



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

14ª Vara Federal

Fls. _____

Rubrica _____

PROCESSO nº 11786-65.2017.4.01.3400

CLASSE: 7100 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉ: UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA Tipo “A”

Cuida-se de Ação Civil Pública, com pedido de tutela de urgência, em que o **Ministério Público Federal** pleiteia subsidiariamente a anulação do 29º Concurso Público para Provimento de cargos de Procurador da República, com o desfazimento de todos os atos praticados, reabrindo-se o mesmo prazo de inscrições inicialmente ofertado, com observância das cotas previstas na Lei nº 12.990/2014 (fls. 220-224v). Ao final, pretende seja condenada a União em obrigação de fazer, consistente na inclusão, em todos os seus futuros editais de concursos públicos para o cargo de Procurador da República, da reserva de 20% das vagas para candidatos negros.

Alega que, não obstante recomendações do próprio MPF, o edital do 29º Concurso Público para Provimento de cargos de Procurador da República foi omissivo a respeito da reserva de vagas para candidatos negros e negras, como também a Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Federal nº 169, de 18/08/2016, que o regulamentou.

Decisão deferindo o pedido subsidiário formulado às fls. 224, por meio da qual se suspendeu o 29º Concurso Público para Procurador da República, por inobservância ao disposto na Lei nº 12.990/2014, que determina a reserva de 20% das vagas a serem oferecidas aos candidatos negros. (fls. 225-227)

A União informou a interposição do Agravo de Instrumento nº 0022515-68.2017.4.01.0000, que se encontra pendente de análise. (fls. 230-244)

A União apresentou contestação sustentando a autonomia do Ministério Público Federal e a não aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014 ao caso dos autos. (fls. 245-257)

A EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescentes e Carentes pleiteou a sua admissão no feito como *amicus curiae*. (fls. 258-296)

Feito esse breve relato, passo ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do NCPC, visto não haver necessidade de produção de outras provas além daquelas já constantes dos autos, tratando-se de matéria estritamente de direito. Sem preliminares.

Assim, de plano, **admito** o ingresso no feito da EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescentes e Carentes, na qualidade de *amicus curiae*, devendo a Secretaria providenciar as anotações pertinentes.

Passando ao exame do mérito, observa-se que o 29º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República foi objeto do Edital PGR/MPF nº 14/2016, assinado pelo Procurador Geral da República em 26/08/2016.

Consta ainda dos autos que, não obstante recomendações do próprio MPF para que fosse efetivada a reserva de cota para o ingresso de negros no citado certame, o referido edital foi omissivo a respeito da reserva de vagas para candidatos negros e negras, assim como a Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Federal nº 169, de 18/08/2016, que o regulamentou.

Os autos foram distribuídos a este Juízo que, em sede de liminar, proferiu a seguinte decisão:

“O 29º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República foi objeto do Edital PGR/MPF nº 14/2016, assinado pelo Procurador Geral da República em 26/08/2016. No Cronograma Básico constante de seu Anexo I, havia a previsão de realização da primeira prova (objetiva) em 27/11/2016. Já a segunda fase deverá ocorrer no período de 3 a 6 de junho de 2017.

Às fls. 75, consta a seguinte informação, prestada pelo Secretário de Concursos, o Procurador Regional da República Luiz Fernando Bezerra Viana, por meio do Ofício 13/2016-SECONC/MPF, de 29 de agosto de 2016, verbis:

“Senhor Procurador:

Cumprimentando-o, em atenção ao OF/PRDC/PR/RS/Nº 5397/2016, recebido nesta Secretaria de Concursos no dia 25.08.2016, informo a Vossa Excelência que a Resolução nº 169, de 18.08.2016, publicada no DOU do dia 24.08.2016, que regulamenta as normas para o 29º Concurso Público para o cargo de Procurador da República, não incluiu em suas normas a ‘reserva de vagas a candidatos negros’.

