

08/06/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL
- IARA
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE
AFRODESCENDENTES E CARENTES
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E
OUTRO(A/S)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da

ADC 41 / DF

população afrodescendente.

1.2. Em *segundo lugar*, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (*e.g.*, a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas

ADC 41 / DF

oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “*É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa*”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixar a seguinte tese de julgamento: “*É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa*”. Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 8 de junho de 2017.

ADC 41 / DF

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL
- IARA
ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR E
OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE
AFRODESCENDENTES E CARENTES
ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E
OUTRO(A/S)

RELATÓRIO:

1. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Transcreva-se, desde já, a íntegra da Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações

ADC 41 / DF

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado

ADC 41 / DF

em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

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

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

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

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

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

2. Na ação, busca-se afastar a controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. O requerente afirma haver decisões contraditórias a respeito da validade da lei em questão em diversas instâncias do país. Nesse sentido, aponta, de um lado, decisões que afastaram a sua aplicação, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, *caput*), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, *caput*), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da

ADC 41 / DF

proporcionalidade¹. E, de outro lado, registra a existência de diversos concursos públicos em andamento com previsão de reserva de vagas nos termos da Lei nº 12.990/2014 e de ações que visam assegurar a efetiva aplicação da lei em tais concursos, a exemplo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal relativa a concursos para ingresso na carreira militar².

3. O CFOAB relacionou, ainda, decisões conflitantes a respeito do procedimento de aferição da condição de cotista. De forma exemplificativa, citou a concessão de medida liminar para anular norma do edital de concurso que estabeleceu o envio de foto pelo candidato, determinando-se *“nova verificação, desta feita fundada em procedimento devido, de acordo com a Lei nº 9.784/99 e o próprio art. 2º, parágrafo único da Lei 12.990/2014, com avaliação presencial e decisão motivada”*³. Como resultado, o requerente defende a necessidade de pronunciamento definitivo deste Supremo Tribunal Federal, de modo a promover segurança jurídica e impedir *“qualquer postura divergente, tanto em relação à constitucionalidade da reserva de vagas nos concursos para cargos efetivos e empregos públicos, quanto em relação ao respeito do procedimento da autodeclaração”*.

4. Em síntese, o requerente posiciona-se pela constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 por três fundamentos. Em primeiro lugar, porque se destina a reduzir a discriminação racial, que se manifesta tanto no campo da educação, quanto no mercado de trabalho. Em segundo lugar, porque busca promover a igualdade material, de modo a *“efetivar a igualdade de oportunidade entre os negros e brancos no país”*. Em terceiro lugar, porque

1 TRT da 13ª Região, 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025, sentença proferida pelo juiz Adriano Mesquita Dantas, em 18.01.2016.

2 TRF da 1ª Região, 7ª Vara Federal do Distrito Federal, Proc. nº 0040614-42.2015.4.01.3400.

3 TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, decisão Monocrática do Rel. Desembargador Marcus Abraham, de 21.08.2015.

ADC 41 / DF

busca proporcionar uma maior representatividade aos negros e pardos no serviço público federal, *“garantindo que os quadros do Poder Executivo reflitam a realidade da população brasileira”*.

5. O requerente defende, ainda, o critério da autodeclaração, previsto no art. 2º, caput e parágrafo único da Lei em questão, como o mais apropriado. A esse respeito, argumenta que a adoção de um critério objetivo de classificação racial não é compatível com a finalidade das cotas de combate à discriminação, uma vez que *“para transformar a classificação racial em um instrumento de luta política contra o racismo, é necessário que os brasileiros possam definir a sua própria cor e o grupo ao qual pertencem dentro da sociedade brasileira”*. Aponta, nessa linha, que a definição de quem é negro no Brasil é uma questão social, e não biológica. Apesar disso, reconhece a constitucionalidade do emprego subsidiário do critério da hetero-atribuição como forma de controle de fraudes, desde que respeitados os preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, e assegurados o contraditório e a ampla defesa.

6. Submeti o feito ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, dada a relevância da matéria. Na sequência, determinei (i) a intimação da Presidência da República, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal, autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado, para que se pronunciassem sobre o pedido, bem como (ii) o encaminhamento do processo ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para manifestação.

7. Em suas informações, a Presidência da República sustentou a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, por se tratar de proposição *“dirigida à máxima realização dos direitos fundamentais da igualdade, em sua dimensão material, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do princípio da justiça social”*. Defendeu que a reserva de vagas para negros se destina à correção ou, ao menos, atenuação da distorção material correspondente à participação reduzida de negros no serviço

ADC 41 / DF

público federal, em especial nas carreiras de maior remuneração e acesso a espaços de poder. Para a Presidência, é possível aplicar à hipótese o entendimento fixado pelo STF na ADPF 186, quando esta Corte assentou a possibilidade de adoção temporária de ações afirmativas com corte étnico-racial, para permitir a efetivação da igualdade material e a superação de desigualdades historicamente constituídas. Por fim, a respeito da constitucionalidade do critério previsto no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei, afirmou que a autodeclaração é o critério mais usado nos processos de classificação racial. Porém, apontou que, na ADPF 186, este STF entendeu que tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação são aceitáveis do ponto de vista constitucional, desde que não desrespeitem a dignidade pessoal dos candidatos e que a identificação pelo próprio indivíduo seja adotada primariamente, sem prejuízo de mecanismos adicionais para coibir possíveis fraudes.

8. A Câmara dos Deputados não apresentou manifestação. Já o Senado defendeu a constitucionalidade formal e material da Lei e, como consequência, a procedência do pedido formulado nesta ADC. Sob o prisma material, afirmou que a Lei nº 12.990/2014 é fruto da maturação de políticas públicas, que foram se consolidando após a Constituição de 1988, conferindo efetividade ao objetivo fundamental da República, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais no País. Na sequência, apresentou as justificativas oferecidas e as discussões havidas por ocasião da propositura e tramitação do projeto de Lei nº 6738/2013, que deu origem à Lei nº 12.990/2014.

9. Como resultado, argumentou que a reserva de vagas para negros no serviço público instituída está em consonância com o princípio da igualdade material e com os objetivos republicanos enumerados nos incisos I, III e IV do art. 3º da Constituição Federal, quais sejam “(i) a construção de uma sociedade justa e solidária (ii) a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais (iii) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação”.

ADC 41 / DF

Nesse sentido, apontou que o STF já firmou posição favorável às cotas raciais nas universidades públicas na ADPF 186. Por fim, defendeu a forma de comprovação da condição de negro prevista na Lei, entendendo que a solução respeita o princípio da autodeclaração, que melhor atende a dignidade da pessoa humana, sem olvidar da responsabilidade decorrente da falsa declaração.

10. A Advocacia-Geral da União também se manifestou pela procedência do pedido formulado pelo requerente. Argumentou que a lei está em conformidade com os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, bem como com o postulado do Estado Democrático de Direito. Alegou que a medida de ação afirmativa implementada pelo ato questionado destina-se a reduzir as desigualdades fáticas entre os candidatos que competem para ingressar nos quadros de pessoal da Administração Pública federal. Asseverou, nesse sentido, que a reserva de vagas em questão constitui mecanismo de inclusão de grupos sociais faticamente excluídos do serviço público, cuja adoção não é apenas permitida, mas exigida pelo princípio da isonomia, previsto pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

11. A Procuradoria-Geral da República defendeu igualmente a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, apresentando parecer pelo conhecimento da ação e pela procedência do pedido. Nesse sentido, asseverou que a *“política de ação afirmativa voltada à reserva de vagas para cidadãos negros em concursos públicos compatibiliza-se com princípios e valores consagrados na Constituição da República de 1988, sobretudo com a garantia constitucional da isonomia material (art. 5º, caput) e com os objetivos gerais do Estado Democrático de Direito e os fundamentais da República Federativa do Brasil, voltados à construção de sociedade solidária, fraterna e pluralista, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação (Preâmbulo e arts. 1º, V, e 3º)”*. Para corroborar esta afirmação, apontou que *“[e]m diversos e relevantes eixos da vida e nos correspondentes indicadores, persiste forte*

ADC 41 / DF

desigualdade na sociedade brasileira, associada ao gênero e à cor da pele (vide, por exemplo, o Retrato das desigualdades de gênero e raça, do IPEA)”, o que demonstraria que “o País ainda precisa de políticas que auxiliem a promoção da igualdade material entre pessoas de pele negra e branca”.

12. Foram admitidas como *amici curiae* as seguintes entidades: (i) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, e (ii) EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, representada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

11/05/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Senhora Presidente, eu cumprimento, em primeiro lugar, os ilustres profissionais que estiveram na tribuna, começando pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a quem cumprimento pela iniciativa da propositura da ação, aqui representada pelo seu ex-presidente, eminente Advogado, Doutor Marcus Vinícius Furtado Coêlho.

Cumprimento também a eminente Doutora Grace Maria Fernandes de Mendonça, da Advocacia-Geral da União; o meu querido amigo e eminente Professor, Daniel Sarmiento; e o eminente militante, de longa data, da causa negra, Doutor Humberto Adami.

Presidente, eu tive, por algum tempo, pelo tempo que foi possível, no meu gabinete, uma juíza instrutora que era uma mulher negra, notavelmente brilhante, elegante, Doutora Adriana Cruz. Em uma ocasião, recebi uma delegação de jovens profissionais negros, que visitou o Supremo. E eu os recebi na Primeira Turma e convidei a Doutora Adriana para se dirigir a eles. Até hoje, me lembro a emoção com que ela pronunciou, naquele nosso auditório da Primeira Turma, a seguinte frase de estímulo e motivação: *“nós não estamos aqui de favor. Nós temos o direito de estar aqui. A vida é uma festa para a qual nós também fomos convidados. E temos o direito de entrar pela porta da frente, e não pela porta dos fundos”*. Verdadeiramente, esse sentimento que ela manifestou ali tocou tão fundo as pessoas que estavam presentes, na autoestima delas. É a ideia de que todos aqueles que estão nesse mundo e nessa vida têm direitos iguais.

O grande problema do preconceito é que ele envolve dois lados: o de quem o pratica e o de quem o aceita. Portanto, é preciso não aceitar esse preconceito. Este é o primeiro grande antídoto contra o preconceito: é não se perceber a si próprio tal como algum outro, pervertidamente, nos percebe. O problema é que, para resistir ao preconceito, é necessário

ADC 41 / DF

algum grau de empoderamento.

Há uma frase feliz de Eleanor Roosevelt, em que ela disse assim: “ninguém pode fazer você se sentir inferior sem a sua ajuda”. Portanto, para resistir ao preconceito, basta não o aceitar. Porém, se as pessoas, por circunstâncias da vida, frequentam os piores colégios, desempenham as piores tarefas e moram nos piores locais contaminados pelo crime, muitas vezes elas têm dificuldade de resistir ao preconceito e simplesmente não o aceitar.

Assim, estamos tratando aqui do empoderamento de pessoas para que, independentemente do que outros, pervertidamente, pensem ou façam, elas não aceitem o preconceito e levem a sua vida entrando pela porta da frente. É esta a ideia que eu penso estar embutida nesta ação.

Entendo, Presidente, que o nosso Tribunal, com todas as suas circunstâncias, tem prestado uma contribuição histórica relevante na proteção dos grupos vulneráveis. Citando de memória, nós tivemos uma importante decisão de proteção em relação ao preconceito contra judeus no julgamento do caso Ellwanger. Nós tivemos uma importante decisão na proteção dos *gays* no julgamento da ADPF 132. Nós tivemos - pelo menos essa é a minha percepção - uma importante decisão protegendo as mulheres - sobretudo as mulheres pobres - com o direito de não serem tratadas como criminosas se precisarem interromper uma gestação. Muitos de nós têm se empenhado aqui no Tribunal para construir um direito penal mais igualitário, que não seja um direito penal que puna apenas pobres e pretos, como dizia o Doutor Daniel Sarmento da tribuna. Um direito penal igualitário que possa atingir quem viole a lei indistintamente e que possa alcançar, sobretudo, os grandes criminosos, que desviam grandes quantidades de dinheiros públicos. Nós acabamos prendendo as pessoas erradas e pelos motivos errados.

Na ADPF nº 186 - sobre a qual falarei em seguida -, nós já tivemos uma primeira manifestação importante de proteção dos direitos dos negros. Hoje é o dia de darmos um passo à frente. Da primeira vez em que se cogitou de cotas raciais - há mais de 10 anos atrás - para cá, a percepção dessa questão modificou-se completamente. Em um primeiro

ADC 41 / DF

momento, essa política era vista como uma mimetização do que se fazia no exterior e um equívoco que criaria - como disse o Doutor Adami, da tribuna - uma racialização e uma divisão na sociedade brasileira, o que verdadeiramente não aconteceu.

