



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL
2º OFÍCIO DA CIDADANIA**

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

Referência: Inquérito Civil n.º 1.16.000.002016/2015-26 (seguem anexas cópias das principais peças para entendimento da demanda)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora da República signatária, no uso das suas atribuições constitucionais e legais, previstas especialmente nos arts. 127 e 129, incisos II e III, da Constituição da República, art. 5º, inciso I, “c”, inciso III, “e”, e art. 6º, inciso VII, “a” e “d” da Lei Complementar n.º 75, de 1993, vem propor

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA
COM PEDIDO DE LIMINAR**

em desfavor da **UNIÃO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito público interno, a ser citada no Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, Lote 800 – Brasília/DF - CEP 70.610-460, de **CLARISSA ALVES MACHADO**, [REDAZIDA]

[REDAZIDA]

[REDAZIDA]

[REDAZIDA] de **FABRICIO RODRIGO COSTA**, [REDAZIDA]

[REDAZIDA]

[REDAZIDA]

[REDACTED], de LUCAS NOGUEIRA SIQUEIRA, [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
de LUIZ ALFREDO MELLO VIEIRA, [REDACTED]

[REDACTED] e de MARCEL CARRIJO DE OLIVEIRA, [REDACTED]

[REDACTED] pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

1 – SÍNTESE DA DEMANDA

Pretende o Ministério Público Federal, por intermédio desta Ação Civil Pública, a prestação da tutela jurisdicional para impedir a nomeação e posse de candidatos não negros, indevidamente inscritos como concorrentes às vagas reservadas aos negros (reserva instituída pela Lei nº 12.990/2014) no concurso público do Instituto Rio Branco (MRE), regido pelo Edital nº 1, de 3 de julho de 2015, para admissão à carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores.

Conforme será visto adiante, o Itamaraty não demonstrou que adotaria as medidas necessárias para coibir as fraudes noticiadas no sistema de cotas, situação que se agrava com a iminência da homologação do certame e convocação dos candidatos e dos consequentes prejuízos irreparáveis que podem advir dessa omissão.

2 - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dispõe a Constituição Federal que o Ministério Público é *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127).

A legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar a

presente ação também está especificamente prevista no art. 129, incisos II e III, da Constituição da República, no art. 6º, incisos VII, “a” e “d”, XIV da Lei Complementar nº 75, de 1993, a seguir reproduzidos:

Constituição Federal

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

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Lei Complementar nº 75/93

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

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

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

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

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

Quanto ao primeiro aspecto, cabe ressaltar: tratam-se dos direitos

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

ou interesses individuais homogêneos, cuja possível violação transcende a esfera dos candidatos prejudicados e alcança toda a coletividade, dados os valores constitucionais afrontados. O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do órgão ministerial “*para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis*”².

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

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

Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)

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

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

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

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

3 - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

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

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

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

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

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

Por outro lado, é de bom alvitre ressaltar que o fato de o Ministério Público Federal integrar o polo ativo do feito, a fim de tutelar os direitos que lhe incumbe defender, por si só, já tem o condão de atrair a competência para a Justiça Federal.

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

4 - DOS FATOS

O Inquérito Civil n.º 1.16.000.002016/2015-26³ foi instaurado a partir de representação formulada por Libânio Alves Rodrigues, Promotor de Justiça no MPDFT, que narra omissão por parte do Ministério das Relações Exteriores com relação ao concurso público regido pelo Edital n.º 1, de 3 de julho de 2015, para admissão à carreira de Diplomata.

A omissão consistia na ausência de previsão de mecanismos de verificação da autodeclaração para ingresso de candidatos negros por meio das cotas reservadas a pretos e pardos estabelecidas pela Lei n.º 12.990/2014.

Há representação também do Sr. Frei David Santos, representante da Associação EDUCAFRÓ, Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (fls. 76-ss), relatando a participação fraudulenta de **diversos candidatos não negros** nas cotas reservadas, entre os quais o candidato Mathias Abramovic.

Instado a se manifestar, o Ministério das Relações Exteriores, por meio de sua Consultoria Jurídica, informou que a suspensão ou anulação do certame implicaria dano grave ao erário e prejudicaria milhares de candidatos, e que “*o controle de verificação da autodeclaração pode ocorrer a qualquer tempo nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 12.990/14*” (fls. 49/50).

O Instituto Rio Branco alegou, em síntese (fls. 51/56):

3 A numeração de folhas citada nesta inicial corresponde às folhas do inquérito civil referido.

[...]

8. A Lei 12.990 não determina a regulamentação de uma forma qualquer de verificação de autodeclaração. **A Lei obriga, isso sim, à punição da fraude e a ela está obrigado o IRBR e qualquer outro órgão federal, o que o Instituto Rio Branco cumprirá com naturalidade**, se necessário for. O Instituto Rio Branco e também aqueles outros órgãos federais que publicaram Editais semelhantes.

9. O Instituto Rio Branco, portanto, não se omitiu, como quer o peticionário, em regulamentar qualquer mecanismo, ao cumprir a Lei 12.990.

10. Nenhum reconhecimento de fraude, se ocorrer, será tardio, pois o Edital respeita a lei e estabelece o número devido de aprovações suplementares obrigatórias (cadastro reserva) e esses candidatos serão imediatamente chamados a ocupar a vaga dos eventuais fraudadores.

[...]” Grifamos.

Foi expedida a Recomendação nº 96/2015 (fls. 65/67) ao Diretor-Geral do IRBr para que adotasse as providências para instauração de procedimento administrativo previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.990/2014 com a finalidade de apurar veracidade das autodeclarações de candidatos com relação aos quais houvesse suspeita de declaração falsa.

O IRBr informou (fl. 86-v) que “*em princípio, verificou-se que tanto a SEPPIR quanto o MRE declaram-se impossibilitados de proceder à avaliação da veracidade da declaração do candidato Mathias de Souza Lima Abramovic*”⁴”.

O Instituto encaminhou cópia do Ofício nº 067/2015/SE/SEPPIR-PR, em que constam informações prestadas pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). Essa Secretaria informou, em síntese (fls. 87/89):

[...]

Nesses termos, compreende-se que não obstante a complexidade e as dificuldades aplicadas na implementação da Lei, embora caiba à SEPPIR-PR acompanhar e avaliar a sua efetivação, a responsabilidade pela sua adequada aplicação cabe a todos e a cada um dos órgãos regidos por ela, sobre os quais pesa, também, a responsabilidade pela previsão e instituição de mecanismos, instrumentos e procedimentos necessários e cabíveis para que sua finalidade seja assegurada.”

