



MEMORIAL DO *AMICUS CURIAE*

EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes

ADC nº 41

I – Introdução

1. A presente Ação Declaratória de Constitucionalidade foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, visando à declaração da constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que estabeleceu a política de reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para pessoas negras (pretas ou pardas) no âmbito da Administração Pública Federal.

2. A seguir, a Educafro pretende: (a) sustentar a constitucionalidade da política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014; (b) advogar a necessidade de instituição de mecanismos de controle para que sejam evitadas fraudes no emprego das cotas raciais, por meio de interpretação conforme a Constituição do art. 2º da referida lei, que prevê o critério da autodeclaração; (c) defender que a medida prevista pela Lei n. 12.990/2014 se aplica a todas as instituições que integram a União Federal – inclusive ao Ministério Público Federal; e (d) sustentar que, por imperativo constitucional, a fórmula prevista no art. 4º da Lei n. 12.990/2014 – nomeação intercalada e proporcional nos concursos entre candidatos de concorrência geral e cotistas – aplica-se não apenas ao provimento originário nos cargos e empregos públicos federais, mas também ao restante da vida funcional dos agentes públicos nomeados, influenciando na composição da lista de antiguidade das respectivas carreiras.

3. A Educafro não ignora que os temas (b), (c) e (d), aludidos acima, não foram suscitados na petição inicial formulada pelo Conselho Federal da OAB. Nada obstante, entende que o STF pode e deve apreciá-los no julgamento da presente ADC. Afinal,



nesta ADC se discute a constitucionalidade de *todos* os preceitos da Lei n. 12.990/2014. E a ação declaratória de constitucionalidade, como as demais ações na fiscalização abstrata de constitucionalidade, possui *causa de pedir aberta*, o que permite que a validade dos preceitos discutidos seja examinada sob outros ângulos, além daqueles abordados pelo autor da ação.¹

4. Como se verá adiante, todos os temas acima mencionados suscitam questões relativas à interpretação conforme a Constituição de dispositivos da Lei n. 12.990/2014. Todos são extremamente relevantes e vêm provocando acesas controvérsias constitucionais, que, a depender da posição que venha a ser adotada, podem potencializar ou comprometer a extensão e eficácia da louvável e necessária política pública instituída pelo legislador federal. Daí a importância de manifestação desta Suprema Corte sobre as referidas questões.

II – A constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos: igualdade substantiva, reconhecimento, pluralismo e democracia

5. A sociedade brasileira é ainda fortemente marcada pela desigualdade racial e pelo racismo institucional, e tal realidade também se projeta no acesso aos cargos públicos no âmbito da Administração Pública Federal.

6. Com efeito, segundo levantamento realizado pelo IPEA, o número de funcionários públicos brancos é aproximadamente 50% superior ao número de funcionários públicos negros (pretos e pardos), em que pese os negros constituírem

¹ Sobre a causa de pedir aberta na jurisdição constitucional abstrata é reiterada a jurisprudência. Veja-se, e.g.: “devemos levar em consideração que a *causa petendi* das ações que visam à defesa da Constituição Federal deve ser aberta, isso porque o julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes (*iuri novit curia*) para que possa efetivar a defesa do texto constitucional” (Rcl nº 14.872/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31.05.2016)



maioria numérica no país.² Como o referido estudo identifica, essa desigualdade é ainda mais acentuada nos cargos de maior remuneração e prestígio na Administração Pública Federal. Nesses casos, a proporção de servidores pretos ou pardos é invariavelmente baixíssima, por vezes quase insignificante.

7. Como se sabe, a Constituição brasileira adota uma compreensão material de igualdade, concebendo como dever do Estado adotar as medidas necessárias para reduzir as assimetrias presentes na nossa sociedade, inclusive as presentes na seara racial. Tal compreensão é extraída de forma inequívoca dos objetivos fundamentais da República, positivados no art. 3º da Lei Maior, como os de “*construir um sociedade livre, justa e solidária*”, “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. De tais dispositivos, e também de numerosos compromissos internacionais incorporados à ordem jurídica brasileira,³ decorre o imperativo de promoção de medidas afirmativas, que visem a reduzir desigualdades profundamente entrincheiradas nas nossas relações raciais.⁴

² Dados disponíveis em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140211_notatecnicadisoc17.pdf.