Eu estive, um pouco antes de entrar para o Supremo, em uma banca de doutorado do Professor Adilson Moreira, em que se discutia essa questão racial - uma tese maravilhosa que ele apresentou na Universidade de Harvard. Naquela ocasião, voltei tão sensibilizado pela discussão, que publiquei um artigo curtinho no *Consultor Jurídico*, do qual eu gostaria de ler um pequeno fragmento. Antes, porém, anoto que sempre que está em discussão uma questão que envolve a interpretação de uma cláusula aberta, de um princípio aberto, como é a ideia de igualdade, o intérprete projeta algum grau da sua própria subjetividade. Assim é a vida: os intérpretes são balizados pelos textos normativos, mas, em alguma medida, projetam a sua subjetividade. Portanto, parece-me importante, em situações como essa, que o intérprete decline qual é a sua pré-compreensão a propósito da matéria, porque ela desempenha um papel decisivo no resultado que ele vai produzir. Portanto, eu peço licença para ler esse breve texto publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico* no dia 6 de maio de 2013 - mais ou menos uns vinte dias antes de eu ter sido indicado para o Tribunal.

O trabalho, repito, é inspirado na tese do Professor Adilson Moreira, que era intitulada, na tradução em português, "Justiça Racial no Brasil: A Luta por Igualdade em Tempos de Novo Constitucionalismo". Ali, Presidente, eu procurava identificar - e acho que ainda estão presentes na sociedade brasileira - três posições básicas em relação à questão racial: "A primeira é a do mais puro e assumido racismo, baseado na crença de que alguns grupos de pessoas são superiores a outros". Essa crença não é muito verbalizada, mas que ela é sentida, ela verdadeiramente é.

"A segunda sustenta que, no caso brasileiro, somos uma sociedade miscigenada, na qual ninguém é diferenciado por ser, por exemplo, negro. Reconhecem-se desequilíbrios no acesso à riqueza e às oportunidades - desequilíbrios entre brancos e negros -, mas eles seriam

ADC 41 / DF

de natureza puramente econômica, e não racial. Por essa razão, os defensores desse segundo ponto de vista opõem-se às políticas de ações afirmativas, que levariam à ‘racialização’ da sociedade brasileira, em canhestra imitação dos norte-americanos”. Esta era a posição, talvez, dominante no Brasil até outro dia: essa ideia do humanismo racial brasileiro de que aqui não há preconceito, de que o preconceito é puramente social. A percepção que dá razão à terceira corrente é mais recente.

“A terceira posição é a de que é fora de dúvida que negros e pessoas de pele escura, em geral, enfrentam dificuldades e discriminações ao longo da vida, claramente decorrentes de aspectos ligados à aparência física. Uma posição inferior, que vem desde a escravidão e que foi potencializada por uma exclusão social renitente”.

“Em relação aos que professam o primeiro ponto de vista – o do racismo assumido –, tudo o que se pode esperar é que um dia uma luz moral ou espiritual venha iluminá-los. Onde não há racionalidade, não há argumentos a oferecer”. “Já os que defendem o humanismo racial brasileiro, fundado na suposição de que aqui transcendemos a questão racial, acreditam sermos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação. Todos são iguais, independentemente da cor da pele. Vale dizer: veem o que desejam e creem no que preferem, confundindo vontade com realidade. Para chegar a esta conclusão relativamente simples, basta olhar a quantidade irrisória de negros em postos de primeiro time no governo, nas empresas e nos escritórios de advocacia.

Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), ambiente acadêmico em que habito, a política de cotas sócio-econômicas e raciais tem produzido uma revolução profunda, silenciosa e emocionante. Um laboratório de inclusão social, onde jovens pobres e negros se superam para alcançar uma vida melhor. Um pouco melhor para eles próprios. Muito melhor para os seus filhos”.

A política de cotas, sobretudo nas universidades, na verdade, é uma política que vai favorecer mesmo é a próxima geração. Por evidente, os beneficiários das cotas, muitas vezes, lutam com mais dificuldade, com

ADC 41 / DF

mais esforço, mas eles vão ter um acesso que os seus pais não tiveram, e os seus filhos vão ser competitivos. Essa é, a meu ver, a grande finalidade da política de cotas.

Continuava eu: “Em 1998, eu dei a aula inaugural da universidade, falando para uma plateia de professores e de alunos em que quase 100% eram brancos. A cota racial era inequívoca: só entravam brancos. Este ano” – 2013 – “voltei a dar a aula inaugural, já agora celebrando 25 anos da Constituição. Os professores continuavam todos brancos. Mas a audiência” – beneficiária da política de cotas – “, repleta, interessada e calorosa, era um arco-íris de cores, de Angola à Escandinávia. Um dia será assim, também, no corpo docente. Um esclarecimento: não se trata de imitação do que se passa nos Estados Unidos, pois lá cotas raciais não são admitidas pela Suprema Corte”.

Portanto, Presidente, este é o meu ponto de observação e a maneira pela qual enfrento, com a brevidade possível e necessária, as questões que são suscitadas nesta ação, em que se discute, essencialmente, se é a legítima a reserva de 20% de vagas nos cargos e empregos públicos para candidatos negros e se é legítima a previsão de autodeclaração como mecanismo de controle de fraude que permite expungir alguém que tenha entrado mediante falsa declaração.

Os questionamentos que têm surgido e foram invocados da tribuna são de três ordens: violação ao princípio da igualdade, afronta aos princípios do concurso público e da eficiência e afronta ao princípio da proporcionalidade. Boa parte dessas questões já foram enfrentadas no magnífico voto do eminente Colega e amigo, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, na ADPF nº 186, em que se considerou constitucional, por razões longa e proficientemente afirmadas, a política de ação afirmativa mediante cotas com base em critério étnico-racial.

Na presente ação, a alegação dos que têm se oposto à reserva de vagas em concurso público é a de que a situação é diferente: concurso público para ingresso no serviço público é diferente de ingresso na universidade. Um primeiro fundamento é o de que a educação é um direito fundamental, o que legitimaria a política de cotas ao acesso à

ADC 41 / DF

universidade. Mas acesso a cargo público não é um direito fundamental e, conseqüentemente, não se aplicaria a mesma lógica. Esse é um dos argumentos que foram utilizados.

Um segundo argumento é o de que os valores tutelados pelo concurso público são diferentes dos valores que são tutelados para o ingresso na universidade. Em relação ao concurso público e ao ingresso no serviço público, o que se tutela é o interesse coletivo e não o interesse individual de alguém. Assim, também por essa razão, haveria uma distinção.

O terceiro fundamento com alguma plausibilidade que selecionei, embora todos improcedentes, é o de que haveria um *bis in idem*. Haveria uma quebra da ideia de proporcionalidade na medida em que negros e pardos seriam beneficiados, ao mesmo tempo, pelo acesso privilegiado à universidade, e, depois, pelo acesso aos cargos públicos. A ideia é que quem teve acesso à universidade pelas cotas, poderia disputar os cargos públicos em igualdade de condições com as demais pessoas.

Portanto, esses são os três argumentos que eu gostaria de enfrentar, não sem antes ressaltar um aspecto que já foi salientado da tribuna, Presidente, que é o seguinte: na ADPF nº 186 julgada pelo Ministro Lewandowski, e que pioneiramente abriu o caminho nessa matéria, o que se discutia essencialmente eram cotas raciais estabelecidas por uma universidade pública por ato interno seu. Aqui estamos diante de uma lei de iniciativa do Poder Executivo e que, conforme noticiado pelo Doutor Marcus Vinícius da tribuna, foi aprovada por unanimidade no Senado e, por expressiva maioria, quase totalidade, na Câmara dos Deputados. Portanto, há nessa Lei uma carga de legitimidade democrática totalmente diferenciada que imporia, a meu ver, um ônus argumentativo superlativo para que o Supremo Tribunal Federal viesse a invalidá-la. Estou fazendo eco ao argumento que foi deduzido da tribuna.

Passo, então, Presidente, a enfrentar os três pontos centrais aqui que dizem respeito à constitucionalidade das leis, começando pelo mais importante, que é se há ou não violação ao princípio da igualdade. Há uma desequiparação trazida pela Lei, criando uma vantagem competitiva

ADC 41 / DF

para um grupo de pessoas. Passo, então, a essa análise, destacando que a ideia de igualdade, como é compreendida na contemporaneidade, tem três dimensões: a igualdade formal, a igualdade material e uma modalidade mais recente e muito importante, que é a igualdade como reconhecimento. Desse modo, eu gostaria de enfrentar a questão das cotas raciais dentro desses três planos da igualdade, começando pela questão da igualdade formal, que é precisamente aquela que impede que a lei estabeleça privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. A ideia de igualdade formal é um mandamento ao legislador, inclusive, para que ele não discrimine as pessoas, não desequipe as pessoas. Mas o que está subjacente aí é que não faça de maneira arbitrária, porque legislar nada mais é do que classificar pessoas e coisas à luz dos mais diferentes critérios. Assim, o que se exige é que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim visado seja compatível com a Constituição.

Pois bem, gostaria de salientar que, neste caso específico, tanto o fundamento quanto o fim são razoáveis, motivados por um dever de reparação histórica e pelas circunstâncias de que existe um racismo estrutural na sociedade brasileira que precisa ser enfrentado. No tocante à reparação histórica, nem há muita necessidade de se investir energia. Ela decorre da escravidão e de pessoas que foram retiradas, à força, do seu *habitat* natural e depois submetidas a trabalhos forçados e a condições degradantes de vida. E quando vem a abolição do regime escravocrata, essas pessoas são liberadas na sociedade sem nenhum planejamento, sem nenhuma integração, sem nenhum tipo de preparação para viver como pessoas livres em uma sociedade - liberal seria exagero - que começava a se liberalizar. Portanto, e não sem surpresa, como lembrado também da tribuna, na passagem de Joaquim Nabuco, mesmo depois de libertados, os negros continuaram a desempenhar as funções mais subalternas dentro de uma sociedade altamente hierarquizada como a nossa.

Portanto, o primeiro fundamento é uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social do estigma moral, social e econômico, que foi a escravidão no Brasil; e, uma vez abolida, foram

ADC 41 / DF

entregues à própria sorte, sem terem condições para se integrarem à sociedade.

Em segundo lugar, certamente como decorrência dessas circunstâncias que acabo de narrar, há o racismo estrutural da sociedade brasileira. Aqui, diferentemente do que se passou nos Estados Unidos, não foram necessárias leis discriminatórias, leis do estilo "Jim Crow": vagões para negros, vagões para brancos; praias para negros, praias para brancos; banheiros públicos para negros, banheiros públicos para brancos.

Nós não precisamos disso, porque aqui o racismo era tão estruturalmente arraigado que isso já acontecia naturalmente, independente de lei, como consequência da marginalização e do próprio sentimento de inferioridade que isso criava. Nós nos acostumamos com uma sociedade em que os negros eram tratados de uma maneira estratificada, hierarquicamente inferiores nas atividades que desempenhavam. Assim, acostumamo-nos que negros eram porteiros, faxineiros, pedreiros, operários; negras eram empregadas domésticas. Alguns chegavam a jogador de futebol.

Há até uma história que eu relutaria um pouco em contar, temendo que ela pudesse ter uma conotação negativa, mas ela revela um pouco esse sentimento. Havia um famoso jogador de futebol negro que tinha um sobrenome alemão e teve muito sucesso. Ele estava em uma roda com pessoas brancas, passou uma pessoa negra e alguém fez um comentário depreciativo. Ele disse: "não faça isso! Eu também já fui preto e sei o que é isso". É a demonstração do preconceito e de como ele era tratado na sociedade brasileira. Logo, é impossível alguém imaginar que é possível sair de um estado de coisas estruturalmente desfavorável como esse sem algum tipo de apoio institucional.

As estatísticas que comprovam esse racismo estrutural, Presidente, são muito gritantes para que haja alguma dúvida. Vejam Vossas Excelências: o senso de 2010 do IBGE aponta que cerca de metade da população brasileira é negra. Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada

ADC 41 / DF

entre os mais ricos e sobrerrepresentada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres. Portanto, mais de 70% dos mais pobres no Brasil são negros.

Além disso, a cor da pele influencia a vida de afrodescendentes em todos os seus aspectos: nas condições de moradia e saúde, nas relações com a Polícia e com o Estado, na educação e ainda, com especial relevância, no mercado de trabalho. Nas favelas, 66% dos domicílios são chefiados por negros. No sistema carcerário, 61% dos presos são negros; e 76,9% dos jovens vítimas de homicídios são negros. E as estatísticas continuam com taxas de analfabetismo; negros percebem, em média, 55% da renda dos brancos em geral. Portanto, os números demonstram a persistência do racismo estrutural a justificar a validade do tratamento desequiparado na Lei.

No tocante à igualdade material, nem é preciso me alongar, esse racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda, e, portanto, qualquer política redistributiva precisará indiscutivelmente cuidar de dar vantagens competitivas aos negros. Há uma frase feliz de Martin Luther King também nesta matéria que diz: “É óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de fazer uma façanha incrível a fim de recuperar o atraso”. Logo, para possibilitar a recuperação do atraso existem as políticas de ação afirmativa.