Atualmente, o certame passa pela terceira fase, cujo resultado provisório foi publicado em 23 de novembro de 2015. A publicação do resultado

4 O nome do referido candidato consta expressamente da Recomendação e da resposta encaminhada pelo IRBr porque sua participação no certame como candidato negro repercutiu em sítios eletrônicos de notícias na *internet* (a repercussão das fraudes nos certames do MRE/IRBr será tratado mais adiante). O candidato chegou a prestar depoimento nos autos do inquérito civil, porém não logrou êxito na segunda fase do concurso.

definitivo está prevista para 4 de dezembro de 2015. Já o resultado final do concurso está previsto para **14 de dezembro de 2015**.

Tendo em vista que o prazo de **validade do concurso é de apenas 30 (trinta) dias, sem prorrogação** (conforme item 14.31 do Edital), sabe-se que é iminente a convocação para matrícula dos candidatos aprovados no Curso de Formação do Instituto Rio Branco (item 2.1), com a nomeação para o total de vagas previstas (22 de ampla concorrência, 6 de cotas da Lei 12.990/2014 e 2 de candidatos com deficiência).

4.1 – DA OMISSÃO DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Não obstante o Ministério Público tenha adotado providências no intuito de evitar a consumação dos prejuízos e a violação dos direitos ora defendidos, inclusive com expedição de recomendação, o Ministério das Relações Exteriores, conforme se depreende do teor das informações prestadas, não indicou que tomará medidas efetivas contra a concretização da burla às cotas reservadas aos negros⁵.

Pelo contrário: o órgão deixa transparecer que procederá à nomeação e à posse dos candidatos em razão de suposta impossibilidade de verificar a ocorrência de fraude nas declarações de pertença racial.

A omissão ficou evidente com a comunicação, por parte do Instituto Rio Branco, do arquivamento do processo administrativo nº 09016.000056/2015-54 – instaurado em cumprimento à Recomendação expedida pelo *parquet* – “*tendo em conta a reprovação do Senhor Mathias de Souza Lima Abramovic na segunda fase do Concurso*” (fl. 106), muito embora a recomendação do MPF tenha sido clara no sentido de que o procedimento administrativo deveria apurar suspeita de ocorrência de declaração falsa por parte também de outros candidatos.

A conduta omissiva do Itamaraty representa grave risco aos direitos dos candidatos negros que serão preteridos com a homologação do concurso e convocação para participação no Curso de Formação do Instituto Rio Branco⁶, bem como risco de violação dos direitos de caráter transindividual, nos termos das razões de direito aduzidas nesta inicial.

5 Não existe manifestação formal do MRE que demonstrem com exatidão quais as medidas a serem adotadas para coibir eventuais fraudes no concurso.

6 A respeito da urgência da tutela jurisdicional adequada, ver razões do tópico específico.

5 - DO DIREITO

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

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

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

A cota é uma das medidas de ação afirmativa que o Estado pode lançar mão “*a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana*”⁷.

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

Artigo II. 2) Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

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

⁷ SOUSA, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material. - São Paulo: All Print Editora, 2008. p. 163/164.

A Egrégia Corte, no julgamento da ADPF 186⁸ – registre-se, desde já, a relevância desse julgado⁹, pela consistência de seus argumentos, que irão embasar diversos pontos desta exordial –, ao tratar das cotas reservadas aos negros e indígenas para ingresso nas universidades públicas, além de reafirmar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, consignou importantes considerações acerca destas, dentre as quais cabe trazer o seguinte excerto do voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

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

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

É imperioso trazer aqui, para dar fim às observações iniciais atinentes às ações afirmativas, o conceito doutrinário do Ministro Joaquim Barbosa¹⁰:

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

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

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

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

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

5.2. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

As cotas raciais, instrumento de política de ação afirmativa, buscam consolidar a igualdade material¹¹ instituída pela Carta Magna de 1988.

Como é sabido, nossa última Constituição desvencilhou-se de uma abordagem puramente formal do princípio da igualdade (igualdade perante a lei). É nesse cenário que despontam as ações afirmativas como políticas idôneas para concretizar a igualdade material. Sem dúvida, *“a adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia”*¹².

Acerca do conteúdo material assumido pelo princípio da igualdade com o advento da Carta de 88, o Ministro Luiz Fux¹³:

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

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

Sobre isso, apropriado resgatar as ponderações do Ministro Marco Aurélio¹⁴:

“Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que **se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica**, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam

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

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

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

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

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

Isso posto, é certo inferir que a burla ao sistema de cotas no certame promovido pelo Ministério das Relações Exteriores (Instituto Rio Branco) constitui clara afronta ao Princípio da Igualdade Material, na medida em que conduz à ineficácia das ações afirmativas levadas a cabo pelo Poder Público por meio da Lei nº 12.990/2014.

E assim é porque o princípio em tela deve reger a interpretação e aplicação da referida lei. Há uma “*responsabilidade social e estatal de fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade dinâmica*”¹⁵. Isso se confirma nos ensinamentos do Ministro Luis Roberto Barroso¹⁶:

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

Se em um dado momento o Estado almeja, em sua função legiferante, viabilizar as mesmas oportunidades a brancos e negros – no caso *in concreto* ao buscar “*aproximar a composição [racial] dos servidores da administração pública federal dos percentuais observados no conjunto da população brasileira*”¹⁷ –,

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

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

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

“3. Essa realidade se replica, também, na composição racial dos servidores da administração pública federal. **Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do Poder Executivo federal.** A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o

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

Em outras palavras, considerando que “*o princípio da igualdade implica a necessidade jurídica, não apenas de interpretação, mas também de produção normativa de equiparação de situações que não podem ser desequiparadas sem razão lógico-jurídica suficiente*”¹⁸, verifica-se que a situação ora impugnada pelo *parquet* desconstituiu o esforço do legislador – ao editar a lei em comento – para equiparar situações distintas de grupos raciais no âmbito do serviço público federal.

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

5.3. DO DESCUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

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

O julgamento da ADPF 186 deixou nítido que as ações afirmativas coadunam-se com esses objetivos fundamentais. É certo que essas ações são “*na verdade um mero desdobramento ou densificação do ‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88, no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa*

Brasil mantem com a população negra.

