legais expressas e prévias. Caso contrário, haveria violação ao princípio da legalidade.

15. Por tal razão, face a Lei 12.990/2014 impor apenas a autodeclaração do candidato no ato da inscrição para concorrer a vaga reservada aos negros, este Ministério concluiu que não haveria legalidade em se instituir critérios para aferição da condição de negro de forma antecipada, restringindo-se a referida análise no caso de denúncias de suspeitas fraude (sic) da autodeclaração.

16. No que concerne à recomendação da Procuradoria da República, referente à constituição de comissão anteriormente à nomeação dos aprovados, embora de extrema pertinência e à qual não se manifesta qualquer objeção, entende-se mais oportuno cumpri-la por intermédio de sindicância e não por meio de instauração de comissão prévia, em razão do estado avançado em que já se encontra o procedimento de nomeação, cuja autorização, inclusive, já foi concedida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro desta Pasta.

[...]” Grifamos.

Considerando insuficientes as providências apresentadas pelo MPOG em face da Recomendação expedida pelo *parquet*, dois dos candidatos negros prejudicados requereram assistência jurídica à Defensoria Pública da União, pleiteando medidas judiciais que impedissem a nomeação e posse de candidatos que se autodeclararam falsamente como negros e, assim, obrigassem o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a ENAP a observarem primeiramente a forma de apuração preconizada na Recomendação nº 132/2015.

Atualmente, o certame se encontra finalizado e homologado, e em **30 de dezembro de 2015** foi publicada a Portaria SE/MP nº 1.077, que nomeou os aprovados, inclusive os classificados nas cotas reservadas aos candidatos negros.

Contudo, pesquisas realizadas pelas instituições autoras (fotografias anexas) apontam diversos candidatos que, de fato, suscitam dúvida quanto à pertença étnico-racial, demonstrando ser imprescindível a avaliação de todos os candidatos por uma comissão específica, em momento anterior à posse dos

aprovados. As fotografias são exemplificativas, de modo que o intuito dos autores é tornar evidente a plausibilidade das denúncias e representações recebidas.

Assim, tendo em vista tais elementos de prova, e que o prazo para a posse dos nomeados é de 30 (trinta) dias (art. 13, §1º, da Lei nº 8.112/90), havendo informações de que a solenidade se dará no dia **29 de janeiro de 2015**, é iminente a perspectiva de ocupação de cargos públicos destinados a pessoas negras por candidatos que se declararam falsamente como tal, frustrando os objetivos constantes na política plasmada na Lei nº 12.990/2014.

5.1 – DA OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E DA ENAP

Não obstante o Ministério Público Federal tenha adotado providências no intuito de evitar a consumação dos prejuízos e a violação dos direitos ora defendidos, inclusive com expedição de recomendação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme se depreende do teor das informações prestadas, deixou claro que não tomará medidas prévias à nomeação e posse dos candidatos para evitar a burla às cotas reservadas aos negros.

Pelo contrário: a Pasta deixa clara sua opção em remeter a apuração de fraudes apenas para momento posterior, quando o candidato sob suspeita já estiver ocupando função pública e, mesmo assim, a Nota Técnica SEI nº 6570/2015-MP desde já evidencia a resistência de sua Coordenação de Gestão de Pessoas em utilizar outro critério de apuração diverso do sistema autodeclaratório.

Assim, tudo leva a crer que a conduta adotada pelo MPOG representa grave risco aos direitos dos candidatos efetivamente negros, que serão preteridos com a nomeação, posse e exercício de outros candidatos sobre os quais já pende suspeitas apuradas pelo Ministério Público, bem como risco de violação dos direitos de caráter transindividual, nos termos das razões de direito aduzidas nesta inicial.

6 - DO DIREITO

6.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.990/2014 NO CONTEXTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A Lei nº 12.990/2014 reserva às pessoas negras 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A indigitada lei insere-se em um contexto de crescente combate, pelo Poder Público, às desigualdades raciais e à discriminação racial ou étnico-racial, em que se observam esforços para garantir igualdade de oportunidades entre os brasileiros.

A cota é uma das medidas de ação afirmativa que o Estado pode lançar mão “*a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana*”⁴.

No Brasil, as ações afirmativas estão presentes pelo menos desde 1968, quando foi ratificada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na qual constou:

Artigo II. 2) 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.

Foi a partir da década de 90, após a promulgação da Constituição de 1988, que o tema se intensificou no país. Especialmente no acesso ao ensino superior, diversas medidas foram adotadas pelas Universidades Públicas, e a questão chegou até o Supremo Tribunal Federal.

⁴ SOUSA, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material. São Paulo: All Print Editora, 2008. p. 163/164.

A Egrégia Corte, no julgamento da ADPF 186⁵ – registre-se, desde já, a relevância desse julgado⁶, pela consistência de seus argumentos, que irão embasar diversos pontos desta exordial –, ao tratar das cotas reservadas aos negros e indígenas para ingresso nas universidades públicas, além de reafirmar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, consignou importantes considerações acerca destas, dentre as quais cabe trazer o seguinte excerto do voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

“Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.” (Grifamos)

É imperioso trazer aqui, para dar fim às observações iniciais atinentes às ações afirmativas, o conceito doutrinário do Ministro Joaquim Barbosa⁷:

“normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da **necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.**” (Grifamos)

Essas considerações preliminares permitirão compreender com maior facilidade as razões de direito que sustentam os pedidos desta ação civil pública, contidas nos argumentos que se seguem.

⁵ ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-4-2012, Plenário, DJE de 20-10-2014. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, visando à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB relativos à reserva de vagas para ingresso de estudantes com base em critério étnico-racial (negros e indígenas).

⁶ A relevância decorre, também, do pouco enfrentamento pelo Poder Judiciário das questões suscitadas quanto à aplicação da Lei nº 12.990/2014, já que passado apenas pouco mais de um ano de sua entrada em vigor. Ademais, inegável reconhecer que a causa discutida na ADPF 186 guarda estreita similitude com os propósitos da lei e os pontos que serão levantados nesta inicial, de modo que as razões jurídicas contidas no julgamento do Pretório Excelso devem ser aplicadas – *mutatis mutandi* – às questões ora discutidas. **A íntegra do julgamento da ADPF 186, bem como outros textos extraídos da internet e citados nesta inicial, encontram-se na mídia CD no envelope de folha 176.**

⁷ Doutrina citada no voto do Ministro Luiz Fux, na APDF 186: GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001

6.2. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

As cotas raciais, instrumento de política de ação afirmativa, buscam consolidar a igualdade material⁸ instituída pela Carta Magna de 1988.

Como é sabido, nossa última Constituição desvencilhou-se de uma abordagem puramente formal do princípio da igualdade (igualdade perante a lei). É nesse cenário que despontam as ações afirmativas como políticas idôneas para concretizar a igualdade material. Sem dúvida, *“a adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia”*⁹.

Acerca do conteúdo material assumido pelo princípio da igualdade com o advento da Carta de 88, o Ministro Luiz Fux¹⁰:

“A mera proclamação normativa da igualdade não tem qualquer valor sem a sua implementação fática. Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas inconsequentes, sendo imperiosa a sua efetividade social. A transformação da igualdade formal, de cunho liberal clássico, em uma igualdade material, partiu de uma necessidade ética.”

Logo se percebe, portanto, que a adoção de uma perspectiva material do princípio da igualdade tem intrínseca relação com o dever do Estado de assumir condutas positivas (afirmativas) para implementá-lo e garanti-lo. Guarda relação, ainda, com os objetivos fundamentais da República assumidos no artigo 3º do texto constitucional.

Sobre isso, apropriado resgatar as ponderações do Ministro Marco Aurélio¹¹:

“Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que **se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a**

⁸ O Ministro Joaquim Barbosa, em voto-vista apresentado no julgamento da ADI nº 3.330-DF, assim se manifestou acerca do acolhimento do princípio da igualdade pela Constituição de 1988: “É, com efeito, a ideia de igualdade material ou substantiva, como evolução necessária do conceito de igualdade meramente formal ou jurídica (de igualdade perante a lei) que prevalece em nosso ordenamento constitucional. A Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pelo princípio da igualdade material, ou substantiva, ou de oportunidades, abarcando a ideia de que é necessário extinguir ou pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, promover a justiça social.” (ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, DJE de 22-3-2013.)

⁹ ADPF 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 51.

¹⁰ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 109.

¹¹ ADPF 186. Voto do Ministro Marco Aurélio. Página 213.

discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. **É preciso viabilizar** – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – **as mesmas oportunidades**. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?” (Grifamos)

Isso posto, é certo inferir que a burla ao sistema de cotas no certame promovido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e pela ENAP constitui clara afronta ao Princípio da Igualdade Material, na medida em que conduz à ineficácia das ações afirmativas levadas a cabo pelo Poder Público por meio da Lei nº 12.990/2014.

E assim é porque o princípio em tela deve reger a interpretação e aplicação da referida lei. Há uma “*responsabilidade social e estatal de fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade dinâmica*”¹². Isso se confirma nos ensinamentos do Ministro Luis Roberto Barroso¹³:

“Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem **alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.**” (Grifamos)

Se em um dado momento o Estado almeja, em sua função legiferante, viabilizar as mesmas oportunidades a brancos e negros – no caso *in concreto* ao buscar “*aproximar a composição [racial] dos servidores da administração pública federal dos percentuais observados no conjunto da população brasileira*”¹⁴ –,

¹² ADPF 186. Voto da Ministra Carmen Lúcia. Página 139.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 238-239.

¹⁴ A Mensagem (EMI nº 000195/2013 MP SEPPIR) de encaminhamento do Projeto de Lei (PL 6738/2013), que deu origem a Lei 12.990/2014, assim fez constar:

“3. Essa realidade se replica, também, na composição racial dos servidores da administração pública federal. **Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do Poder Executivo federal.** A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção

no momento seguinte a omissão estatal consistente em permitir que pessoas brancas ocupem vagas reservadas aos negros relega a citada lei à inocuidade.

Em outras palavras, considerando que “*o princípio da igualdade implica a necessidade jurídica, não apenas de interpretação, mas também de produção normativa de equiparação de situações que não podem ser desequiparadas sem razão lógico-jurídica suficiente*”¹⁵, verifica-se que a situação ora impugnada pelo *parquet* e pela Defensoria Pública desconstituiu o esforço do legislador – ao editar a lei em comento – para equiparar situações distintas de grupos raciais no âmbito do serviço público federal.