Por fim, na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.

A política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, tem esse papel da igualdade como reconhecimento. Há uma dimensão simbólica importante que é a de ter negros ocupando posições de destaque na sociedade brasileira. Aliás, tivemos um importante exemplo disso, aqui mesmo no Supremo Tribunal Federal nos anos em que aqui serviu o Ministro Joaquim Barbosa, aplicado, empenhado e com a sua integridade

ADC 41 / DF

pessoal e seriedade, serviu como um bom símbolo para a comunidade negra; um símbolo de sucesso e de rompimento do cerco que se estabelecia sobre os negros, em geral, para ascenderem às principais posições. O Ministro Joaquim Barbosa aqui desempenhou um papel destacável, sobretudo, numa ação específica de grande relevância.

Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros. Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico.

Portanto, penso que a Lei supera com facilidade o teste da igualdade, quer na sua dimensão de igualdade formal, quer na sua dimensão de igualdade material, quer na sua dimensão de igualdade como reconhecimento.

Esse era, Presidente, o capítulo que eu considerava verdadeiramente importante. Irei enfrentar os outros argumentos rapidamente e de passagem. Quanto à violação ao concurso público, penso que é uma afirmação que não faz nenhum sentido, porque, para serem investidos nos cargos públicos, os negros têm que ser aprovados no concurso público. Se não passarem no patamar mínimo, eles não vão disputar aquelas vagas. Portanto, apenas se criaram dois critérios distintos de preenchimento de vagas, mas sem abrir mão do critério mínimo de suficiência. Portanto, aqui não há, evidentemente, violação ao princípio, ou ao mandamento ou à regra, do concurso público. Apenas foram previstas duas filas diversas em razão das reparações históricas a que me referia anteriormente.

Quanto à eficiência, penso que a ideia de que os aprovados em primeiro lugar por um critério "A" serão necessariamente melhores do

ADC 41 / DF

que os outros é uma visão linear da meritocracia, que foi rechaçada, com grande felicidade, no voto Ministro Ricardo Lewandowski, novamente na ADPF nº 186, demonstrando como a ideia de meritocracia tem que comportar nuances que permitam que as pessoas compitam em igualdade de condições.

Além disso, há um ganho importante de eficiência, porque a vida não é feita só de competência técnica ou de capacidade de pontuar em concurso. A vida tem uma dimensão de compreensão do outro, de compreensão das variadas realidades da vida, que também podem ser levadas em conta. Desse modo, a eficiência pode ser muito bem-servida pelo pluralismo e pela diversidade no serviço público. Eu colhi uma passagem, ainda uma vez do Professor Adilson Moreira no seu artigo "Miscigenando o círculo do Poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática", em que ele escreveu: "*O nosso país é composto*" - diz ele - "*por uma diversidade imensa de comunidades que formulam demandas distintas, e as pessoas que são selecionadas para cargos públicos devem estar preparadas para servi-las. Assim, a possibilidade de oferecimento de serviço público mais eficaz não se resume ao conhecimento técnico: ela também pode decorrer da experiência pessoal dos candidatos para um determinado cargo, experiência que tem origem na vivência desses indivíduos como membros de grupos minoritários.*" E, aí, ele cita os estudos: "*Que demonstram os benefícios trazidos por um corpo diversificado de funcionários: quanto maior o pluralismo de pessoas, maior a capacidade de solução de problemas surgidos em sociedades complexas.*" Portanto, Presidente, rejeito igualmente a objeção que se faz quanto à questão do concurso público e do Princípio da Eficiência.

Enfrento, por fim, a última objeção relativa ao princípio da proporcionalidade, que alega que essa demanda por reparação histórica e ação afirmativa já teria sido suprida pelo simples fato de que existem cotas para acesso nas universidades públicas. Aqui, a primeira resposta que me parece possível para essa objeção é que o impacto das cotas raciais no acesso às universidades não se manifesta no mercado de trabalho automaticamente. Há um *delay*, há um tempo de espera até que as pessoas estudem, se formem e se tornem competitivas. Além disso,

ADC 41 / DF

seria preciso que estivéssemos falando das mesmas pessoas, quer dizer, que a pessoa que ingressou na universidade por cotas, está disputando as vagas nos concursos públicos. No entanto, muitas vezes, não há essa coincidência. E, sobretudo, essa ideia parte da premissa, um pouco elitista, de que as disputas são só em torno de cargos de nível universitário, o que não é verdade. A grande maioria dos cargos disputados não é de cargos cujo requisito seja o nível superior. Portanto, esse é um argumento que não prevalece.

Penso, ainda, que a proporção de 20% escolhida pelo legislador foi extremamente razoável. Portanto, se a submetêssemos a um teste de proporcionalidade em sentido estrito, não haveria problema, porque 20% é menos da metade do percentual de negros na sociedade brasileira. Desse modo, entendo que a Lei foi prudentemente conservadora neste particular. Não vislumbro nesta Lei nenhuma violação ao princípio da proporcionalidade.

Quanto à questão da autodeclaração, essa é uma das questões mais complexas e intrincadas em uma política de ação afirmativa, porque, evidentemente, você deve respeitar as pessoas tal como elas se autopercebem. Assim, pode ser que alguém que eu não perceba como negro se perceba como negro, ou vice-versa. Essa é uma questão semelhante à que enfrentamos aqui na discussão sobre transgêneros e de acesso a banheiro público. Às vezes, a pessoa tem fisiologia masculina, mas um psiquismo feminino ou vice-versa. E, nesse caso, obrigar alguém que se perceba como mulher a frequentar um banheiro masculino é altamente lesivo à sua dignidade, ao seu direito fundamental. Assim, como regra geral, deve-se respeitar a autodeclaração, como a pessoa se percebe. Porém, no mundo real, nem sempre as pessoas se comportam exemplarmente, e há casos - e, às vezes, eles se multiplicam - de fraude.

Portanto, o que a Lei 12.990 faz? Ela estabelece, como critério principal, a autodeclaração, mas permite que, no caso de uso irregular, inveraz, desonesto da autodeclaração, haja algum tipo de controle. É o que diz o parágrafo único do artigo 2º:

"Art. 2º, Parágrafo único - Na hipótese de constatação de declaração

ADC 41 / DF

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."

Assim, a meu ver, não é incompatível com a Constituição, respeitadas algumas cautelas, que se faça um controle heterônomo, sobretudo, nos casos em que haja fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração.

A hipótese de controle de fraudes é para evitar, de um lado, que o candidato tente fraudar a reserva de vagas e, de outro lado, para evitar que a Administração tente fraudar a política, por exemplo, abrindo concursos sem reservar as vagas.

Aqui eu concordo também com o que foi dito da tribuna de a regra vale para todos os órgãos e, portanto, para todos os Poderes. Nós estamos aqui discutindo a validade de uma lei federal, mas, evidentemente, se afirmamos a validade da lei federal, estaremos afirmando também que os Estados e Municípios podem, quando não, devem seguir a mesma linha. Portanto, o caso concreto é de lei federal, mas o efeito transcendente do reconhecimento da constitucionalidade me parece fora de dúvida.

Finalmente, há última consideração que eu gostaria de fazer, porque, no mundo real, já se verificaram problemas. Entendo que a Lei é claríssima no artigo 4º. Aqui chamo atenção dos eminentes Colegas, porque esse talvez seja o único ponto com algum grau de controvérsia, embora a textualidade da Lei pareça inequívoca. Diz o artigo 4º - e isso foi destacado da tribuna, ao final da sustentação do Doutor Adami: " A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros."

Qual é a leitura, a meu ver, própria desse dispositivo? Houve casos de que tive conhecimento - veja isso, Presidente -, em que, realizado o concurso público, fazem-se duas listas: a dos que passaram na disputa geral e a dos que passaram por cotas. E, então, faz-se a lista dos que

ADC 41 / DF

passaram no listão geral, e depois, ao final da lista, entram os que passaram por cotas, ou seja, entram sempre no final da fila. Esse me parece um critério que desrespeita o que diz a Lei. Para exemplificar, o que a Lei diz é: em um concurso com vinte vagas e, logo, com quatro vagas reservadas para negros, não é possível que os quatro negros aprovados entrem atrás dos outros dezesseis, porque isso significaria que os negros sempre seriam prejudicados na lista de antiguidade. A meu ver, o modo correto de se interpretar esta Lei é: são vinte vagas, quatro negros, primeiro colocado geral, segundo colocado geral, terceiro colocado geral, quarto colocado geral, o quinto colocado é o primeiro colocado dos negros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o terceiro ou o quarto.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Será que eu errei aqui, Presidente? Se há cinco vagas, e entram quatro, quer dizer, ele entra em quinto, depois entra em décimo, entra em décimo quinto e entra em vigésimo. A ideia de alternância e proporcionalidade da Lei significa isso, e não os colocar no final da fila sempre, como eu tenho a informação de que já aconteceu em mais de uma instituição.

E me penitenciando, Presidente, por ter votado de maneira um pouco mais alongada do que o meu hábito, mas achei que esta era uma questão diferenciada e que a multidão de pessoas que é impactada por esse tipo de decisão merecia uma justificação um pouco mais longa de uma luta que é antiga, mas, como em outras situações da vida - e é muito interessante -, o que, num primeiro momento, parecia impossível e, num segundo momento, parecia improvável, hoje parece que é natural e óbvio.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E provavelmente, Ministro, daqui a cinquenta anos, não vão entender o que nós estávamos fazendo aqui, tal a banalidade do tema.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eu concordo plenamente com Vossa Excelência, se tudo der certo, daqui a cinquenta anos esse problema não existirá mais; cinquenta anos calculados, exatas duas gerações. Se nós conseguirmos fazer justiça por

ADC 41 / DF

duas gerações, a discriminação e a desigualdade vão acabar. Concordo com Vossa Excelência.

Desse modo, voto pela procedência do pedido. E apenas para deixar documentado, como gosto sempre de fazer, a minha tese de julgamento tem a seguinte e singela proposição: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.”

Só para deixar claro, Presidente, eu mencionei cargos efetivos - só porque o Ministro Alexandre, reservadamente, havia comentado comigo, e eu gostaria de justificar. Eu não coloquei administração pública *federal*, porque acho que é legítimo no âmbito da Administração Pública em geral. E, portanto, se vierem leis estaduais e leis municipais, eu penso que essa redação que permita a transcendência nos dispensará de termos que apreciar ações diretas para discutir leis estaduais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós, talvez, só tenhamos que tornar claro, sendo essa a tese vencedora, que nós não estamos obrigando, porque, no espaço da autonomia federativa, obviamente, cada Estado haverá de adotar se quiser.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Isso, só dizendo que é constitucional. Exatamente.

É como voto, Presidente.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. A presente ação tem como objetivo a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Esta a íntegra da norma:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

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

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

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

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou

ADC 41 / DF

raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 41 / DF

vigor.

2. Em síntese, a validade constitucional da lei tem sido questionada sob três fundamentos. Em primeiro lugar, a reserva de vagas para negros em concursos públicos violaria o direito à igualdade e a vedação à discriminação (CF/1988, arts. 5º, *caput*, e 3º, IV), por representar a criação de critério discriminatório – a raça – para seleção de servidores públicos. Em segundo lugar, tal política de ação afirmativa constituiria afronta aos princípios da eficiência e do concurso público (CF/1988, art. 37, *caput* e II), que exigiriam que os candidatos mais qualificados fossem recrutados, independentemente de suas características pessoais. Por fim, a medida encontraria óbice no princípio da proporcionalidade, uma vez que a origem da dificuldade no acesso de negros a cargos públicos estaria, em verdade, na educação (para o que já foi instituída a devida política de ação afirmativa), e não nos processos de seleção para provimento de cargos efetivos e empregos públicos.

3. Para fins didáticos, o voto que se segue está estruturado em três partes. A *Parte I* cuida de analisar as decisões já proferidas por esta Corte sobre as políticas de ação afirmativa nas universidades públicas, identificando-se as semelhanças e eventuais diferenças em relação ao presente caso. A *Parte II* é dedicada a apreciar a constitucionalidade da política de reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014. Por fim, a *Parte III* trata especificamente dos mecanismos e critérios para o controle de fraudes.

CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA

4. Preliminarmente, procedo ao exame do cabimento da presente ação direta de constitucionalidade. A legitimidade ativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) é inequívoca, nos termos do art. 103, VII, da Constituição. Por sua vez, o objeto é idôneo para a deflagração do controle abstrato, tendo em vista que a Lei nº 12.990/2014 é ato normativo federal superveniente à Constituição.