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

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

*do Brasil*¹⁹.

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

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

Cabe elucidar, preliminarmente, que a persecução de tais objetivos não incumbe exclusivamente ao Poder Público. É dever de todos, da sociedade, dos cidadãos. Isso ficou claro em diversas passagens²⁰ do julgamento da ADPF 186, e merece destaque²¹:

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

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

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

Quanto a esses deveres, é manifesto como a União os transgride ao não atuar para preservar os fins almejados pela Lei nº 12.990/2014. A ação afirmativa instituída no plano normativo não pode se tornar sem efeito em virtude da má aplicação

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

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

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

da lei. Pois, nesse caso, a União infringiria os objetivos elencados no artigo 3º, dispositivo constitucional que, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia²², “*não é apenas aviso, conselho, mas norma*”, e pressupõe um dever de o Estado “*atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental, como inscrito desde o preâmbulo da Constituição da República*”.

Mais que isso,

“O Estado deve estar sempre comprometido com a realização efetiva dos direitos fundamentais, com a redução das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos. **Urge, pois, que o Estado cumpra seu dever de agir nesse sentido**, criando os pressupostos fáticos e jurídicos que se fizerem necessários”²³ (Grifamos)

Implementar, por meio de lei, uma política de cotas raciais e não agir com o zelo necessário para efetivá-la denota grave afronta aos preceitos constitucionais, pois “[a] *tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social*”²⁴.

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

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

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

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

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

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

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

5.4.1 DA CONCEPÇÃO DE RAÇA

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

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

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

“Cumprе afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um **conceito histórico-cultural,**

artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.”
(ADPF 186. Voto Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 65) **Grifo nosso.**

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

5.4.2 DA NECESSIDADE E LEGALIDADE DA HETEROCLASSIFICAÇÃO COMO MÉTODO COMPLEMENTAR

Feita essa primeira consideração, temos como passo seguinte buscar os meios idôneos e eficazes para estabelecer os critérios e métodos pelos quais podemos distinguir as pessoas negras e não negras, estritamente para os fins da Lei 12.990/2014.

Essa lei trouxe a seguinte disposição:

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

Em uma análise ligeira, poder-se-ia concluir que qualquer pessoa que se declare negra estará apta a ingressar no serviço público por meio das cotas, ignorados quaisquer outros aspectos.

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

Vejamos. Quanto às categorias de cor/raça, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Síntese de Indicadores 2013, assim dispõe sobre o “*quesito cor ou raça*” utilizado pelo IBGE²⁵:

“Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela

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

(compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de origem japonesa, chinesa, coreana etc.), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia).”

Quanto aos métodos de identificação racial²⁶, há de se notar que o mencionado artigo 2º da Lei 12.990/2014 faz menção aos critérios adotados pelo IBGE, o que já permite inferir que o método da autoatribuição não é – e nem poderia ser – absoluto.

De início, cumpre afastar os métodos biológicos de identificação racial, já que, conforme ressaltado acima, a abordagem ontológica das “raças” não é apropriada, devendo prevalecer a análise histórica e político-social. Em outras palavras, “[a] sociedade não precisa saber quão negra [em termos de análise genética] é uma pessoa ou o são seus ancestrais, basta saber se, em seu contexto relacional, sua aparência a torna passível de ser enquadrada nessa categoria para considerá-la uma vítima potencial de discriminações, diretas ou estruturais”²⁷. Ademais, “não [há] correspondência entre as ‘raças’ que a genética pode oferecer e o que as sociedades entendem por raça”²⁸.

A Pesquisa das Características Étnico-raciais da População – PCERP²⁹ – de 2008, ano em que foi realizada pela última vez pesquisa semelhante do IBGE, incluiu “o quesito 3.00, no qual o entrevistador procede à classificação do entrevistado segundo a cor ou raça, o que se conhece como **heteroatribuição** da pessoa entrevistada, de forma aberta ou sem pré-codificação”, restando evidente que o IBGE não adota unicamente o critério da autoclassificação.

Ainda que a utilização de ambos os métodos possa resultar

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

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

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

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

certas discrepâncias, é certo que, mesmo assim, não se pode eleger a autoidentificação como procedimento único. Nesse sentido, sabe-se que a própria pesquisa citada leva em consideração tal assimetria³⁰:

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

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

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

Não se pretende aqui desqualificar a autoidentificação, mas apenas trazer à reflexão sobre a necessidade de integração desse método à heteroclassificação, buscando maior fidedignidade de um sistema de classificação. Em outras palavras³¹:

“Assim, ser branca, ser morena, ser parda, ser negra, ser preta, ser amarela, ser indígena – para citarmos apenas as sete categorias mais frequentes na pesquisa – representa sentir-se, ver-se, posicionar-se como tal. Embora este apontamento possa parecer simples, **o processo de definir-se é bastante complexo, pois envolve também a heteroclassificação. Desse modo, ‘considerar-se como tal’ requer e ao mesmo tempo impõe ‘ser considerado como tal’**” (Grifo nosso).

Logo, conclui-se que “[n]ada impede que mais de um método de

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

31 Ibid. p. 63.

*identificação seja empregado para definir o pertencimento”, especialmente quando considerado o fato de que “o advento das políticas públicas introduziu um novo uso para a classificação de cor ou raça do IBGE – o de selecionar beneficiários – o que trouxe questionamentos sobre a autoatribuição dar margem a fraudes”*³².

Isto é, o método de autoatribuição perante pesquisas censitárias pressupõe declarações desinteressadas e em contextos livres de diversas tensões sociais. Por outro lado, não se pode afirmar o mesmo quando esse método é utilizado de forma isolada em um cenário de concessão de benefícios ou vantagens³³.

A literatura hodierna acerca da questão racial no Brasil adota a coexistência dos critérios de autoclassificação e heteroclassificação³⁴, ideia também encampada pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar a questão dos distintos métodos de identificação, assim concluiu³⁵:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desse modo, o legislador abriu caminho para que haja, por meio de procedimentos intrínsecos à heteroclassificação, o controle e a fiscalização necessários à preservação dos fins perseguidos pela lei. Nesse sentido também é a conclusão do Ministro Luiz Fux³⁶ ao examinar as providências adotadas pela Universidade de Brasília para evitar fraudes em seu sistema de cotas:

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

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

Especificamente quanto à aplicação da Lei nº 12.990/2014, já há acórdão recente³⁷ no sentido de que “*a autodeclaração não é, em toda e qualquer hipótese, bastante para provar a identidade racial para fins de acesso às cotas raciais, nem absolutamente insuscetível de questionamento pela Administração*”.