Não há dúvida, portanto, que a nomeação de candidatos manifestadamente não negros para vagas reservadas aos negros **viola flagrantemente o princípio constitucional da igualdade material**, além de destoar das normas que a lei de cotas trouxe ao ordenamento jurídico pátrio.

6.3. DO DESCUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

O artigo 3º da Constituição da República elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

O julgamento da ADPF 186 deixou nítido que as ações afirmativas coadunam-se com esses objetivos fundamentais. É certo que essas ações são

isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra.

4. Para solucionar a problemática apontada, **entende-se ser necessária a adoção de política afirmativa que, nos próximos 10 anos, torne possível aproximar a composição dos servidores da administração pública federal dos percentuais observados no conjunto da população brasileira.** Pressupõe-se que diversas outras ações fomentadas pelo Estatuto da Igualdade Racial (algumas das quais já implantadas, como é o caso da reserva de vagas em Universidades) impactarão também no ingresso de negros pela ampla concorrência, constituindo a reserva de vagas proposta **um avanço significativo na efetivação da igualdade de oportunidades entre as raças, garantindo que os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a diversidade existente na população brasileira.**” (Grifos nossos)

¹⁵ ADPF 186. Voto do Ministro Cezar Peluso. Página 155.

“na verdade um mero desdobramento ou densificação do ‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88, no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa do Brasil”¹⁶.

Conforme se depreende do fragmento do voto do Ministro Marco Aurélio colacionado no tópico anterior, a mera violação do princípio da igualdade material já é o bastante para inferir que o Estado não estará cumprindo os objetivos fundamentais da República ao tolerar o desvirtuamento das cotas para negros no ingresso ao serviço público. Afinal, não estará o Estado agindo (afirmativamente) para fazer valer os objetivos do mencionado dispositivo.

Porém, é salutar esmiuçar de que modo a situação em debate representa descumprimento dos objetivos fundamentais estabelecidos pelo constituinte.

Cabe elucidar, preliminarmente, que a persecução de tais objetivos não incumbe exclusivamente ao Poder Público. É dever de todos, da sociedade, dos cidadãos. Isso ficou claro em diversas passagens¹⁷ do julgamento da ADPF 186, e merece destaque¹⁸:

“A terceira premissa é a existência de **um dever, que não é apenas ético, mas também jurídico, assim do Estado, como da sociedade toda**, perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da República, como está no artigo 3º da Constituição Federal, que se propõe, em primeiro lugar, a construir uma sociedade solidária; em segundo lugar, a erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e, em terceiro lugar, promover o bem de todos sem preconceito de raças. São objetivos textuais da Constituição.” (Grifamos)

Sendo assim, e dentro do contexto abordado nesta inicial, mostra-se incontestado que há duplo descumprimento aos objetivos fundamentais: pelo Estado e pelos candidatos não negros que concorrem às vagas pelo sistema de cotas.

A indevida ocupação de vaga reservada aos negros vai de encontro ao dever – estatal e social – de construção de uma sociedade solidária; de redução das desigualdades sociais; e de promoção do bem de todos sem preconceito de raças.

¹⁶ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 119.

¹⁷ A Ministra Carmen Lúcia, por exemplo, em trecho já citado no tópico anterior, reconhece a existência de uma “*responsabilidade social e estatal de fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade dinâmica, que muda para transformar a sociedade e está posta no artigo 3º da Constituição*” (ADPF 186. Voto da Ministra Carmen Lúcia. Página 139. Grifo nosso)

¹⁸ ADPF 186. Voto do Ministro Cezar Peluso. Página 156.

Quanto a esses deveres, é manifesto como a União os transgride ao resistir em atuar tempestivamente para preservar os fins almejados pela Lei nº 12.990/2014. A ação afirmativa instituída no plano normativo não pode se tornar sem efeito em virtude da má aplicação da lei. Pois, nesse caso, a União infringiria os objetivos elencados no artigo 3º, dispositivo constitucional que, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia¹⁹, “*não é apenas aviso, conselho, mas norma*”, e pressupõe um dever de o Estado “*atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental, como inscrito desde o preâmbulo da Constituição da República*”.

Mais que isso,

“O Estado deve estar sempre comprometido com a realização efetiva dos direitos fundamentais, com a redução das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos. **Urge, pois, que o Estado cumpra seu dever de agir nesse sentido**, criando os pressupostos fáticos e jurídicos que se fizerem necessários”²⁰ (Grifamos)

Implementar, por meio de lei, uma política de cotas raciais e não agir com o zelo necessário para efetivá-la denota grave afronta aos preceitos constitucionais, pois “[a] *tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social*”²¹.

Permitir, mediante conduta omissiva, que pessoa negra, real destinatária da política afirmativa, seja preterida na ocasião de nomeação e posse por pessoa não negra, representa a antítese de uma sociedade solidária e revela falta de comprometimento quanto aos fins de redução da desigualdade social e de promoção do bem de todos sem preconceitos de raça ou cor.

Destarte, a nomeação e posse de candidato que indevidamente concorre às cotas reservadas aos negros traduz-se na **evidente inobservância dos objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º do texto constitucional.

¹⁹ ADPF 186. Voto da Ministra Carmen Lúcia. Página 139.

²⁰ SOUSA, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material. - São Paulo: All Print Editora, 2008. p. 277.

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 38. ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 124.



6.4. DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO ÉTNICO-RACIAL À ORDEM CONSTITUCIONAL

Não há como não reconhecer os obstáculos que se impõem quando se pretende definir quem é negro no Brasil. Mas é preciso defrontá-los. Por mais penosa que seja a tarefa, dela não podem se desincumbir o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário. Independentemente das dificuldades encontradas, as instituições devem agir para manter incólumes os preceitos constitucionais e a ordem jurídica.

6.4.1 DA CONCEPÇÃO DE RAÇA

Cumprе esclarecer, de início, que o termo “*raça*” empregado nesta exordial restringe-se a uma concepção histórica e político-social, já que, cientificamente, brancos, pretos ou pardos são todos pertencentes a uma única espécie: a espécie humana. Sobre o tema, assim já assentou o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritebilitade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritebilitade. Inconsistência da premissa. **3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.**

[...]”

(HC 82424. Min. Rel. Moreira Alves. STF. Pleno. 17.9.2003. DJ: 19.03.2004) **Grifo nosso.**

“Cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um **conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação** ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.”
(ADPF 186. Voto Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 65) **Grifo nosso.**

Essa noção preliminar é importante para que seja possível entender, com base nos argumentos que se seguem, alguns limites que norteiam a escolha dos critérios e métodos a serem admitidos para a identificação racial no Brasil.

6.4.2 DA NECESSIDADE E LEGALIDADE DA HETEROCLASSIFICAÇÃO COMO MÉTODO COMPLEMENTAR

Feita essa primeira consideração, temos como passo seguinte buscar os meios idôneos e eficazes para estabelecer os critérios e métodos pelos quais podemos distinguir as pessoas negras e não negras, estritamente para os fins da Lei nº 12.990/2014.

Essa lei trouxe a seguinte disposição:

“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.”

Em uma análise ligeira, como a realizada pela Coordenadoria-Geral de Gestão de Pessoas do MPOG na Nota Técnica SEI nº 6579/2015-MP, poder-se-ia concluir que qualquer pessoa que se declare negra estará apta a ingressar no serviço público por meio das cotas, ignorados quaisquer outros aspectos.

Contudo, como será demonstrado, é preciso um exame mais minucioso sobre o tema, uma leitura mais congruente com os ditames constitucionais, sob pena de acarretar a completa ineficácia da lei, contrariar a Constituição da República em todos os pontos levantados nesta inicial e renegar os direitos coletivos da população negra.

Vejam os. Quanto às categorias de cor/raça, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Síntese de Indicadores 2013, assim dispõe sobre o “*quesito cor ou raça*” utilizado pelo IBGE²²:

“Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de origem japonesa, chinesa, coreana etc.), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia).”

Quanto aos métodos de identificação racial²³, há de se notar que o mencionado artigo 2º da Lei 12.990/2014 faz menção aos critérios adotados pelo IBGE, o que já permite inferir que o método da autoatribuição não é – e nem poderia ser – absoluto.

De início, cumpre afastar os métodos biológicos de identificação racial, já que, conforme ressaltado acima, a abordagem ontológica das “raças” não é apropriada, devendo prevalecer a análise histórica e político-social. Em outras palavras, “[a] sociedade não precisa saber quão negra [em termos de análise genética] é uma pessoa ou o são seus ancestrais, basta saber se, em seu contexto relacional, sua aparência a torna passível de ser enquadrada nessa categoria para considerá-la uma vítima potencial de discriminações, diretas ou estruturais”²⁴. Ademais, “não [há] correspondência entre as ‘raças’ que a genética pode oferecer e o que as sociedades entendem por raça”²⁵.

A Pesquisa das Características Étnico-raciais da População – PCERP²⁶ – de 2008, ano em que foi realizada pela última vez pesquisa semelhante do

²² Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>>. Acesso em: out. 2015.

²³ “Um método de identificação racial é um procedimento estabelecido para a decisão do enquadramento dos indivíduos em grupos definidos pelas categorias de uma classificação, sejam estas manifestas ou latentes. Existem basicamente três métodos de identificação racial, que podem ser aplicados com variantes. O primeiro é a auto-atribuição de pertença, no qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro. O segundo é a heteroatribuição de pertença, no qual outra pessoa define o grupo do sujeito. O terceiro método é a identificação de grandes grupos populacionais dos quais provieram os ascendentes próximos por meio de técnicas biológicas, como a análise do DNA.” (OSORIO, Rafael Guerreiro. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. Brasília, DF: IPEA, 2003. (Texto para discussão, n. 996). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf>. Acesso em: out. 2015. p. 8.

²⁴ OSORIO, Rafael Guerreiro. op. cit., p. 8.

²⁵ OSORIO, Rafael Guerreiro. op. cit., p. 11.

²⁶ Pesquisa das Características Étnico-raciais da População (PCERP) 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49891.pdf>> Acesso em: out. 2015. p. 29.