ADC 41 / DF

Ademais, entendo configurado o pressuposto da existência de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade da lei objeto da ação. Conforme demonstrou o requerente, há fundada ameaça à segurança jurídica, decorrente de decisões contraditórias já proferidas e do potencial multiplicador da discussão nos diversos concursos públicos a serem realizados no âmbito da administração pública federal. Legitima-se, assim, a intervenção deste Supremo Tribunal Federal para dirimir a dúvida sobre a constitucionalidade da lei de reserva de vagas para negros em concursos públicos. Assim, conheço desta ação direta.

Parte I

*A RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL:
O QUE O STF JÁ DECIDIU E O QUE FALTA DECIDIR*

I. O QUE JÁ FOI DECIDIDO: A ADPF 186 E A RESERVA DE VAGAS PARA ACESSO ÀS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

5. Em 26 de abril de 2012, no julgamento da ADPF 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal examinou a compatibilidade com a Constituição Federal dos programas de ação afirmativa que estabelecem reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior. Em síntese, a ação, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), visava à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram o sistema de reserva de 20% das vagas no processo de seleção para negros, por alegada ofensa: (i) ao direito à igualdade e a vedação à discriminação, ao preconceito e ao racismo (CF/1988, arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, I, II, XLI e LIV); (ii) ao direito à educação e ao princípio meritocrático (CF/1988, arts. 205, 206 e 208, V); e (iii) ao princípio da proporcionalidade (CF/1988, art. 5º, LIV).

6. Na ocasião, a Corte, por unanimidade, julgou improcedente a arguição. Em primeiro lugar, assentou que as políticas de ação afirmativa

ADC 41 / DF

adotadas pela Universidade de Brasília, em verdade, realizam o direito à igualdade material, tanto sob a ótica da redistribuição, quanto sob a ótica do reconhecimento. Isso porque a reserva de vagas para negros em instituições públicas de ensino superior, de um lado, permite a participação mais equitativa de afrodescendentes na distribuição de bens sociais. De outro lado, cumpre um papel simbólico, contribuindo para superar o racismo e a percepção depreciativa da raça presentes na sociedade brasileira, para compensar uma discriminação culturalmente arraigada e para criar lideranças capazes de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.

7. Além disso, naquela ocasião, o STF colocou em perspectiva a ideia de que processos seletivos para ingresso no ensino superior são procedimentos meritocráticos. Nesse sentido, o Ministro Relator observou que *“o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear”*. Em verdade, como apontou, os *“critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes”*. Como resultado, *“[o]s principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente”*. Com essas considerações, a Corte concluiu ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade, levando em consideração critérios étnico-raciais e/ou socioeconômicos, o que, ademais, beneficiaria a comunidade acadêmica e a própria sociedade, ao estabelecer um ambiente acadêmico mais plural.

8. O Tribunal também entendeu que a política de cotas adotada na UnB se revelou proporcional no que concerne aos meios empregados e aos fins perseguidos, inclusive porque tem caráter transitório, prevê a revisão periódica de resultados, e utiliza métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana. Especificamente em

ADC 41 / DF

relação aos mecanismos adotados na identificação do componente étnico-racial, os Ministros entenderam que tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, são compatíveis com a Constituição, desde que observem alguns critérios¹ e jamais deixem de respeitar a dignidade dos candidatos.

9. Como se vê, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre diversas questões que estão também em discussão nesta ADC, de modo a possibilitar a aplicação de muitas das suas conclusões à presente ação, com as devidas adaptações. Esse é o caso, por exemplo, da própria constitucionalidade de políticas de ação afirmativa voltadas para o enfrentamento de desigualdades materiais entre brancos e afrodescendentes, desde que sejam observados critérios e percentuais razoáveis². Na ADPF 186, também se reconheceu que a sociedade

1 Sobre os critérios, o Ministro Ricardo Lewandowski adotou as seguintes conclusões do estudo da Profa. Daniela Ikawa (*Ações Afirmativas em Universidades*, 2008): “A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. (...) Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”

2 Essas premissas foram, ainda, reafirmadas por este Tribunal no julgamento da ADI

ADC 41 / DF

brasileira é profundamente desigual e que, por isso, não se poderia aferir o mérito dos candidatos a partir de critério puramente linear, que considere apenas o ponto de chegada (a nota ou pontuação final), e não o ponto de partida (as condições assimétricas de preparação e de oportunidades). Além disso, estabeleceu-se: (i) a constitucionalidade de política de cotas com recorte puramente racial (sem exigência de comprovação de situação socioeconômica); e (ii) a possibilidade de adoção dos sistemas de autodeclaração, de heteroidentificação ou de combinação de ambos para a definição dos beneficiários das cotas.

II. O QUE FALTA DECIDIR: PARTICULARIDADES DA RESERVA DE VAGAS PARA ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

10. A política de reserva de vagas nos concursos públicos para acesso a cargos na administração federal possui, é certo, algumas especificidades em relação à política de cotas para acesso às universidades públicas. Em razão dessas particularidades, tem-se defendido a impossibilidade de estender para a hipótese dos autos a conclusão do STF no julgamento da ADPF 186. Para fundamentar o *distinguishing*, apontam-se, basicamente, três argumentos.

11. Em *primeiro lugar*, alega-se que, diversamente do direito à educação, não se poderia invocar um direito fundamental ao acesso a cargos e empregos no âmbito da administração pública. De fato, enquanto o direito à educação é um direito fundamental social, não é possível afirmar-se a existência de um direito fundamental a se tornar servidor público. A diferença entre ambos os casos é, porém, mais sutil do que parece. Muito embora haja um direito fundamental à educação, não há um correspondente dever estatal à universalização do acesso ao ensino superior. A universalização prevista e pretendida pela Constituição é apenas a dos ensinos fundamental (educação básica) e médio (CF/1988,

3.330, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que se declarou a constitucionalidade das ações afirmativas instituídas no Programa Universidade para Todos - Prouni, que previa a concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonialização.

ADC 41 / DF

art. 208, I e II). Portanto, tal qual no caso dos cargos e empregos públicos, inexistente direito fundamental a ser aceito e a cursar uma universidade, inclusive a pública. O direito que está em jogo em ambos os casos é apenas o de concorrer, em igualdade de condições, às vagas oferecidas, como decorrência dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

12. Em *segundo lugar*, aduz-se que os concursos públicos tutelariam valores e interesses diversos daqueles tutelados pelos processos seletivos para acesso às instituições públicas de ensino superior. Parece-me, porém, que há um campo de identidade de interesses. Em ambas as hipóteses, a realização de prova (de vestibular ou de concurso público) constitui um método de distribuição de bens escassos (as vagas), de acordo com o desempenho individual (o mérito) de cada candidato. Em relação a esse ponto, como se viu, esta Corte já superou uma concepção estritamente linear do mérito, fundada apenas no resultado objetivo nas provas, pronunciando-se pela constitucionalidade da consideração de fatores subjetivos dos candidatos (*e.g.*, raça e condições socioeconômicas) como forma de realizar o direito à igualdade em sua vertente material.

13. Ocorre que, no caso dos concursos públicos, mais do que o exame do mérito do candidato, estaria em jogo o princípio da eficiência na prestação do serviço público. O acesso ao ensino superior cumpre, primordialmente, uma função de qualificação do próprio indivíduo. A frequência em cursos em instituições de ensino superior é um meio para possibilitar, entre outros objetivos, o desenvolvimento das capacidades e intelecto dos estudantes, preparando-os para que desenvolvam raciocínio crítico e autonomia, e se tornem membros ativos da economia. Já o preenchimento de cargos e empregos públicos com vocação de permanência se dá, fundamentalmente, para atender às necessidades do serviço público, voltando-se para o recrutamento dos candidatos mais aptos a prestar à população um serviço eficiente e de qualidade. Assim, nesta ADC, o STF deve se pronunciar sobre se a seleção dos candidatos

ADC 41 / DF

com a melhor colocação (em termos objetivos) no concurso público seria uma exigência do princípio da eficiência ou se, também neste caso, seria possível promover uma graduação com vistas ao atendimento de outros interesses constitucionalmente tutelados.

14. Em *terceiro lugar*, afirma-se que o sistema de cotas adotado para ingresso nos quadros do serviço público seria desproporcional, por conceder uma dupla-vantagem para os seus beneficiários, que teriam reserva de vagas tanto para o acesso à universidade, como para o acesso aos cargos públicos. Essa questão, que não foi analisada durante o julgamento da ADPF 186, também deverá ser objeto de manifestação específica desta Corte.

15. Portanto, nesta ação, para concluir acerca da constitucionalidade ou não da Lei nº 12.990/2014, o STF deve se manifestar especificamente sobre (i) a possibilidade de compatibilizar a reserva de vagas em concursos públicos com o princípio da eficiência, bem como (ii) a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da instituição de política de ação afirmativa para negros em concursos públicos, considerando-se a existência de cotas na educação superior.

III. UMA ÚLTIMA PECULIARIDADE: A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014

16. Antes de analisar o mérito desta ADC, há, ainda, uma última peculiaridade deste caso que é digna de nota. Na ADPF 186, discutiu-se se os atos editados pela Universidade de Brasília, que instituíram o sistema de reserva de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, violavam preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal. No presente caso, mais do que a análise de atos aprovados internamente no âmbito da Universidade, busca-se aferir a constitucionalidade de uma lei, editada pelo Congresso Nacional, que desfruta de uma robusta presunção de constitucionalidade.

ADC 41 / DF

17. O princípio da presunção de constitucionalidade refere-se à existência de uma presunção relativa de validade que milita em favor das leis e atos normativos. Tal presunção se justifica pela legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos encarregados da elaboração normativa, bem como pelo dever atribuído a tais agentes de promover o interesse público e respeitar os princípios constitucionais³. Nesse sentido, o princípio funciona como fator de autolimitação da atuação do Poder Judiciário, recomendando uma maior deferência em relação ao legislador. Em razão disso, como regra, juízes e tribunais não devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: (i) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma (princípio do *in dubio pro legislatore*); (ii) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro poder; e (iii) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (princípio da *interpretação conforme a Constituição*).

18. Mais recentemente, tem-se entendido que tal presunção de constitucionalidade deve ser graduada de acordo com alguns parâmetros, voltados a concretizar a diretriz de deferência ao legislador⁴. São eles, entre outros: (i) o *grau de legitimidade democrática do ato normativo*, que se refere à necessidade de conferir tanto mais peso à presunção de constitucionalidade quanto maior o grau de consenso parlamentar e extraparlamentar atingido durante a sua tramitação e votação; (ii) a *proteção de minorias estigmatizadas*, que diz respeito à possibilidade de enfraquecer a presunção em questão quando a norma limitar direitos de grupos minoritários, ou de reforçá-la quando, ao contrário, houver benefícios em termos de proteção desses grupos e de seus interesses, e

3 V: Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 301.

4 Sobre o tema, cf: Victor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 1997; e Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, p. 460 e sgs,

ADC 41 / DF

(iii) a *relevância material do direito fundamental em jogo*, que recomenda um escrutínio mais rigoroso nos casos de normas que restrinjam direitos básicos, de alto valor axiológico, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade de expressão⁵.

19. Pois bem. Tendo em vista todos os parâmetros acima, não é difícil concluir que a Lei nº 12.990/2014 deve ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade. A Lei resultou da aprovação de projeto de lei de iniciativa da Presidência da República, que tramitou em regime de urgência constitucional, e obteve aprovação da quase totalidade dos membros das duas Casas Legislativas. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.738/2013 foi aprovado em Plenário por amplíssima maioria: foram 314 votos pela aprovação, 36 pela rejeição e 6 abstenções⁶. Já no Senado Federal, o PL foi aprovado pelo Plenário por votação simbólica, contando com a manifestação favorável de todos os presentes⁷. Ademais, a Lei nº 12.990/2014 se destina à proteção de direitos fundamentais de grande relevância material – como o direito à igualdade – titularizados por minorias estigmatizadas, como são os negros.

20. Com essas considerações, passa-se, então, à análise da compatibilidade com a Constituição Federal da reserva de vagas para negros nos concursos públicos.

Parte II

CONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DE VAGAS
PARA NEGROS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

IV. O DIREITO À IGUALDADE E SUAS MÚLTIPLAS DIMENSÕES

5 Esses parâmetros foram apontados por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (*op. cit.*, p. 460 e sgs),

6 V: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600255>

7 V: Projeto de Lei da Câmara 29, de 2014, Diário do Senado Federal de 21.05.2014. p. 796-806

ADC 41 / DF

21. As ações afirmativas em geral e a reserva de vagas para ingresso no serviço público em particular são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade. A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia⁸. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração⁹. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a *igualdade formal*, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a *igualdade como reconhecimento*, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento.

22. A Constituição de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, caput: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3º, I) e “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem lastro nos objetivos fundamentais do país de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV), bem como no repúdio ao racismo (art. 5º, XLII)¹⁰. Tal conjunto

8 A respeito, v: Luís Roberto Barroso e Aline Rezende Peres Osorio, Sabe com quem está falando? Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. In: *Revista Direito e Práxis*, 2016.