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

5.4.3. DA ANÁLISE FENOTÍPICA COMO CRITÉRIO DETERMINANTE

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

Cabe afastar, sem hesitação, a possibilidade de identificação por meio de exames de genética. Além das razões já aduzidas acerca da inadequação da separação – do ponto de vista científico – dos seres humanos em raças, é certo que “*a discriminação e o preconceito existente na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano*”, mas sim “*em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais*”, como bem destacou o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux em seu voto no julgamento da ADPF 186³⁸, que aliás é vasto em argumentos que permitem elucidar a questão.

Ainda que se comprove, mediante exame de DNA, algum resquício de afrodescendência em um indivíduo de pele clara que ocupe uma vaga reservada aos negros, tal fato configura ruptura entre a ação afirmativa positivada e os fins a que se destina – “*promoção social daqueles indivíduos que por trazerem as*

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

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

*marcas de um grupo estigmatizado têm o livre desenvolvimento de sua personalidade coarctado em alguma medida*³⁹.

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

Ou seja, a discriminação, no Brasil, distingue-se daquela que se verifica nos Estados Unidos, onde uma *gota de sangue* pode determinar a identidade racial de alguém, de modo que, nesse caso, a origem é fator de muita relevância no que tange ao preconceito racial existente naquela sociedade. Sobre isso, é de valiosa contribuição o seguinte excerto do voto da Ministra Rosa Weber⁴⁰:

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

Sabe-se que no preconceito racial de marca, de presença indubitável no Brasil, *“a origem não importa, apenas quantos traços ou marcas do ‘fenótipo’ do grupo discriminado são portados pela vítima potencial*⁴¹.

Ademais, a utilização do critério da ancestralidade não exclui a análise do fenótipo, já que, ainda assim, há a necessidade de aferição da veracidade da autodeclaração firmada nesses termos. Nessa hipótese teríamos, portanto, um mero deslocamento da análise fenotípica de uma geração para outra, isto é, seria transferir de

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

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

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

determinada pessoa para seus ascendentes a avaliação dos traços fisionômicos e da cor da pele.

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

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

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

É certo que “*quanto mais destacados, acentuados e proeminentes os traços de natureza negróide, maior a carga de estigma*”⁴². Nas palavras do Ministro Luiz Fux, “*são esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil*”, que assim complementa⁴³:

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

O Ministro Cezar Peluso, ao refutar alegação trazida pelo arguente de que a sociedade brasileira não distingue por identificação étnica, ressalta ser a discriminação negativa “*em qualquer parte do mundo, como fenômeno humano, ligada sobretudo às diferenças físicas, às diferenças ditas fenotípicas*”⁴⁴.

Entre as características físicas da pessoa negra, sabe-se que, sem dúvida, **o critério proeminente é a cor da pele**. Essa característica é que primeiro se

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

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

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

observa no negro quando é alvo de discriminação racial. Os traços, contornos, cabelos e olhos são analisados *a posteriori*, mormente quando a cor da pele suscita dúvida quanto à identificação racial do indivíduo.

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

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

[...]

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

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

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

Os atos discriminatórios engendrados na sociedade têm motivação na cor da pele, e não se pode olvidar que isso decorre de razões históricas. Deve-se notar que no primeiro Censo oficial brasileiro, em 1872, somente as categorias preta e parda eram atribuídas aos escravos⁴⁵. Com o fim da escravatura, escravos “*foram*

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

*elevados a homens e mulheres livres e iguais, sem qualquer perspectiva democrática e cidadã numa sociedade marcadamente injusta, patriarcal e patrimonialista*⁴⁶.

Nesse sentido, são enfáticas as ponderações externadas pelo Ministro Luiz Fux, para quem⁴⁷

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

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

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

Essa argumentação ultrapassa o raciocínio jurídico abstrato, pois tem embasamento empírico que se verifica a partir de dados estatísticos: no Brasil, **55% das pessoas definem raça por meio da cor da pele**, enquanto apenas 13% definem em razão da origem familiar e 15,4% com base em traços físicos, segundo a Pesquisa PCERP de 2008⁴⁸. E mais: conforme mostra a mesma pesquisa, 63,7% da população acredita que a cor/raça tem influência na vida das pessoas.

Posto isso, resta evidente que a cor “*é a marca mais importante considerada nas situações concretas para a definição dessa pertença [racial]*”⁴⁹.

A Ministra Cármen Lúcia⁵⁰ sintetiza com primor as explanações aqui colocadas:

“[...] desde muito cedo descobre-se, melancolicamente, que a

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

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

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

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

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

igualdade pode ter a espessura da pele, e isso pode representar desvalor na vida, como se o critério da quantidade de melanina pudesse ser o dedal no qual se goteja a dignidade humana em pequenas doses para vencer o mar do preconceito”

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

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

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

Primeiro, há que se reconhecer certa dificuldade em encontrar ou estabelecer um ponto limítrofe que separe brancos e pardos. Rafael Osório explica que “[a] fonte de toda a ambigüidade está no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco”⁵¹.

Em tese, a elevada miscigenação verificada na população brasileira não permitiria distinguir o grupo que discrimina e o grupo que é discriminado. Desde o movimento modernista já se propagava a ideia de que a população no Brasil não era propriamente branca, indígena ou negra, mas sim composta de mestiços⁵².

Sabe-se, contudo, que essa visão “*acabou convertendo-se em elemento de mistificação, em substrato ideológico que aponta para um grau de tolerância, respeito e oportunidades que não correspondem à ‘sociedade real’*”⁵³. Chega-se aqui ao mito da democracia racial brasileira.

A falsa ideia da democracia racial, cujo marco é a obra *Casa Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, valeu-se da miscigenação entre brancos, negros e índios e de uma irreal “*convivência pacífica e poética*” entre as raças para manter o

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

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

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

quadro de desigualdade racial no país e conservar intocáveis os privilégios da elite branca, conforme explica o autor Eder Bonfim, que acrescenta⁵⁴:

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

[...]

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

[...]

