



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB**, serviço público independente, dotado de personalidade jurídica nos termos da Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO**, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília/DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, c/c art. 13, da Lei nº 9.868/99, propor

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
(COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR)**

tendo por objeto a Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, que *reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para o 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*, o que o faz pelos seguintes fundamentos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

I – DO ATO NORMATIVO CUJA CONSTITUCIONALIDADE SE QUER VER DECLARADA:

A presente ação tem por finalidade provocar a declaração da constitucionalidade da Lei nº 12.990, 09 de junho de 2014, conhecida como *Lei de Cotas*, cujo teor integral é a seguir reproduzido:

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.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 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.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

lhes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

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.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

A Lei nº 12.990 instituiu reserva de vagas para negros, no montante de 20% (vinte por cento) das vagas totais disponíveis, nos concursos públicos do âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A fim de concorrer às vagas destinadas a negros, a *Lei de Cotas* estabeleceu a procedimento da autodeclaração, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Ademais, para assegurar a idoneidade do procedimento, a referida Lei prevê em seu art. 2º, parágrafo único, que a autodeclaração falsa acarretará na instauração de procedimento administrativo para a apuração dos fatos, prevendo como penalidade a eliminação do concurso ou a anulação da admissão ao serviço ou emprego público, se o candidato já estiver empossado no cargo.

Apesar da clareza do texto da lei *per se*, a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a *Lei de Cotas* é inconstitucional.

É certo que o entendimento dessa Suprema Corte colocou-se anteriormente pela constitucionalidade de políticas de ação afirmativa, quando foi questionado a respeito do ingresso às Universidades Públicas brasileiras – consoante julgado da ADI nº 186.

Tratando-se particularmente sobre a garantia da isonomia no acesso ao serviço público, os frequentes questionamentos judiciais exigem desta Suprema Corte a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990 *in totum*, a fim de reprimir toda e qualquer postura divergente, tanto em relação à constitucionalidade da reserva de vagas nos concursos para cargos efetivos e empregos públicos, quanto em relação ao respeito do procedimento da autodeclaração.

II – DA RELEVÂNCIA TEMÁTICA DA MATÉRIA E DA EXISTÊNCIA DE RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI 12.990/14:

A *Lei de Cotas* é questão controversa não apenas no meio político, como também no meio jurídico. Anteriormente à edição da Lei nº



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

12.990, as Cortes decidiam desfavoravelmente a diplomas normativos que estipulavam a reserva de vagas para negros.

A Terceira Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu, por unanimidade, em controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar nº 32/04, que previa a reserva de vagas ainda antes da entrada em vigor da Lei nº 12.990/14 (ANEXO 01):

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - LEI COMPLR N. 32/3004 DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL PLENO - SEGURANÇA MANTIDA Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei Complr n. 32/2004 do Município de Criciúma pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, que prevêm a reserva de vagas em concursos públicos a afro-brasileiros, há que se reconhecer o descabimento das regras contidas em edital de certame no mesmo sentido.

(TJ-SC - MS: 216457 SC 2005.021645-7, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 09/06/2009, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança, de Criciúma)

É fato público e notório, portanto, que mesmo antes da sanção da *Lei de Cotas*, a sociedade brasileira e a comunidade jurídica, em especial, discutem a validade e constitucionalidade de tais políticas afirmativas, fomentando-se **justo receio** de novas e reiteradas situações de **insegurança jurídica** nos concursos públicos federais de todo o país.

Recentemente, o i. magistrado da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 12.990/14 (ANEXO 02):

CONSTITUCIONAL. COTA RACIAL. LEI Nº 12990/2014. COTA RACIAL. LEI Nº 12.990/2014. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. *DISTINGUISHING*. ADPF Nº 186. A reserva de vagas para negros, prevista na Lei nº 12.990/2014, é inconstitucional, por violar os arts. 3º, IV, 5º, *caput*, e 37, *caput*, e II, da Constituição Federal, além de contrariar os dispositivos da razoabilidade e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

proporcionalidade. Além disso, envolve valores e aspectos que não foram debatidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 186, que tratou da constitucionalidade da política de acesso às universidades públicas pautada no princípio da diversidade, com o propósito de enriquecer o processo de formação e disseminação do conhecimento.

(RTOrd 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. TRT da 13ª Região. 18 de Janeiro de 2016.)

Na decisão monocrática, o juiz Adriano Mesquita Dantas afirmou que a reserva de vagas para negros prevista na Lei nº 12.990 é inconstitucional sob o argumento de que:

não existe direito humano ou fundamental garantindo cargo ou emprego público aos cidadãos, até porque a matriz constitucional brasileira é pautada na economia de mercado (art. 173), onde predomina o livre exercício de qualquer de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) e na livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170), observando-se, evidentemente, os ditames da justiça social. A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo (art. 173).

(Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região)

A fundamentação apresentada, com todo respeito, mostra-se em ampla contradição ao posicionamento já firmado pelo Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 186.