9 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

10 CF/1988, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e

ADC 41 / DF

normativo é explícito e inequívoco: a ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato¹¹.

23. Por conta dessa tripla dimensão do direito à igualdade, seria simplista – e mesmo equivocado – afirmar que toda e qualquer desequiparação entre indivíduos seria inválida. Em verdade, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios¹². Tanto é assim que a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. Não por outro motivo, a própria Constituição admite o emprego de políticas de ações afirmativas, ao instituí-las diretamente em relação às pessoas portadoras de deficiência, determinando que a lei deverá reservar a elas percentual dos cargos e empregos públicos (CF/1988, art. 37, VIII). Em verdade, o que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação, bem como os fins por ela visados sejam constitucionalmente legítimos¹³. É preciso, então, analisar os fundamentos e os objetivos da Lei nº 12.990/2014.

IV.1. RACISMO ESTRUTURAL, RACISMO À BRASILEIRA

O racismo no Brasil se caracteriza pela covardia. Ele não se assume e, por isso, não tem culpa nem autocrítica. (Abdias do Nascimento)

24. No caso da reserva de vagas em concursos públicos, a análise da legitimidade da desequiparação instituída em favor dos negros passa

imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

11 Joaquim Barbosa Gomes, *Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade*, 2001, p. 41.

12 V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1ª. ed. 1978), p. 11.

13 Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

ADC 41 / DF

pela constatação da existência do chamado “racismo estrutural” (ou institucional)¹⁴ e das consequências que ele produz em nossa sociedade. Esse tipo de racismo não decorre necessariamente da existência de ódio racial ou de um preconceito consciente de brancos em relação aos negros. Ele constitui antes um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente “desenhado” para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas. Nas palavras de Ivair Augusto Alves dos Santos, “o racismo institucional é revelado através de mecanismos e estratégias presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços”, de modo que “[o] acesso é dificultado, não por normas e regras escritas e visíveis, mas por obstáculos formais presentes nas relações sociais que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos”¹⁵.

25. Esse sistema é, sem dúvida, uma das marcas deixadas no país pela escravidão. Após a abolição da escravatura, a ascensão do negro à condição de trabalhador livre não foi capaz de alterar as práticas sociais discriminatórias e os rótulos depreciativos da cor de pele (muito embora, do ponto de vista biológico, não existam raças humanas). A falta de qualquer política de integração do ex-escravo na sociedade brasileira, como a concessão de terras, empregos e educação, garantiu que os negros continuassem a desempenhar as mesmas funções subalternas. Assim, no Brasil, criou-se um aparato apto à manutenção da exclusão e da marginalização sem que fossem instituídas leis discriminatórias propriamente ditas. Diferentemente dos Estados Unidos, aqui, não houve a necessidade de aprovação de leis de segregação racial, as chamadas *Jim Crow Laws*, que institucionalizaram naquele país a doutrina “separados, mas iguais” (“*separate, but equal*”), obtendo, inclusive o beneplácito da

14 Stokely Carmichael e Charles Hamilton, *Black Power: the politics of liberation*, 1967; Michel Wieviorka, *O racismo, uma introdução*, 2007.

15 Ivair Augusto Alves dos Santos, *Direitos humanos e as práticas de racismo*, 2013. p. 27-28.

ADC 41 / DF

Suprema Corte norte-americana¹⁶.

26. No Brasil, é certo, nunca houve um conflito racial aberto ou uma segregação formal. O racismo nesses trópicos é velado, dissimulado, encoberto pelo mito da democracia racial e pela cordialidade do brasileiro. Não é, porém, difícil constatar a sua presença na realidade brasileira. Apesar de o país ser altamente miscigenado, a convivência entre brancos e negros se dá majoritariamente em relações hierarquizadas, de subordinação e subalternidade. Os brasileiros estão acostumados a ver a população afrodescendente desempenhar determinados papéis, como os de porteiro, pedreiro, operário, empregada doméstica e também o de jogador de futebol. Salvo exceções – felizmente, cada vez mais frequentes –, os negros não ocupam os estratos mais elevados da sociedade, os cargos de prestígio político e as posições sociais e econômicas mais elevadas. Nas posições de poder, nos meios de comunicação e nos espaços públicos elitizados, a imagem do Brasil ainda é a imagem de um país de formação predominantemente europeia.

27. Além de já reconhecida pela ONU¹⁷, a existência de um racismo estrutural e institucional no Brasil é facilmente revelada por análises estatísticas. O Censo 2010, realizado pelo IBGE, aponta que cerca da metade (mais precisamente, 50,7%) da população brasileira é negra. Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada entre os mais ricos e sobre-representada entre os

16 Suprema Corte dos EUA, Caso Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

17 De acordo com relatório de 23.09.2014 do Grupo de Trabalho sobre afrodescendentes em missão ao Brasil, “apesar do alto percentual de afro-brasileiros na população e dos sérios esforços e avanços que têm sido empreendidos no combate à discriminação direta contra afrodescendentes, o Grupo de Trabalho está preocupado com a discriminação racial estrutural e institucional e a xenofobia em curso, que não podem ser eficazmente enfrentados pelos mecanismos legais e pela legislação existentes”. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/168/64/PDF/G1416864.pdf?OpenElement>>. Trad. livre.

ADC 41 / DF

mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres¹⁸. Além disso, a cor da pele influencia a vida de afrodescendentes em todos os seus aspectos: nas condições de moradia e saúde, na relação com a polícia e com o Estado, na educação e, ainda, com especial relevância, no mercado de trabalho.

28. Em relação à moradia, dados do IPEA apontam que famílias chefiadas por brancos possuem maior incidência de moradias em situação adequada quando comparadas com as moradias chefiadas por negros, seja em zonas urbanas ou rurais¹⁹. Nas favelas, 66,2% dos domicílios são chefiados por negros²⁰. 67% da população de rua é composta por negros²¹. Na saúde, o percentual da população branca com algum plano de saúde médico ou odontológico é de 37,9%, quase o dobro do percentual verificado em relação aos pretos, de 21,6%, e mais do que o dobro do percentual relativo aos pardos, de 18,7%²². Além disso, mulheres negras têm três vezes mais chances de morrer durante o parto do que mulheres brancas²³.

29. No sistema carcerário, 61,67% dos presos são negros. O racismo institucional não está somente no encarceramento em massa, mas no uso excessivo da força pela polícia e no sistemático desrespeito de agentes do Estado em relação à população afrodescendente. Os estigmas sociais e o racismo ainda persistente manifestam-se muito nitidamente no fenômeno do genocídio da juventude negra. Segundo dados, em 2011, a participação de jovens pretos e pardos como vítimas no total de

18 IPEA, *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 4a ed., 2009.

19 Situação social da população negra por estado; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/livro_situacao-social-populacao-negra.pdf

20 IPEA, *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, 4ª ed., 2011.

21 IPEA, *Políticas sociais: acompanhamento e análise*, 2014.

22 Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), divulgada pelo IBGE com dados de 2013

23 Disponível em: <www.iadb.org/en/topics/gender-indigenous-peoples-and-african-descendants/development-in-african-descendant-communities,2606.html>

ADC 41 / DF

homicídios no país foi de 76,9%²⁴. As estatísticas registram que os casos de violência policial injustificada têm nos negros e mais pobres a clientela natural. Sem mencionar que certos direitos, como a inviolabilidade do domicílio e a presunção de inocência, nem sempre valem para essa parcela da população. Negros ainda são parados, revistados e “esculachados” pela polícia pelo simples fato de serem negros.

30. Na educação, a taxa de analfabetismo de pretos e pardos com 15 anos ou mais é o dobro daquela verificada quanto aos brancos na mesma faixa etária: 13,6% em comparação com 6,2%, em números de 2008²⁵. Ainda considerando a população com 15 anos de idade ou mais, em 2012, há outro dado revelador: possuíam menos de 4 anos de estudo 32,3% da população negra (12,7% sequer tinha um ano de estudo!) e 23% da população branca. Já em relação à população com 12 anos ou mais de estudos, somente 9,4% da população negra se encontra nessa situação contra 22,2% da população branca²⁶. Além disso, enquanto 62,8% dos estudantes brancos de 18 a 24 anos cursam nível superior, apenas 28,2% dos negros nessa idade estão nas universidades. Em 2012, a escolaridade dos brancos alcançou a média de 8,6 anos e a dos negros, de 7,1 anos, patamar semelhante ao que a população branca já havia ultrapassado há mais de uma década²⁷.

24 V. Mapa da Violência 2014, Os Jovens do Brasil, disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>

25 Marcelo Paixão; Irene Rossetto, Fabiana Montovanele e Luiz M. Carvano (orgs.), *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2009–2010: Constituição Cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça*, 2010, p. 218.

26 Situação social da população negra por estado; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/livro_situacao-social-populacao-negra.pdf

27 Tatiana Dias Silva; Josenilton Marques da Silva, *Nota Técnica Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*; Tatiana Silva. Panorama Social da População Negra. In: Tatiana Dias Silva; Fernanda Lira Goes (org.) *Igualdade Racial no Brasil*, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/images/stories/pdf/livro_igualdade_racialbrasil01.pdf.

ADC 41 / DF

31. Todas essas desigualdades refletem-se no campo do trabalho. A taxa de desemprego de negros é 50% superior em relação ao restante da sociedade. Entre os pobres e extremamente pobres fora do mercado de trabalho, 70,7% são negros²⁸. Dados apontam, ainda, que 46,9% da população negra está inserida nas posições mais precárias (trabalho sem carteira assinada, empregado doméstico ou trabalho por conta própria), ao passo que 37,7% da população branca ocupa os mesmos postos²⁹. A população afrodescendente recebe, ademais, em média, 55% da renda percebida pelos brancos.

32. O IPEA demonstrou que mesmo quando se comparam pessoas com igual escolaridade, os negros seguem em desvantagem. Se tomarmos os trabalhadores com mais de 12 anos de estudo, por exemplo, verifica-se que o rendimento médio de homens negros equivale a 66% daquele auferido por homens brancos³⁰ e, em situação ainda pior, o rendimento de mulheres negras equivale a 40% do auferido por homens brancos. A explicação para essa diferença, segundo o IPEA, é que a raça e o racismo afetam as carreiras, as posições, o setor de atividade e o nível hierárquico que os negros podem vir a ocupar³¹.

28 IPEA, Políticas sociais: acompanhamento e análise, 2014.

29 IPEA, Situação social da população negra por estado; *Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial*, 2014. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/livro_situacao-social-populacao-negra.pdf

30 Tatiana Dias Silva; Josenilton Marques da Silva, *Nota Técnica Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. p. 4-5.

31 Segundo a Nota Técnica, “Esta diferença explica-se pelo fato de que a segregação racial nos papéis relativos às carreiras, posição na ocupação, setor de atividade e nível hierárquico reflete-se na desigualdade salarial entre negros e brancos, mesmo entre aqueles com igual nível de escolaridade. Ademais, o racismo produz e reproduz estas diferenças e atua de forma direta neste quadro. Nesta direção, outras análises refinam a comparação entre rendimentos de brancos e negros, mantendo controlados mais fatores intervenientes na colocação no mundo do trabalho - além da escolaridade - idade, sexo, região e setor de atividade econômica. Conclui-se que, ainda que desfrutem de condições de participação no mundo do trabalho e características pessoais, em geral, muito semelhantes, é possível

ADC 41 / DF

33. Especificamente em relação ao serviço público, Nota Técnica do IPEA elaborada para subsidiar a discussão do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.990/2014, trouxe dados reveladores³². Mesmo no setor público, em que são empregados critérios supostamente impessoais de seleção, os negros ocupam majoritariamente as carreiras e posições de menor qualificação e prestígio e têm níveis de rendimento inferiores, quando comparados com servidores públicos brancos com o mesmo nível de escolaridade. Nas carreiras mais valorizadas, que exigem curso superior e que oferecem melhores remunerações, servidores negros são pouco presentes. Na diplomacia, apenas 5,9% são negros. Na Advocacia Geral da União, somente 15%. E na Defensoria Pública, são 19,5%. Já nas carreiras menos valorizadas, como as de suporte técnico em vários órgãos federais, de nível médio, o percentual de negros é maior, de quase 40%.

34. A eloquência dos números demonstra que a ideia de democracia racial representa uma máscara que tem dificultado tremendamente o enfrentamento dos processos históricos e culturais de discriminação contra a população afrodescendente³³. É preciso desconstruir a ideia romântica e irreal de que somos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação e de que aqui transcendemos a questão racial³⁴. Nas palavras do juiz Blackmun, “a fim de superar o racismo, é preciso primeiro ter

identificar diferença significativa na renda entre indivíduos apenas atribuível à diferenciação por sua cor. Conquanto seja possível considerar ainda a influência de outros atributos não quantificáveis, o racismo, sem dúvida, exerce papel estruturante nesta desigualdade”. (Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva, *Op. cit.*).

