



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 122.224/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação declaratória de constitucionalidade 41/DF

Relator: Ministro **Roberto Barroso**
Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Interessados: Presidência da República
Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. LEI 12.990/2014. RESERVA DE VAGAS A CIDADÃOS NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A MATÉRIA. RELEVÂNCIA DO TEMA. POTENCIAL MULTIPLICADOR DA DISCUSSÃO. CABIMENTO DA AÇÃO. MÉRITO. AÇÃO AFIRMATIVA. POLÍTICA DE COTAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO (“RACIAL”). INCLUSÃO SOCIAL DE GRUPO HISTORICAMENTE EXCLUÍDO. COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA (ART. 5º, *CAPUT*) E COM OBJETIVOS GERAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA (CR, PREÂMBULO E ARTS. 1º, V, e 3º).

1. Cabe ação declaratória de constitucionalidade para afastar insegurança jurídica decorrente de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade do sistema de cotas raciais estabelecido pela Lei 12.990/2014.

2. Política de ação afirmativa voltada à reserva de vagas para cidadãos negros em concursos públicos compatibiliza-se com princípios e valores consagrados na Constituição da República de 1988, sobretudo com a garantia constitucional da isonomia material (art. 5º, *caput*) e com os objetivos objetivos gerais do estado democrático de direito e os fundamentais da República Federativa do Brasil, voltados à construção de sociedade solidária, fraterna e pluralista, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação (Preâmbulo e arts. 1º, V, e 3º).

3. Em diversos e relevantes eixos da vida e nos correspondentes indicadores, persiste forte desigualdade na sociedade brasileira, associada ao gênero e à cor da pele (*vide*, por exemplo, o *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, do IPEA). Esse quadro mostra que o País ainda precisa de políticas que auxiliem a promoção da igualdade material entre pessoas de pele negra e branca. Cotas em instituições públicas são mecanismo (temporário) de enorme relevância para atingir tal desiderato.

4. Parecer por conhecimento e procedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto a Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva a cidadãos negros 20% das vagas de concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal e em autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Este é o teor da norma:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% ([...]) 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 ([...]).

§ 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 fra-

ção igual ou maior que 0,5 ([...]), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 ([...]).

§ 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 lhe 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 mol-

des 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 ([...]) anos.

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

Sustenta o requerente que a norma “vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a *Lei de Cotas* é inconstitucional”. Haveria necessidade de pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, de modo a reprimir “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” (petição inicial, página 4). Relata decisões judiciais que reconheceram inconstitucionalidade da lei. Aponta incompatibilidade de tais decisões com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF.¹ Informa que, mesmo antes da edição da lei, a comunidade jurídica já discutia validade e constitucionalidade de políticas afirmativas com reserva de vagas, havendo justo receio de novas situações de insegurança jurídica em concursos públicos. Defende a constitucionalidade da Lei 12.990/2014, a qual teve por objetivo criar ação de combate à desigualdade racial e proporcionar maior representatividade a pessoas negras e pardas no serviço público federal. Em caráter subsidiário,

¹ Supremo Tribunal Federal. Plenário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. 26/4/2012, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 205, 20 out. 2014.

caso a Corte entenda não ser cabível a ADC, requer seu recebimento como arguição de descumprimento de preceito fundamental, diante da fungibilidade entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Requereram ingresso na ação, na qualidade de *amici curiae*, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e a EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes. O primeiro pugnou por procedência do pedido e a segunda por concessão parcial de medida cautelar, apenas para suspender ações em que se discuta a inconstitucionalidade da política de ação afirmativa instituída pela Lei 12.990/2014, mas não casos que envolvam alegações de fraude na autodeclaração de candidatos (peça 13 e 25).

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 30).

O Congresso Nacional trouxe informações sobre o processo legislativo da norma e defendeu sua compatibilidade com a Constituição de 1988 (peça 35).

A Presidência da República manifestou-se por procedência do pedido. Acostou estudos sobre a constitucionalidade da política de cotas e informou ser a autodeclaração o critério mais usado em processos de classificação racial no Brasil (peças 37-45).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por constitucionalidade da norma (peça 47).

É o relatório.

2. CABIMENTO DA AÇÃO

De acordo com a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, admissibilidade de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pressupõe existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto do pedido.² Acerca da exigência legal, GILMAR FERREIRA MENDES observa:

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada.³

No julgamento de medida cautelar na ADC 8/DF, considerou o Supremo Tribunal Federal que inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos sobre constitucionalidade de lei inviabiliza instauração de processo objetivo, porquanto converteria

2 “Art. 14. A petição inicial indicará: [...]