Nessa ocasião, a Min. Rosa Weber expôs que, diante da deficitária correspondência entre a igualdade formal e material, cabe ao Estado promover ações capazes de corrigir a desigualdade imposta, ao passo que “*sem igualdade mínima de oportunidades, não há liberdade*”: (ANEXO 03)

Necessária se faz, então, a intervenção do Estado, que tem ocorrido em especial por meio das chamadas ações afirmativas. É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico. Assim, a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos. Se as oportunidades são limitadas, é necessário que todos os indivíduos e todos os grupos tenham chances equivalentes de usufruí-las. Uma vez que tal situação está em perspectiva, só então é dado ao legislador e ao aplicador do Direito voltar a presumir a igualdade em razão do igual tratamento legal. Em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade.

Deve-se registrar que, em adequação com a interpretação apresentada por esta Corte no julgamento da ADPF nº 186, o Ministério Público Federal ingressou com ação cível pública (Proc. nº 0040614-42.2015.4.01.3400 – 17ª Vara Federal do Distrito Federal), **com o fito de assegurar a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos públicos para ingresso na carreira militar.**

Destaca-se que os posicionamentos públicos e as medidas judiciais divergentes abalam a confiança da sociedade brasileira na plena aplicabilidade das ações afirmativas, ricocheteando no regramento da Lei nº 12.990/2014 – que determina a reserva de vagas para os concursos públicos federais de todo o país. Cria-se, assim, a controvérsia jurídica relevante apta a justificar a presente medida.

Os documentos ora anexados demonstram a existência de várias posições divergentes, o que justifica a intervenção definitiva dessa Suprema Corte no sentido de pacificar as controvérsias, a saber:

Por meio da Ação Civil nº 119328-36.2015.4.02.5001, pretende o Ministério Público Federal obter a anulação parcial do Edital do concurso para Agente da Polícia Federal quanto à instituição de vagas reservadas para negros, em razão da inconstitucionalidade ou da inaplicabilidade da Lei nº 12.990/2014. Sustenta o MPF, na referida ação, que as cotas, se constitucionais quando aplicadas ao ingresso de alunos ao ensino superior, são formal e materialmente inconstitucionais quando inseridas em concurso público.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em caso de entendimento pela constitucionalidade e aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014, requer a exclusão do procedimento de submissão a uma banca de verificação, devendo ser adotada unicamente a autodeclaração como requisito para concorrer às vagas reservadas para negros. E, caso mantida a banca de verificação, requer a adoção de um processo justo para verificação da condição racial. Ainda, pugna pela não eliminação do concurso daqueles candidatos que não são considerados negros pela banca, devendo haver autorização para que integrem a lista da ampla concorrência, salvo aos que prestaram declaração falsa.

Nos termos do Voto nº 1702/2015, o NAOP – 1ª Região manifestou-se pelo não conhecimento do arquivamento e remessa à PFDC para análise do feito, tendo em vista que a questão tem repercussão nacional e envolve a atuação de procuradores de diversas regiões.

(DIÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/123456789/75649/DMPF_EXTRAJUD_08012016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Decisão 03.12.2015.)

Nos autos do Processo nº 119328-36.2015.4.02.5001, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, o Ministério Público Federal pleiteou a concessão de pedido cautelar para a suspensão do concurso público para o provimento de vagas para o cargo de Agente de Polícia Federal – EDITAL nº 55/2014 – DPG/2014 e a antecipação dos efeitos da tutela, pleitos que foram indeferidos pelo juízo de primeira instância.

Face a esta decisão, o Ministério Público Federal interpôs Agravo de Instrumento perante a Turma Especial III do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e logrou a obtenção parcial da tutela antecipada do pedido (ANEXO 04):

(...) concedo liminarmente a antecipação parcial de tutela recursal, tão somente para que seja anulado o Edital nº 8/2015-DGP/DPF (na parte que estabeleceu o envio de foto para verificação da condição de negro), procedendo-se à nova verificação, desta feita fundada em procedimento devido, de acordo com a Lei nº 9.784/99 e o próprio art.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

2º, parágrafo único da Lei 12.990/2014, com avaliação presencial e decisão motivada, assegurando-se a possibilidade de desistência das cotas aos que assim desejarem, e que os reprovados na verificação figurem na listagem da ampla concorrência, caso tenham obtido nota suficiente, devendo ser eliminados do concurso tão somente os candidatos que prestarem declaração falsa, também com a devida motivação.

*(Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, TRF 2ª Região
Decisão Monocrática de 21.08.2015, Relator(a) Desembargador
Marcus Abraham. Turma Especial III)*

A decisão monocrática do MM. Desembargador Marcus Abraham, *data venia*, institucionaliza um cenário de insegurança jurídica ao criar o precedente para o questionamento de todo e qualquer concurso público federal do país.

O referido regramento legal é claro ao esclarecer em seu art. 2º que o procedimento para a aferição da qualidade de cotista é feito por meio do recurso da autodeclaração. Cabe ao indivíduo identificar-se, posto que a identidade é revestida, por essência, de subjetividade, o que impede a adoção de padrões meramente objetivos de verificação.

Trata-se da forma como o indivíduo reconhece e percebe a si mesmo, nunca uma imposição exógena. A determinação da identidade de um indivíduo por terceiro é arriscada e problemática, como vislumbra Zygmunt Bauman:

(...) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam”

(BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 44).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Atento a este entendimento, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou que, sob nenhuma hipótese, a realização da hetero-identificação será promovida caso desrespeite a dignidade pessoal dos candidatos.