32 Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva, *Op. cit.*

33 V. Luís Roberto Barroso, “Cotas e justiça racial: de que lado você está?”, publicado no site do Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luis-roberto-barroso-justica-racial-lado-voce>

34 V: Adílson Moreira, tese de doutorado apresentada na Universidade de Harvard intitulada *Racial Justice in Brazil: Struggles over Equality in Times of New Constitutionalism*, mimeografada, 2013.

ADC 41 / DF

*em conta a raça. Não há outro caminho*³⁵.

35. Portanto, diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente, evidenciada em todos os indicadores sociais, há fundamento constitucionalmente legítimo para a desequiparação promovida pela Lei nº 12.990/2014. Afinal, a reserva de vagas para negros no serviço público se volta a combater o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos firmados pela Constituição de 1988 com a promoção da igualdade em seu sentido material, com a redução das desigualdades e com o combate ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, caput e XLII)³⁶.

IV.2. IGUALDADE COMO REDISTRIBUIÇÃO

*No Brasil, sempre houve cotas. Até muito recentemente eram de 100%, em favor dos brancos*³⁷

36. Fundada na necessidade de superar o racismo estrutural, a política instituída pela Lei nº 12.990/2014 tem como um de seus objetivos promover uma redistribuição de riquezas e de poder na sociedade, por

35 Frase proferida em voto no caso *University of California Regents v. Bakke* (opinion concurring in part and dissenting in part), 1978. No original, "In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way

36 Confira-se, nesse sentido, a exposição de motivos do PL: "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 Brasil mantém com a população negra. 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."

37 Esta proposição é inspirada por passagem encontrada em Paulo Daflon Barrozo, *A idéia de igualdade e as ações afirmativas*, *Revista Lua Nova* 63:135, 2004, p. 135.

ADC 41 / DF

meio da expansão do acesso de negros ao serviço público federal. Nesse sentido, a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.738 é clara: *“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”*.

37. As discriminações e injustiças a que os negros são submetidos têm, ainda hoje, natureza *socioeconômica*. Nas palavras de Nancy Fraser, elas decorrem, em parte, da *“má distribuição, em sentido lato, englobando não só a desigualdade de rendimentos, mas também a exploração, a privação e a marginalização ou exclusão dos mercados de trabalho”*³⁸. Seu remédio, portanto, seria a reestruturação político-econômica, por meio de redistribuição de renda e de reorganização da divisão do trabalho, por exemplo.

38. Contudo, essa pobreza suportada por negros – é preciso que se diga – não é igual à pobreza suportada por brancos³⁹. Em verdade, o acesso desigual aos recursos econômicos por parte da população afrodescendente não está limitado ao aspecto sócio-econômico, possuindo, ainda, um forte componente racial. Conforme anotou Nancy Fraser, *“a ‘raça’ organiza divisões estruturais entre empregos remunerados subalternos e não-subalternos, por um lado, e entre força de trabalho explorável e ‘supérflua’, por outro”*, de modo que *“a estrutura econômica gera formas racialmente específicas de má distribuição”*⁴⁰. É por isso que pretos e pardos ainda encontram grande dificuldade para assumir as posições sociais, econômicas e políticas mais elevadas e relevantes no país: a raça representa um teto de vidro para a sua ascensão na pirâmide social. E é também devido a esse fator que, como apontou Adriana Cruz, defender a adoção apenas de políticas de redistribuição universais, não sensíveis ao

38 Nancy Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integral da Justiça". In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, 2009.

39 Lyndon Johnson, discurso de formatura da Universidade de Howard, 1965.

40 Nancy Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação... *Op. cit.*

ADC 41 / DF

elemento racial, não equivale a um “ponto zero”: “ignorar a existência de desigualdades e discriminações em razão do fator racial implica em uma forma também racializada de relacionamento social (...), pois assegura a manutenção de uma estrutura em desequilíbrio”⁴¹.

39. Nesse contexto, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 constitui política corretiva da desigualdade material existente entre brancos e negros na disputa, no âmbito de concursos públicos, pela assunção de cargos efetivos e empregos públicos na administração pública federal. Trata-se de medida estatal de *justiça distributiva*⁴², que busca garantir que afrodescendentes possam ocupar, em maior quantidade, postos no serviço público que lhes garantam maior renda e a ocupação de posições de poder e prestígio na sociedade brasileira que lhes eram antes interdidas. E a política ainda produz um benefício para a situação social da família e para as próximas gerações: os empregos conquistados por meio desta política de ação afirmativa garantem um maior nível de renda às famílias de seus beneficiários e permitem que seus filhos iniciem a vida em igualdade de condições.

40. O que esta política de ação afirmativa faz, portanto, é apenas garantir, de forma mais efetiva, a *igualdade de oportunidades* de ingressar no serviço público, por meio da incorporação da raça como um dos critérios (mas certamente não o único) na alocação das vagas. Essa medida se justifica diante da constatação de que não basta que os negros tenham a igual possibilidade de *prestar* concursos públicos. Exige-se, mais do que isso, que tenham condições efetivas de *concorrer* com os demais candidatos. Como exemplificou Martin Luther King, “é óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida 300 anos depois de outro

41 Adriana Alves dos Santos Cruz, *A discriminação racial contra afrodescendentes no Brasil e o impacto sobre a democracia: um olhar sobre a atuação da Justiça Federal de Segunda Instância*, Dissertação de Mestrado, 2010, no prelo.

42 Amartya Sen, *Equality of What?* In: *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on Human Values*, 1995; Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 2004.

ADC 41 / DF

*homem, o primeiro teria que fazer alguma façanha incrível, a fim de recuperar o atraso*⁴³.

41. No caso dos candidatos negros, parece evidente que inúmeros fatores, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, razão pela qual se exige do Estado uma atuação positiva no sentido de calibrar os critérios para aferir o mérito dos candidatos. Por tudo isso, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos instituída pela Lei nº 12.990/2014, com a finalidade de facilitar a inserção social e a obtenção de postos de prestígio por um grupo historicamente alijado na distribuição de recursos e de poder na sociedade, mais do que compatível com a Constituição, realiza adequadamente os fins por ela propugnados, no sentido de efetivar a igualdade material.

IV.3. IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO

“Why are all the angels white? Why ain’t there no black angels?” (Muhammad Ali em uma Igreja, 1983)

42. Além da redistribuição, a ação afirmativa criada pela Lei nº 12.990/2014 tem como meta contribuir para o ganho de autoestima da população negra, a eliminação dos estereótipos raciais, e para o aumento da diversidade e do pluralismo do serviço público. Nessa linha, conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.738, a reserva de vagas para negros em concursos públicos busca garantir que *“os quadros do Poder Executivo federal reflitam de forma mais realista a diversidade existente na população brasileira”*.

43. De fato, o racismo estrutural produz injustiças que não se confinam à estrutura econômica da sociedade, envolvendo, ainda, a

43

Trad. livre. *Why We Can’t Wait*, 1963.

ADC 41 / DF

ordem *cultural* ou *simbólica* existente⁴⁴. Para Nancy Fraser, tais injustiças decorrem de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os “outros” e produziram a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Tal qual aponta, *“padrões de valor cultural eurocêntrico privilegiam traços associados à ‘brancura’, enquanto estigmatizam tudo o que codificam como ‘negro’, ‘pardo’ ou ‘amarelo’, paradigmaticamente - mas não apenas - pessoas de cor. O efeito é interpretar minorias étnicas, imigrantes raciais, populações nativas (...) como ‘outros’ inferiores e degradados, que não podem ser membros plenos da sociedade”*. O remédio demandado, nesse caso, seria, assim, o reconhecimento, que envolve a modificação de determinados padrões de aceitabilidade social e a valorização da diferença.

44. Também essa forma de desigualdade de fato – o “mau” reconhecimento - produz uma sub-representação dos negros nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que acaba perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade. Nesse contexto, a ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 destina-se a abrir espaço para a ocupação de posições destacadas por parte de segmentos tradicionalmente excluídos, com três benefícios principais. Em primeiro lugar, ao garantir que os negros possam desempenhar os papéis mais valorizados na sociedade, contribui-se para a redução dos preconceitos e da discriminação. O fato de os negros não ocuparem os estratos mais elevados da sociedade institui um simbolismo que deprecia a negritude e embute uma ideia de superioridade dos brancos. Se nas repartições públicas não há negros nas funções de chefia, mas apenas na limpeza e na portaria, tal simbolismo se reproduz. Assim, a presente política tem como consequência o rompimento desse círculo vicioso.

45. A medida produz, em segundo lugar, um efeito positivo sobre o próprio reconhecimento e a autoestima da população afrodescendente. Repare-se que, nos últimos anos, as diversas políticas de combate ao

44 Nancy Fraser, *Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice*, 2000.

ADC 41 / DF

racismo e a introdução de cotas para negros nas universidades públicas já produziram a ampliação do reconhecimento desse grupo. Como apontou o IPEA, o aumento progressivo do número de pretos e pardos nos Censos do IBGE não se deve à diferença das taxas de fecundidade das populações negra e brancas, mas sobretudo à ampliação do número de indivíduos que passaram a se reconhecer como negros⁴⁵. A reserva de vagas é também capaz de impulsionar a formação de novas lideranças negras em todas as carreiras e centros de poder na administração federal, que poderão vocalizar as demandas e promover os direitos desta parcela da população.

46. Em terceiro lugar, a adoção de tal medida pode ser justificada como medida de promoção do pluralismo e da diversidade na administração pública⁴⁶. Como apontou a EDUCAFRO, representada pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, *“as instituições que põem em prática políticas de ação afirmativa se beneficiam com a pluralidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. Mais que isso, a sociedade também se beneficia das referidas iniciativas, na medida em que a atuação de tais instituições se aperfeiçoa e se torna mais legítima, por mostrar-se mais sensível aos interesses e direitos de todas as camadas da população, inclusive daquelas historicamente discriminadas”*⁴⁷. Com a reserva de vagas, nossas repartições públicas passam a se tornar um espaço de convivência não-hierarquizado entre todos os estratos da população, possibilitando a troca de vivências e experiências entre pessoas de diferentes cores.

45 IPEA, Capítulo 8 - Igualdade racial, In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise*, 2014.

46 O argumento de promoção da diversidade como política pública legítima tem sido determinante na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisões que confirmaram a validade de se utilizar critérios raciais como fator de desequiparação entre candidatos a vagas no ensino superior, ainda que de forma não exclusiva. Nessa linha, v. Suprema Corte dos Estados Unidos, *Grutter Vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

47 Petição de admissão nos autos desta ADC na qualidade de amicus curiae apresentado pela Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, representada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

ADC 41 / DF

47. Diante desses múltiplos fatores, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos atua no sentido de promover a superação dos estereótipos, a valorização da diferença e o pluralismo, em linha com os objetivos constitucionais de alcançar a igualdade material, não somente no campo da distribuição de bens sociais, mas também no campo do reconhecimento.

V. OS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

48. É preciso, ainda, analisar a compatibilidade da reserva de vagas a negros para ingresso no serviço público com os princípios do concurso público e da eficiência. Aduz-se que a seleção dos candidatos com a melhor colocação (em termos objetivos) nos concursos públicos seria uma exigência do princípio da eficiência, pois permitiria o recrutamento dos indivíduos mais aptos a prestar à população um serviço eficiente e de qualidade.

49. A Constituição Federal de 1988 instituiu, como regra, a exigência da realização de concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargo no âmbito da Administração Pública (art. 37, II⁴⁸). A regra do concurso público é, a um só tempo, corolário e mecanismo garantidor dos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no caput do art. 37 da Constituição de 1988 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴⁹ – e na cláusula

48 Constituição Federal, art. 37, II: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

49 CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

ADC 41 / DF

geral do art. 5º, que traz o princípio da isonomia⁵⁰.

50. A exigência da realização de concurso público é, assim, rotineiramente associada à realização de dois fins constitucionais. Em *primeiro lugar*, o concurso permite que o acesso ao serviço público se dê mediante um regime de livre concorrência, com igualdade de oportunidade de acesso para todos os candidatos e impessoalidade nos critérios de seleção. Trata-se, sob essa perspectiva, de uma aplicação dos princípios da *isonomia*, da *impessoalidade* e da *moralidade* administrativa.

51. A condução do concurso público de forma isonômica e impessoal materializa a ideia típica dos Estados democráticos a respeito do igual valor de todos perante a lei e, conseqüentemente, perante a Administração. Assim, o acesso aos cargos e funções de natureza pública deve ser disciplinado de modo a que todos possam disputar o acesso a eles em plena igualdade, substituindo-se os métodos de seleção fundados no parentesco ou no compadrio. Na formulação clássica do princípio da isonomia, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. A impessoalidade, nessa mesma linha, exige que a Administração trate a todos sem discriminações de qualquer natureza⁵¹. O que esses princípios vedam, portanto, são as desequiparações arbitrárias e injustificadas, que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo.