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.219.

a ADC em instrumento de consulta sobre validade constitucional de leis ou atos normativos:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO CONHECIDA.

– O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

– O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, “em proporções relevantes”, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. [...]”⁴

4 STF Plenário. Medida cautelar na ADC 8/DF Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 13/10/1999, maioria. *DJ*, 4 abr. 2003, p. 38.

O requerente retratou controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da política de cotas instituída pela Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, nos seguintes termos (petição inicial, p. 5-9):

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 prevêem 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 CÉZAR 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 DI-

FUSO. *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 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.*)

[...]

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. 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 elimi-

nados 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)

Diante de tais informações, reputa a Procuradoria-Geral da República estar atendido o requisito da existência de controvérsia judicial relevante, exigido para propositura de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei 9.868/1999, art. 14, III).

Tanto em razão da relevância jurídica do tema, quanto pelo potencial multiplicador da discussão, dada a grande quantidade de certames em que a questão da (in)constitucionalidade da reserva de vagas para cidadãos negros pode vir a ser suscitada, torna-se necessário que esta Corte resolva a controvérsia e afaste a insegurança jurídica em torno do tema.

3. MÉRITO

A Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, implantou política pública com vistas a estimular inclusão social de grupo historicamente excluído, por meio da reserva, a pessoas negras e pardas, de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos realizados na administração pública direta e indireta da União:

Art. 1º. Ficam reservadas aos negros 20% ([...]) 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.

[...]

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.

A constitucionalidade da instituição de sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, foi exaustivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF. Assentou a Corte a compatibilidade de tais políticas públicas com os princípios e valores consagrados na Constituição da República de 1988, sobretudo com a garantia constitucional da isonomia, em sua acepção material ou substancial (CR, art. 5º, *caput*), e com os objetivos gerais do estado democrático de direito e fundamentais da República Federativa do Brasil, voltados à construção de sociedade solidária, fraterna e pluralista, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (CR, preâmbulo e arts. 1º, V, e 3º, I, III e IV). Ressaltou o tribunal a importância da adoção de políticas de ação afirmativa como instrumentos jurídicos aptos a conferir efetividade a direitos e garantias fundamentais e a corrigir distorções decorrentes da aplicação meramente formal do princípio da igualdade, aplicação esta insuficiente

para superar situações de desigualdade que sofrem grupos historicamente excluídos.

Eis o acórdão referente a esse julgado:

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, 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.⁵

O relator do processo, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, observou com propriedade que ações afirmativas voltadas à reversão do quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais no país não devem ser examinadas em face de preceitos constitucionais isolados, mas à luz de todo o arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o Estado brasileiro (inteiro teor do acórdão, páginas 53, 59 e 60):

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica [da] justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas,

⁵ Ver nota 1.

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.

[...]

Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

Como é evidente, toda seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles.

Destacou o STF a importância da transitoriedade das políticas de cotas como ações afirmativas, as quais somente devem manter direitos desiguais ou distintos enquanto não forem alcançados os objetivos que lhes justificaram a instituição. A Lei 12.990/2014 atende ao requisito, porquanto prevê limitação temporal razoável para vigência do sistema de cotas que instituiu: “Art. 6º. Esta Lei en-

tra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (...) anos.”

A conformidade constitucional do critério adotado na identificação do componente étnico-racial, para fins de participação no sistema de cotas, também foi apreciada no julgamento da ADPF 186/DF. Destaca-se o seguinte trecho do voto do relator (inteiro teor do acórdão, p. 82-84):

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna.

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente [...] estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada DANIELA IKAWA, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há [...] um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% –, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns

mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas [...]. Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.⁶

Tanto a autoidentificação, quando a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

Como se vê, o STF considerou lícitas tanto a possibilidade de uma política temporária de ação afirmativa (no caso da ADPF 186/DF, para seleção de ingresso no ensino público superior) quanto a eleição, pelo legislador, do critério étnico como base para ela. Ao ver da Procuradoria-Geral da República, as

6 Nota do original: “IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 129-130.”

mesmas razões aplicam-se à definição de política análoga na admissão de candidatos em concursos públicos para parcela das vagas (no caso da lei em foco, de 20%), que passaram a ser destinadas a cidadãos negros a fim de realizar o princípio da isonomia material, em face da notória e histórica desigualdade com que essas pessoas são tratadas no país. O estímulo a seu ingresso no serviço público tenderá a reduzir essa desigualdade.