Portanto, ao passo que, conforme a decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, o “*Ministério Público Federal não trouxe prova de qualquer candidato que tenha sido excluído injustamente pela banca*”, a antecipação da tutela deferida pelo TRF da 2ª Região, *data venia*, afronta o princípio da dignidade humana.

Por todo o exposto, as controvérsias judiciais ora trazidas são aptas a instaurar e fomentar ampla insegurança jurídica, justificando-se, pois, que seja conhecida a presente ação. Isso porque há em torno da aplicabilidade da Lei n. 12.990/14 total imprevisibilidade acerca de sua executoriedade para os concursos públicos federais presentes e futuros.

Ainda, as manifestações exaradas bastam para demonstrar a **existência de controvérsia judicial relevante** sobre a aplicação da Lei nº 12.990/14. Afinal, como afirma a doutrina, não é imprescindível, para tanto, a existência de ampla gama de decisões em um ou outro sentido.

Esta incerteza deve ser eliminada por essa Suprema Corte no julgamento desta ação declaratória, porquanto ausentes estabilidade e previsibilidade o direito torna-se fator de insegurança.

Ademais, verifica-se que, além das controversas judiciais apresentas, a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade versa sobre tema de juridicamente relevante, capaz de subsidiar a propositura da presente ação.

Conforme entendimento proferido na ADI 5316 MC/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em 21.5.2015, que resultou no Informativo nº 786, “*o requisito relativo à existência de controversa judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9869/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo*”. Dessa forma, para que esse pressuposto seja contemplado, não deve ser avaliado exclusivamente o



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

número de decisões envolvidas sob o quesito meramente numérico, mas, sim, a observação ao critério qualitativo que permeia o caso, o qual possui dois pressupostos:

A Corte, inicialmente, assentou a regularidade processual na cumulação de pedidos típicos de ADI e ADC em uma única demanda de controle concentrado, o que se daria na espécie, vencido o Ministro Marco Aurélio. Asseverou que a cumulação de ações seria não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que destinado o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinado à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, reiterado o que decidido na ADI 1.434 MC/SP (DJU de 22.11.1996). Além disso, a cumulação objetiva de demandas consubstanciaria categoria própria à teoria geral do processo. Como instrumento, o processo existiria para viabilizar finalidades materiais que lhes seriam externas. A cumulação objetiva apenas fortaleceria essa aptidão na medida em que permitiria o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre elas. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente. Outrossim, rejeitar a possibilidade de cumulação de ações — além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999 — apenas ensejaria a propositura de nova demanda com pedido e fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como ocorreria em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma. Ademais, os pedidos articulados na inicial não seriam incompatíveis jurídica ou logicamente, sendo provenientes de origem comum. Por outro lado, o requisito relativo à existência de controvérsia judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9.868/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo, isto é, não diria respeito unicamente ao número de decisões judiciais num ou noutro sentido. Dois aspectos tornariam a controvérsia em comento juridicamente relevante. O primeiro diria respeito à estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado nas instâncias inferiores — a EC 88/2015, que introduzira o art. 100 ao ADCT —, ou seja, uma emenda à Constituição, expressão mais elevada da vontade do parlamento brasileiro. Em segundo lugar, decisões similares poderiam vir a se proliferar pelos Estado-Membros, a configurar real ameaça à presunção de constitucionalidade da referida emenda constitucional. (ADI 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.5.2015. Informativo 786) (Grifo nosso)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Da presente decisão, extrai-se, portanto, dois requisitos para a admissibilidade do processamento da ADC sob o foco do critério qualitativo: a) estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado nas instâncias inferiores; b) decisões similares poderiam proliferar pelos Estados-Membros.

No caso da Lei nº 12.990/14, verifica-se que ambos os requisitos restam preenchidos, conforme análise a seguir:

III.A - DA ESTATURA CONSTITUCIONAL DO DIPLOMA QUE ESTARIA SENDO VIOLADO NAS INSTÂNCIAS INFERIORES:

A Lei Federal n. 12.990/2014 é um diploma legal embasado na “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial”, ratificada pelo Brasil em 1968.

Trata-se que Tratado Internacional que objetiva assegurar o extermínio da discriminação baseada no critério racial. Criada ainda em um contexto mundial em que a prática de políticas de *apartheid* ainda eram disseminadas, o presente tratado buscou a promoção material da igualdade entre todos os povos.

A referida convenção estabelece em seu art. 1º:

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Extrai-se do presente dispositivo que a Lei n. 12.990/2014 fez uma aplicação prática daquilo que expressamente dispõe a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial”, **que anteriormente a promulgação da “Lei de Cotas” já previa**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

a possibilidade de instauração de ações afirmativas para o alcance da igualdade material em detrimento da igualdade meramente formal.

Dessa forma, as alegações de inconstitucionalidade da Lei n. 12.990/2014 afrontam diretamente a Convenção ratificada, que, de acordo com o entendimento desta Corte, possui estatura de norma supralegal:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

(Voto Vogal Min. Gilmar Mendes. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo. Rel. Min. Cezar Peluso)

Dessa forma, as decisões divergentes, proferidas em sede das instâncias inferiores, ferem tanto uma lei federal (Lei n. 12.990/2014), quanto um ordenamento com estatura supralegal (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial), cuja hierarquia é somente ultrapassada pela Constituição Federal e suas respectivas emendas.