52. Nessa linha e como já se examinou no item anterior, tais princípios – a isonomia, a impessoalidade e a moralidade – não impedem que, além dos critérios estabelecidos em função do desempenho e

(...)”.

50 CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

51 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 104; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito Administrativo*, 2001, p. 13.

ADC 41 / DF

pontuação dos candidatos nas provas e títulos, incorporem-se aos concursos públicos outros critérios relacionados à necessidade de promover a igualdade material na concorrência por esses postos de trabalho. A defesa de uma igualdade meramente formal, ao revés, acabaria se confundindo com a defesa do *status quo* e, por isso mesmo, dificilmente poderia ser compreendida como medida pessoal e neutra.

53. Em *segundo lugar*, o concurso público permite que, no atendimento do interesse público, a Administração Pública possa selecionar os indivíduos que estejam aptos a desempenharem as funções de que necessita, de acordo com suas habilidades físicas e intelectuais⁵². Entende-se, nesse sentido, que o concurso público representaria um meio de alcançar a *eficiência* na atuação dos agentes administrativos, princípio acrescentado expressamente no caput do art. 37 pela Emenda Constitucional nº 19/1998⁵³. O princípio da eficiência relaciona-se com as ideias de custo/benefício, economicidade administrativa e sucesso na realização da finalidade pública de modo a que se produza o atendimento satisfatório das necessidades da comunidade e de seus membros, particularmente no que toca aos serviços públicos⁵⁴.

54. É, porém, questionável a ideia de que os concursos públicos sejam aptos a selecionar os candidatos que, na prática, se tornarão os servidores públicos mais eficientes e que permitirão que a Administração Pública alcance os melhores resultados na realização de suas funções. O

52 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 375; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 2002, p. 285.

53 Sobre o princípio da eficiência, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 83: “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” (grifos do original)

54 V. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 337.

ADC 41 / DF

que os concursos fazem é definir, entre todos os concorrentes, aqueles que detêm as habilidades e qualificações para exercer o cargo ou emprego, de acordo com a sua natureza e complexidade. É por isso que todos os concursos públicos definem notas de corte e requisitos mínimos para a classificação dos candidatos em cada etapa e para a sua aprovação ao final do certame. Presume-se, então, que todos os concorrentes que alcançarem a aprovação possuem as competências e habilidades necessárias para desempenhar, de forma adequada e eficiente, as funções relativas ao cargo em questão.

55. A partir desse momento, porém, a investidura daqueles candidatos que alcançaram a maior pontuação nas provas e títulos é apenas um método de distribuição de bens escassos (as vagas disponíveis), que não impede, ademais, a incorporação de outros critérios pela Administração. Nesse sentido, como aponta o IPEA⁵⁵, a administração já adota, para fins de definir a ordem de classificação no concurso, outros parâmetros alheios ao “mérito”, como a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (CF/1988, art. 37, VIII) e o emprego da idade dos candidatos como critério de desempate (Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso). Portanto, considerando-se que a ação afirmativa prevista na Lei nº 12.990/2014 não isentaria os seus beneficiários da aprovação no concurso público, não se pode afirmar, de modo algum, que os princípios do concurso público e da eficiência seriam violados.

56. E mais: é possível defender que a reserva de vagas para negros na administração federal seria capaz de potencializar o princípio da eficiência, medida a partir do conceito da “representatividade”. A questão da participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos – a chamada “burocracia representativa” – tem recebido grande atenção de teóricos nas últimas décadas⁵⁶. A constituição de um serviço público

55 Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva, *Nota Técnica Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*.

56 Sally Selden, Jeffrey Brudney, Edward Kellough. *Bureaucracy as a Representative*

ADC 41 / DF

“representativo” – *i.e.*, capaz de refletir a composição da população que atende – produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas. Essa concepção se funda na ideia de que os servidores públicos refletem em seu trabalho, em alguma medida, suas histórias de vida, experiências sociais, valores e *background*. Com isso, a partir de uma composição mais plural, as instituições estatais, em todos os níveis e Poderes, passam a ter maior capacidade de atuar na defesa dos interesses de todos os grupos e segmentos da população, tornando-se mais democráticas.

57. A título exemplificativo desta função “representativa”, Patricia Perrone aponta que diversos estudos demonstram a influência da raça dos juízes não só nas suas próprias decisões, como nas decisões dos órgãos colegiados que integram⁵⁷. Segundo afirma, “*juízes afrodescendentes apresentam tendência a votar a favor de autores afrodescendentes em matéria de proteção do direito de voto, bem como que juízes brancos possuem idêntica inclinação quando juízes afrodescendentes integram o órgão colegiado de decisão*”. De forma semelhante, Adilson Moreira defende que a miscigenação dos círculos de poder mediante ações afirmativas contribui para a realização do princípio da eficiência, ao permitir a formação de um quadro de pessoal “*mais apto a compreender e responder à pluralidade de demandas feitas*” e “*melhorar a qualidade do serviço*” fornecido⁵⁸:

“A meritocracia não pode ser pensada como condição única para a realização de interesses públicos, porque seu alcance depende de outros fatores que estão além da

Institution: Toward a reconciliation of bureaucratic government and democratic theory. *American Journal of Political Science*, v.42, n.3, 1998; Saltzstein, Gracehall. Representative bureaucracy and bureaucratic responsibility: problems and prospects. *Administration and Society*, v.10, n.4, 1979.

57 Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 94-95.

58 Adilson José Moreira, Miscigenando o círculo de poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. *Revista da Faculdade de Direito de Curitiba*, v. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 117 – 148.

ADC 41 / DF

consideração desse preceito. Aquelas pessoas que vão servir aos interesses da comunidade precisam ter qualidades que, muitas vezes, estão além do conhecimento acadêmico. O nosso País é composto por uma diversidade imensa de comunidades que formulam demandas distintas, e as pessoas que são selecionadas para cargos públicos devem estar preparadas para servi-las. Assim, a possibilidade de oferecimento de serviço público mais eficaz não se resume ao conhecimento técnico: ela também pode decorrer da experiência pessoal dos candidatos para um determinado cargo, experiência que tem origem na vivência desses indivíduos como membros de grupos minoritários. Essa afirmação baseia-se nos estudos (...) que demonstram os benefícios trazidos por um corpo diversificado de funcionários: quanto maior o pluralismo de pessoas, maior a capacidade de solução de problemas surgidos em sociedades complexas.”

58. Portanto, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 não viola os princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. Ao contrário, como qualquer outro candidato, o beneficiário das cotas deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.

VI. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

59. Por fim, cabe apreciar o sistema de cotas adotado para ingresso nos quadros do serviço público à luz do princípio da proporcionalidade

ADC 41 / DF

em sua tríplice dimensão: a medida deverá ser *adequada* para a promoção do objetivo a que se destina; *necessária*, sendo considerada inválida nos casos em que seja possível identificar, objetivamente, a existência de uma alternativa igualmente adequada e menos restritiva; e também *proporcional em sentido estrito*, de modo que o benefício alcançado seja relevante a ponto de justificar a restrição produzida. Em qualquer caso, a restrição não poderá afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos⁵⁹. Em relação a esse ponto, alega-se que a reserva de vagas para negros em cargos públicos seria desproporcional, por conceder uma dupla-vantagem para os seus beneficiários, considerando-se a já existência de cotas na educação superior.

60. Em primeiro lugar, como já se viu, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 é *adequada* para garantir a igualdade material entre os cidadãos, uma vez que se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e visa promover a melhor distribuição de bens sociais e a promoção do reconhecimento da população afrodescendente. A existência de uma política de ação afirmativa para ingresso de negros em universidades públicas não afeta a adequação da presente medida.

61. Em segundo lugar, entendo que a política de ação afirmativa para provimento de empregos e cargos públicos na administração federal é *necessária*, pois não há outra medida alternativa menos gravosa e igualmente idônea à promoção dos objetivos da Lei nº 12.990/2014. No caso da instituição de cotas para o acesso de negros à educação superior, é claro que um dos efeitos pretendidos pela medida é justamente permitir que os seus beneficiários possam concorrer, em pé de igualdade, por postos de trabalho, inclusive no setor público, passando a compor uma nova elite intelectual e profissional no país. Porém, tal finalidade não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária. Primeiro porque nem todos os cargos e empregos públicos

59

Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 141

ADC 41 / DF

exigem curso superior. Segundo porque os beneficiários das cotas no serviço público não precisam ter sido necessariamente beneficiários das cotas nas universidades públicas. Terceiro porque, ainda nos casos em que o concorrente pelas vagas reservadas tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de sistema de cotas, há, como se demonstrou, outras razões que justificam a política de reserva de vagas para negros discutida nesta ADC. Inúmeros fatores os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, bem como a persistência de preconceitos velados e mesmo inconscientes que podem vir a prejudicar os candidatos negros nos concursos (em especial nas fases de provas orais)⁶⁰.

62. Por fim, a medida é *proporcional em sentido estrito*, pois a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos. Afinal, além de uma parcela relevante das vagas nos concursos públicos ainda continuarem destinadas à livre concorrência, a lei ainda previu que a reserva de vagas somente será aplicada quando o número de vagas em disputa for igual ou superior a três (art. 1º, § 1º). Ademais, a política instituída tem caráter transitório

60 Nesse sentido, a manifestação do IPEA, “No debate sobre as cotas em concursos públicos evoca-se o fato de que bastariam as cotas nas universidades para que mais negros pudessem alcançar melhores posições no mercado de trabalho – inclusive na administração pública. É importante elucidar que, em que pese a importância das cotas para o ingresso de negros nas universidades, esta política vai se fazer impactar progressivamente. Das 129 IES com cotas até junho de 2012, apenas 52 tinham cotas ou subcotas específicas para população negra (INCT, 2012) (...). Assim, pode-se constatar que o impacto das cotas no ensino superior deve ser paulatino, não representando uma mudança em curto prazo no perfil do mercado de trabalho, muito menos das ocupações públicas. Para estes campos, as ações afirmativas não são, de nenhuma forma, dispensáveis. Pelo contrário, são cada vez mais necessárias para alavancar o esforço afirmativo na formação destes indivíduos, que, ao terem acesso ao ensino superior não têm, de imediato, todos os fatores de vulnerabilização e desvantagem acumulados em sua trajetória, imediatamente sanados”.

ADC 41 / DF

(destinada a vigor por 10 anos), institui um modelo de monitoramento anual dos resultados e emprega métodos de identificação do componente étnico-racial compatíveis com o princípio da dignidade humana, com a previsão de controle de fraudes. Especificamente em relação aos mecanismos empregados para desestimular a ocorrência de fraudes, cabe fazer, ainda, algumas considerações.

Parte III*O CONTROLE DE FRAUDES*

63. A fim de garantir a efetividade da política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes. As burlas à reserva de vagas para negros nos concursos públicos podem se dar, basicamente, de duas formas. De um lado, por candidatos que, apesar de não serem beneficiários da medida, venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame. De outro lado, a política também pode ser fraudada pela própria Administração Pública, caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos.

VII. FRAUDES PELOS CONCORRENTES: CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS

64. Não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais. Como é natural, essa descoberta significativa da ciência não acabou com o racismo enquanto fenômeno social; apenas serviu para deixar ainda mais claro o quanto essa forma de menosprezo ao outro é cruel, arbitrária e autointeressada. Essa questão já foi objeto de manifestação por parte do STF, que rejeitou a ideia de que a inexistência biológica de raças humanas teria tornado insubsistente o racismo e as demais formas de preconceito baseado no fenótipo ou em

ADC 41 / DF

fatores correlatos⁶¹. Feita a observação, é preciso reconhecer que a definição de critérios objetivos para identificar os beneficiários de eventuais programas de cotas de viés racial esbarra em dificuldades variadas.

65. Dentre todas as opções, a que parece menos defensável é o exame do genótipo, uma vez que o preconceito no Brasil parece resultar, precipuamente, da percepção social, muito mais do que da origem genética. A partir desse ponto, porém, a eleição de determinado critério parece envolver avaliações de conveniência e oportunidade, sendo razoável que sejam levados em conta fatores inerentes à composição social e às percepções dominantes em cada localidade. O sistema da autodeclaração, que tem sido adotado com maior frequência no país, apresenta algumas vantagens, sobretudo no que diz respeito à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo. Ela encoraja, ainda, os indivíduos a assumirem a sua raça, contribuindo para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Há, todavia, problemas associados a esse modelo. Em especial, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia levar ao parcial desvirtuamento da política pública. Esse fato foi apontado pelo Professor Daniel Sarmiento, que afirmou que *“é evidente que a inexistência de mecanismos de controle abre espaço para autodeclarações oportunistas, da parte de pessoas que não se consideram efetivamente pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados”*.

61 STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa: *“(…) 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”*.