A Lei 12.990/2014 também se compatibiliza com o art. 37, VIII, da Constituição da República. A ação afirmativa prevista no dispositivo constitucional, voltada à inclusão social de pessoas com deficiência, não impede adoção de outras pelo legislador. Reparação e compensação de fatores de desigualdade factual com medidas provisórias e pontuais de superioridade jurídica não configuram concessão do estado, mas deveres que se extraem dos princípios constitucionais.⁷

Definição de percentual de vagas no serviço público a reservar-se a beneficiários de cada uma das políticas de cotas a ser implantada é matéria que se insere no poder de conformação próprio da atividade legislativa. Havendo razoabilidade nos critérios legais, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador para majorá-los, reduzi-los ou equipará-los a outros que se possam considerar mais adequados, o que sempre envolve apreciação subjetiva, discricionária, para a qual a vocação é, sobretudo, do Legislativo.

⁷ STF Primeira Turma. Recurso em mandado de segurança 26.071/DF. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. 13/11/2007, un. *DJe* 18, 1º fev. 2008.

A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º da Constituição da República e na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,⁸ integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969. O artigo II da Convenção, por exemplo, prevê a possibilidade de medidas de ação afirmativa, como a em análise:

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:

[...]

d) Cada Estado Parte deverá proibir e pôr fim, por todos os meios apropriados, inclusive medidas legislativas se as circunstâncias o exigirem, a discriminação racial praticada por qualquer pessoa, grupo ou organização;⁹

e) Cada Estado Parte compromete-se a favorecer, quando for o caso, organizações e movimentos multirraciais [integracionistas]¹⁰ e outros meios próprios a eliminar as bar-

8 Trata-se da *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, aprovada em Nova York, EUA, em 7 de março de 1966, com entrada em vigor em 4 de janeiro de 1969, segundo seu art. 19. Versões oficiais em inglês e francês disponíveis em < <http://zip.net/bftlsy> > ou < <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/v660.pdf> >, a partir da p. 226 do arquivo eletrônico; acesso em 31 maio 2016. Informações sobre a convenção disponíveis em < <http://zip.net/bvtlWs> > ou < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#top >; acesso em 31 maio 2016.

9 Adotou-se nesta alínea tradução diferente da versão oficial em português do Decreto 65.810/1969, por esta se encontrar truncada. A tradução aqui indicada corresponde melhor à versão oficial da convenção, em inglês (*vide* nota 8).

10 O termo “integracionistas” consta da versão oficial em inglês da Organização das Nações Unidas, mas foi suprimido da versão do Decreto

reiras entre as raças e a desencorajar o que tenda 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 e 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. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter como consequência a manutenção de direitos desiguais ou separados para diferentes grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.¹¹

Avanços sociais dificilmente são indolores. Para permitir maior integração de grupos sociais notória e historicamente discriminados de forma negativa, como os afrodescendentes e as pessoas de baixa renda, em espaços sociais limitados como as instituições de ensino superior e o serviço público, é certo que alguns cidadãos terão seu interesse pessoal momentaneamente afetado. Se a lei deliberou “favorecer”, em alguma medida, aqueles grupos historicamente lesados, pessoas dos demais grupos terão menos facilidades para ingressar nesses espaços. Não há nisso ofensa inaceitável à meritocracia que deve reger o acesso ao ensino superior e ao serviço público, porquanto esse valor não é absoluto e é preservado pela própria concorrência que haverá para as vagas destinadas às chamadas cotas sociais ou étnicas. Ademais, relativizar parcialmente a estrita meritocracia em favor de maior justiça social tenderá a favorecer o próprio ambiente

65.810/1969.

11 A última frase foi reescrita em relação ao texto do Decreto 65.810/1969, porque não corresponde à versão oficial da convenção.

acadêmico e administrativo e, no longo prazo, a sociedade brasileira (à qual a universidade e a administração pública devem servir, pois não são fins em si mesmas), mediante convivência entre mais pessoas e grupos diferentes, maior abertura a distintas visões e experiências de mundo e recepção da contribuição que os cidadãos dos grupos historicamente prejudicados têm a dar ao universo de pessoas que compõem essas instituições.