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

Hoje, contudo, pode-se afirmar, com segurança, que o “caldeirão étnico” enaltecido por Freyre não deve servir à sabotagem das políticas públicas voltadas a equiparação dos negros. O mito da democracia racial – e todo o ideário contrário⁵⁵ às políticas de discriminação positiva que dele decorre – deve ser definitivamente superado. Não se pode admitir que o caráter miscigenado do povo brasileiro constitua óbice à concretização das políticas estatais de afirmação da população negra.

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

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

55 Algumas das falsas ideias difundidas pelo mito da democracia racial: “1º) a ideia de que ‘o negro não tem problemas no Brasil’; 2º) a ideia de que, pela própria índole do Povo brasileiro, ‘não existem distinções raciais entre nós’; 3º) a ideia de que as oportunidades de acumulação de riqueza, de prestígio social e de poder foram indistinta e igualmente acessíveis a todos, durante a expansão urbana e industrial da cidade de São Paulo; 4º) a ideia de que o ‘preto está satisfeito’ com sua condição social e estilo de vida em São Paulo; 5º) a ideia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao ‘negro’, excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania – o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na ‘população de cor’, seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas” (FERNANDES, 1965, p. 199 apud RODRIGUES, 2010, p. 173).

repente, não se pode mais definir quem é pardo?

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

A dúvida sobre quem é negro no Brasil só surge para criar obstáculos na realização da igualdade e, conseqüentemente, para se proclamar a falsa ideia de democracia racial”⁵⁶

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

Ainda que possa haver falhas nos métodos de identificação racial e na avaliação do critério da cor da pele, esses “*desacertos não podem ser utilizados como argumento definitivo para impedir que as minorias sejam incluídas e que as ações afirmativas sejam implementadas no Brasil*”⁵⁷.

Assim, as alegadas dificuldades de identificação racial por meio da análise – heteroclassificação – do critério *cor da pele* não podem ensejar o desvirtuamento da Lei nº 12.990/2014. Sobre isso, cabe transcrever as lúcidas ponderações do Ministro Marco Aurélio⁵⁸:

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

Posto isso, conclui-se, com certa facilidade, que o Ministério

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

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

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

Público, não obstante os desafios que se impõem, deve exercer seu papel em defesa da ordem jurídica e dos direitos coletivos da minoria negra ora ameaçados⁵⁹.

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

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

5.5. DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

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

Essas ideias não merecem prosperar.

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

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

Primeiro, há de se destacar que a atividade jurisdicional do Estado tem intrínseca relação com os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da

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

CRFB, que ora se pretende proteger⁶⁰. Assim, reforça-se a ideia de que o Poder Judiciário tem o dever de prestar a tutela jurisdicional capaz de concretizar os fins perseguidos pela indigitada lei, à luz dos preceitos constitucionais.

É dizer, portanto, que “os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º, possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para **todos os poderes públicos**, ou seja, conformam a legislação, **a prática judicial** e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los”⁶¹.

Ademais, é preciso ter em conta que a Administração Pública, no caso em apreço – considerando que se omitiu no momento da elaboração do Edital, ao não prever mecanismos de verificação da veracidade da autodeclaração dos candidatos –, teria sérias dificuldades em proceder, de forma efetiva, à fiscalização *a posteriori* das declarações, especialmente devido ao caráter não definitivo dos atos administrativos. Nesse cenário, urge buscar na função jurisdicional a pacificação social⁶² que a circunstância clama.

Não se pode negar, ainda, que a presente ação civil pública surtirá efeito preventivo e pedagógico. Afinal, além da pacificação com justiça, também são escopos sociais da jurisdição a educação e a difusão de uma consciência social voltada ao respeito aos direitos do próximo⁶³. Isso tem especial relevância na situação que ora se trata, dada a visibilidade alcançada⁶⁴. Não há dúvida de que a justiça feita no

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

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

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

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

64 As fraudes no sistema de cotas para admissão à carreira de Diplomata foram fartamente veiculadas na mídia. Na *internet*, a notícia foi amplamente divulgada, como por exemplo: a) <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral/medico-branco-se-diz-cotista-no-itamaraty,1730941> ; b) <http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2015/09/01/noticiasinterna,35502/fraudes-em-cotas-raciais-do-itamaraty-e-policia-federal-sao-alvo-de-ac.shtml#.VkHg3LerSUK> ; c)

presente caso repercutirá de forma positiva em toda sociedade e desencorajará outras pessoas que hoje sentem-se inclinadas a ingressar no serviço público de forma fraudulenta.

Cabe acrescentar que o Poder Judiciário deve protagonizar a busca pela efetivação de quaisquer ações afirmativas promovidas pelo Estado, incluindo-se, aqui, a política de cotas em questão, e, assim, salvaguardar direitos fundamentais que se apresentem sob ameaça. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, em sede doutrinária⁶⁵:

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

Com efeito, é disso que se trata: tutela jurisdicional para proteção de direitos fundamentais. As ações afirmativas têm “*inequívoca natureza jurídica de direito fundamental*”, já que são “*mero desdobramento ou densificação do ‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88*”. Essa é a lição de José Carlos Evangelista⁶⁶, que alerta:

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

Não há embasamento que sustente a ideia de uma atuação arbitrária do Judiciário. Sabe-se que a Carta Magna de 1988 – Constituição dirigente que é – dispõe de um arcabouço de princípios ligados à justiça social que “*fornecem ao judiciário os parâmetros normativos necessários para o controle e a ratificação de tais iniciativas – políticas públicas [de conteúdo afirmativo ou discriminação positiva] e legislação regulamentadora*”⁶⁷. “[A] alegação de que o sistema de verificação de

<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/mpf-recomenda-ao-itamaraty-que-investigue-fraude-em-concurso-para-diplomata-17324032> ; entre outros.

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

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

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

quotas conduz à prática de arbitrariedades”, nas palavras do Ministro Marco Aurélio⁶⁸, “*não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas*”.

Refuta-se, ainda, as infundadas teses de que o Poder Judiciário transfigurar-se-ia, ao atuar na fiscalização e controle das cotas raciais, em espécie de “*Tribunal Racial*”. Se o Supremo Tribunal Federal rejeitou esse rótulo até mesmo com relação à comissão administrativa instaurada pela Universidade de Brasília, é de se inferir que esse papel não incumbirá aos órgãos responsáveis pela atividade jurisdicional do Estado. *In verbis*⁶⁹:

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

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

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

Somente decisões firmes do Judiciário poderão incutir na sociedade a certeza de que o Estado de fato despertou para a necessidade impostergável de efetivar a igualdade substancial entre negros e não negros. E isso só será perceptível quando o Poder Público demonstrar que não apenas implementa ações afirmativas – nas

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

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

atividades típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo –, mas zela pela sua concretude – com a indispensável intervenção, se necessário, do Ministério Público e Poder Judiciário.