IBGE, incluiu “o quesito 3.00, no qual o entrevistador procede à classificação do entrevistado segundo a cor ou raça, o que se conhece como **heteroatribuição** da pessoa entrevistada, de forma aberta ou sem pré-codificação”, restando evidente que o IBGE não adota unicamente o critério da autoclassificação.

Ainda que a utilização de ambos os métodos possa resultar certas discrepâncias, é certo que, mesmo assim, não se pode eleger a autoidentificação como procedimento único. Nesse sentido, sabe-se que a própria pesquisa citada leva em consideração tal assimetria²⁷:

“A existência de assimetria entre quem é classificado e quem classifica propicia o surgimento de dissensos no processo de reconhecimento da identidade étnico-racial. A PCERP 2008 parece demonstrar preocupação com esta questão, ao trabalhar com diferentes procedimentos de classificação – autoclassificação (aberta e fechada) e heteroclassificação – e explicitar seus resultados.

As reflexões de estudiosos como Bastos e outros (2008), Rocha e Rosemberg (2007), Osorio (2004), Teixeira (2003) e Silva (1994) interessam-nos, em particular, ao fornecerem parâmetros para analisarmos tanto os resultados quanto os métodos de classificação presentes nessa pesquisa. Desse modo, ao perscrutarmos tal literatura, podemos sugerir que são as relações entre a autoclassificação aberta e a fechada, bem como entre a auto e a heteroclassificação, que possibilitam um quadro profícuo para ponderarmos sobre a construção das identidades étnico-raciais no País. E, mais, apontar que é a mobilização simultânea e explícita de tais procedimentos que garante importantes subsídios para conhecermos as convergências, ambiguidades e hesitações que acompanham o complexo processo de definição identitária.”

Assim, percebe-se que a classificação realizada pelo IBGE, que não é adstrita à autodeclaração, abarca uma série de procedimentos visando a aperfeiçoar o complexo trabalho de identificação étnico-racial.

Não se pretende aqui desqualificar a autoidentificação, mas apenas trazer à reflexão sobre a necessidade de integração desse método à heteroclassificação, buscando maior fidedignidade de um sistema de classificação. Em outras palavras²⁸:

“Assim, ser branca, ser morena, ser parda, ser negra, ser preta, ser amarela, ser indígena – para citarmos apenas as sete categorias

²⁷ FONSECA; Dagoberto José; NASCIMENTO, Alessandra Santos. Classificações e identidades: mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça. In: PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia (Org.). **Características Étnico-raciais da População – Classificações e Identidades**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 52. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>> Acesso em: out. 2015.

²⁸ *Ibid.*, p. 63.

mais frequentes na pesquisa – representa sentir-se, ver-se, posicionar-se como tal. Embora este apontamento possa parecer simples, **o processo de definir-se é bastante complexo, pois envolve também a heteroclassificação. Desse modo, ‘considerar-se como tal’ requer e ao mesmo tempo impõe ‘ser considerado como tal’**” (Grifo nosso).

Logo, conclui-se que “[n]ada impede que mais de um método de identificação seja empregado para definir o pertencimento”, especialmente quando considerado o fato de que **“o advento das políticas públicas introduziu um novo uso para a classificação de cor ou raça do IBGE – o de selecionar beneficiários – o que trouxe questionamentos sobre a autoatribuição dar margem a fraudes”**²⁹.

Isto é, o método de autoatribuição perante pesquisas censitárias pressupõe declarações desinteressadas e em contextos livres de diversas tensões sociais. Por outro lado, não se pode afirmar o mesmo quando esse método é utilizado de forma isolada em um cenário de concessão de benefícios ou vantagens³⁰.

A literatura hodierna acerca da questão racial no Brasil adota a coexistência dos critérios de autoclassificação e heteroclassificação³¹, ideia também encampada pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar a questão dos distintos métodos de identificação, assim concluiu³²:

“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.”

²⁹ OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 24.

³⁰ “O sistema de classificação do IBGE provou ser muito eficiente, mas sua aplicação em contextos nos quais o enquadramento em determinadas categorias possa alavancar vantagens pessoais deve ser feita de forma refletida”. (OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 35)

³¹ Nesse sentido: “[...] é imprescindível reconhecer que a relação entre hetero e autoclassificação é que fornece um quadro profícuo para analisar a construção das identidades no país. **Isto aponta para a necessidade de adotar este tipo de procedimento (relação entre hetero e autoclassificação) para o recenseamento nacional e as PNAD’s. A adoção simultânea e explícita de ambos os métodos de identificação permitiria a emergência de um conjunto de referências sobre as ambigüidades, contradições e hesitações que acompanham esta definição relacional, ao ser captada pelo censo. Asseguraria, também, um caminho para dialogar com o imaginário social brasileiro, compreendendo melhor a plasticidade que envolve o processo de classificação**”. (NASCIMENTO, Alessandra Santos. A construção da nação arco-íris: problematizando o quesito raça/cor (1936-1960). 2005. 235 p. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” - Unesp, Araraquara, 2005. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bar/33004030017P7/2005/nascimento_as_me_ara_fcl.pdf>. Acesso em: out. 2015. p. 68). Grifamos.

³² ADPF 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 84.

Aliás, a própria lei em comento admite a possibilidade de critérios adicionais, já que prevê no parágrafo único do artigo 2º:

“Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Ora, a lei determina que *“poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público”* (art. 2º, *caput*). É lógico deduzir que a mera declaração não ensejará nomeação e posse incondicionais.

Isso se reforça com a previsão do parágrafo único supratranscrito, já que, ao prever hipótese de eliminação do candidato por falsidade na declaração, impossível não se constatar que o legislador admitiu o emprego de outros métodos e critérios além da autodeclaração para aferir a veracidade da informação.

O contrário – isto é, considerar que a lei instituiu a autodeclaração como método único e absoluto – resultaria em um sistema de cotas desprovido de qualquer mecanismo contra fraudes. Assim, o parágrafo único citado seria letra morta e, dada a consequente ineficácia do diploma legal em questão, seu destino certamente seria a inconstitucionalidade.

Mais que isso, a autodeclaração como método isolado seria expressão do racismo institucionalizado, pois representaria a inviabilidade da política de ação afirmativa introduzida pela lei ordinária em razão do potencial desvirtuamento quanto aos beneficiários das cotas. Seria o Estado agindo contra sua própria política de elevação de um grupo marginalizado.

Desse modo, o legislador abriu caminho para que haja, por meio de procedimentos intrínsecos à heteroclassificação, o controle e a fiscalização necessários à preservação dos fins perseguidos pela lei. Nesse sentido também é a conclusão do Ministro Luiz Fux³³ ao examinar as providências adotadas pela Universidade de Brasília para evitar fraudes em seu sistema de cotas:

“Aliás, devo ressaltar que compreendo como louvável a iniciativa da Universidade de Brasília ao **zelar pela supervisão e fiscalização das declarações dos candidatos postulantes a vagas reservadas. A medida é indispensável para que as políticas de**

³³ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Páginas 119/120.

ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. De qualquer modo, a atuação das universidades públicas no controle a verossimilhança das declarações não dispensa o acompanhamento da questão pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela defesa da ordem jurídica (CRFB, art. 127, caput).” Grifo nosso.

Especificamente quanto à aplicação da Lei nº 12.990/2014, já há acórdão recente³⁴ no sentido de que *“a autodeclaração não é, em toda e qualquer hipótese, bastante para provar a identidade racial para fins de acesso às cotas raciais, nem absolutamente insuscetível de questionamento pela Administração”*.

Portanto, a adoção do método da heteroclassificação como complemento da autodeclaração, para verificação de fraudes, atende ao que dispõe a norma infraconstitucional, está em consonância com os procedimentos em uso no âmbito do IBGE – entidade com a *expertise* exigida para o assunto – e ostenta harmonia com a ordem constitucional vigente.

6.4.3. DA ANÁLISE FENOTÍPICA COMO CRITÉRIO DETERMINANTE

É mister, agora, explicitar quais critérios devem ser levados em conta a fim de demonstrar, para os efeitos da Lei nº 12.990/2014, que os candidatos que figuram no polo passivo da presente demanda concorrem indevidamente às cotas reservadas aos negros. Isto é, pretende-se trazer a lume os meios mais adequados e razoáveis de identificação racial que atendam aos ditames constitucionais, examinados sob o prisma estritamente jurídico-legal.

Cabe afastar, sem hesitação, a possibilidade de identificação por meio de exames de genética. Além das razões já aduzidas acerca da inadequação da separação – do ponto de vista científico – dos seres humanos em raças, é certo que *“a discriminação e o preconceito existente na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano”*, mas sim *“em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais”*, como bem destacou o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux em seu voto no

³⁴ TRF4, AG 5036049-78.2015.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 10/11/2015.

juízo da ADPF 186³⁵, que aliás é vasto em argumentos que permitem elucidar a questão.

Ainda que se comprove, mediante exame de DNA, algum resquício de afrodescendência em um indivíduo de pele clara que ocupe uma vaga reservada aos negros, tal fato configura ruptura entre a ação afirmativa positivada e os fins a que se destina – “*promoção social daqueles indivíduos que por trazerem as marcas de um grupo estigmatizado têm o livre desenvolvimento de sua personalidade coarctado em alguma medida*”³⁶.

Igualmente descabido é o critério da ancestralidade. No Brasil, o preconceito racial não se baseia na ascendência genética. Em regra, não se discrimina determinada pessoa em razão de ter pai, mãe ou avós negros.

Ou seja, a discriminação, no Brasil, distingue-se daquela que se verifica nos Estados Unidos, onde uma *gota de sangue* pode determinar a identidade racial de alguém, de modo que, nesse caso, a origem é fator de muita relevância no que tange ao preconceito racial existente naquela sociedade. Sobre isso, é de valiosa contribuição o seguinte excerto do voto da Ministra Rosa Weber³⁷:

“Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, **deve-se considerar que a discriminação, no Brasil, é visual**. Expressivo, a propósito, na obra *Um enigma chamado Brasil – 29 intérpretes de um país*, artigo de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante, sob o título “*Estigma e Relações Raciais na obra pioneira de Oracy Nogueira – paulista de Cunha, falecido em 1996, filho de professores brancos e católicos e com doutorado na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Fez, Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos, ainda ontem lembrados da tribuna, de preconceito de origem e preconceito de marca. Segundo o seu magistério, enquanto nos Estados Unidos prevalece o preconceito de origem, que elege como critério de discriminação a ascendência, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômico.*” Grifo nosso.