Desta forma, o edital no 29º CPR, publicado na data de hoje, não dispôs sobre tal tema, de forma que não há reserva de vagas para candidatos negros previstas para este concurso, sendo certo que tal matéria poderá ser objeto de deliberação por parte do Conselho Superior do Ministério Público Federal quando do exame das normas para o próximo certame.”

A presente demanda foi distribuída a este Juízo em 17 de março último. Às fls. 220/224, o Ministério Público Federal, em emenda à inicial, requer, em caráter subsidiário, a anulação de todo o certame e desfazimento de todos os atos praticados, reabrindo-se, assim, novo prazo de inscrição para todos aqueles interessados em nele se inscrever por meio das cotas previstas na Lei 12.990/2014.

Feito esse breve relato, passo ao exame da tutela vindicada, recebendo a manifestação de fls. 220/224 como emenda à inicial.

A questão fática apresentada na inicial resta incontroversa pela citada manifestação de fls. 75, na qual o Secretário de Concursos da PGR assevera não ter sido prevista nas normas que regem o 29º Concurso para Procurador da República a “reserva de vagas a candidatos negros”.

Ora, em assim procedendo, o ato impugnado incorre em evidente ilegalidade, porque viola flagrantemente a Lei nº 12.990/2014, aplicável a todos os concursos públicos federais, que assim dispõe, verbis:

Art. 1º Ficam reservadas 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.

(...)

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Trata-se, portanto, de importante ação afirmativa, visando inserir essas pessoas, vítimas de discriminação histórica, no mercado de trabalho, mediante compensações (sistema de cotas), realizando, assim, dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: erradicar as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, incisos III e IV, da Constituição).

Evidenciada, assim, a plausibilidade do direito invocado, a tutela requerida, de forma subsidiária às fls. 224, deve ser deferida para suspender, inaudita altera parte, o 29º CPR, por não ter contemplado a reserva de vagas a candidatos negros, tal como preconiza a Lei 12.990/2014.

Esclareço, por oportuno, não ser possível, ao menos no entender deste Juízo, o deferimento da tutela tal como requerida inicialmente às fls. 8v, com a abertura de prazo somente para os candidatos já inscritos procederem à autodeclaração prevista no art. 2º da Lei 12.990/2014, visto que eventual provimento nesse sentido, a pretexto de corrigir a apontada ilegalidade, implicaria, na verdade, na efetivação de mais uma inconstitucionalidade, a saber, a quebra do princípio da igualdade, pois inviabilizaria a chance de quem quisesse se inscrever naquele concurso, caso houvesse a previsão de cotas para negros no mencionado edital.

Isso porque a previsão de cotas constitui inegável incentivo à inscrição e, muito provavelmente, a falta de reserva de vagas no edital originário pode ter desestimulado candidatos negros que porventura quisessem concorrer a uma daquelas vagas. Ademais, a mudança de regras no transcurso no certame não atende à segurança jurídica, muito menos ao princípio da impessoalidade, o qual deve inspirar toda Administração Pública, nos termos do art. 37 da Constituição.

Por outro lado, é de se acentuar que o eventual custo do desfazimento de toda a primeira fase do mencionado concurso (com a abertura de novas inscrições, em que sejam oferecidas as vagas reservadas aos candidatos negros, com a repetição daquelas provas) não deixou de ser ponderado por este Magistrado para tomada da presente decisão. Porém, do acurado exame

dos autos, o que restou evidenciada foi a injustificada recalcitrância das autoridades responsáveis em fazer cumprir a Lei nº 12.990/2014.

Note-se que, no próprio expediente acima transcrito, o Secretário de Concursos informa que, não obstante o recebimento do pedido de providências em 25/08/2016 (Recomendação 83/2016, objeto do OF/PRDC/PR/RS/nº 5397/2016), foi publicado, naquele mesmo dia, o Edital do 29º CPR sem a “reserva de vagas a candidatos negros”. Ora, naquela oportunidade, não apresentou qualquer justificativa para não retificação daquele Edital 29º CPR, em cumprimento ao disposto no art. 1º, § 3º, da lei nº 12.990/2014. Ao revés, apenas cogitou a possibilidade de deliberação acerca da matéria, por parte do Conselho Superior do Ministério Público Federal, quando do exame das normas para o próximo certame.