³ É o caso da a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no Brasil através Decreto nº 65.810/69, que prevê, em seu artigo II, item 2, a instituição de políticas concretas com o objetivo de reduzir desigualdades entre diferentes grupos sociais, *verbis*: “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*”.

No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu expressamente a necessidade de implantação de medidas afirmativa nos estados em casos em que se perpetuem formas de discriminação vedadas pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/92, *verbis*: “10. *The Committee also wishes to point out that the principle of equality sometimes requires States parties to take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination prohibited by the Covenant. For example, in a State where the general conditions of a certain part of the population prevent or impair their enjoyment of human rights, the State should take specific action to correct those conditions. Such action may involve granting for a time to the part of the population concerned certain preferential treatment in specific matters as compared with the rest of the population. However, as long as such action is needed to correct discrimination in fact, it is a case of legitimate differentiation under the Covenant*”.

⁴ Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha. “Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio de igualdade”. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 33, nº 131, 1996. p. 289.



8. É nesse contexto que, não só a União, como também pelo menos 40 municípios brasileiros⁵ e Estados como o Rio Grande do Sul⁶, Paraná⁷, Rio de Janeiro⁸ e Mato Grosso do Sul⁹ editaram legislação própria estabelecendo a reserva de vagas em concursos públicos, como meio para promover a pluralização dos quadros da Administração Pública.

9. Não se pode negligenciar a relevância da adoção de medidas dessa natureza para a promoção da igualdade material, seja sob a perspectiva compensatória – favorecer os negros, não apenas em razão de injustiças históricas sofridas por seus antepassados, mas sobretudo porque os efeitos estruturais destas injustiças persistem na atualidade –¹⁰, seja sob a perspectiva distributiva.

10. Quanto à justiça distributiva, a constatação empírica da situação presente de significativa desvantagem social dos negros justifica a adoção de medidas que busquem favorecê-los perante os brancos, visando a distribuir melhor os bens socialmente relevantes, para que, no futuro, as relações raciais sejam mais equitativas.

12. Não bastasse, ao facilitar o acesso de negros a cargos públicos que contam com evidente prestígio social, a Lei nº 12.990/2014 promove o direito ao reconhecimento,

⁵ Dados disponíveis em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140211_notateticadisoc17.pdf.

⁶ Lei Estadual nº 13.694/2011 e Decreto nº 48.724/2011 e Portaria PGE nº 15.703/2011.

⁷ Lei Estadual nº 14.274/2003 e Lei Estadual nº 16.024/2008

⁸ Lei Estadual nº 6.067/2011 (alterada pela Lei nº 6.740/2014) e Decreto Estadual nº 43.007/2011.

⁹ Lei Estadual nº 3.594/2008 (alterada pela Lei nº 3.939/2010) e Decreto Estadual nº 13.141/2011.

¹⁰ Nesse sentido, salientou o Presidente norte-americano Lyndon Johnson, em célebre discurso proferido na década de 1960, "(...) não se apagam de repetente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês são livres para ir aonde quiserem (...) Não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das amarras, conduzi-lo, logo em à linha de largada de uma corrida, dizer 'você é livre para competir com os outros', e assim pensar que se age com justiça". Cf. João Feres Júnior. "Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa". In: João Feres Júnior e Jonas Zoninsein. *Ação Afirmativa e Universidade: experiências nacionais e comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006, pp. 48-49.



tendendo a fortalecer a autoestima das pessoas negras, e a quebrar estereótipos negativos enraizados na sociedade.¹¹

13. Em outras palavras, a política de ação afirmativa em questão visa também à ruptura de simbolismos e representações sociais que atuam perversamente em desfavor dos negros. O tema, portanto, se relaciona diretamente com o direito ao reconhecimento,¹² que pode ser extraído dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.

14. De fato, a percepção difundida no sentido de que negros não podem ou não devem exercer cargos de destaque na sociedade corrói profundamente a autoconfiança e autoestima de cada pessoa negra no Brasil. Essa representação negativa acerca do papel do negro na sociedade perpetua estruturas sociais opressivas e assimétricas, retroalimentando o quadro de grave desigualdade racial e estigma.¹³ E combatê-la é uma das finalidades mais importantes das políticas de ação afirmativa. O ponto foi ressaltado no memorável voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF n. 186:

“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.