³⁵ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 119.

³⁶ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 175/176.

³⁷ ADPF 186. Voto da Ministra Rosa Weber Página 129.

Sabe-se que no preconceito racial de marca, de presença indubitável no Brasil, “*a origem não importa, apenas quantos traços ou marcas do ‘fenótipo’ do grupo discriminado são portados pela vítima potencial*”³⁸.

Ademais, a utilização do critério da ancestralidade não exclui a análise do fenótipo, já que, ainda assim, há a necessidade de aferição da veracidade da autodeclaração firmada nesses termos. Nessa hipótese teríamos, portanto, um mero deslocamento da análise fenotípica de uma geração para outra, isto é, seria transferir de determinada pessoa para seus ascendentes a avaliação dos traços fisionômicos e da cor da pele.

Isso porque as **características físicas aparentes** do indivíduo é que são o critério razoável que permitem verificar se os candidatos estão indevidamente concorrendo às vagas reservadas aos negros. Isto é, a análise dos traços fisionômicos, dos fenótipos do candidato, é meio constitucionalmente adequado para distinguir negros e não negros.

Isso é corroborado pela literatura acerca do tema e pela posição assumida pelos Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento da ADPF 186, como será demonstrado.

A razão essencial que justifica a adoção desse critério – aparência física e análise fenotípica – reside no fato de serem justamente as características físicas próprias do indivíduo negro a força motriz do preconceito racial no seio da sociedade brasileira. Ora, a pessoa negra sofre discriminação diuturna simplesmente por se fazer presente em determinado meio social, por revelar suas feições, expor seus traços, não interessando qualquer aferição genealógica.

É certo que “*quanto mais destacados, acentuados e proeminentes os traços de natureza negróide, maior a carga de estigma*”³⁹. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, “*são esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil*”, que assim complementa⁴⁰:

“Nesse cenário, o critério adotado pela UnB [*critério do fenótipo*] busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.”

³⁸ OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 21.

³⁹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 200.

⁴⁰ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 119.

O Ministro Cezar Peluso, ao refutar alegação trazida pelo arguente de que a sociedade brasileira não distingue por identificação étnica, ressalta ser a discriminação negativa “*em qualquer parte do mundo, como fenômeno humano, ligada sobretudo às diferenças físicas, às diferenças ditas fenotípicas*”⁴¹.

Entre as características físicas da pessoa negra, sabe-se que, sem dúvida, **o critério proeminente é a cor da pele**. Essa característica é que primeiro se observa no negro quando é alvo de discriminação racial. Os traços, contornos, cabelos e olhos são analisados *a posteriori*, mormente quando a cor da pele suscita dúvida quanto à identificação racial do indivíduo.

Em outro julgamento da Suprema Corte, posterior ao julgamento da ADPF 186, o Ministro Ayres Britto, ao analisar as diferentes formas de discriminação sofridas por pobres e negros, teceu as seguintes considerações:

“Enquanto o pobre é discriminado por algo externo a ele mesmo, à sua anatomia - que seria a falta de anel no dedo; de canudo de doutor debaixo do braço; ou um automóvel último tipo; ou uma casa residencial suntuosa, luxuosa; ou uma conta bancária polpuda; roupas; nível de vida -, **o negro é discriminado por algo interior a ele: a cor da pele**. Isso é completamente diferente, é como se padecesse de um déficit congênito, inato, de hipossuficiência ou de indignidade.

[...]

Aí a Constituição avançou para dizer que o racismo era crime, já no artigo 5º, XLII, para dizer ‘a prática do racismo constitui crime’ - e foi além - ‘crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;’. Ou seja, reconhecimento da renitência do racismo como traço cultural brasileiro, porque presente ali naquelas relações de base. Quais são as relações de base caracterizadoras do caráter de um povo, da alma coletiva? As relações de base são aquelas que se passam nos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, igreja, família, empresa, condomínio, partido, sindicato, repartição pública; e, por extensão, os espaços físicos de aglomeração humana: shoppings, por exemplo, rodoviárias, aeroportos, cinemas.

E o fato é que, no âmbito dessas relações institucionalizadas da convivência humana, a cor da pele é um elemento de desigualdade, de desigualação por baixo.”

(RE 597.285, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 09-05-2012, Plenário, DJE de 18-03-2014) Grifamos.

Os atos discriminatórios engendrados na sociedade têm motivação na cor da pele, e não se pode olvidar que isso decorre de razões históricas. Deve-se notar que no primeiro Censo oficial brasileiro, em 1872, somente as categorias

⁴¹ ADPF 186. Voto do Ministro Cezar Peluso. Página 161.

preta e parda eram atribuídas aos escravos⁴². Com o fim da escravatura, escravos “foram elevados a homens e mulheres livres e iguais, sem qualquer perspectiva democrática e cidadã numa sociedade marcadamente injusta, patriarcal e patrimonialista”⁴³.

Nesse sentido, são enfáticas as ponderações externadas pelo Ministro Luiz Fux, para quem⁴⁴

“[...] **no Brasil, a pobreza tem cor**. Por todo lado abundam dados que evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira.

[...] As estatísticas de hoje são produto de ações pretéritas. Revelam com objetividade as **cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra no Brasil**. Nesse período da história nacional, **a cor da pele dizia, sem qualquer pudor, o lugar do indivíduo na sociedade. A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas**, em que a abolição da escravatura apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças.”

Sabe-se que o preconceito racial ocorre nas relações interpessoais de forma direta. O indivíduo que discrimina é movido por uma análise *visual* e espontânea em que as informações acerca dos antepassados ou da genética da vítima não são levadas em consideração, salvo para agravar a discriminação previamente posta em razão da **cor da pele**.

Essa **argumentação ultrapassa o raciocínio jurídico abstrato, pois tem embasamento empírico que se verifica a partir de dados estatísticos: no Brasil, 55% das pessoas definem raça por meio da cor da pele**, enquanto apenas 13% definem em razão da origem familiar e 15,4% com base em traços físicos, segundo a

⁴² “Nessa grande variedade de termos, três se destacavam de forma inequívoca como os mais usados: preto, pardo e branco. Assim, no primeiro Censo oficial brasileiro, realizado em 1872 esses vocábulos raciais de grande fluência social foram os designadores das categorias da classificação racial. Ressalva-se que tal escolha foi muito apropriada, pois em um levantamento dessa natureza é importante que os termos empregados tenham uso corrente e o mais disseminado possível para proporcionar maior uniformidade e confiabilidade aos dados obtidos. Além dessas três categorias, no Censo de 1872, havia a categoria “caboclo”, que definia o grupo dos indígenas. **As categorias preta e parda eram as únicas aplicáveis à parcela escrava da população, embora pudessem também enquadrar pessoas livres, assim nascidas ou alforriadas**. O Censo de 1872, portanto, simplesmente lançou mão das categorias que a sociedade brasileira utilizava corriqueiramente como forma de classificação e hierarquização racial de seus membros”. (OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 18). Grifo nosso.

⁴³ RODRIGUES, Eder Bonfim. Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito. - Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 147.

⁴⁴ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Páginas 105/106.

Pesquisa PCERP de 2008⁴⁵. E mais: conforme mostra a mesma pesquisa, 63,7% da população acredita que a cor/raça tem influência na vida das pessoas.

Posto isso, resta evidente que a cor “*é a marca mais importante considerada nas situações concretas para a definição dessa pertença [racial]*”⁴⁶.

A Ministra Cármen Lúcia⁴⁷ sintetiza com primor as explanações aqui colocadas:

“[...] desde muito cedo descobre-se, melancolicamente, que a igualdade pode ter a espessura da pele, e isso pode representar desvalor na vida, como se o critério da quantidade de melanina pudesse ser o dedal no qual se goteja a dignidade humana em pequenas doses para vencer o mar do preconceito”

6.4.4. DA NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DAS CONTROVÉRSIAS RELATIVAS AO CRITÉRIO DA COR DA PELE

Firmada posição acerca da cor da pele como critério principal na identificação racial, é preciso percorrer certas discussões que sempre se colocam diante do tema ora abordado, a fim de que fique bem sedimentada a posição ora adotada.

As instituições autoras reconhecem o imbróglio relativo à adoção do critério fenotípico – mormente a cor da pele – para determinação racial, inclusive na jurisprudência pátria. Contudo, para diversas polêmicas levantadas já é possível oferecer algumas respostas com base na inclinação do Supremo Tribunal Federal a partir da decisão na ADPF 186, bem como na literatura recente sobre o tema. Assim, alguns pontos merecem ser tratados nesta inicial, dada a pertinência com o objeto da presente ação civil pública.

Primeiro, há que se reconhecer certa dificuldade em encontrar ou estabelecer um ponto limítrofe que separe brancos e pardos. Rafael Osório explica que “[a] fonte de toda a ambiguidade está no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco”⁴⁸.

Em tese, a elevada miscigenação verificada na população brasileira não permitiria distinguir o grupo que discrimina e o grupo que é discriminado.

⁴⁵ Ainda: 8,5% em razão da origem socio-econômica ou de classe social, 7,2% por meio da Cultura/tradição, 0,6% por opção política/ideológica e 0,3% por outras razões. (Pesquisa das Características Étnico-raciais da População (PCERP) 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49891.pdf>> Acesso em: out. 2015. p. 45)

⁴⁶ OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 23.

⁴⁷ ADPF 186. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Página 137.

⁴⁸ OSORIO, Rafael Gueirro. op. cit., p. 29.

Desde o movimento modernista já se propagava a ideia de que a população no Brasil não era propriamente branca, indígena ou negra, mas sim composta de mestiços⁴⁹.

Sabe-se, contudo, que essa visão “*acabou convertendo-se em elemento de mistificação, em substrato ideológico que aponta para um grau de tolerância, respeito e oportunidades que não correspondem à ‘sociedade real’*”⁵⁰. Chega-se aqui ao mito da democracia racial brasileira.