A urgência da media também se evidencia pela proximidade da segunda fase do certame, cujas provas estão previstas para o início de junho do corrente ano.

Isso posto, defiro o pedido subsidiário formulado às fls. 224, razão pela qual determino a suspensão do 29º Concurso Público para Procurador da República, por inobservância ao disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.990/2014, que determina a reserva de 20% das vagas a serem oferecidas aos candidatos negros, até ulterior deliberação deste Juízo.”

Pois bem. Por oportuno, cumpre transcrever trechos do Parecer emitido pela então Vice-Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, em nome do *Parquet Federal*, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, transcrito no voto do relator, manifestando-se pela improcedência da ADPF ajuizada pelo Partido dos Democratas – DEM, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, os quais haviam instituído o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes, *verbis*:

“(…) a Constituição de 1988 insere-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para a observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Pelo contrário, parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido por meio de ações ou políticas públicas, que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos” (fls. 714-715).

(…)

“(…) a justiça compensatória não é o único nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o consequente fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito” (fl. 722).”

Consta, ainda, no voto, a informação de que na Audiência Pública realizada pelo STF antes do julgamento, nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, a Procuradoria Geral da República, defendendo as ações afirmativas, sustentou, em suma, que a política de cotas raciais, diferentemente do discurso que cria castas, inclui os grupos que, historicamente, tiveram seus direitos ignorados e explicou ainda que: *“o direito, rigorosamente, nunca foi alheio às diferenças. Pelo contrário, tratou delas cuidadosamente”*. Por fim, assentou que *“as cotas, antes de atentar contra o princípio da igualdade, elas realizam a igualdade material”*.

Nesse contexto, no caso dos autos, diante da situação fático-social e das informações trazidas à demanda, entendo que assiste razão ao *parquet*, devendo ser confirmada a decisão de fls. 225-227. Vejamos.

A Lei nº 12.990/2014 veio regulamentar o art. 39 da Lei nº 12.288, de 2 de julho de 2010, cujo teor transcrevo, *verbis*:

Art. 39. O poder público promoverá ações que **asseguem** a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o **caput** deste artigo **assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.**

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização. (grifou-se)

Note-se que, ao contrário do que alega a União, a norma acima não conferiu ao MPF discricionariedade plena quanto às medidas a serem adotadas visando a redução das desigualdades raciais. O diploma legal definiu limites a serem observados, principalmente quando se verifica que o §4º determina que as ações **assegurarão** o Princípio da Proporcionalidade de Gênero entre os beneficiários. É evidente que a norma impositiva não abre margem para a Administração Pública adotar determinadas metas, em detrimento de outras, conforme o seu juízo de conveniência.

Tomando-se como instrumento de hermenêutica a interpretação gramatical ou sintática, percebe-se que o verbo empregado pelo legislador para expressar a impositividade da norma é o vocábulo “assegurar”, cujo significado, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, dentre outros é “tornar seguro, infalível”. Ou seja, a atuação do Poder Público deve assegurar, de forma plena e

infalível a observância do Princípio da Proporcionalidade de Gênero, consubstanciada, no caso dos autos, na distribuição equitativa das vagas ofertadas pelo certame em questão, em conformidade com a Legislação vigente, que tem a sua razão histórica de existir.

E nesse ponto, afirmo que não se trata apenas de correção de injustiças ou de falhas cometidas apenas no passado ou de resgate da dívida histórica que os homens brancos possuem com relação aos negros. Absolutamente, não é possível tratar a questão racial como uma dívida unicamente do passado se políticas de inclusão ainda necessitam ser implantadas para se amenizar, já que ainda não se alcançou o patamar de erradicação, a desigualdade existente entre cidadãos brancos e negros.