A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicados, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade

¹¹ Cf. Cass Sunstein. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 170.

¹² Sobre o tema do reconhecimento, central na Filosofia Política contemporânea, veja-se, e.g., Nancy Fraser e Axel Honneth. *Redistribution or Recognition: a political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003; Charles Taylor. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹³ Luís Roberto Barroso. “‘Sabe com quem está falando?’: Algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo”. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf. Acesso em 04.09.2016.



com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social”

15. A Lei n. 12.990/2014 atua de modo a romper com essas representações sociais que atribuem aos negros papéis subalternos. Na medida em que possibilita o aumento do número de negros em posições de destaque na sociedade, tal política pública permite que os mesmos passem a ter exemplos de pessoas da mesma etnia em que se inspirar, favorecendo o livre desenvolvimento de sua identidade e fortalecendo a sua autoestima.

16. A política pública em questão se revela essencial, ainda, para tornar mais plurais os quadros da Administração Pública. É que, numa democracia, os órgãos públicos devem ser responsivos à população. Isso significa que os cidadãos como um todo devem poder se reconhecer nos órgãos estatais, e também que tais estes devem se mostrar abertos às múltiplas demandas de uma sociedade extremamente diversa como a brasileira, dispondo-se a aprender com essa diversidade.

17. Com efeito, as instituições que empregam políticas de ação afirmativa se beneficiam com a pluralidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. Mais que isso, a sociedade também se beneficia das referidas iniciativas, na medida em que a atuação de tais instituições se aperfeiçoa e se torna mais legítima, por mostrar-se sensível aos interesses e direitos de todas as camadas da população, inclusive daquelas historicamente discriminadas.

18. Nem se diga que a natureza “meritocrática” dos concursos públicos seria incompatível com a adoção de medidas de ação afirmativa. Tal argumento não procede, por várias razões. Em primeiro lugar, há de se observar que o próprio texto constitucional foi expresso ao prever cotas em concurso público em favor de pessoas com deficiência (art. 37, inciso VIII, CF).

19. Ademais, o argumento não se concilia com a jurisprudência consolidada nesta egrégia Corte, que, no emblemático julgamento da ADPF 186, assentou que não são "meritocráticos" os procedimentos de seleção para universidades, como o tradicional



vestibular, na medida em que, sob a capa da igualdade formal, eles acabam discriminando os segmentos excluídos da sociedade brasileira, notadamente os negros. No referido julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, consignou:

"Como é de conhecimento geral, o reduzido número de pretos 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."

20. Certamente esses argumentos são plenamente aplicáveis também aos concursos para ingresso nos quadros da Administração Pública.

21. Nem é preciso destacar a importância dos concursos públicos para os valores republicanos, por resguardarem os princípios da igualdade e impessoalidade no acesso às funções públicas, permitindo, por outro lado, que o Poder Público escolha melhor os agentes que irão servi-lo. Nada obstante, quando desacompanhados de medidas focadas na promoção da igualdade material e do pluralismo, os concursos podem apresentar as mesmas patologias que as provas de vestibular: em nome de uma suposta meritocracia, cega às desigualdades de oportunidade, tais mecanismos de seleção podem prestar-se à preservação de um *status quo* de exclusão e assimetria.

22. Por isso, o fato de a Constituição brasileira prever que o acesso a cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, CF) não impede a incorporação aos concursos de critérios que, ao lado da análise dos conhecimentos dos candidatos, busquem também a promoção da igualdade substantiva e da diversidade racial.

23. Finalmente, o argumento democrático também aponta no sentido do reconhecimento da constitucionalidade da política pública em questão. A Lei n. 12.990/2014 foi editada pelo Parlamento brasileiro por avassaladora maioria – na



Câmara, 314 deputados a favor, 36 contrários e 06 abstenções,¹⁴ no Senado Federal, unanimidade¹⁵ e após amplo debate social, o que fortalece a sua presunção de constitucionalidade.

24. É verdade que quando o legislador atua em desfavor de grupos vulneráveis (“minorias” em sentido político), justifica-se um escrutínio mais estrito sobre as normas editadas.¹⁶ Porém, quando ocorre o contrário, e os atos normativos voltam-se à proteção de grupos socialmente estigmatizados – como a população negra – ocorre um reforço na presunção de constitucionalidade dos atos normativos. Nessas hipóteses, o Poder Judiciário deve assumir uma postura altamente *deferente* diante das decisões legislativas, só as invalidando quando a sua ilegitimidade constitucional for flagrante, o que, evidentemente, não ocorre no presente caso. .