A igualdade formal assegurada pela Constituição e pelas leis de modo algum bastou para que o Brasil se libertasse dos pesados ônus que sofrem as pessoas de cor negra. Basta ver alguns dos achados do estudo conjunto *Retrato das desigualdades de gênero e raça*,¹² do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), da ONU Mulheres (Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres), da SPM (Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República) e da SEPPIR (Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República). Esse levantamento afasta por completo a ilusão de alguns, de que no Brasil não haveria preconceito de cor (nem de gênero). Vejam-se algumas conclusões da pesquisa:¹³

12 Disponível em < www.ipea.gov.br/retrato >; acesso em 31 maio 2016.

13 BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada *et alii*. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 4. ed. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em < www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf > ou < <http://zip.net/bhtlMB> >; acesso em 31 maio 2016.

a) na educação:

[...] a média de anos de estudos da população com 15 anos ou mais de idade aumentou de 5,5 anos, em 1995, para 7,5 anos, em 2009, representando um aumento de 2 anos no período. Considerando-se a população negra, identifica-se um aumento de 2,4 anos no mesmo intervalo, o que não representa ainda o rompimento das desigualdades: em 2009, os/as negros/as tinham 6,7 anos de estudos, contra 8,4 anos da população branca.

[...]

Em 1995, a taxa de escolarização líquida no ensino superior – que mede a proporção de pessoas matriculadas no nível de ensino adequado para sua idade – era de 5,8%, chegando, em 2009, a 14,4%. Neste mesmo ano, esta taxa era de 21,3% entre a população branca, contra apenas 8,3% entre a população negra, chegando a apenas 6,9% entre os homens negros. Em 2009, a taxa de escolarização das mulheres no ensino superior era de 16,6%, enquanto a dos homens, de 12,2%. A taxa de escolarização de mulheres brancas no ensino superior é de 23,8%, enquanto, entre as mulheres negras, esta taxa é de apenas 9,9%. As políticas de expansão das universidades, o Prouni, as ações afirmativas e outras políticas têm contribuído para os avanços nesta área, no entanto, as desigualdades raciais que determinam e limitam as trajetórias de jovens negros/as explicam a discrepância dos dados.

b) no acesso a serviços de saúde:

Em 2008, a proporção da população brasileira atendida no sistema de saúde, que engloba serviços públicos e privados, foi de 96,2%, índice que alcança 97,3%, ao se tratar da população branca, e 95,0% quando se refere à população negra. No que diz respeito especificamente aos atendimentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a população negra representa 67%, e a branca, 47,2% do público total atendido. Da mesma forma, a maior parte dos atendimentos se concentra em usuários/as com faixa de renda entre um quarto e meio salário mínimo, distribuições que evidenciam que a população de mais baixa renda e a população negra são, de fato, SUS-dependentes.

Já em relação aos planos de saúde, situação contrária pode ser percebida. Em 2008, 34,9% da população branca e reduzidos 17,2% da população negra contavam com acesso a plano de saúde privado, percentual que, apesar de crescente nos últimos anos, mantém as desigualdades raciais verificadas. [...]

A mesma lógica da pronta disponibilidade do equipamento público com boa qualidade investigativa se vale para a oferta de exames preventivos; porém, no caso de saúde da mulher, a oferta ainda é precária e revela a permanência da desigualdade de acesso entre mulheres brancas e negras, entre aquelas residentes nas áreas urbanas e rurais e entre as regiões mais pobres do país, como a Norte e Nordeste, onde se situa a maior parte da população vivendo abaixo da linha de extrema pobreza. O percentual de mulheres brancas de 40 anos ou mais que, em 2008, havia realizado exame clínico de mamas, no período inferior a um ano, foi de 45,1%, e, para aquelas que realizaram mamografia, foi de 40,2%. Já para as mulheres negras na mesma faixa etária, este percentual foi de 33,1% e 28,7%, respectivamente. [...]

c) no mercado de trabalho:

[...] A taxa de desocupação dos homens passou de cerca de 5%, em 1995, para, aproximadamente, 6%, em 2009, ao passo que, para as mulheres, o resultado variou de cerca de 7% para 11%, em relação aos mesmos intervalos considerados. O desemprego é também uma realidade permeada de desigualdades de gênero e raça. Assim, a menor taxa de desemprego corresponde à dos homens brancos (5%), ao passo que a maior remete às mulheres negras (12%). No intervalo entre os extremos, encontram-se as mulheres brancas (9%) e os homens negros (7%).

[...]