Pelo exposto, em razão da elevada hierarquia das normas violadas, observa-se o preenchimento do critério qualitativo da relevância jurídica do tema no que se refere à estatura da norma legal contestada.

III.B – DA PROLIFERAÇÃO DE DECISÕES SIMILARES PELOS ESTADOS-MEMBROS



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A Lei n. 12.990 de 09 de junho de 2014 é um diploma legal razoavelmente recente, contudo, o que se verifica é que a discussão sobre a sua constitucionalidade nas instâncias inferiores é tema controverso.

Conforme anteriormente exposto, apenas durante o ano de 2015 foram propostas 04 ações judiciais versando sobre a temática da reserva de vagas em concursos públicos federais: **I.** Processo n. 119328-36.2015.4.02.5001– 4ª Vara Federal do ES; **II.** Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000. Rel. Desembargador Marcus Abraham. Turma Especial III, TRF 2ª Região 21.08.2015; **III.** 0040614-42.2015.4.01.3400 Tribunal Regional Federal da 1ª Região; **IV.** RTOrd 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. TRT da 13ª Região.

O que se verifica, portanto, é a **crecente proliferação do questionamento sobre a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014**, regramento que, recentemente adentrado no ordenamento jurídico brasileiro, está sob intenso debate nas instâncias inferiores, ocasionando grave insegurança jurídica.

De todo o exposto, é imprescindível que haja uma exegese única acerca da interpretação da Lei nº 12.990/2014, não podendo a análise da presente demanda ser impedida por interpretação formalista, que viesse a impor a demonstração de existência de ampla controvérsia jurídica (art. 14, inciso III, da Lei n. 9.868/1999), o que, ademais, não é exigida pelo texto constitucional.

IV - DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/14

IV. A – RESERVA DE VAGAS – FORÇA NORMATIVA DOS ARTS.

1º II, III, IV; 3º I, II; 4º VIII; 5º, II, XXXIII, XLI, LIV; 6º caput; 37, I e

193 da MAGNA CARTA – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS.

1º; 3º; 4º; 5º e 6º da LEI Nº 12.990/14:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A Lei nº 12.990/14 foi proposta com o objetivo de criar ações afirmativas de combate à desigualdade racial e proporcionar uma maior representatividade aos negros e pardos no serviço público federal.

De igual modo, com o objetivo de promover reparação ao período da escravidão negra no Brasil, foi criada a Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra no Brasil pelo Conselho Federal da OAB, com o objetivo de promover o resgate histórico desse período, demonstrando a importância das ações afirmativas, como meio de reparação à população negra.

O que se verifica é que a implementação das políticas afirmativas permitiram aos negros e aos pardos ascenderem política e socialmente. Analisando a situação específica do exame de ordem, observa-se que 48.000 (quarenta e oito mil) negros e pardos ingressaram no quadro dos advogados do Brasil nos últimos três anos. A aprovação de negros e pardos cresceu de 16,29%, no 16º exame, para 21,91% no 17º exame de ordem, comprovando o sucesso das ações afirmativas.

Nesse sentido, a exposição de motivos anexada ao projeto de lei proposto pelo Executivo (PL 6.738/2013) apresenta como justificativa da reserva de vagas a adoção de política afirmativa para efetivar a igualdade de oportunidades entre negros e brancos no país, garantindo que os quadros do Poder Executivo reflitam a realidade da população brasileira.

Os dados apresentados indicam que, mesmo diante do esforço para diminuição da pobreza e da desigualdade, ainda há grande disparidade entre o percentual da população negra/parda no país (50,74% da população total) e sua representatividade no serviço público federal (30% dos servidores).

Face a esta situação, o CNJ aprovou recentemente a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para negros em concursos para o Judiciário, cuja reserva também se aplica para o cargo de magistrado.

Logo, a adoção de reserva de vagas nos concursos públicos não apenas se mostra compatível com o preceito do art. 3º, I, II, III e IV, da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Constituição Federal, mas cumpre com a determinação do art. 39 da Lei 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial. Vejamos:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem 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.

Tal medida também se encontra em conformidade com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968 e promulgada pelo Decreto nº 65.810/1969.

Ao ratificar a referida Convenção, o Estado Brasileiro se comprometeu a implementar políticas de eliminação da discriminação racial e de adotar medidas para garantir a todos, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais:

Artigo I

1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Artigo II

1. Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim:

(...)

c) Cada Estado Parte deverá tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, abrogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la onde já existir;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

d) Cada Estado Parte deverá, por todos os meios apropriados, inclusive se as circunstâncias o exigirem, as medidas legislativas, proibir e por fim, a discriminação racial praticadas por pessoa, por grupo ou das organizações;

e) Cada Estado Parte compromete-se a favorecer, quando for o caso as organizações e movimentos multirraciais e outros meios próprios a eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a fortalecer a divisão racial.

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 âmbito da Suprema Corte, a questão das cotas raciais foi debatida na ADPF nº 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra as cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB), sob o argumento de que o sistema contrariava vários preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e que a discriminação no Brasil era uma questão social e não racial.