25. Por todas essas razões, deve ser considerada constitucional, em sua essência, a política de cotas raciais em concursos públicos federais, instituída pela Lei n. 12.990/2014.

III – O critério de autodeclaração e o controle contra fraudes. Interpretação conforme a Constituição do art. 2º, Parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014.

26. Há fortes indicativos de que pessoas têm se utilizado de maneira fraudulenta do sistema de cotas raciais, apesar de não se enquadrarem minimamente nos grupos étnicos a serem beneficiados. Exemplos não faltam, como o recente caso ocorrido no concurso de admissão à carreira de diplomata do Instituto Rio Branco. Segundo constatou a Comissão de Verificação do concurso, 47 (quarenta e sete) dos 112 (cento e doze)

¹⁴ Dados disponíveis em <http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=5802&tipo=partido>.

¹⁵ Conforme decorre da ata da sessão do dia 20.05.2014, disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=21/05/2014&paginaDireta=00796>>.

¹⁶ Sobre o tema, é clássica a obra de John Hart Ely. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.



candidatos que concorriam às vagas reservadas a pretos e pardos haviam fraudado a autodeclaração – não apresentando qualquer vínculo étnico razoável com a população negra marginalizada.¹⁷

27. Note-se, a propósito, que a Lei n. 12.990/2014 previu o critério da autodeclaração para definição dos beneficiários das cotas raciais nos concursos públicos, bem como a eliminação do candidato que incorrer em falsidade em sua declaração (art. 2º, Parágrafo único). Tal critério em si mesmo é válido e louvável, mas é dever do Estado instituir mecanismos eficazes para inibição de fraudes, que o seu emprego possibilita.

28. Não há dúvida de que um dos temas mais tormentosos em relação às políticas de ação afirmativa de natureza racial é a definição dos seus beneficiários. No Brasil, o problema é especialmente delicado, tendo em vista não só o elevado grau de miscigenação racial da população brasileira, como também o fato de que, em nossa cultura, a compreensão sobre a identidade racial não se articula por meio de uma lógica binária – branco ou negro – mas de forma muito mais complexa, em que abundam categorias intermediárias.¹⁸

29. Daí porque, tanto o critério genético quanto o puramente fenotípico são problemáticos e insuficientes para definir adequadamente quem são as pessoas negras e, portanto, as beneficiárias da política pública. Por isso, tem-se optado no Brasil, na maior parte das políticas de ação afirmativa de corte racial, pelo emprego do critério da

¹⁷ Conforme noticiado em <<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/itamaraty-elimina-de-concurso-para-diplomata-47-brancos-que-se-passavam-por-negros.html>>. Acesso em 10.09.2016. Problemas semelhantes vêm sendo identificados em diversas outras instituições, inclusive na UERJ, uma as primeiras universidades a instituírem as ações afirmativas de corte racial no país. Cf. G1. “Promotória investiga 41 suspeitas de fraude no sistema de cotas na Uerj”. 29/03/2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/03/promotoria-investiga-41-suspeitas-de-fraude-no-sistema-de-cotas-na-uerj.html>>.

¹⁸ Veja-se a propósito, com perspectivas diferentes, Thomas Skidmore. *Preto no Branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989; Jacques Adesky. *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo - Racismos e Anti-Racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2005, p. 133-150; Marcos Chor Maio e Ricardo Santos Ventura. *Raça como questão: história, ciência e identidades no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2010.



autodeclaração. Esta foi a opção eleita pelo legislador federal também na Lei 12.711/2012, que institui política desta natureza para acesso às universidades federais, cujo art. 3º prevê como beneficiários os "autodeclarados pretos, pardos e indígenas".

30. A autodeclaração apresenta inequívocos méritos. Em primeiro lugar, ela se baseia na percepção do próprio sujeito quando à sua identidade étnico-racial, evitando o risco de leituras enviesadas e preconceituosas feitas por terceiros. Ademais, ela reforça o reconhecimento positivo do grupo racial historicamente discriminado, ao associar um benefício legal a uma condição que sempre gerou estigma e preconceito¹⁹. Em matéria de direitos dos povos indígenas e tribais, por exemplo, há expressa previsão da consideração do critério da autodeclaração no art. 1.2 da Convenção 169 da OIT²⁰ – incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.051/2004, com estatura normativa supralegal, de acordo com a orientação do STF.