Os relatórios juntados pelo Ministério Público Federal apontam de forma concreta para uma realidade que ainda subsiste nos dias atuais: ausência de mulheres negras investidas nos cargos de Procuradores da República e o quantitativo de homens negros investidos nos cargos de Procuradores da República, cujo percentual totaliza menos de 5% do quantitativo de homens brancos. E melhor cenário não há quando se observa a realidade dos cargos de Subprocuradores-Gerais da República, cujo número de homens e mulheres pretos investidos é igual à zero. (fls. 82-102)

Nessa linha, entendo que, se a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor, não pode a Justiça, ao ser acionada, fechar os olhos para este quadro social.

Inclusive, recentemente foi divulgado pela Organização das Nações Unidas no Brasil, em matéria publicada no dia 22/03/2017 no *site* da ONUBR, a notícia de que a população negra é a mais afetada por desigualdades e violência no Brasil. Segundo dados de 2014 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), negros e negras, o que inclui pardos e pretos, compõem 53,6% da população brasileira. Apesar de maioria, essa população enfrenta desigualdades, a começar pelo quesito renda: entre os 10% da população mais pobre do país, 76% são negros. Entre o 1% mais rico, apenas 17,4% são negros. (Fonte:

<https://nacoesunidas.org/negros-sao-mais-afetados-por-desigualdades-e-violencia-no-brasil-alerta-agencia-da-onu/>)

Essa realidade não deve ser ignorada pelo Ministério Público Federal enquanto órgão, cuja missão institucional é, dentre outras, atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis e, inclusive, cuja atuação deve estar em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e os princípios que regem a Administração Pública. (alíneas “c” e “h” do inciso I do art. 5º da Lei Complementar nº 75/1993)

Inclusive, importante destacar que a República Federativa do Brasil aderiu à Convenção nº 111 da OIT, promulgada por meio do Decreto nº 62.150/1968, e à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial aprovada pelo Brasil pelo Decreto nº 65.810/1969, se comprometendo a observar seu integral cumprimento. Confira-se:

DECRETO Nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969

Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

HAVENDO o Congresso Nacional aprovado pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que foi aberta à assinatura em Nova York e assinada pelo Brasil a 7 de março de 1966;

E HAVENDO sido depositado o Instrumento brasileiro de Ratificação, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, a 27 de março de 1968;

E TENDO a referida Convenção entrado em vigor, de conformidade com o disposto em seu artigo 19, parágrafo 1º, a 4 de janeiro de 1969;

DECRETA que a mesma, apenas por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como ela nele contém.

Brasília, 8 de dezembro de 1969; 148º da Independência e 81º da República. (grifou-se)

DECRETO Nº 62.150, DE 19 DE JANEIRO DE 1968.

Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, HAVENDO o Congresso Nacional aprovado pelo Decreto Legislativo nº 104, de 1964, a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, adotado pela Conferência Internacional do Trabalho em sua quadragésima-segunda sessão, a 25 de junho de 1958;

E HAVENDO a referida Convenção entrado em vigor, em relação ao Brasil, de conformidade com o artigo 8, parágrafo 3º, a 26 de novembro de 1966, isto é, doze meses após o registro do Instrumento brasileiro de ratificação efetuado pela Repartição Internacional do Trabalho a 26 de novembro de 1965.

DECRETA que a mesma, apensa, por cópia, ao presente decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 19 de janeiro de 1968; 147º da Independência e 80º da República. (grifou-se)

Destaco, ainda, que a alínea “c” do Artigo V do Decreto nº 65.810/1969 estabelece o comprometimento dos Estados Partes em proibir e eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o gozo dos seguintes direitos:

... c) direitos políticos principalmente direito de participar às eleições - de votar e ser votado - conforme o sistema de sufrágio universal e igual direito de tomar parte no Governo, assim como na direção dos assuntos públicos, em qualquer grau e o direito de acesso em igualdade de condições, às funções públicas.

d) Outros direitos civis, principalmente,

(...)

i) direitos ao trabalho, a livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória;...

Nessa linha, resta evidente que o Edital PGR/MPF nº 29/2016 e a Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Federal nº 169/2016, que o regulamentou, foram elaborados em dissonância com os propósitos sociais que a República Federativa do Brasil almeja alcançar.