A falsa ideia da democracia racial, cujo marco é a obra *Casa Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, valeu-se da miscigenação entre brancos, negros e índios e de uma irreal “*convivência pacífica e poética*” entre as raças para manter o quadro de desigualdade racial no país e conservar intocáveis os privilégios da elite branca, conforme explica o autor Eder Bonfim, que acrescenta⁵¹:

“Ainda hoje, em pleno o século XXI, este discurso persiste e impede a aceitação social de políticas públicas de inclusão democrática dos negros, como as ações afirmativas.

[...]

[*O mito da democracia racial*] obscurece as enormes disparidades entre ser branco e ser negro naturalizando as diferenças sociais e negando o racismo no país, **além de impedir a contestação ao status quo de desigualdade e de perseguição e a realização de políticas públicas e privadas de combate ao racismo e de todas as formas de desigualação injustas no país.**

[...]

A democracia racial foi e é ainda, sem dúvida, um meio muito utilizado para se dissimular as desigualdades raciais e para se apresentar as relações entre brancos e negros como cordiais. Com este artifício nega-se o racismo e a discriminação racial existentes no Brasil, uma vez que não há a devida consideração destes graves problemas nacionais que há muito afligem a sociedade brasileira. E, mesmo com o recente reconhecimento do racismo pelo país, o que aconteceu através da Conferência de Durban, **o mito ainda impera como um elemento impeditivo à realização das ações afirmativas na educação e à identificação de quem é negro no Brasil.**”

Hoje, contudo, pode-se afirmar, com segurança, que o “caldeirão étnico” enaltecido por Freyre não deve servir à sabotagem das políticas públicas voltadas a equiparação dos negros. O mito da democracia racial – e todo o ideário contrário⁵² às políticas de discriminação positiva que dele decorre – deve ser

⁴⁹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 88.

⁵⁰ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 90.

⁵¹ RODRIGUES, Eder Bonfim. op. cit., p. 151, 172 e 228. Grifos nossos.

⁵² Algumas das falsas ideias difundidas pelo mito da democracia racial: “1º) a ideia de que ‘o negro não tem problemas no Brasil’; 2º) a ideia de que, pela própria índole do Povo brasileiro, ‘não existem distinções raciais entre nós’; 3º) a ideia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão

definitivamente superado. Não se pode admitir que o caráter miscigenado do povo brasileiro constitua óbice à concretização das políticas estatais de afirmação da população negra.

Como é possível conceber que o negro sempre tenha sido preterido em razão de sua cor – fato notório – e que as pesquisas sempre tenham retratado com fidedignidade a desigualdade racial que se manifesta na sociedade e, de repente, não se pode mais definir quem é pardo?

“Coincidência ou não este problema acontece no exato momento em que ser negro, pela primeira vez, parece ser uma coisa boa, diante das possibilidades inclusivas e participativas que estão sendo desenhadas com as ações afirmativas.

A dúvida sobre quem é negro no Brasil só surge para criar obstáculos na realização da igualdade e, conseqüentemente, para se proclamar a falsa ideia de democracia racial”⁵³

Quando se trata de excluir e marginalizar os negros, distingui-los dos brancos é algo que se procede naturalmente. Quando se pretende atribuir direitos aos historicamente estigmatizados, reparar injustiças, pondera-se, hesita-se, impõem-se obstáculos.

Ainda que possa haver falhas nos métodos de identificação racial e na avaliação do critério da cor da pele, esses “*desacertos não podem ser utilizados como argumento definitivo para impedir que as minorias sejam incluídas e que as ações afirmativas sejam implementadas no Brasil*”⁵⁴.

Assim, as alegadas dificuldades de identificação racial por meio da análise – heteroclassificação – do critério *cor da pele* não podem ensejar o desvirtuamento da Lei nº 12.990/2014. Sobre isso, cabe transcrever as lúcidas ponderações do Ministro Marco Aurélio⁵⁵:

“Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. **A toda evidência, na aplicação do**

urbana e industrial da cidade de São Paulo; 4º) a ideia de que o ‘preto está satisfeito’ com sua condição social e estilo de vida em São Paulo; 5º) a ideia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao ‘negro’, excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania – o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na ‘população de cor’, seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas” (FERNANDES, 1965, p. 199 apud RODRIGUES, 2010, p. 173).

⁵³ RODRIGUES, Eder Bonfim. op. cit., p. 184.

⁵⁴ RODRIGUES, Eder Bonfim. op. cit., p. 197.

⁵⁵ ADPF 186. Voto do Ministro Marco Aurélio. Páginas 217/218. Grifamos.

sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos.”

Posto isso, conclui-se, com certa facilidade, que o Ministério Público, não obstante os desafios que se impõem, deve exercer seu papel em defesa da ordem jurídica e dos direitos coletivos da minoria negra ora ameaçados⁵⁶.

A população negra, que sofre há cerca de meio milênio toda a sorte de discriminação, não poderia agora, quando finalmente o Estado inicia políticas de reparação, ver o Ministério Público e a Defensoria Pública se eximirem do encargo de garantir a correta aplicação das cotas raciais.

Mormente em casos teratológicos e excepcionais, tal qual o presente, tais instituições deverão sempre submeter à apreciação do Poder Judiciário situações que representem flagrante subversão dos fins colimados pela lei ordinária em tela. Incumbirá aos órgãos da justiça, portanto, conforme se demonstrará no tópico seguinte, o papel de coibir e corrigir abusos que constituam flagrante ofensa à lei de cotas e aos ditames constitucionais.

6.5. DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Convém trazer a lume algumas considerações atinentes à necessidade de atuação do Poder Judiciário para efetivação dos direitos coletivos de que trata esta inicial. As ponderações justificam-se para superação de teses segundo as quais o Judiciário atuaria de forma arbitrária ao decidir questões de identificação étnico-raciais para atribuir direitos.

⁵⁶ Não se pode olvidar do excerto do voto do Ministro Luiz Fux já colacionado: “[...] *De qualquer modo, a atuação das universidades públicas no controle a verossimilhança das declarações não dispensa o acompanhamento da questão pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela defesa da ordem jurídica (CRFB, art. 127, caput)*” (ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Páginas 119/120).

Essas ideias não merecem prosperar.

A inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, é apenas um argumento elementar que deve ser lembrado logo de início, não sendo necessário maior divagação.

A intervenção judicial, no presente caso, é cabível por diversos aspectos, que vão além da necessidade de restaurar a ordem jurídica e resguardar os direitos dos verdadeiros destinatários da Lei nº 12.990/2014.

Primeiro, há de se destacar que a atividade jurisdicional do Estado tem intrínseca relação com os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CRFB, que ora se pretende proteger⁵⁷. Assim, reforça-se a ideia de que o Poder Judiciário tem o dever de prestar a tutela jurisdicional capaz de concretizar os fins perseguidos pela indigitada lei, à luz dos preceitos constitucionais.

É dizer, portanto, que “os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para ***todos os poderes públicos***, ou seja, conformam a legislação, ***a prática judicial*** e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los”⁵⁸.

Ademais, é preciso ter em conta que a Administração Pública, no caso em apreço – considerando que se omitiu no momento da elaboração do Edital, ao não prever mecanismos de verificação da veracidade da autodeclaração dos candidatos –, teria sérias dificuldades em proceder, de forma efetiva, à fiscalização *a posteriori* das declarações, especialmente devido ao caráter não definitivo dos atos administrativos. Nesse cenário, urge buscar na função jurisdicional a pacificação social⁵⁹ que a circunstância clama.

⁵⁷ “Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, em erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias. Assim, a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve trazer, já que deve estar de acordo com os fins do Estado, as normas constitucionais que revelam a preocupação básica do Estado” (MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. - São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001. p32).

⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. In: BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos Sociais. - Curitiba: Juruá, 2007. p. 261. Grifamos.

⁵⁹ Nesse sentido, sabe-se que “só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade” e que essa pacificação “se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. - São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 131 e 25).

Não se pode negar, ainda, que a presente ação civil pública surtirá efeito preventivo e pedagógico. Afinal, além da pacificação com justiça, também são escopos sociais da jurisdição a educação e a difusão de uma consciência social voltada ao respeito aos direitos do próximo⁶⁰. Não há dúvida de que a justiça feita no presente caso repercutirá de forma positiva em toda sociedade, sobretudo à luz da mobilização gerada em torno da questão⁶¹, e desencorajará outras pessoas que hoje sentem-se inclinadas a ingressar no serviço público de forma fraudulenta.

Ademais, não há como descurar que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é a principal pasta de articulação de concursos e provimentos realizados pela Administração Pública Federal, e eventual avanço da política em concursos conduzidos por esse Órgão certamente terão repercussão em editais futuramente publicados por outros Ministérios.

Cabe acrescentar que o Poder Judiciário deve protagonizar a busca pela efetivação de quaisquer ações afirmativas promovidas pelo Estado, incluindo-se, aqui, a política de cotas em questão, e, assim, salvaguardar direitos fundamentais que se apresentem sob ameaça. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, em sede doutrinária⁶²:

“Por outro lado, as ações afirmativas constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna ideia do Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica, participam todos os órgãos estatais essenciais. **Aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais**, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.”

Com efeito, é disso que se trata: tutela jurisdicional para proteção de direitos fundamentais. As ações afirmativas têm “*inequívoca natureza jurídica de direito fundamental*”, já que são “*mero desdobramento ou densificação do*

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 11 e 159.

⁶¹ Vide matéria “Movimento negro fará protesto em todo país contra suspeitos de fraudar cotas em concurso”, divulgada pelo Correio Braziliense em sua página na internet (<http://blogs.correiobraziliense.com.br/papodeconcurseiro/movimento-negro-fara-protesto-em-todo-pais-contra-suspeitos-de-fraudar-cotas-em-concurso/>)

⁶² GOMES, Joaquim Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: BROCANELLI, Noelma (Coord). *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002. p.129. Grifamos.

‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88”. Essa é a lição de José Carlos Evangelista⁶³, que alerta:

“Os juristas não podem descuidar-se dos alertas da sociologia e da ciência política – como, aliás, já observava no século passado Ferdinand Lassale, ao referir-se aos famosos ‘fatores reais de poder’. A efetivação de direitos reconhecidos no corpo de uma Carta Constitucional é uma tarefa penosa, sempre sujeita a ação cambiante das ‘correlações de forças’”.