31. O próprio STF, no julgamento da ADPF 186, declarou válido o critério da autodeclaração para a inscrição no sistema de cotas raciais, como se observa no trecho do voto do ministro relator, Ricardo Lewandowski:

“Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional. Portanto, não há dúvidas de que o mecanismo da autodeclaração é legítimo sob a perspectiva constitucional.”

32. Nada obstante, a autodeclaração, quando desacompanhada de mecanismos de controle, tem-se mostrado insuficiente para evitar fraudes, o que torna necessária a instituição desses instrumentos, até para se conferir plena efetividade às políticas afirmativas. Quando se concebe a autodeclaração como critério absoluto e incontestável,

¹⁹ Cf. Daniela Ikawa. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125.

²⁰ O preceito tem a seguinte redação: "A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos a que se aplicam as disposições da presente Convenção".



a ausência de mecanismos de controle diante de ações de má-fé pode frustrar completamente os nobres objetivos da política pública em questão, e até comprometer sua credibilidade perante a sociedade.

33. O Estado não pode ignorar, especialmente na formulação e implementação de política pública que lida com a distribuição de bens escassos extremamente valorizados – vagas no serviço público –, que a ausência de mecanismos de controle e fiscalização das ações individuais pode estimular a prática de comportamentos abusivos. Não atentar para esse fato pode ter o efeito de relegar a implementação das cotas ao plano simbólico, deixando-se de promover os objetivos constitucionais que as justificam.

34. Dessa forma, o próprio mandamento de proteção do Estado em relação aos grupos vulneráveis, alvos das medidas de ação afirmativa, justifica a necessidade de maior vigilância na aplicação desse sistema. É por essa razão que se pode dizer que a fiscalização não é uma faculdade do Estado, mas sim verdadeiro *dever*.

35. Diante disso, a Educafro sustenta que, ao julgar o mérito desta ação, o STF realize interpretação conforme à Constituição do art. 2º, *caput* e Parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014, para assentar a *necessidade* de estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais. Aliás, instrumento semelhante de controle foi avalizado pelo STF, no julgamento da ADPF nº 186.

36. Cabe destacar, a propósito, que foi recentemente instituído pelo governo federal, mecanismo de controle das autodeclarações, por meio da Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016, editada pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Tal ato normativo determinou que, nos concursos federais, deve-se instituir “*comissão designada para verificação da autodeclaração*”, que “*deverá ter seus membros distribuídos por gênero, cor e preferencialmente, naturalidade*” (art. 2º, § 2º). É fundamental que mecanismos da mesma natureza sejam também empregados nos



concursos públicos realizados por instituições não integradas aos Poder Executivo Federal – e.g., tribunais, Ministério Público da União, Congresso Nacional, TCU etc.

IV – Aplicabilidade da Lei n. 12.990/2014: Imperativa incidência das cotas raciais nos concursos públicos realizados por instituições federais autônomas (inclusive MPF)

37. As políticas de ação afirmativa em favor da população afrodescendente no acesso a cargos públicos não constituem mero favor legal, dispensado pelo legislador federal. Mais que isso, elas traduzem dever constitucional impostergável, voltado à concretização de valores constitucionais fundamentais, como igualdade substantiva, reconhecimento intersubjetivo e pluralismo, em cenário em que ainda prevalece o racismo institucional.

38. É nesse contexto que devem ser interpretados, por imperativo constitucional, os preceitos da Lei n. 12.990/2014, inclusive no que tange ao seu âmbito de incidência. O art. 1º do referido ato normativo estabelece:

“Art. 1º. Ficam reservados aos negros 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, na forma desta lei.”