5.6. DOS DEMAIS MALEFÍCIOS DECORRENTES DA OMISSÃO DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

A inércia do Ministério das Relações Exteriores, consistente na falta de providências hábeis para impedir o preenchimento das vagas reservadas aos negros pelos candidatos não negros, além de violar o princípio da igualdade material e descumprir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, acarreta consequências perniciosas que merecem ser ressaltadas.

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

Esse *efeito multiplicador* é abordado pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁷⁰:

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

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

[...]

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

José Cláudio Monteiro também identifica tal fenômeno. Sua

70 ADPF 186. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Página 71/72 e 74. Grifamos.

análise refere-se às ações afirmativas no ensino superior, mas o resultado, sem dúvida, é aplicável às cotas no serviço público. “[A] *elevação do grau de instrução dos integrantes dos grupos vulneráveis*”, leciona o autor, “*tem ainda efeito multiplicador, pois reverte em favor da comunidade onde estes integrantes estão inseridos*”⁷¹.

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

É de se intuir justamente o contrário: ver um indivíduo não negro utilizando-se das cotas para lograr aprovação em concurso público só causará aos negros sentimentos de impotência e descrédito. Esse desvirtuamento só avultará aquilo que o Ministro Ricardo Lewandowski chamou de “*componente multiplicador às avessas*”⁷² e que representa, em síntese, ceifar as – já diminutas – perspectivas dos jovens negros.

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

E sabe-se que essa reparação não é mero favor concedido à população negra. Não se trata de estabelecer benesses desarrazoadas. A ordem constitucional vigente impõe um dever ao Estado (e a todos) de concretizar os objetivos fundamentais assumidos. As cotas raciais previstas na lei em debate, como espécie de ação afirmativa, vão além do mero assistencialismo, pois buscam propiciar aos negros efetiva igualdade⁷³. “*Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário*”⁷⁴.

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

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

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

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

Sendo assim, é forçoso concluir que a burla às cotas raciais representa perpetuação dos efeitos decorrentes da discriminação e preconceito raciais que se arrastam em nossa história. Nesse sentido, merecem realce as palavras do Ministro Luiz Fux⁷⁵:

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

Além disso, permitir o ingresso fraudulento de candidatos não negros por meio das cotas é reconhecer o malogro do Estado como ator promovente do bem-estar social, pois restará caracterizado o retardamento injustificado dos efeitos positivos pretendidos pela lei. Protelação que enseja consequências ainda mais graves quando considerado o **caráter temporário⁷⁶ da lei**, pois implica na redução dos resultados perseguidos pelo legislador quanto ao equilíbrio racial no serviço público, dentro do lapso estipulado, de dez anos.

A flagrante omissão vai de encontro ao fim maior que orienta qualquer espécie de ação afirmativa, qual seja, “*eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar*”⁷⁷. Tem-se, assim, a manutenção do *status quo*⁷⁸, como mais uma consequência nefasta que ora o *parquet* busca inibir.

Sabe-se que a ordem jurídica, considerado o arcabouço principiológico moldado pela Carta Magna de 1988, não deve mais ser percebida como

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

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

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

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

“*trincheira de conservação do status quo, de manutenção de privilégios e de sujeições*”, mas sim “*instrumento de transformação na busca de uma sociedade mais equilibrada*”⁷⁹. É nesse sentido que não se pode admitir a transgressão dos fins colimados pela Lei nº 12.990/2014, sob pena de se acumpliciar com o prolongamento das mazelas advindas da discriminação racial.

Posto isso, é certo que o acesso fraudulento de pessoa não negra a cargo público por meio das vagas reservadas aos negros é infortúnio que concorre para a eternização da hierarquia racial. Consentir na omissão lesiva é revigorar as falsas premissas impostas pelo *mito da democracia racial* – “*não há como distinguir brancos e negros, somos todos miscigenados*”, “*o Brasil não é racista*”, “*todos têm iguais condições de ascensão social e econômica*”, “*as cotas não são instrumento adequado e contribuem para agravar a discriminação*” – e frustrar a política afirmativa instituída pela Lei 12.990/2014.

5.7. DA CLASSIFICAÇÃO ÉTNICO-RACIAL DOS CANDIDATOS RÉUS

Uma vez esclarecidos os critérios e métodos pelos quais deve ser realizada a classificação de pertença étnico-racial, conclui-se, pelas fotografias coloridas acostadas aos autos do inquérito civil anexo, que os candidatos réus não são negros, de modo que não fazem jus às cotas reservadas pela Lei 12.990/2014.

As fotografias foram obtidas pela Secretaria de Pesquisa e Análise do MPF diretamente de bancos de dados oficiais (em especial da rede Infoseg – base Condutores, do Ministério da Justiça) e de redes sociais, a partir dos endereços de *e-mail* fornecidos pelos próprios candidatos no ato da inscrição no certame. Todas as fotografias estão gravadas em mídia CD⁸⁰ (envelope de folha 176) e também foram impressas, seguindo a seguinte numeração de folhas: **CLARISSA ALVES MACHADO** – fls. 156/158 ; **FABRICIO RODRIGO COSTA** – fls. 159/162; **LUCAS NOGUEIRA SIQUEIRA** – fls. 163/166 (além de fotos encaminhadas por representantes – fls. 150/155); **LUIZ ALFREDO MELLO VIEIRA** – fls. 167/170; **MARCELO CARRIJO DE OLIVEIRA** – fls. 171/175.

Verifica-se que os candidatos réus têm a cor de pele – traço

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

80 Na referida mídia também constam diversos textos obtidos na *internet* e citados nesta inicial.

fenotípico proeminente para a presente análise – **clara**. Nenhum deles apresenta cor de pele escura, própria das pessoas pardas ou pretas. Ademais, nenhum deles traz elementos fenotípicos – traços faciais, cabelos – característicos das pessoas negras.

Nota-se, da simples análise das fotos, que esses candidatos não têm a aparência física das pessoas negras. Não se imagina que possam, na interação social, considerado o comportamento habitual da sociedade brasileira, ser alvos de preconceito e discriminação raciais em razão da cor da pele que ostentam.