Não há embasamento que sustente a ideia de uma atuação arbitrária do Judiciário. Sabe-se que a Carta Magna de 1988 – Constituição dirigente que é – dispõe de um arcabouço de princípios ligados à justiça social que “*fornece ao judiciário os parâmetros normativos necessários para o controle e a ratificação de tais iniciativas – políticas públicas [de conteúdo afirmativo ou discriminação positiva] e legislação regulamentadora*”⁶⁴. “[A] alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades”, nas palavras do Ministro Marco Aurélio⁶⁵, “*não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas*”.

Refuta-se, ainda, as infundadas teses de que o Poder Judiciário transfigurar-se-ia, ao atuar na fiscalização e controle das cotas raciais, em espécie de “*Tribunal Racial*”. Se o Supremo Tribunal Federal rejeitou esse rótulo até mesmo com relação à comissão administrativa instaurada pela Universidade de Brasília, é de se inferir que esse papel não incumbirá aos órgãos responsáveis pela atividade jurisdicional do Estado. *In verbis*⁶⁶:

“Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um “Tribunal Racial”. O tom pejorativo e ofensivo empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pela UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. **Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários**, e não indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior.”

⁶³ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 119 e 105.

⁶⁴ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 28.

⁶⁵ O Ministro Marco Aurélio analisa suposta arbitrariedade por parte da Comissão de Avaliação instituída no CESPE para fiscalizar a autodeclaração dos vestibulandos (ADPF 186. Voto do Ministro Marco Aurélio. Páginas 217), mas constitui argumentação perfeitamente oponível às críticas de que o Poder Judiciário não disporia de critérios ou condições para exercer o controle do sistema de cotas.

⁶⁶ ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 119.

Outras ações afirmativas, como, *exempli gratia*, aquelas instituídas em favor das pessoas com deficiência ou dos hipossuficientes, estão sempre sujeitas ao crivo do Judiciário, de modo que são objeto recorrente de demandas judiciais. Verifica-se, portanto, que a atuação judicial – preventiva ou repressiva – é condição *sine qua non* para a integridade de qualquer política de atribuição de vantagens e direitos.

Destarte, em um momento no qual a lei tem a legitimidade e eficácia contestadas em razão das potenciais fraudes às cotas, afigura-se imprescindível que os órgãos jurisdicionais marquem posição em defesa da ordem jurídica.

Somente decisões firmes do Judiciário poderão incutir na sociedade a certeza de que o Estado de fato despertou para a necessidade impostergável de efetivar a igualdade substancial entre negros e não negros. E isso só será perceptível quando o Poder Público demonstrar que não apenas implementa ações afirmativas – nas atividades típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo –, mas zela pela sua concretude – com a indispensável intervenção, se necessário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário.

6.6. DOS DEMAIS MALEFÍCIOS DECORRENTES DA OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E DA ENAP

A desídia do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da ENAP, consistente na postergação das providências hábeis a impedir o preenchimento das vagas reservadas aos negros pelos candidatos não negros para momento posterior e incerto, além de violar o princípio da igualdade material e descumprir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, acarreta consequências perniciosas que merecem ser ressaltadas.

Um dos benefícios que se reconhece com as ações afirmativas é possibilitar elevação da autoestima e autoconfiança dos negros que passam a ver um semelhante galgando posições melhores em seu meio social. Assim, a pessoa negra que ingressa no serviço público por meio das cotas, em cargo tão almejado, desperta nos jovens negros o sentimento de que é possível superar a discriminação racial e conquistar vida mais digna.

Esse *efeito multiplicador* é abordado pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁶⁷:

“Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.

Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social.

[...]

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.”

José Cláudio Monteiro também identifica tal fenômeno. Sua análise refere-se às ações afirmativas no ensino superior, mas o resultado, sem dúvida, é aplicável às cotas no serviço público. “[A] *elevação do grau de instrução dos integrantes dos grupos vulneráveis*”, leciona o autor, “*tem ainda efeito multiplicador, pois reverte em favor da comunidade onde estes integrantes estão inseridos*”⁶⁸.

Ora, permitir que candidato não negro ocupe vaga reservada aos negros significa **esvaziar o efeito multiplicador** inerente à Lei nº 12.990/2014, pois, obviamente, o jovem ou criança negra jamais se identificará com o candidato cuja *cor da pele* não seja a sua, ainda que este se declare negro.

É de se intuir justamente o contrário: ver um indivíduo não negro utilizando-se das cotas para lograr aprovação em concurso público só causará aos negros sentimentos de impotência e descrédito. Esse desvirtuamento só avultará aquilo que o Ministro Ricardo Lewandowski chamou de “*componente multiplicador às*

⁶⁷ ADFP 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 71/72 e 74. Grifamos.

⁶⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: Ltr, 2012. p. 74.

avessas”⁶⁹ e que representa, em síntese, ceifar as – já diminutas – perspectivas dos jovens negros.

A desídia, que ora se impugna, frustra a reparação histórica pretendida pela política estatal justamente em um momento em que os negros vislumbram, após séculos de discriminação, o mínimo reconhecimento pelo Poder Público das igualdades raciais e da necessidade de combatê-las.

E sabe-se que essa reparação não é mero favor concedido à população negra. Não se trata de estabelecer benesses desarrazoadas. A ordem constitucional vigente impõe um dever ao Estado (e a todos) de concretizar os objetivos fundamentais assumidos. As cotas raciais previstas na lei em debate, como espécie de ação afirmativa, vão além do mero assistencialismo, pois buscam propiciar aos negros efetiva igualdade⁷⁰. “*Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário*”⁷¹.

Sendo assim, é forçoso concluir que a burla às cotas raciais representa perpetuação dos efeitos decorrentes da discriminação e preconceito raciais que se arrastam em nossa história. Nesse sentido, merecem realce as palavras do Ministro Luiz Fux⁷²:

“São conhecidas as objeções ao critério de justiça compensatória. Alegam os críticos das ações afirmativas que os indivíduos de hoje não podem pagar pelos erros cometidos no passado e que a reparação deve se limitar ao dano causado, este incalculável. Os argumentos são essencialmente individualistas e pecam por desconsiderar a normatividade que exsurge do art. 3º, I, da Carta Magna, que impõe a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. **De fato, todos nós temos a responsabilidade de reparar os danos causados pelos equívocos de nossos antepassados, sob pena de, ao contribuir, ainda que por omissão, para a perpetuação daquelas mazelas, nos tornarmos partícipes desses erros lastimáveis.**”

⁶⁹ “A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, **revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multiseular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social.** Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.” (ADPF 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 74. Grifamos)

⁷⁰ “[N]o âmbito do Estado Democrático Social de Direito, a prática de discriminações positivas ou ações afirmativas implica verdadeiramente na passagem de uma concepção de política pública marcada pela ideia de assistencialismo (welfare state), para um patamar qualitativamente superior que podemos denominar ‘igualitarismo’” (ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 82).

⁷¹ ADPF 186. Voto do Ministro Marco Aurélio. Página 214.

⁷² ADPF 186. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 111.

Além disso, permitir o ingresso fraudulento de candidatos não negros por meio das cotas é reconhecer o malogro do Estado como ator promovedor do bem-estar social, pois restará caracterizado o retardamento injustificado dos efeitos positivos pretendidos pela lei. Protelação que enseja consequências ainda mais graves quando considerado o **caráter temporário⁷³ da lei**, pois implica na redução dos resultados perseguidos pelo legislador quanto ao equilíbrio racial no serviço público, dentro do lapso estipulado, de dez anos.

A flagrante desídia vai de encontro ao fim maior que orienta qualquer espécie de ação afirmativa, qual seja, “*eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar*”⁷⁴. Tem-se, assim, a manutenção do *status quo*⁷⁵, como mais uma consequência nefasta que ora as instituições autoras buscam inibir.

Sabe-se que a ordem jurídica, considerado o arcabouço principiológico moldado pela Carta Magna de 1988, não deve mais ser percebida como “*trincheira de conservação do status quo, de manutenção de privilégios e de sujeições*”, mas sim “*instrumento de transformação na busca de uma sociedade mais equilibrada*”⁷⁶. É nesse sentido que não se pode admitir a transgressão dos fins colimados pela Lei nº 12.990/2014, sob pena de se acumpliciar com o prolongamento das mazelas advindas da discriminação racial.

Posto isso, é certo que o acesso fraudulento de pessoa não negra a cargo público por meio das vagas reservadas aos negros é infortúnio que concorre para a eternização da hierarquia racial. Consentir na desídia lesiva é revigorar as falsas premissas impostas pelo *mito da democracia racial* – “*não há como distinguir brancos e negros, somos todos miscigenados*”, “*o Brasil não é racista*”, “*todos têm iguais condições de ascensão social e econômica*”, “*as cotas não são instrumento adequado e*

⁷³ As ações afirmativas justificam-se enquanto persistirem a condição de desigualdade que se busca eliminar ou reduzir. Atento a isso, o legislador estabeleceu para a Lei nº 12.990/2014 vigência de apenas 10 (dez) anos (art. 6º).

⁷⁴ ADPF 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 87. Cita doutrina do Ministro Joaquim Barbosa (GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto. Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56).

⁷⁵ “*A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do status quo não significa a perpetuação de tais desigualdades*” (ADPF 186. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Página 178. Grifamos).

⁷⁶ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 28.

contribuem para agravar a discriminação” – e frustrar a política afirmativa instituída pela Lei 12.990/2014.

7 – DA TUTELA INIBITÓRIA

Na presente lide, discute-se um comportamento das rés que tende a se repetir indefinidamente no futuro, a partir da interpretação equivocada de normas jurídicas que lhe são aplicáveis.

Nos moldes da processualística tradicional, o tratamento desse fenômeno exigiria intervenções judiciais por ocasião de cada certame a ser realizado, com a busca pela correção ou reparação dos atos administrativos quando já foram efetivamente praticados e, muitas vezes, já geraram efeitos danosos de difícil reversão.

Diante de situações assim, buscam-se alternativas de instrumentos processuais que tragam maior eficácia à tutela jurisdicional, prevenindo a reiteração do ilícito em atos futuros a serem praticados pelas rés.