39. Praticamente todas as instituições públicas federais que desfrutam de autonomia em face do Poder Executivo vêm reconhecendo a plena incidência da Lei n. 12.990/2014 sobre seus próprios concursos. Isso ocorreu, por exemplo, com concursos



para magistrado promovidos no âmbito dos TRFs da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª Regiões,²¹ nos concursos para servidores públicos realizados pelo STJ²² e pelo próprio STF;²³ nos certames promovidos pela Defensoria Pública da União²⁴ e pelo Tribunal de Contas da União.²⁵

40. Contudo, lamentavelmente, o mesmo não se dá no âmbito do Ministério Público Federal. Após a edição da Lei n. 12.990/2014, o MPF abriu o 29º Concurso para o cargo de Procurador da República, que não contemplou qualquer reserva de vagas para candidatos negros.²⁶ O fato, inclusive, ensejou o ajuizamento de ação civil pública proposta pelo próprio Ministério Público Federal (!) – Processo n. 0011786-65.2017.4.01.3400, em trâmite perante a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal,²⁷ no qual a Educafro habilitou-se como *amicus curiae* –, em que foi concedida medida liminar suspendendo o andamento do certame.

41. O caso é especialmente grave, por envolver instituição que, além de desempenhar o papel de “fiscal da lei”, tem, dentre as suas atribuições, a defesa dos direitos fundamentais de grupos étnicos vulneráveis, como os negros (cf., e.g., arts. 53 e 55 do Estatuto da Igualdade Racial). E trata-se de instituição que, apesar de desfrutar de

²¹ Veja-se, neste sentido, os respectivos editais dos concursos: http://www.cespe.unb.br/concursos/TRF1_15_JUIZ/ (TRF 1ª Região); <http://www10.trf2.jus.br/ai/transparencia-publica/concursos/magistrados/16º-concurso/> (TRF 2ª Região); <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=4140> (TRF 3ª Região); http://www2...trf4.jus.br/trf4/controlador.phpacao=pagina_visualizar&id_pagina=917 (TRF 4ª Região).

²² Veja-se o respectivo edital: http://www.cespe.unb.br/concursos/STJ_15/

²³ Cf. Resolução nº 548 do STF, de 18 de março de 2015.

²⁴ Veja-se os editais: http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU_15_ADMINISTRATIVO/ (concurso para servidores); e http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU_14_DEFENSOR/ (concurso para defensor)

²⁵ Observe-se o edital: <http://portal.tcu.gov.br/concursos/concursos-em-andamento/tefc-2015.htm>.

²⁶ Cf. Resolução nº 169, de 18 de agosto de 2016, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/90568/RES_CSMFP_2016_169.pdf?sequence=3&isAllowed=y; e Edital PGR/MPF nº 14/2016, de 26 de agosto de 2016, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/edital-29o-concurso-para-procurador-da-republica>.

²⁷ A petição inicial e o respectivo aditamento foram disponibilizados em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/mp-questiona-concurso-proprio-orgao-juiz-suspende-certame>



grande poder e prestígio social, está longe de primar pelo pluralismo étnico. Pelo contrário, de acordo com dados do próprio MPF, há entre os membros da instituição apenas 12,9% de negros.²⁸

42. A Procuradoria-Geral da República não externou as razões pelas quais deixou de observar o que impõe a Lei n. 12.990/2014 ao promover o 29º Concurso para Procurador da República. Porém, é altamente improvável que se trate de simples desobediência ao claríssimo comando legal que prevê as cotas raciais nos concursos públicos federais. O mais plausível é que se cuide de interpretação restritiva do âmbito de incidência da lei, que limita o seu raio de alcance ao Poder Executivo e à administração pública indireta, deixando de fora instituições dotadas de autonomia constitucional, tais como o próprio Ministério Público da União.

43. Tal exegese, todavia, afronta claramente a Constituição Federal – especialmente o direito fundamental à igualdade. Afinal, como a desigualdade material e ausência de pluralismo atingem os negros em todos os espaços do poder público federal – inclusive nas instituições dotadas de autonomia em face do governo, como o Ministério Público – as cotas devem, necessariamente, se estender a todas elas. Dentre várias interpretações do texto legal, há que se privilegiar, necessariamente, aquela que mais realiza os magnos objetivos da ordem constitucional vigente.

44. Daí porque, espera a Educafro seja adotada interpretação conforme a Constituição do art. 1º da Lei n. 12.990/2014, para que se esclareça que os preceitos da referida lei incidem sobre todos os órgãos e instituições federais, inclusive as dotadas de autonomia, tal como o Ministério Público da União.