Na ocasião, o STF refutou os argumentos apresentados pelo DEM e declarou a constitucionalidade do sistema de cotas da UnB. O e. Ministro Ricardo Lewandowski, Relator, afirmou que a política de adoção de cotas para negros serve à correção das distorções sociais historicamente consolidadas, afigurando-se compatível com os valores e princípios da Constituição:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF Nº 186
Acórdão de 26/04/2012

Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados 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. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico- raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Os demais ministros, à unanimidade, seguiram o voto do Relator. Entenderam que as cotas raciais estão em conformidade com o princípio da igualdade material, valendo ressaltar trecho do voto da e. Ministra Rosa Weber ao salientar que é dever do Estado “adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico”, e que o sistema de cotas serve a pluralizar e democratizar o sistema, aumentando a representatividade social devido à maior presença de negros nestas esferas.

Resta claro, portanto, a posição do STF sobre a constitucionalidade das cotas raciais sob a luz do princípio da igualdade material – segundo o qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais –, bem como os objetivos fundamentais expressos na nossa Carta Magna de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme determinação do art. 3º, inc. I, da CF. Tal concepção é expandida nos incisos II e III deste mesmo artigo, a fim de ampliar os objetivos fundamentais da nação.

O que se verifica é que a Constituição Federal brasileira pugna pelo alcance da igualdade material, conforme disposto em diversos dispositivos da Magna Carta, sobressaindo-se deste rol, para a apreciação da presente ADC, os seguintes artigos: art. 1º II, III, IV; art 3º I, II, III, art 4º VIII; art 5º, II, XXXIII, XLI, LIV; art 6º caput; art 37, I e art 193.

Isto porquê, a concepção clássica de igualdade jurídica teve ampla aceitação apenas nas sociedades do final do século XVIII e século XIX, pois surgiu com o objetivo de abolir os privilégios da nobreza da época. Todavia, nas sociedades modernas a aplicação do princípio na sua forma literal não é mais sustentável, razão pela qual ele vem se moldando às necessidades dos problemas contemporâneos, isto é, a busca pela adoção de uma igualdade que visa respeitar as diversidades. Tudo conforme dos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Assim, os tratamentos diferenciados entre grupos distintos por motivo racial estabelecidos por lei estão em consonância com o princípio da igualdade material, desde que respeitado o princípio da razoabilidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Nesta linha, a Lei nº 12.990/14 tem como objetivo o enfrentamento do problema da discriminação racial no país, não sendo objeto os problemas de desigualdade social, em que pese ser tema revestido de igual relevância. Isto porque a pobreza e a desigualdade racial devem ser enfrentadas de maneiras diferentes: a pobreza por meio de políticas de cunho universalista (crescimento econômico e distribuição de renda) e a desigualdade racial por meio de um conjunto de políticas e ações afirmativas. Seguindo, dessa forma, os preceitos do art. 3º I, II da Magna Carta.

A sociedade brasileira, mesmo dialogando há 120 anos com os ideais republicanos e democráticos, ainda enfrenta o desafio da integração racial. As políticas públicas de combate à desigualdade racial, mediante as quais o Estado se faz presente consolidando direitos, desfazendo iniquidades, fortalecendo a coesão social, sofrem ainda muita resistência por parte da população brasileira.

A discriminação racial não está apenas no campo da educação, mas também do trabalho, razão pela qual os autores chave que mediam o processo de inclusão do negro na sociedade são: o sistema escolar, o Estado e o mercado de trabalho. Conforme os ditames dos arts. 1º, IV e 193 da Constituição Federal.

A oportunidade de igualdade ofertada a um indivíduo por meio de políticas públicas no combate à discriminação racial, além de ter um efeito imediato sobre os destinatários da norma, tem um papel importante na configuração da mobilidade a longo prazo. É dizer, visa surtir efeito nas gerações futuras, fazendo com que a educação e o emprego dos pais influenciem o futuro dos seus filhos.

Nesse sentido, é fácil constatar que as cotas nos serviços públicos representam uma extensão das cotas universitárias, uma evolução das ações afirmativas no combate ao racismo e à desigualdade racial no país.

A implementação de uma política de cotas no ensino superior e no serviço público se dá a partir da constatação estatística da marginalidade da população negra nesses setores. Portanto, nesse cenário a política de cotas



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

constitui um instrumento útil e necessário contra a discriminação racial e favorece o acesso da população negra e parda nas universidades e serviços públicos.

A dificuldade de consolidação da questão racial no campo das políticas públicas no país se dá, sobretudo, por causa da resistência ao enfrentamento do problema e da falta de percepção e sensibilidade à questão da desigualdade racial historicamente presente no país.

Por fim, constata-se que o enfrentamento do problema é de extrema importância, devendo ser reconhecida a discriminação racial como fenômeno recorrente no país e integrando a questão racial ao projeto democrático com iniciativas mais enfáticas na defesa da inclusão do negro e da representação proporcional dos grupos raciais.

Assim, e por todo o exposto, é imperioso concluir que a Lei nº 12.990/14 está em consonância com o princípio da igualdade material, conforme entendimento do STF, e com os preceitos fundamentais da Carta Magna, bem como com Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e com a Lei 12.288/2010.