Nesse sentido, a moderna processualística contempla modelos de tutela de obrigações de fazer ou não fazer que atendam a essa necessidade, configurando o conceito de tutela inibitória, tão bem analisado pelo Prof. Luiz Guilherme Marinoni, in verbis:

A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado. Falamos em tutela inibitória porque entendemos que o sistema de tutela dos direitos deve deixar de ser pensado em torno de uma ação una e abstrata e passa a ser compreendido em termos de 'tutela', ou melhor, a partir dos resultados que a tutela jurisdicional proporciona aos consumidores do serviço jurisdicional.⁷⁷

Portanto, diante do quadro acima descrito, mostra-se necessário o deferimento de tutela jurisdicional inibitória no sentido de determinar à União que inclua em todos os seus editais de concursos públicos mecanismos de verificação da

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela inibitória**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.29.

falsidade da autodeclaração de candidatos concorrentes às vagas reservadas para pessoas negras, observando, no mínimo, os seguintes aspectos:

a) definição, a critério da Administração, do momento para a aferição de ocorrência de falsidade da autodeclaração prestada por candidatos negros;

b) previsão e detalhamento das formas e critérios de verificação de ocorrência de falsidade da autodeclaração, com a indicação de órgão julgador, preferencialmente uma comissão designada para tal fim, com competência para decidir sobre a ocorrência de falsidade da autodeclaração, consoante os critérios estabelecidos no edital a ser republicado;

d) previsão do critério de verificação da ocorrência de falsidade da autodeclaração pelo fenótipo do candidato exclusivamente;

e) decisão fundamentada do órgão julgador segundo os critérios estabelecidos no edital e previsão de recurso para o caso de decisão do órgão julgador que leve à exclusão do certame de candidato inscrito como negro.

Dessa forma, serão evitados inconvenientes riscos de realização de novas provas sob discussão judicial, em prejuízo da previsibilidade e isonomia das regras editalícias, bem como a possibilidade de anulação e repetição de inúmeros atos administrativos.

8 - DA PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA

O presente caso, conforme será demonstrado, requer a prestação de tutela jurisdicional de urgência e evidência para garantir o resultado útil do processo ao seu final. Senão vejamos.

A Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985 prevê em seu artigo 12 a possibilidade de concessão de mandado liminar. Trata-se de tutela de natureza antecipatória, cujos pressupostos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro, é certo que as razões jurídicas apresentadas e o lastro probatório consubstanciado nos documentos que instruíram o Inquérito Civil

nº 1.16.000.003618/2015-09 evidenciam a *plausibilidade dos direitos substanciais* que o Ministério Público e a Defensoria Pública buscam proteger. Sabe-se que, para concessão dessa liminar, basta que se vislumbre, em sede de cognição sumária, a aparência do bom direito.

O perigo da demora, nesta espécie de tutela de urgência, consiste no risco da impossibilidade, ou do esvaziamento prático, dos meios de se alcançar a satisfação dos direitos ora pleiteados – em razão do decurso do tempo e dos atos que podem ou serão praticados pelas réis no caso de não haver a devida intervenção do Poder Judiciário.

In casu, o pressuposto está presente. Senão vejamos.

O certame do Ministério do Planejamento e da Escola Nacional de Administração Pública, regido pelo Edital nº 1 – MP/ENAP, de 12 de junho de 2015, já se encontra homologado, com portaria de nomeação dos candidatos aprovados publicada em 30 de dezembro de 2015. O prazo para posse dos nomeados, segundo a Lei nº 8.112/90, será de 30 (trinta) dias, havendo informações de que a cerimônia de posse se dará no dia **29 de janeiro de 2015**⁷⁸.

Tendo em vista a iminência da posse dos nomeados, há fundado receio de que as necessárias apurações das fraudes relacionadas às cotas para candidatos negros fiquem de tal forma prejudicadas após a titulação de cargos públicos que acabem frustrando o próprio escopo da Lei nº 12.990/2014.

Afinal, a proposta de controle *a posteriori* apresentada pelo Ministério do Planejamento, com instauração de processo administrativo para apuração de fraudes noticiadas, se mostra claramente insuficiente à célere e adequada garantia da política afirmativa contida naquela lei.

A uma, porque não é de se esperar que o MPOG instaure processos administrativos individuais em face de TODOS os nomeados para as vagas destinadas a pessoas negras, sendo mais provável que seu foco seja limitado aos candidatos eventualmente indicados por entes externos ou por candidatos preteridos no certame. Ou seja, nada indica que será realizada uma efetiva auditoria na lista de cotistas, nem que será criada uma rotina-padrão de verificação para concursos, mas apenas uma apuração casuística, motivada por atos de terceiros.

⁷⁸ Data essa que, inclusive, deverão ser realizados atos de protestos de entidades do movimento negro contra as fraudes noticiadas nesta petição, conforme matéria jornalística mencionada em nossa nota de rodapé nº 61 (p. 33 desta peça).

A duas, porque a adoção do rito de processo administrativo individualizado (a exemplo da sindicância, citada pela própria CGP/MP) para tal verificação imporia intolerável demora na conclusão dos trabalhos, que certamente levariam meses tramitando, gerando não só frustração da expectativa social em torno da ocupação de tais cargos públicos por pessoas verdadeiramente negras (em sentido fenotípico), mas principalmente prejuízos irreparáveis aos candidatos negros preteridos no ato de nomeação.

A três, porque o ato de exclusão de um candidato que já esteja nomeado, empossado e em exercício é fato que encontrará ainda mais resistência em todo o Ministério do Planejamento, o que fica evidenciado nas informações prestadas ao Ministério Público após a Recomendação nº 135/2015, na qual três diferentes instâncias da Pasta (Secretaria-Executiva, Consultoria Jurídica e Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas) manifestaram entendimento uníssono de que a eficácia material da política de cotas é preocupação secundária face a célere obtenção de mão-de-obra.

Além disso, é certo que a avaliação posterior à posse por meio de processos administrativos individualizados, como pretendem as rés, representa **incontestável QUEBRA DE ISONOMIA entre os candidatos**. Isso porque, nos termos do que estabelecem a Lei nº 8.112/90 e a Lei 9.784/99, seriam necessárias diversas comissões, cada uma com distinta composição de servidores, enquanto que uma comissão específica de avaliação prévia, única – nos moldes do que foi recomendado pelo *parquet* –, propicia uma decisão conjunta dos mesmos integrantes para todos os candidatos.

O processo administrativo individual **fere a isonomia**, ainda, porque pressupõe julgamento pela autoridade competente, de modo que a decisão final se torna temerária em face de um inevitável subjetivismo. Por seu turno, uma comissão preventiva realiza seus trabalhos de forma colegiada, diminuindo-se o risco de decisões discrepantes.

Finalmente, cabe notar que desde a recomendação do Ministério Público Federal, feita em 18/12/2015, houve tempo suficiente para que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão fizesse a verificação antes da posse dos candidatos, mas, até o momento, não há nenhuma menção de que haja interesse do órgão em realizar tal procedimento.

Por essas razões, entendemos ser **necessária e urgente** medida liminar que assegure que o MPOG adote providências céleres, efetivas e dotadas de generalidade suficiente para padronizar o necessário acompanhamento da implementação da política prevista na Lei nº 12.990/2014 em seus quadros funcionais.

Veja-se, aliás, que diante da exiguidade do tempo, a concessão da medida ***inaudita altera parte*** é de suma importância para a efetividade do processo, já que a demora decorrente da oitiva da parte contrária significará perda da eficácia do processo, conforme já defendido. Isso sem falar que se trata de providência absolutamente desnecessária para fins práticos, ante as informações já prestadas pelo Ministério do Planejamento ao Ministério Público, anexadas a esta ação.

8.1. DA MEDIDA LIMINAR (I): DA SUSPENSÃO DE VALIDADE DAS NOMEAÇÕES JÁ PROMOVIDAS E DE FUTURAS

Como primeira medida antecipatória indispensável à proteção dos direitos tutelados nesta ação, impõe-se a suspensão de validade das nomeações promovidas pela Portaria SE/MP nº 1.077, de 29 de dezembro de 2015, somente no tocante aos candidatos autodeclarados negros, com efeitos sobre eventuais posses e exercícios daí decorrentes até que as rés realizem as providências necessárias ao adequado acompanhamento da implementação da política prevista na Lei nº 12.990/2014 em seus quadros funcionais.

Nesse sentido, é de se destacar que a referida lei prevê a anulação do ato de admissão no caso de constatação de fraude na declaração (art. 2º, parágrafo único), não havendo que se falar que a medida importaria violação de ato jurídico perfeito, sobretudo porque o ato em questão (nomeação, ou até mesmo a posse) está sob evidente questionamento de sua validade, nos termos do aludido dispositivo legal.

De outro giro, a medida imporia uma urgência no Ministério do Planejamento para promover a apuração das autodeclarações, com o objetivo de agilizar a recomposição de seus quadros, que dificilmente se verificaria caso os candidatos já estivessem suprindo a carência de mão-de-obra da Pasta.

Não bastante, a liminar pleiteada daria oportunidade àquele Ministério de finalmente concretizar uma rotina geral de apuração de fraudes, uma vez que atingiria indistintamente todos os candidatos autodeclarados negros, a qual poderia ser replicada em outros certames futuramente realizados pelo Órgão e, dada sua importância na autorização nos certames realizados pela Administração Federal, por outros Ministérios, concretizando os efeitos buscados na ação afirmativa fixada na lei.

Por fim, e de forma a evitar que a suspensão acima seja esvaziada por atos subsequentes das partes rés, impõe-se também a suspensão de nomeações futuras, sejam elas para vagas de ampla concorrência ou de cotas para negros. Neste caso, a medida deve também repercutir sobre eventuais vagas destinadas ao sistema universal, já que a indefinição sobre os critérios de convocação posterior dos cotistas poderá redundar em sua indevida preterição por candidatos de ampla concorrência, enquanto pendentes as apurações pleiteadas nesta ação.

8.2. DA MEDIDA LIMINAR (II): DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DAS AUTODECLARAÇÕES

As instituições autoras não são insensíveis aos efeitos negativos da medida suspensiva pleiteada no subitem anterior, seja para o interesse da Administração em repor sua mão-de-obra (tão alardeada pelo Ministério do Planejamento), seja para os candidatos negros que efetivamente preenchem os requisitos de inclusão na política de cotas da Lei nº 12.990/2014.

Assim, e tendo em vista que o Ministério do Planejamento claramente não possui rotinas implantadas para fazer a verificação das autodeclarações apresentadas pelos candidatos, acreditamos que a Justiça deve avançar para desde já estabelecer diretrizes a serem observadas nesse procedimento, de forma a reduzir ao máximo o período de suspensão pleiteado acima.