É importante asseverar que os casos aqui tratados são aqueles identificados *até o momento*⁸¹ pelo Ministério Público Federal como excepcionais, em que a violação ao sistema de cotas mostra-se de fácil percepção.

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

O presente caso, conforme será demonstrado, requer a prestação de tutela jurisdicional de urgência e evidência para garantir o resultado útil do processo ao seu final. São duas as soluções possíveis visando à tutela jurisdicional adequada e efetiva, nos termos do que se apresenta a seguir.

6.1. DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR

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

Quanto ao primeiro, é certo que as razões jurídicas apresentadas e o lastro probatório consubstanciado nos documentos que instruíram o Inquérito Civil nº 1.16.000.002016/2015-26 evidenciam a *plausibilidade dos direitos substanciais* que o Ministério Público busca proteger. Sabe-se que, para concessão dessa liminar, basta que se vislumbre, em sede de cognição sumária, a aparência do bom direito.

81 O Ministério Público Federal poderá ajuizar outras ações civis públicas caso identifique outros casos de violação ao sistema de cotas. Cabe esclarecer que o Inquérito Civil nº 1.16.000.002016/2015-26 continua em tramitação e que podem ser tomadas outras providências no sentido de identificar novas fraudes, especialmente tendo em vista que o *parquet* continua recebendo novas representações acerca do tema.

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

In casu, o pressuposto está presente. Senão vejamos.

O certame do Instituto Rio Branco (MRE), regido pelo Edital nº 1, de 3 de julho de 2015, para admissão à carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores, encaminha-se para seu encerramento, já que o resultado final está previsto para ser divulgado no dia **14 de dezembro de 2015** (conforme item 12.5 do edital).

A validade do certame é de **apenas 30 (trinta) dias, sem possibilidade de prorrogação**, a contar da publicação do resultado final, nos termos do item 14.31 do edital.

Conforme praxe adotada nos concursos públicos realizados nos anos anteriores, que deve ser seguida também neste ano, sabe-se que o Instituto Rio Branco realiza uma **única** convocação dos aprovados para entrega de documentos e realização de exames pré-admissionais quase concomitantemente à publicação do resultado final, seguindo-se imediatamente com o início do Curso de Formação.

Tendo em vista a iminência da publicação do resultado final, depreende-se que também está a ponto de se efetivar a nomeação dos aprovados, com a subsequente formação de **turma única** para ingresso no Curso de Formação do Instituto Rio Branco. Assim, o **risco de inutilidade do provimento jurisdicional final é evidente**, sob os seguintes aspectos:

Primeiro, por permitir a concretização do ato omissivo que o Ministério Público busca inibir, com a nomeação e posse dos candidatos réus, o que acarretará, conforme já demonstrado, infração da Lei nº 12.990/2014 e afronta aos mais caros ditames constitucionais, além de resultar oneração do erário com a remuneração de servidor cuja posse é eivada de ilegalidade. Inviabilizaria, portanto, a tutela jurisdicional adequada, com prejuízo do pedido do *parquet* de exclusão dos candidatos da lista de candidatos negros aprovados.

Segundo, por excluir do concurso, de forma permanente e irreversível – já que é prevista apenas uma convocação e turma única para frequentar o Curso de Formação, no exíguo prazo de validade do certame –, os candidatos negros

preteridos pela nomeação e posse de candidato branco, ceifando de modo definitivo o direito destes ao ingresso legítimo na carreira de Diplomata.

Verifica-se, também quanto a esse segundo aspecto, a necessidade de liminar para assegurar o futuro resultado útil do processo, já que a violação dos direitos, *in casu*, implica **dano irreparável**, pois ainda que seja reconhecida, posteriormente, a ilegalidade da nomeação e posse dos candidatos réus, o Instituto Rio Branco não poderia proceder à nomeação e posse dos candidatos preteridos, seja pela inexistência de vaga, seja pela expiração do prazo de validade do certame, ou ainda pela impossibilidade de realização de novo Curso de Formação destinado exclusivamente a estes candidatos.

Cabe ressaltar, portanto, que diante da prática usual adotada pelo Ministério das Relações Exteriores e das peculiaridades deste certame – mormente a **única convocação** dos aprovados para ingresso no Curso de Formação e breve validade do concurso –, o *parquet* não poderia limitar-se a pedir a preservação das vagas para que fossem preenchidas pelos preteridos ao final do processo, pois o Curso de Formação já teria sido realizado e o prazo de validade expirado, restando inócua a tutela jurisdicional.

Ademais, nos termos do que já aduzido, no caso presente o *parquet* atua não só em defesa dos direitos individuais homogêneos de especial relevância social dos candidatos prejudicados, mas sobretudo pela proteção dos direitos e interesses difusos do grupo discriminado – as pessoas negras – e da sociedade como um todo, direitos estes que seriam afrontados em caráter irremediável com a nomeação e posse de candidato branco que concorreu fraudulentamente às vagas reservadas aos negros.

Assim, devidamente delineadas as razões que atestam a presença do *periculum in mora*, e já expostos, nesta inicial, os argumentos jurídicos que atendem ao pressuposto da fumaça do bom direito, a **concessão de liminar *inaudita altera parte***, para que seja determinado à União que se abstenha de praticar qualquer ato relativo à nomeação ou convocação para o Curso de Formação dos candidatos réus, é a medida razoável que se impõe com vistas a garantir a efetividade e adequação da tutela jurisdicional principal.

Veja-se, aliás, que diante da exiguidade do tempo, a concessão da medida ***inaudita altera parte*** é de suma importância para a efetividade do processo,

já que a demora decorrente da oitiva da parte contrária significará perda da eficácia do processo, conforme já defendido, especificamente em razão da impossibilidade de chamamento dos demais candidatos negros aprovados no certame.

Como medidas adicionais, deve-se determinar à União que, a partir da reclassificação dos candidatos negros das posições seguintes, nomeie e convoque tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação, excluindo-se da lista os candidatos réus na presente ação. Requer, ainda, que seja determinado à União que adote, cautelarmente, providências adequadas para garantir aos candidatos réus vagas relativas a um futuro certame e participação no próximo Curso de Formação, no caso de improcedência da ação civil pública.

6.2. DA NECESSIDADE DA MEDIDA LIMINAR CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DO CONCURSO EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO

Acaso esse Juízo indeferia o pedido liminar pleiteado, requer o Ministério Público Federal a apreciação de pedido cautelar, subsidiário, de suspensão do concurso e do seu prazo de validade.