**IV.B – DO CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO RACIAL –
CONSTITUCIONALIDADE DO ART 2º CAPUT E PARÁGRAFO
ÚNICO DA LEI N º 12.990/14 COM FUNDAMENTO NOS ART. 1º,
III; ART.4º, II, III E ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO:**

No particular, cumpre registrar que as cotas raciais têm uma finalidade sociocultural e visam combater a discriminação racial e a baixa representatividade do negro nas universidades e entidades de serviço público brasileiras, razão pela qual a adoção de um critério objetivo de classificação racial não é compatível com a finalidade das cotas.

A utilização de tal critério só é possível no campo científico. Atualmente, por meio de testes sanguíneos e da análise do DNA, é possível identificar o grupo racial ao qual determinada pessoa pertence. Uma classificação racial apurada indicaria, inclusive, uma parcela da população com ascendência africana, mas totalmente brancos em aparência, pessoas



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

estas que talvez nunca tenham sofrido qualquer tipo de discriminação por conta de sua raça objetivamente identificada.

Assim, o que se verifica é que o racismo presente na sociedade brasileira extrapola o fator genético, não sendo uma questão de identificação biológica da raça. A questão da discriminação racial está relacionada aos indivíduos eleitos como objeto de discriminação racial por conta da sua cor. Trata-se de uma realidade sociocultural, a qual se distingue completamente da realidade biológica.

A definição de quem é negro e quem é branco no Brasil se dá sob um prisma social. A dificuldade de definir a cor das pessoas e a polarização das diferenças entre brancos e negros deve ser pensada como o resultado de um processo histórico, social e político e não como um dado objetivo, imutável no tempo. A definição do branco e do negro constitui, no contexto brasileiro, o coração do racismo e não um elemento objetivo.

Desse modo, a adoção de um critério objetivo de classificação racial, conforme questionamentos levantados, mostra-se incompatível com a finalidade do sistema de cotas raciais, segundo se extrai do estudo do IPEA, que segue:

Com os progressos da biologia e da genética, tornou-se possível estabelecer, a partir da análise de DNA, quais seriam os grandes grupos “raciais” a que teriam pertencido os ancestrais de uma pessoa. Porém, ressalva-se de pronto que esses métodos devem ser rejeitados por uma razão muito simples: não existe correspondência direta e necessária entre os grupos “raciais” que podem ser definidos pelo emprego desses métodos e os grupos “raciais” que as sociedades reconhecem e usam para distinguir e hierarquizar seus membros. A sociedade não precisa saber quão negra 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. Nunca se teve notícia de um porteiro de prédio que exigisse um laudo técnico ou um microscópio eletrônico para decidir mandar o sujeito que considerou mais escuro entrar pela entrada de serviço.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em se tratando de uma questão sociocultural, *data venia*, o critério da autodeclaração de cor/raça é o mais apropriado no campo das ações afirmativas. Isto porque, para transformar a classificação racial em um instrumento de luta política contra o racismo, é necessário que os brasileiros possam definir a sua própria cor e o grupo ao qual pertencem dentro da sociedade brasileira. Assim, a identificação racial é, antes de tudo, uma questão de aceitação social.

É interessante notar que a classificação racial não é uma inovação introduzida pelo sistema de cotas. Há muito a polícia classifica os detentos e as vítimas segundo a sua cor e as instituições de saúde pública mencionam a cor dos pacientes nos formulários médicos. Nesses casos, a classificação racial nunca suscitou interesse por parte da população.

A problemática da classificação racial se dá exclusivamente no sistema de cotas, tendo em vista ser o único sistema que “oferta” algo benéfico à população negra: uma oportunidade de igualdade, a qual é vista por muitos como uma forma de “tratamento privilegiado”. Contudo, como já restou amplamente demonstrado, não se trata de “privilégio”, mas de “correção das distorções sociais historicamente consolidadas”.

O sistema classificatório utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE emprega cinco categorias de “cor ou raça”: branca, preta, amarela, parda, indígena. Nas suas pesquisas, o IBGE adota os critérios da auto e da heteroatribuição de pertença para identificação e posterior classificação racial.

No critério de autoatribuição de pertença, o próprio sujeito escolhe o grupo do qual se considera membro. Nos casos de impossibilidade do indivíduo optar por sua classificação racial utiliza-se o critério da heteroatribuição de pertença, no qual outra pessoa define o grupo ao qual o indivíduo pertence.

Ressalta-se que os processos de identificação e de classificação racial não devem ser confundidos. A classificação racial estabelece a cor/raça segundo a qual os indivíduos devem ser identificados.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Já o método da identificação racial estabelece quem será o responsável por classificar determinado indivíduo.

No tocante às cotas, porém, o acesso repousa, via de regra, sobre o princípio da autodeclaração, ou seja, no momento da inscrição o candidato optante por concorrer às vagas reservadas aos cotistas escolhe se autodeclarar negro ou pardo. Trata-se de dispositivo que se coaduna com o disposto no art. 4º, incs. II e III da CF, os quais preveem a prevalência dos Direitos Humanos e a autodeterminação dos povos, respectivamente.

É o que prevê o art. 2º da Lei nº 12.990/14:

*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. (Grifo nosso)*

Subsidiariamente, utiliza-se o critério da heteroatribuição, como forma de controle do processo de autodeclaração, objetivando evitar possíveis manipulações de candidatos que tentam se passar por negros ou pardos para se beneficiar do sistema de cotas.