Nesse intuito, a Recomendação nº 135/2015 do Ministério Público já estabeleceu critérios gerais, os quais reiteramos neste ponto:

- “a) definição de procedimento de aferição da ocorrência de falsidade da autodeclaração prestada por candidatos pretos e pardos para fins do disposto na Lei nº 12.990/2014;
- b) previsão e detalhamento das formas e critérios de verificação de ocorrência de falsidade da autodeclaração, com a indicação do órgão julgador, preferencialmente uma comissão designada para tal

fim, com competência para decidir sobre a ocorrência de falsidade da autodeclaração, consoante os critérios estabelecidos no edital a ser republicado;
c) previsão do critério de verificação da ocorrência de falsidade da autodeclaração pelo fenótipo do candidato exclusivamente;
d) decisão fundamentada do órgão julgador segundo critérios a serem estabelecidos, com previsão de recurso para o caso de decisão do órgão julgador que leve à exclusão do certame de candidato inscrito como negro.
[...]"

Entendem as autoras que tais orientações se lastreiam em práticas já adotadas em diversos certames de âmbito federal, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT-8), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cujos instrumentos específicos estão anexados a esta petição para melhor esclarecimento da partes rés sobre o rito almejado pelas autoras.

A partir desses dados, é possível avançar para uma maior concretização das diretivas a serem estabelecidas ao Ministério do Planejamento para apuração das autodeclarações, notadamente no que se refere ao estabelecimento do critério fenotípico de avaliação do candidato aprovado.

Uma vez estabelecido o critério de verificação, e presumindo-se a boa-fé daquele candidato que, embora não se enquadre no fenótipo de negro, tenham se autodeclarado negro com base na ascendência familiar, deve ser oportunizada a possibilidade de retratação prévia ao processo de aferição, de forma que possa aproveitar sua pontuação nas vagas destinadas à ampla concorrência, caso tenha figurado em tal lista.

Por fim, tendo em vista os lapsos estabelecidos nos editais analisados para tal tipo de apuração, e com o intuito de reduzir o período de suspensão das nomeações para o mínimo, é de determinar à parte o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a partir de sua intimação, para conclusão dos trabalhos, sob pena de fixação de multa diária.

Enfim, requer que a medida suspensiva prevista no subitem anterior venha condicionado à imediata realização de procedimento de apuração das

autodeclarações apresentadas pelos candidatos aprovados para as vagas destinadas a pessoas negras, o qual deverá atentar para as seguintes diretrizes:

- 1) *Realização de convocação pública para apresentação de todos os candidatos aprovados para cotas de negros perante Comissão específica designada pelo Ministério do Planejamento, para a avaliação com base no fenótipo do aprovado;*
- 2) *Abertura de prazo, com encerramento anterior à referida avaliação, para que candidatos autodeclarados negros possam desistir de concorrer para tais vagas e aproveitar sua pontuação para as vagas destinadas à ampla concorrência;*
- 3) *Divulgação prévia das hipóteses de exclusão das autodeclarações, as quais incluam o não comparecimento à convocação e a decisão fundamentada da Comissão;*
- 4) *Publicação das decisões da Comissão, com abertura de prazo de recurso para os candidatos que foram excluídos do certame pela comissão;*
- 5) *Fixação de prazo máximo de 60 (sessenta) dias para conclusão dos trabalhos da referida Comissão.*

8.3. DA MEDIDA LIMINAR (III): DAS DILIGÊNCIAS FINAIS

Por derradeiro, e como forma de dar espaço às próprias rés para superar as causas que levaram ao pedido de suspensão liminar de nomeações, requer seja estabelecido que, uma vez concluídos os trabalhos mencionados no item anterior, o Ministério do Planejamento poderá retificar a Portaria SE/MP nº 1.077, de 29 de dezembro de 2015, para proceder à convocação dos aprovados para as vagas destinadas a pessoas negras cuja autodeclaração for confirmada pela Comissão constituída para tal fim, anulando-se a prévia nomeação daqueles que foram excluídos ou se retrataram dessa opção. Tão logo empreendida tal retificação, o MPOG também deverá ser autorizado a realizar novas nomeações para a ampla concorrência.

Em razão disso, como forma de dar pleno cumprimento à Lei nº 12.990/2014, requer que a União e a ENAP nomeiem e convoquem tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação após exclusão dos candidatos que se retratarem ou cuja autodeclaração não seja confirmada pela comissão específica.

9 - DOS PEDIDOS

Por todo exposto, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União requerem:

a) o recebimento da presente petição inicial;

b) **concessão de liminar**, *inaudita altera parte*, com fulcro no art. 12 da Lei 7.347/85, para:

b.i) suspender a validade das nomeações promovidas pela Portaria SE/MP nº 1.077, de 29 de dezembro de 2015, somente no tocante aos candidatos autodeclarados negros, com efeitos sobre eventuais posses e exercícios daí decorrentes, bem como futuras nomeações relacionadas ao concurso regido pelo Edital nº 1 – MP/ENAP, de 12 de junho de 2015, tanto para vagas destinadas à ampla concorrência e quanto aos candidatos negros;

b.ii) determinar às rés que, durante a suspensão determinada no item b.i, imediatamente realize procedimento de apuração da veracidade das autodeclarações apresentadas pelos candidatos aprovados para as vagas destinadas a pessoas negras no certame mencionado, a ser concluído no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da intimação da decisão, sob pena de fixação de multa diária a ser definida por esse i. Juízo, observadas as seguintes diretrizes:

b.ii.i) Realização de convocação pública para apresentação de todos os candidatos aprovados para cotas de negros perante Comissão específica designada pelo MPOG, para a avaliação com base no fenótipo do aprovado;

b.ii.ii) Abertura de prazo, com encerramento anterior à referida avaliação, para que candidatos autodeclarados negros possam desistir de concorrer para tais vagas e aproveitar sua pontuação para as vagas destinadas à ampla concorrência;

b.ii.iii) Divulgação prévia das hipóteses de exclusão das autodeclarações, as quais incluam o não comparecimento à convocação e a decisão fundamentada da Comissão;

b.ii.iv) Publicação das decisões da Comissão, com abertura de prazo de recurso para os candidatos que foram excluídos do certame pela comissão.

b.iii) autorizar a União (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) e à ENAP, uma vez concluído o procedimento descrito no item b.ii, a retomar as nomeações suspensas pela medida descrita no item b.i, mediante prévia retificação da Portaria SE/MP nº 1.077, em que se anule a nomeação dos candidatos negros que não tiveram sua autodeclaração confirmada pela Comissão ou que se retrataram dessa opção;

b.iv) nomeiem e convoquem tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação, após exclusão dos candidatos que se retratarem ou cuja autodeclaração não seja confirmada pela comissão específica.

c) ao final do regular processamento do feito, julgar procedente a ação civil pública, com a ratificação da liminar concedida nos termos do item 'b' e seus subitens e a condenação da União e da ENAP em obrigações de fazer e não fazer consistentes em:

c.i) realizar procedimento de apuração da veracidade das autodeclarações apresentadas pelos candidatos aprovados para as vagas destinadas a pessoas negras no certame regido pelo Edital nº 1 – MP/ENAP, de 12 de junho de 2015, sob as seguintes diretrizes:

c.ii.i) Realização de convocação pública para apresentação de todos os candidatos aprovados para cotas de negros

perante Comissão específica designada pelo MPOG, para a avaliação com base no fenótipo do aprovado;

c.ii.ii) Abertura de prazo, com encerramento anterior à referida avaliação, para que candidatos autodeclarados negros possam desistir de concorrer para tais vagas e aproveitar sua pontuação para as vagas destinadas à ampla concorrência;

c.ii.iii) Divulgação prévia das hipóteses de exclusão das autodeclarações, as quais incluam o não comparecimento à convocação e a decisão fundamentada da Comissão;

c.ii.iv) Publicação das decisões da Comissão, com abertura de prazo para os candidatos que não tiverem suas autodeclarações confirmadas.

c.ii) após a conclusão do procedimento descrito no item d.i, retificar a Portaria SE/MP nº 1.077, de 29 de dezembro de 2015, bem como de outras que lhe forem subsequentes, para anular as nomeações de candidatos negros que não tiveram sua autodeclaração confirmada pela Comissão ou que se retrataram dessa opção, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014.

c.iii) nomeiem e convoquem tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação, após exclusão dos candidatos que se retratarem ou cuja autodeclaração não seja confirmada pela comissão específica;

c.iv) deferimento da tutela inibitória, condenando a União e a ENAP à obrigação de incluir em todos os seus editais de concursos públicos mecanismos de verificação da falsidade da autodeclaração de candidatos concorrentes às vagas reservadas para pessoas negras, observando, no mínimo, os seguintes aspectos:

c.iv.i) definição, a critério da Administração, do momento para a aferição de ocorrência de falsidade da autodeclaração prestada por candidatos negros;

c.iv.ii) previsão e detalhamento das formas e critérios de verificação de ocorrência de falsidade da autodeclaração,

com a indicação de órgão julgador, preferencialmente uma comissão designada para tal fim, com competência para decidir sobre a ocorrência de falsidade da autodeclaração, consoante os critérios estabelecidos no edital a ser republicado;

c.iv.iii) previsão do critério de verificação da ocorrência de falsidade da autodeclaração pelo fenótipo do candidato exclusivamente;

c.iv.iv) decisão fundamentada do órgão julgador segundo os critérios estabelecidos no edital e previsão de recurso para o caso de decisão do órgão julgador que leve à exclusão do certame de candidato inscrito como negro.

9 – DOS REQUERIMENTOS FINAIS

Finalmente, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União requerem:

i) a juntada Inquérito Civil nº 1.16.000.002016/2015-26 e das cópias anexas, extraídas do PAJ nº 2016/001-00042;

ii) a citação das rés, na forma da lei, para, querendo, contestar a presente ação, com as advertências de praxe;

iii) a intimação pessoal dos autores de todos os atos processuais.

Protestam provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial juntada de novos documentos.

Dão à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Brasília/DF, 22 de janeiro de 2016.

Ana Carolina Alves Araújo Roman
Procuradora da República

Eduardo Nunes de Queiroz
Defensor Público Federal