Corroborando o entendimento deste Juízo, relevante transcrever trechos do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos da citada ADPF 186/DF:

“A questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal.

Para enfrentar a questão da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no País, penso que cumpre ao Supremo Tribunal Federal discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre quais repousa a nossa Carta Magna.

O primeiro passo, para tanto, a meu sentir, consiste em revisitar o princípio da igualdade agasalhado na Lei Maior, examinando-o em seu duplo aspecto, ou seja, no sentido formal e material.

IGUALDADE FORMAL VERSUS MATERIAL

De acordo com o artigo 5º, caput, da Constituição, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Com essa expressão o legislador constituinte originário acolheu a ideia – que vem da tradição liberal, especialmente da Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo.

(...)

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

(...)

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, regime no qual, para usar as palavras de Boaventura de Sousa Santos, “(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”.

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que “As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos

dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Como sabem os estudiosos do direito constitucional, o nosso Texto Magno foi muito além do plano retórico no concernente aos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo diversos instrumentos jurídicos para conferir-lhes plena efetividade.

(...)

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Passo, a seguir, ao exame do conceito de ação afirmativa, recorrentemente empregado nesta ADPF, em torno da qual gira grande parte da discussão nela travada.

Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura

“(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual”.

Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são

“(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais 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 ”.

(...)

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

CONSCIÊNCIA ÉTNICO-RACIAL COMO FATOR DE EXCLUSÃO

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas. 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.

A necessidade de superar essa atitude de abstenção estatal foi enfatizada pelo Min. Marco Aurélio, em sede doutrinária, da forma abaixo:

“Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbe a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de ótica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontrar, na Carta como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. (...). É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação (...). Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.”

(...)

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.

(...)

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.

(...)

RESERVA DE VAGAS OU ESTABELECIMENTO DE COTAS

Princípio afirmando que a política de reserva de vagas não é, de nenhum modo, estranha à Constituição, a qual, em seu art. 37, VIII, consigna o seguinte:

“(...) a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Esta Suprema Corte, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para portadores de deficiência, extraiu as mais amplas consequências do Texto Constitucional, no RMS 26.071, tendo o Relator, Min. Ayres Britto, asseverado, por ocasião do julgamento, que

“(…) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’, sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares” (grifos meus).

(…)

Naquele acórdão, definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo “reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica”, não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais.

(…)

No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente.

(…)

TRANSITORIEDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. (…)

Ademais, anoto que não prospera a alegação da União de que a Lei nº 12.990 é norma aplicável apenas à Administração Pública Federal e não ao Ministério Público da União, “*órgão independente*”. O Ministério Público pertence à estrutura da Administração Direta, apesar de desvinculado dos Poderes da República, seja Executivo, Legislativo ou Poder Judiciário, compondo o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribuiu o exercício da função administrativa do Estado, sujeito aos mesmos limites de atuação.

A definição trazida pelo Decreto-lei nº 200/67, ao contrário do que tenta levar a crer a União Federal em sua peça contestatória, aborda o conceito de administração pública em sentido estrito, no contexto da função tipicamente administrativa, exercida pelo Poder Executivo, não abordando as demais funções administrativas (judicante e legiferante) e os órgãos que, embora não exerçam funções tipicamente administrativas, as exercem de forma atípica. Se a tese da União tivesse o mínimo de procedência, ter-se-ia que os Poderes Judiciário e Legislativo não compõem a Administração Pública Federal, assim como a Defensoria Pública e as Concessionárias e Permissionárias de serviço público.