A tutela cautelar, tutela jurisdicional de urgência e de evidência com previsão legal nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, tem como pressupostos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

As razões fáticas que demonstram a presença desses pressupostos são as mesmas já delineadas no tópico anterior.

Quanto ao aspecto jurídico, vale ressaltar que a medida cautelar, desprovida de efeitos antecipatórios, destina-se unicamente à garantia de efetividade da tutela jurisdicional que se busca alcançar ao final do processo, de modo que as providências determinadas cautelarmente não se confundem com o provimento final pretendido.

Nesse sentido, no caso de indeferimento da liminar requerida nos moldes do tópico anterior, **faz-se necessário, em caráter subsidiário, o provimento cautelar a fim de proteger o resultado útil da presente ação civil pública.**

Como se sabe, nesta espécie de tutela de urgência, o *fumus boni iuris* se configura a partir de um juízo de probabilidade em que o grau de certeza é ainda

menor do que aquele exigido para concessão de tutelas de natureza antecipatória. É certo, portanto, que as razões de fato e de direito trazidas nesta inicial respaldam a concessão de medida cautelar.

O *periculum in mora* exigido para o provimento cautelar consiste no risco da não efetividade do processo principal, isto é, a urgência decorre da necessidade de garantir que a tutela jurisdicional definitiva será útil e adequada para proteção dos direitos sob ameaça.

Assim, considerada a realidade dos fatos retratada no tópico anterior, que evidenciam o **risco de inutilidade do provimento jurisdicional final**, o **provimento cautelar**, com a concessão de **liminar *inaudita altera parte***, para **suspensão do certame e do prazo de validade**, abstendo-se a União de praticar qualquer ato relativo à nomeação ou convocação para o Curso de Formação, é a medida razoável que se impõe com vistas a garantir a efetividade e adequação da tutela jurisdicional principal.

De fato, conforme dito, o certame para o ingresso na carreira diplomática tem peculiaridades que impedem a posterior nomeação e posse dos candidatos eventualmente preteridos, já que há uma única nomeação e convocação para realização do curso de formação, aliado ao curto prazo de validade do concurso.

Assim é que a presente demanda não surtirá efeitos, com relação a aplicação da política afirmativa de reserva de cotas para negros, se não houver o deferimento do presente pedido cautelar.

7 - DOS PEDIDOS

Por todo exposto, o Ministério Público Federal requer:

- a) o recebimento da presente petição inicial;
- b) **concessão de liminar**, *inaudita altera parte*, com fulcro no art. 12 da Lei 7.347/85, para determinar à União (Ministério das Relações Exteriores) que, cumulativamente:

b.i) se abstenha de realizar qualquer ato que importe nomeação, posse ou convocação para o Curso de Formação do Instituto Rio Branco dos candidatos réus – exceto no caso de possuírem nota suficiente para nomeação e convocação por meio da lista de ampla concorrência, nos termos do

art. 3º, § 1º, da Lei 12.990/2014 e das regras editalícias do certame (observando-se, inclusive, se houve aprovação/habilitação em cada uma das fases do certame para a fase subsequente por meio da lista de ampla concorrência);

b.ii) nomeie e convoque tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação, excluindo-se da lista os candidatos réus na presente ação;

b.iii) assegure, cautelarmente, para cada um dos candidatos réus, uma das vagas para a carreira de Diplomata que serão oferecidas no próximo certame a ser realizado pelo órgão (MRE/IRBr), para preenchimento pelos candidatos réus, no caso improvável de improcedência da presente ação civil pública, devendo assegurar a participação destes no Curso de Formação correspondente;

c) subsidiariamente, caso não haja concessão de liminar nos moldes do item ‘b’ e de seus subitens, o **provisamento cautelar**, com a concessão de liminar *inaudita altera parte*, para a **suspensão do concurso público** regido pelo Edital nº 1, de 23.6.2015 – CONCURSO DE ADMISSÃO À CARREIRA DE DIPLOMATA – **e do prazo de validade**, e que seja determinado à União (Ministério das Relações Exteriores) que se abstenha de realizar qualquer ato que importe nomeação, posse ou convocação para ingresso no Curso de Formação do Instituto Rio Branco, dos candidatos aprovados no resultado final, tanto pela ampla concorrência como pelas cotas para negros e pessoas com deficiência, até o deslinde da ação principal;

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

di) se abster de realizar qualquer ato que importe nomeação, posse ou convocação para o Curso de Formação do Instituto Rio Branco dos candidatos réus – exceto no caso de possuírem nota suficiente para nomeação e convocação por meio da lista de ampla concorrência, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei 12.990/2014 e das regras editalícias do certame (observando-se, inclusive, se houve aprovação/habilitação em cada uma das fases do certame para a fase subsequente por meio da lista de ampla concorrência) –, ou proceder à anulação da admissão dos candidatos réus, caso já tenham sido nomeados,

conforme art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.990/2014;

dii) excluir os candidatos réus da lista de candidatos negros aprovados e incluí-los, caso possuam nota suficiente para tal (nos mesmos termos do subitem anterior), na listagem geral de candidatos aprovados (ampla concorrência), publicando-se novo edital com o resultado final corrigido, dando-se regular continuidade ao certame, com convocação e nomeação dos candidatos aprovados conforme edital republicado;

d.iii) nomeie e convoque tantos candidatos negros quanto os necessários para preenchimento das vagas reservadas, observada a ordem de classificação, excluindo-se da lista os candidatos réus na presente ação;

8 – DOS REQUERIMENTOS FINAIS

Finalmente, o Ministério Público Federal requer:

i) a juntada das cópias anexas, extraídas do Inquérito Civil nº 1.16.000.002016/2015-26;

ii) a citação dos réus, na forma da lei, para, querendo, contestar a presente ação, com as advertências de praxe, inclusive quanto à confissão da matéria de fato, em caso de revelia;

iii) a intimação pessoal do Ministério Público Federal dos atos processuais no seguinte endereço: SGAS 604, L2 Sul, Lote 23 – Brasília/DF.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial juntada de novos documentos e depoimento pessoal dos réus candidatos do concurso.

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

Brasília/DF, 4 de dezembro de 2015.

Ana Carolina Alves Araújo Roman
Procuradora da República

Felipe Fritz Braga
Procurador da República

Luciana Loureiro Oliveira
Procuradora da República