Em que pese a Lei nº 12.990/14 não fazer menção expressa ao referido critério, sua utilização se depreende de uma interpretação teleológica do art. 2º, parágrafo único da Lei, *in verbis*:

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.

Como se vê, a intenção do legislador infraconstitucional foi de obstaculizar as eventuais fraudes na utilização do sistema. Evidentemente que para se constatar a veracidade das declarações feitas pelos candidatos deve haver uma banca averiguadora na qual os administradores emitirão um



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

juízo de valor sobre a classificação racial do candidato, utilizando-se, assim, o critério heteroatributivo de identificação racial.

Por se tratar de um método subjetivo, leva em consideração as peculiaridades do sistema e busca evitar distorções.

Neste sentido, a criação de um método objetivo para identificação dos negros não se mostra compatível com os objetivos da política de combate à discriminação racial.

Ademais, não há como sustentar que a Lei nº 12.990/14 depende de regulamentação, pois estabelece que a identificação racial far-se-á pelo método da autodeclaração (art. 2º, caput) e, subsidiariamente, da heteroatribuição para fins de controle (parágrafo único do art. 2º).

Já para classificação racial, a Lei determinou a utilização dos quesitos de cor/raça adotados pelo IBGE desde o Censo de 1970.

Ademais, a instauração de Banca para averiguar a veracidade da documentação dos candidatos é necessária para se evitar fraudes e garantir que os reais destinatários da norma tenham seu direito resguardado.

Ressalta-se que quaisquer procedimentos realizados pelas Bancas Averiguadoras em desconformidade com os preceitos constitucionais – em destaque o art. 1º, III, CF, que postula sobre a dignidade da pessoa humana –, infralegais e editais ferem direitos dos candidatos, devendo estes buscar o Judiciário para a tutela de seus direitos. Cabe salientar que, tais procedimentos estão constitucionalmente previstos, conforme destaca o art. 37, caput e inc. I da Constituição Federal, sendo imperioso o respeito ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por se tratar de um procedimento administrativo deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa aos candidatos e respeitar os princípios constitucionais e administrativos norteadores. Além disso, o ato administrativo deve conter todos os seus elementos, dentre os quais se destacam a finalidade e o motivo.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De todo o exposto, resta demonstrada a constitucionalidade e autoexecutoriedade da Lei nº 12.990/14.

V- DO CABIMENTO DE AGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E SUBSIDIARIDADE

Em atenção ao princípio da fungibilidade e subsidiaridade, afirma-se que, em caso da não recepção e processamento desta ação nos moldes de uma ação declaratória de constitucionalidade, requer-se que a presente ação seja recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a hipótese da inexistência de outro meio cabível na via de ação direta.

Verifica-se que, no caso sob apreço, há o cabimento de ADPF, de forma a respeitar o princípio da subsidiariedade:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostra-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.

(

De igual modo, observa-se a ADPF nº 114, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa reconheceu a admissibilidade da propositura de ADPF tendo por objeto decisões do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, em primeira e Segunda Instâncias, que resultaram no



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos de convênios, firmado entre o Estado do Piauí e autarquias federais, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados públicos de sociedade de economia mista estadual.

Quanto à fungibilidade, a ADI nº 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux – Informativo 786 – revela a possibilidade da conversão das ações constitucionais após a sua propositura, a fim de viabilizar a economia da máquina judiciária.

Em decorrência do princípio da subsidiaridade, tem-se a possibilidade do ajuizamento da ADPF para sanar controvérsias judiciais, conforme se observa no caso em apreço. Para tanto, é suficiente que as decisões, que consistem em atos públicos, violem ou ameacem, de forma comissiva ou omissiva, qualquer dos preceitos fundamentais inscritos nos artigos 1º a 5º, no inciso VII, do artigo 37, e no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 e quaisquer “*disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico*” aos princípios.

Foi neste o sentido que esta Suprema Corte firmou o seu entendimento, a exemplo do voto do Ministro Gilmar Mendes na relatoria da ADPF nº 33/PA:

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa de Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No presente caso, discute-se a lesão e a ameaça de lesão aos princípios constitucionais inscritos nos artigos 1º II, III, IV; 3º I, II; 4º VIII; 5º, II, XXXIII, XLI, LIV; 6º caput; 37, I e 193 da Constituição.

Dessa forma, demonstra-se cabível a admissão do pleito também em hipótese de ADPF, nos termos dos arts. 102, § 1º e 103, VII da Constituição Federal.

VI - DA MEDIDA CAUTELAR

Incontroverso é que a lei emanada pelo Congresso Nacional exsurge dotada de presunção de constitucionalidade, possuindo caráter cogente desde logo em vigor.

Ocorre que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, possibilita o controle difuso da constitucionalidade, permitindo a todos membros do Poder Judiciário a incidental declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos.

Casos há em que se revela imprescindível a pronúncia deste Egrégio Supremo Tribunal, guardião institucional da Constituição, firmando natureza absoluta à presunção de constitucionalidade atribuída ao ato normativo.

Tal necessidade de declaração advém da imperiosa manutenção da segurança jurídica, pilar de sustentação do ordenamento jurídico, apto a garantir a estabilidade das instituições democráticas.