V – A interpretação constitucionalmente adequada do art. 4º da Lei n. 12.990/2014: a meritocracia compatível com a Constituição é a que busca corrigir desigualdades de oportunidade

²⁸ Informação prestada pela própria administração do Ministério Público Federal ao seu Comitê Gestor de Gênero e Raça, em janeiro de 2017 (conforme consta na petição inicial da acp 0011786-65.2017.4.01.3400, ajuizada pelo MPF sobre esta questão).



45. Outra questão constitucional relevante envolve a interpretação do art. 4º da Lei n. 12.990/2014, que reza:

“Art. 4º. A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros”.

46. A Advocacia-Geral da União, através de decisão administrativa proferida pelo seu Conselho Superior (CSAGU), no Processo nº 00696.000005/2017-16, adotou o entendimento de que tal critério de alternância e proporcionalidade entre candidatos cotistas e não cotistas valeria apenas para o momento de nomeação no cargo público.²⁹ Depois da nomeação, todos cotistas iriam para o “fim da fila” de antiguidade de seu concurso, por terem recebido notas inferiores do que os não cotistas, o que tem relevância, por exemplo, para fins de promoção e remoção dos agentes públicos.

47. Confira-se, nessa linha, a argumentação desenvolvida pelo ilustre Consultor-Geral da União, Dr. Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos, no voto condutor que proferiu no processo acima mencionado:

“Ora, o que a norma determina de forma imperativa é a nomeação alternada e proporcional entre a lista geral e as outras de cotistas, mas sem que isso implique, ao menos segundo previsão legal, na alteração real da respectiva classificação.

Isso porque, como já dito, a finalidade social da lei de cotas é incorporar à Administração Pública a pessoa em situação de vulnerabilidade, facilitando o acesso à cargo público como uma forma de concretizar o princípio da igualdade substancial. Todavia, não nos parece que haja desigualdade fática a ser corrigida por desigualdade jurídica resultante da interpretação que dá ao cotista privilégio durante toda a sua carreira funcional, como por exemplo

²⁹A íntegra da decisão encontra-se disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38028361> (ata da reunião do Conselho Superior da AGU, em que a decisão foi proferida).



vantagem em processo de promoção ou remoção na carreira, não implicaria em nenhuma consequência.

(...)

De fato, após a nomeação do candidato aprovado de acordo com a regra prevista no art. 4º da Lei nº 12.990/14, especificamente no que concerne a outros aspectos da vida funcional dos nomeados, tais como promoção e remoção, não há justificativa para deixar de utilizar o critério da meritocracia indicado no melhor desempenho obtido no certame” (grifos nossos).

47. A decisão, que ainda não “transitou em julgado” na esfera administrativa, diz respeito a concursos públicos realizados no âmbito da própria AGU – para os cargos de Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional. Porém, como se sabe, é a AGU que define diretrizes para a Administração Pública Federal em relação à interpretação das leis vigentes, nos termos da Lei Complementar n. 73/93. Por isso, a orientação firmada pela AGU nessa matéria tende a ser observada em todos os demais concursos federais da administração direta e indireta.

48. Contudo, o entendimento não se compatibiliza com a sistemática inerente às ações afirmativas, afrontando gravemente os princípios constitucionais que lastreiam tais políticas. Ele parte da equivocada premissa de que as ações afirmativas constituiriam espécie de *exceção à meritocracia*. Com efeito, o CSAGU entendeu que a composição proporcional e alternada da lista classificatória dos candidatos aprovados entre cotistas e não cotistas somente se justificaria para fins de nomeação aos cargos públicos. Uma vez garantido o ingresso de candidatos provenientes do sistema de reserva de vagas, o “privilégio” não deveria mais ser mantido pela Administração, que voltaria a adotar o critério supostamente “meritocrático” da ordem de classificação proveniente das notas finais nos concursos.

49. Ocorre que a política de cotas em discussão se justifica, dentre outras razões, porque, como as oportunidades mostram-se extremamente discrepantes entre os candidatos negros e brancos, a equalização entre eles impõe que se atribua aos primeiros



uma vantagem comparativa no certame, para contrabalançar as desvantagens experimentadas na realidade social.