Consoante leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com base na Teoria dos Órgãos, o Ministério Público apresenta-se, quanto à posição estatal, como Autônomo, que “*são os que se localizam na cúpula da Administração, subordinados diretamente à chefia dos órgãos independentes; gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica e participam das decisões governamentais. Entram nessa categoria os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, o Serviço Nacional de Informações e o Ministério Público*”. (Direito Administrativo – 21ª Edição – Ed. Atlas- pág. 482)

Além disso, o fato do MP ter assegurado sua autonomia funcional, não lhe confere a prerrogativa de atuar em desconformidade com as normas internas decorrentes de adesão do Brasil a Tratados e Acordos Internacionais. Importante lembrar que o §3º do art. 5º da Carta Magna estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ademais, considerando o teor da peça contestatória na presente demanda, importante registrar ainda que a própria AGU se manifestou nos autos da citada ADPF 186/DF no seguintes termos:

MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

À fl. 751, a AGU observou que a discriminação racial na sociedade brasileira é evidente, constituindo fato notório que não pode ser ignorado, o qual compeliu os arguidos a instituir a reserva de vagas em favor dos estudantes negros e índios.

*Em resumo, **opinou pela integral constitucionalidade do estabelecimento de distinções jurídicas entre os candidatos às universidades, baseadas em critérios étnico-raciais, para facilitar o ingresso de estudantes pertencentes a grupos socialmente discriminados.***

Esclareceu, nesse sentido, que

“(...) a reserva de vagas não é medida excludente de outras com semelhantes finalidades, que podem com ela conviver. A mera existência de outros meios mais brandos de possível adoção não é argumento apto a qualificar a sistema de cotas como desnecessário ou desmedido” (fl. 761).

*Pugnou, ademais, tal como a PGR, pelo indeferimento da cautelar, por ausência de seus pressupostos, especialmente porque estaria caracterizado, na espécie, o perigo na demora inverso, vez que a concessão da medida poderia causar dano a todos os estudantes aprovados no exame vestibular da UnB realizado em 2009 (fls. 764/765).
(grifou-se)*

No mais, conforme já esclarecido na decisão de fls. 225-227, é de se acentuar que o eventual custo do desfazimento de toda a primeira fase do mencionado concurso (com a abertura de novas inscrições, em que sejam oferecidas as vagas reservadas aos candidatos negros, com a repetição daquelas provas) não deixou de ser ponderado por este Magistrado. Porém, do acurado exame dos autos, o que restou evidenciada foi a injustificada recalcitrância das autoridades responsáveis em fazer cumprir a Lei nº 12.990/2014.

Por fim, o pedido de condenação da União na obrigação de fazer consistente em incluir em todos os seus editais de concursos públicos para o cargo

de Procurador da República a reserva de 20% das vagas para candidatos negros não possui amparo jurídico para o seu deferimento total. Consoante transcrição feita do voto proferido na ADPF 186/DF, em análise bastante clara, as modalidades de ações afirmativas possuem como uma de suas características a transitoriedade, pelo que não deverão ser perpétuas, devendo cessar após o alcance dos objetivos que as fundamentou. É nesse sentido que a própria Lei nº 12.990/2014, em seu art. 6º, limitou sua vigência em 10 (dez) anos. Assim, o pedido formulado pelo MPF somente pode ser deferido nos limites da vigência da referida norma.

Ate o exposto, **adentrando ao mérito da presente demanda, acolho parcialmente o pleito do MPF**, deferindo o pedido subsidiário formulado às fls. 224 para:

a) anular o 29º Concurso Público para Procurador da República, por inobservância ao disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.990/2014, que determina a reserva de 20% das vagas aos candidatos negros e, por consequência, tornar sem efeito todos os demais atos subsequentes daquele certame, reabrindo-se novo prazo para inscrições, que atendam às cotas previstas na Lei nº 12.990/2014;

b) determinar que, durante a vigência da Lei nº 12.990/2014, a União inclua em todos os seus editais de concursos públicos para o cargo de Procurador da República a previsão legal de reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para os (as) candidatos (as) negros (as).

Sem custas ou honorários advocatícios (art. 18 da Lei n. 7.347/85).

Secretaria: Publique-se. Intimem-se. **Oficie-se** à Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, relatora do Agravo de Instrumento nº 0022515-68.2017.4.01.0000, encaminhando-lhe cópia da presente sentença. **Retifique-se** a autuação para fazer constar a EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes como *amicus curiae*.

Brasília-DF, 18 de maio de 2017.

WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO

Juiz Federal da 14ª Vara do DF