O indicador posição na ocupação permite identificar a distribuição dos trabalhadores segundo diferentes categorias de ocupação, sendo importante para uma análise que se volte para a qualidade dos postos de emprego ocupados por cada grupo. [...] Quando se combinam as desigualdades de gênero e raça, percebe-se que as diferenças se acentuam: enquanto, em 2009, os homens brancos possuíam o maior índice de

formalização (43% com carteira assinada), as mulheres negras apresentavam o pior (25% com carteira assinada).

d) no acesso a habitação e a saneamento:

Em relação às condições de acesso da população aos serviços públicos essenciais, nota-se que ocorre um aumento gradual na proporção de domicílios com abastecimento adequado de água. O crescimento mais significativo no acesso ao serviço se verifica entre os domicílios de chefia negra. Em 1995, apenas 76,6% destes domicílios contavam com abastecimento de água adequado. Esta proporção chega a 90,1% em 2009. Ainda que significativo, este aumento não se equipara à cobertura do serviço entre a população branca (94,8% em 2009). A menor cobertura do serviço se dá, entretanto, em domicílios com trabalhadoras domésticas chefes ou cônjuges de cor/raça negra (88,5%), enquanto, nas casas chefiadas pelas trabalhadoras brancas, este número chega a 93,3%.

O serviço que oferece menor cobertura populacional é o de esgotamento sanitário, com um percentual de domicílios atendidos de apenas 68,9% em áreas urbanas. Quando se trata de domicílios rurais, a cobertura é ainda menor, não passando de 31,6% no ano de 2009. Não há diferenças significativas entre os domicílios chefiados por mulheres e por homens, no entanto, as diferenças referentes à raça/cor e à renda são visíveis. Enquanto entre a população branca em geral 77,1% dos domicílios contam com esgotamento sanitário adequado, apenas 60% da população negra dispõe do serviço. As disparidades se mantêm quando olhamos para os domicílios chefiados por mulheres brancas e negras. Entre as primeiras, a cobertura é de 78,4%, enquanto, entre as últimas, é de apenas 61,8%. Também aqui o aumento mais significativo na cobertura se deu entre os domicílios com chefes negros (12 e 9 pontos percentuais, respectivamente). Estes dados evidenciam que a questão do provimento de serviços sanitários básicos não se resume à situação de pobreza, tendo em vista que os piores indicadores se apresentam entre a população negra.

[...]

Ao tomar o conjunto de domicílios em assentamentos sub-normais, observa-se que esta proporção se encontra estável

no período considerado (em torno de 4%, o que corresponde a, aproximadamente, 2 milhões de domicílios). Destes, apenas 33,9% possuem chefia branca, e por volta de 66% apresentam chefia negra. Os dados mostram ainda que, enquanto o percentual de domicílios em assentamentos subnormais vem diminuindo para os chefes brancos, vem aumentando em especial para aqueles que apresentam chefia de mulheres negras (aumento de 11 pontos percentuais desde 1995). Os dados em geral indicam, portanto, uma significativa melhoria nas condições de habitabilidade dos domicílios ao longo dos últimos 15 anos. Entretanto, no que diz respeito aos assentamentos subnormais, a cada vez mais desigual proporção aponta para uma maior e crescente vulnerabilidade nas condições de habitação das famílias chefiadas principalmente por mulheres negras.

e) no acesso a bens duráveis:

De 1995 até 2009, a proporção de domicílios que não possuíam geladeira passou de 25,2% para 6,6%; no caso do fogão, neste mesmo período, passa de 1,5 para 1,0%. Os 73,5% de domicílios sem máquina de lavar passam a 55,8% em 2009. No entanto, quando se desagregam os dados por localização do domicílio e por sexo e cor/raça do chefe de domicílio, as desigualdades sobressaem. Em 2009, enquanto 37,9% dos domicílios urbanos chefiados por brancas ou brancos não dispõem da máquina de lavar, esta proporção é de 91,2% para os domicílios rurais chefiados por negras ou negros.

Quando se fala em proporção de domicílios que não possuem telefone fixo ou móvel, verifica-se uma importante redução, passando de 77,9%, em 1995, para 15,8% em 2009. No entanto, as desigualdades regionais e raciais são bastante relevantes. Em 2009, enquanto 29,4% dos domicílios do Nordeste não possuíam telefone, fixo ou móvel, esta proporção cai para 9,7% na região Sudeste, e para 8,4% na região Sul. A proporção de domicílios sem telefone chefiados por brancas ou brancos, em 2009, foi de 10,4%, enquanto, naqueles chefiados por negras ou negros, esta proporção sobe para 21,1% – mais [do] que o dobro.