50. Nesse contexto, o entendimento que pretende desconsiderar a ordem classificatória baseada no art. 4º da Lei nº 12.990/2014 – que parte do reconhecimento das disparidades de oportunidades entre os candidatos –, para adotar classificação baseada exclusivamente nas notas finais nos concursos, mostra-se incompatível com a isonomia, eis que reforça a situação de desigualdade que a política de ações afirmativas objetiva combater. Não é demais recordar que a violação à isonomia ocorre também quando se trata de modo idêntico aqueles que se encontram em situações faticamente desiguais.

51. Essa orientação da AGU se baseia em compreensão formalista de meritocracia, que o STF já afastou, desde o julgamento da ADPF nº 186. Em seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski consignou:

“(...) o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno.

Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio.

Com efeito, considerada a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias”.

52. Na mesma trilha, o Min. Marco Aurélio asseverou naquele julgado que “a meritocracia sem ‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia”.



53. O mesmo raciocínio se aplica, evidentemente, aos concursos públicos, em que as notas obtidas não traduzem necessariamente o mérito dos candidatos. Elas consistem em um dos elementos relevantes para uma seleção justa – certamente, um elemento importantíssimo –, mas que deve ser conjugado a outros, a fim de assegurar uma real igualdade de oportunidades entre todos, sob uma perspectiva substantiva e não apenas formal.

54. É por isso que a ordem de classificação baseada nos critérios do art. 4º da Lei nº 12.990/2014, ao contemplar mecanismo voltado a atenuar as desigualdades materiais no acesso aos cargos públicos, revela-se muito mais justa e “meritocrática” do que ordem baseada apenas nas notas obtidas pelos candidatos no concurso público.

55. E há mais. A interpretação do art. 4º da Lei n. 12.990/2014, adotada pela AGU, também lesa o direito ao reconhecimento dos cotistas – que a política de ação afirmativa objetivou promover. É que, ao colocar os cotistas no “final da fila” dos respectivos concursos, ela alimenta o estigma de falta de qualificação, reforçando a imagem preconceituosa de que negros seriam agentes públicos de “segunda classe”, que não mereceriam tanto os cargos que viessem a ocupar. Veja-se a contradição: o estigma que o legislador quis combater é aprofundado pela interpretação restritiva e literal do preceito em questão.

56. Não bastasse, tal interpretação compromete também outro objetivo fundamental da política de ação afirmativa: a promoção do pluralismo na administração pública federal.

57. É que, na prática, essa nova exegese, ao relegar aqueles que ingressaram no serviço público através de políticas de ação afirmativa às últimas posições nas listas de antiguidade de suas carreiras, tende a retardar a sua promoção. Em outras palavras, durante muito mais tempo, o topo das carreiras continuará composto quase exclusivamente por pessoas brancas, em detrimento da diversidade e do pluralismo, impostos pela Constituição e perseguidos pelo legislador.



58. Por todas essas razões, a interpretação correta do 4º da Lei nº 12.990/2014, considerados os valores constitucionais diretamente envolvidos, bem como as finalidades almejadas pelo legislador, é a de que a ordem de classificação no concurso, estabelecida nos termos do referido preceito, deve ser empregada também em todas as demais dimensões da vida funcional dos servidores públicos cotistas.

V – Do Pedido

59. Em face do exposto, espera a Educafro:

a) seja conhecida e julgada procedente a presente ADC, reconhecendo-se a constitucionalidade da política de cotas prevista pela Lei n. 12.990/2014, observados os itens abaixo;

b) seja realizada interpretação conforme a Constituição do art. 2º, *caput* e Parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014, para assentar a *necessidade* de estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais;

c) seja adotada interpretação conforme a Constituição do art. 1º da Lei n. 12.990/2014, para esclarecer que a política de cotas raciais de que trata a lei se aplica a todos os órgãos e instituições públicas federais, incluindo aquelas dotadas de autonomia em face do Poder Executivo Federal, tais como o Ministério Público da União;

d) seja promovida interpretação conforme a Constituição do art. 4º da Lei 12.990/2014, para estabelecer que a ordem de classificação estabelecida no preceito se aplica não apenas à nomeação, mas deve ser também empregada em todas as demais dimensões da vida funcional dos agentes públicos cotistas.

P. deferimento.

UERJ Direitos

Clínica de Direitos Fundamentais
da Faculdade de Direito da UERJ



Do Rio de Janeiro para Brasília, 09 de maio de 2017.


DANIEL SARMENTO
OAB/RJ 73.032