Nesse sentido, o ilustre voto do Ministro Moreira Alves, para quem a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado

(...) não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação

(...) levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

(ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1.12.93, DJU 16.6.95)

E é nesse diapasão que segue este caso sob análise.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.990/2014, a reserva de vagas passou a ser obrigatória em todos concursos públicos no âmbito da Administração Pública Federal.

A dimensão da questão pode ser vislumbrada através de uma rápida consulta aos Editais publicados cujas inscrições hoje estão abertas ou com provas concursais pleno em andamento, já prevê a reserva de vagas de acordo com Lei nº 12.990/2014.

Sem pretensão exauriente, destacam-se os seguintes concursos:

- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com 1.409 vagas para cargos diversos;
- Marinha do Brasil, com 1.860 vagas para Fuzileiro Naval;
- Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com 22 vagas para Juiz Federal Substituto;
- Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com 115 vagas para Juiz Federal Substituto;
- Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com 950 vagas para cargos variados;
- Defensoria Pública da União, com 143 vagas diversas;
- Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com 4 vagas para Juiz do Trabalho Substituto;
- Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, com 19 vagas para Juiz do Trabalho Substituto;
- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com 133 vagas para Juiz do Trabalho Substituto.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Cabe esclarecer que este espaço amostral, apesar de apenas destacar alguns concursos públicos em andamento, não incluindo os editais já encerrados, engloba o montante de 4.655 cargos públicos.

Ademais, é notório o elevado número de pessoas inscritas nestes certames, com casos recorrentes de mais de 40 candidatos concorrendo a uma mesma vaga.

Tão somente a título de ilustração, numa previsão bastante reduzida, houvessem apenas 3 candidatos a cada cargo acima elencado, seriam quase 14.000 pessoas.

Ocorre que, a insegurança jurídica ensejada não atinge apenas a esfera jurídica dos candidatos, mas também, e com maior intensidade, a Administração Pública.

O modelo de Administração brasileiro, pós Emenda Constitucional nº 19/98, é gerencial, pautando-se pelo princípio da eficiência.

A presença de decisão judicial determinando a nomeação de candidatos não aprovados, por meio de incidental afastamento da reserva de vagas, gera inegável mácula à eficiência da máquina administrativa.

Isto porquê, ausente a previsão de tais contratações, ocasiona-se prejuízo direto à máquina pública e à segurança jurídica, incorrendo em violação ao direito líquido e certo obtido pelos cidadãos cotistas que lograram alcançar desempenho satisfatório para compor o quadro dos funcionários públicos.

A manifesta insegurança jurídica e lesão à máquina pública, demonstram o *periculum in mora*, capaz de causar graves lesões aos preceitos fundamentais, caso a presente cautelar não seja deferida. Todo e qualquer concurso público federal estará sujeito à contestação.

Não obstante, a legítima expectativa à observância das regras procedimentais da Lei nº 12.990/14 é direito que merece pronta guarida pelo



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Judiciário, especialmente por se tratar de matéria conexa ao julgado da ADPF nº 168, já que ambos os casos tratam das ações afirmativas. Face a este, e aos demais argumentos expostos ao longo da peça, verifica-se a presença do *fumus boni iuris*.

Após longa consolidação através de reiteradas decisões pretorianas, hoje a Lei n. 9.868/99 expressamente consigna a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, conforme seu art. 21, *in verbis*:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Conforme demonstrado, a instabilidade jurídica engendrada através da não aplicação da lei nº 12.990/2014 por suposta inconstitucionalidade, abala a esfera jurídica de um sem número de candidatos a certames públicos e macula o funcionamento eficiente da Administração Pública, o que, via princípio da supremacia do interesse público, enseja prejuízo à sociedade brasileira como um todo.

A medida cautelar é instrumento eficaz e indispensável no caso concreto para a manutenção da segurança jurídica e para a tutela da legítima expectativa ensejada pelos editais e pela lei nº 12.990/2014, e da efetivação das ações afirmativas, concretizadoras da igualdade em seu viés material.

As decisões proferidas pela inconstitucionalidade do ato normativo sob análise abrem perigosos precedentes, a conclamar a imediata postura por esta Egrégia Corte em razão da vultosa repercussão emanada ao ordenamento jurídico, tanto pela dimensão quantitativa, quanto pela fundamentalidade dos valores constitucionais em xeque.

E assim requer-se o deferimento da cautelar para determinar de que os juízes e os Tribunais **suspendam o julgamento dos processos que**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

envolvam a aplicação da Lei nº 12.990/2014, em especial o Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e a Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, até o definitivo julgamento desta ação declaratória.

V – DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL** requer:

a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, considerando a existência de controvérsia judicial relevante sob o aspecto quantitativo e/ou qualitativo;

b) caso seja o entendimento da Eg. Corte, a conversão da presente ADC em ADPF, à luz dos princípios da fungibilidade e subsidiariedade;

c) o deferimento da medida cautelar, visando a suspensão das decisões proferidas;

d) sejam requisitadas informações da Presidência da República e do Congresso Nacional (art. 6º da Lei nº 9.868/99);

e) seja determinada a intimação do Sr. Procurador Geral da República para manifestação na forma do art. 19 da Lei nº 9.868/99;

f) após o devido processamento, seja **julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/14.**

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em razão da impossibilidade de quantificar seu conteúdo econômico.

Espera Deferimento.

Brasília/DF, 26 de janeiro de 2016.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB nº 18.958

Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP nº 339.012