[...]

Vale também destacar as desigualdades verificadas na proporção da população de 10 anos ou mais de idade que já acessou a internet de algum local. Em 2009, enquanto 46,8% da população urbana de 10 anos ou mais de idade já tinha acessado a internet, no meio rural, esta proporção reduz-se para 13,7%. Ao considerar-se a população negra residente em domicílios rurais, esta proporção reduz-se ainda mais – 10,4% em 2009. Para esta população, para a qual se verificam indicadores piores em todas as dimensões da vida sobre as quais esta publicação lança luz, adiciona-se a configuração de um “apartheid digital”, cujo desdobramento é uma estrutural exclusão em campos diversos relacionados à vida social. Permanecem intocadas para esta população negra e residente em áreas rurais as formas de sociabilidade, cidadania e atuação na esfera pública, que, de outro modo, a partir do acesso às novas tecnologias de informação e comunicação, seriam impulsionadas e potencializadas.

f) no aspecto da pobreza e da desigualdade de renda:

[...] Conquanto a população negra tenha experimentado aumento relativo da renda média *per capita* superior ao da população branca, a desigualdade permanece expressiva, pois se parte de patamares muito díspares. Os negros apresentam, em média, 55% da renda percebida pelos brancos em 2009; no entanto, em 1995, a razão de renda era ainda menor (45%). A pirâmide social, esculpida pelas variáveis renda, sexo e raça, sofreu pequena alteração. Se, em 1995, os homens negros tinham rendimentos superiores aos das mulheres brancas, ao longo do tempo, passam a receber ligeiramente menos, tendência que se pronuncia a partir de 1999. Em 2009, à mulher branca correspondia 55% da renda média dos homens brancos; para os homens negros, o percentual foi de 53%. No entanto, as mulheres negras, em que pesem o aumento da renda e a redução da desigualdade, permanecem bem isoladas na base da hierarquia social (sua renda média equivalia a 18% dos rendimentos percebidos pelos homens brancos, em 1995, e chega a 30,5% em 2009).

[...]

Outro destaque é o incremento da participação dos negros nos decis superiores da distribuição de renda. Entre os 10%

mais ricos, a participação da população negra, ainda que bastante inferior à branca, passou de cerca de 15%, em 1995, para aproximadamente 24% em 2009. Ainda assim, a distribuição racial da riqueza é incontestável, e a população negra segue sub-representada entre os mais ricos e sobrerrepresentada entre os mais pobres: em 2009, no primeiro décimo da distribuição (10% mais pobres da população), os negros correspondiam a 72%.

[...]

Em 2009, eram extremamente pobres 5,2% da população; no início deste século, esta situação era vivenciada por 10% dos brasileiros. Mais uma vez, as desigualdades são significativas: neste grupo, estão 7,2% dos negros e 3% dos brancos, cerca de 2% da população do Sul/Sudeste e 11% dos nordestinos. [...]

g) no acesso a programas de previdência privada:

No que diz respeito ao pilar que corresponde à previdência complementar privada, os dados do *Retrato* mostram que – dadas as características do sistema brasileiro – esta é uma modalidade pouco acessada pela população brasileira. No total, apenas 3,6% da população contribuíam para este componente da previdência, sendo que, entre a população branca, o percentual era de 5%, e, entre a negra, de apenas 2,2%. [...]

Como se vê, em diversos e relevantes eixos da vida e nos correspondentes indicadores, persiste forte desigualdade na sociedade brasileira, associada ao gênero e à cor da pele. Esse quadro mostra que o País ainda precisa de políticas que auxiliem a promoção da igualdade material entre pessoas de pele negra e branca. Mesmo com o crescimento da economia durante certo período da última década e meia, muito ainda falta para reduzir essas importantes disparidades. Cotas em instituições públicas são mecanismo (temporário) de enorme relevância para atingir tal desiderato.

Os mecanismos legais em foco são, portanto, não apenas juridicamente corretos e compatíveis com a Constituição da República como sociologicamente justos e desejáveis, na direção de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Todos esses são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, definidos de forma expressa no art. 3º da Constituição nacional.

Deve, portanto, ser reconhecida a constitucionalidade da política de cotas instituída pela Lei 12.990/2014.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina por conhecimento e procedência do pedido.

Brasília (DF), 31 de maio de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República