ADC 41 / DF

66. Atenta aos méritos e deficiências do sistema de autodeclaração, a Lei nº 12.990/2014 definiu-o como critério principal para a definição dos beneficiários da política. Nos termos de seu artigo 2º, determinou que “[p]oderão 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”. Porém, instituiu norma capaz de desestimular fraudes e punir aqueles que fizerem declarações falsas a respeito de sua cor. Nesse sentido, no parágrafo único do mesmo artigo 2º, estabeleceu que “[n]a 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”.

67. Para dar concretude a esse dispositivo, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas, para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados. São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração. A grande dificuldade, porém, é a instituição de um método de definição dos beneficiários da política e de identificação dos casos de declaração falsa, especialmente levando em consideração o elevado grau de miscigenação da população brasileira.

68. É por isso que, ainda que seja necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para fins de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, é preciso ter alguns cuidados. Em primeiro lugar, o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de

ADC 41 / DF

modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Em segundo lugar, devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato. Por fim, deve-se ter bastante cautela nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas. Nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato, não haverá maiores problemas. Porém, quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial.

VIII. FRAUDES PELA ADMINISTRAÇÃO

69. Por fim, deve-se impedir que a administração pública possa se furtrar ao cumprimento da lei, mediante artifícios que limitem o seu alcance ou impeçam a incidência da reserva de vagas em determinados concursos. Os órgãos públicos são obrigados a conferir aos dispositivos da Lei nº 12.990/2014 a interpretação mais favorável à concretização dos seus objetivos.

70. Algumas possíveis tentativas de fraudes pelo próprio Estado foram apontadas em Nota Técnica do IPEA. Segundo o IPEA, *“diversos concursos, notadamente os mais disputados, dispõem de várias fases, nas quais, especialmente na primeira, a concorrência se reduz de milhares para poucas centenas de candidatos”*, de modo que, para garantir participação equivalente de negros em todas as fases do certame, é preciso manter a reserva de vagas em todas as etapas. Além disso, a Nota Técnica faz referência a tentativas de limitar, por meio de lei, edital, ou interpretação da lei ou do edital, a aplicação das cotas às vagas previstas no edital de abertura (e não em todas as vagas oferecidas no concurso), o que *“restringiria, sobremaneira, a abrangência da medida”*. Relata, ainda, que em concursos com baixo número de vagas, como o magistério superior (considerando a divisão do concurso por especialidade), a lei pode vir a não surtir efeito, considerado que, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.990/2014, *“a reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas*

ADC 41 / DF

oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três)”. Assim, seria necessário adotar medidas alternativas para ampliar a representação racial nesses cargos específicos, como a aglutinação das vagas.

71. É preciso também que as cotas previstas na Lei nº 12.990/2014 sejam aplicadas a todos os concursos públicos federais. Estão compreendidos, naturalmente, os concursos realizados pelos três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como por órgãos dotados de autonomia, como o Ministério Público Federal e a Defensora Pública da União.

72. Por fim, torna-se necessário esclarecer o sentido e o alcance do art. 4º da Lei, que prevê que *“A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros”*. Embora seja possível entender que o dispositivo somente seria aplicável ao momento da nomeação dos candidatos aprovados⁶², a interpretação adequada do preceito é aquela que garante a aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade também na composição da lista de antiguidade das carreiras. Com isso, garante-se que a política produza efeitos durante toda a carreira funcional do seu beneficiário, influenciando promoções e remoções. Ainda, impede-se que os negros sejam colocados sempre ao final da “fila”, privilegiando-se tão-somente o critério, superado pela Lei, das notas obtidas pelos candidatos.

73. Portanto, com o objetivo de garantir a efetividade desta política de ação afirmativa, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em

62 Esse entendimento, a meu ver, equivocado, já foi adotado pela Advocacia-Geral da União em decisão administrativa no Processo nº 00696.000005/2017-16, proferida pelo Conselho Superior. No entanto, o próprio Conselho Superior da AGU reviu a sua decisão anterior.

ADC 41 / DF

relação a todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas naquelas oferecidas no edital de abertura); (iii) deve-se aglutinar, sempre que possível, as vagas em concursos com baixo número de vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da política.

CONCLUSÃO

74. Por todo o exposto, voto pela procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Ademais, proponho a adoção da seguinte tese de julgamento: *“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”*.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o artigo 4º, Ministro, relativo àquela proporcionalidade para que o Ministro...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Cancelado

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o parágrafo único do artigo 2º.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Cancelado

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - É porque eu li o voto abreviadamente. O meu texto diz assim, e acho que estamos na mesma página:

Para dar concretude a este dispositivo, que é o parágrafo único do artigo 2º, entendo que é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação para fins de concorrência pelas vagas reservadas para combater condutas fraudulentas e garantir que os objetivos da política de cotas sejam efetivamente alcançados, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e ampla defesa.

E aí vem o ponto: São exemplos desses mecanismos: a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso - portanto, em momento prévio -, a exigência de fotos e a formação de comissões com composição plural para entrevista dos candidatos em momento posterior à autodeclaração.

Portanto, eu acho que o controle pode ser feito em tempo real ou *a posteriori*. Acho que o meu voto está em linha com o que Vossa Excelência está defendendo, de modo que não temos uma divergência nesse ponto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu trago, no

ADC 41 / DF

voto, algumas sugestões que foram feitas pelo advogado de São Paulo, Doutor Edson Silva Júnior, que é um militante na área, que coloca várias possibilidades. Ele cita, entre outras questões, vários documentos em que a pessoa, ela mesma, anteriormente, já teve que declarar a sua raça. Então, ele cita cadastro de alistamento militar, por exemplo, o próprio RG, para evitar que a pessoa, durante toda uma sequência da vida, declare-se, em toda documentação, branco e depois venha e se declare de outra forma somente para aproveitar. Ou seja, então, não há essa divergência, há a necessidade, e é importante se colocar, essa necessidade para se valorizar a Lei, para evitar de um lado ou do outro, seja de quem queira fraudar, seja de quem não queira cumprir os 20% da cota, para evitar desculpas. Nós sabemos que, infelizmente, várias vezes inventam-se desculpas interpretativas para não se aplicar a lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Alexandre, se Vossa Excelência me permite, pegando um ponto anterior da fala de Vossa Excelência, e sem ainda tomar posição, a mim me preocupa essa questão da abrangência da Lei em relação a todos os Poderes e todos os âmbitos. Certamente tem repercussão, já foi falado aqui, no âmbito do Judiciário, mas a mim me parece que seria razoável que se discutisse se o que se estabelece numa lei geral se transpusesse para o âmbito do Judiciário, ou mesmo do Ministério Público, ou de outros órgãos. Fico a pensar, por exemplo, nos concursos de Forças Armadas, que têm singularidades e tudo mais.

Eu gostaria apenas de fazer um pouco essa reserva em relação a esse tipo de tema, porque me parece que há um certo expansionismo que tem implicações em todo esse contexto. Eu fico a imaginar que, em algum momento - e, aí, quando do voto falarei sobre isso -, em algumas situações, ou até carreiras, o uso das cotas, na verdade, pode servir para estimular o racismo, a dizer: esse juiz é da cota, esse procurador é da cota.

Em suma, a mim me parece que não é, pelo menos, extensível nessa automaticidade. Imagino que isso deveria ser visto como uma lei geral, mas não como uma norma que deva ser aplicada a todos os Poderes, que, inclusive, têm autonomia para disciplinar a temática.

ADC 41 / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, bem lembrada essa questão, porque, no caso citado por Vossa Excelência, especificamente em relação às Forças Armadas, há um dispositivo específico, que é o artigo 142, inciso X, que prevê uma lei específica para as Forças Armadas. Diz o inciso X:

"Art. 142 - [...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência [...]"

Então, há possibilidade dessa análise mais detalhada.

Mas, ao que me referi exatamente, é que o próprio artigo 37 já se refere à questão de todos os Poderes da União. Assim como os incisos do artigo 37 disciplinam o concurso a todos, mesmo se referindo à Administração Pública, parece que não haveria, no âmbito da União, inconstitucionalidade nessa extensão.

Uma última questão que eu gostaria de colocar: entendo que a Lei se aplica, a Lei é constitucional, mas a Lei é constitucional para o provimento dos cargos efetivos e empregos públicos, o provimento inicial. Não me alinho à ideia de que, após o ingresso nos cargos iniciais, após o ingresso na carreira, todo concurso interno de promoção ou promoção e remoção devesse também seguir as cotas, até porque esses concursos internos, eles têm critérios específicos aqui; têm critérios que a Constituição também determina de antiguidade e merecimento. Então, a Constituição aqui já optou pelos dois critérios de antiguidade e merecimento. Fica, a meu ver, mais difícil qualquer possibilidade, óbvio que não se exclui a possibilidade, mas, até por opção da Constituição, fica mais difícil a possibilidade, digamos, o racismo na ascensão interna. Não se exclui, mas fica obviamente mais difícil.

11/05/2017**PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada em face da Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas por meio de concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, compreendidas nesse universo também as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assevera que o modelo de combate à desigualdade racial encampado pela lei vem sendo alvo de sucessivas controvérsias judiciais quanto à sua constitucionalidade. O quadro de conflitividade, exemplificado por declarações de inconstitucionalidade oriundas de alguns juízos à legitimidade da reserva de vagas e também do procedimento de autodeclaração, fomentaria justo receito de uma crise de segurança jurídica na promoção de certames públicos realizados em todo o país. A ausência de estabilidade e previsibilidade na aplicação dessa espécie de ação afirmativa traduziria questão relevante que legitimaria a instauração da presente instância de controle.

Argumenta a OAB que a disciplina da Lei 12.990/14 encontra respaldo em fontes jurídicas internacionais, porquanto embasada na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, cujo conteúdo também estaria sendo afrontado pelas decisões que negam legitimidade à Lei 12.990/14. Consigna que a adoção de política de reserva de vagas objetiva efetivar a igualdade de oportunidades entre negros e brancos no país, corrigindo distorções sociais historicamente consolidadas, o que concretizaria os preceitos de justiça enunciados nos incisos I, II, III e IV,

ADC 41 / DF

do art. 3º da Constituição Federal. Essa estratégia normativa de realização da igualdade material seria consentânea com diversas outras normas constitucionais, entre as quais aquelas dos arts. 1º, II, III, e IV; 4º, VIII; 5º, XXXIII, XLI, LIV; 6º, caput; 37, I e 193.

Averba que a Lei 12.990/14 objetiva enfrentar o problema da discriminação racial – autônomo em relação às desigualdades sociais – que encontra infiltração não apenas no campo da educação, refletindo-se de igual modo no mercado de trabalho. A implementação dessa política cumpriria papel importante para a mobilidade a longo prazo, surtindo efeito nas gerações futuras das famílias beneficiadas, o que revelaria a utilidade e necessidade do instrumento de reserva de vagas em concurso, tal como ocorre nas universidades.

Especificamente quanto ao critério de identificação adotado pela Lei 12.990/14 – autoidentificação – a requerente observa ser ele adequado às características do fenômeno discriminatório praticado no Brasil, dada a sua realidade sócio-cultural, de impossível apreensão objetiva. Acentua, a propósito que *“para transformar a classificação racial em um instrumento de luta política contra o racismo, é necessário que os brasileiros possam definir sua própria cor e o grupo ao qual pertencem dentro da sociedade”*. Pontua que a classificação racial sempre esteve presente nos procedimentos estatais de identificação de indivíduos, tendo a controvérsia se colocado apenas em relação aos instrumentos promocionais de igualdade, o que seria ocasionado pela baixa aceitação social dessa política.

Ressalta que a autoidentificação seria a regra nos processos censitários desenvolvidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – utilizando-se a heteroatribuição apenas em casos excepcionais. Igual lógica deveria prevalecer para o sistema de cotas, utilizando-se o critério de heteroatribuição *“como forma de controle do processo de autodeclaração, objetivando evitar possíveis manipulações de candidatos que tentam se passar por negros ou pardos para se beneficiar do sistema de cotas”*. Enfatiza que o controle de eventuais fraudes há de ser feito – segundo o devido processo – por banca averiguadora a partir de juízos subjetivos, levando em consideração as peculiaridades do sistema,

ADC 41 / DF

sendo inválida a aplicação de métodos objetivos de identificação.

Por derradeiro, a requerente postula que, em caso de não admissão da espécie processual eleita, seja a inicial acolhida na forma de arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado o risco de ameaça para os preceitos fundamentais encerrados nos arts. 1º a 5º e 37, VIII, da CF. Pede-se, por todas essas razões, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade.

Em informações prestadas nos autos, em nome do Congresso Nacional, o Presidente do Senado Federal chancelou a legitimidade formal e material da legislação atacada. Ponderou que o diploma em questão reflete a continuidade de um trabalho de reversão das condições de desvantagem socioeconômica dos negros no país que teve ponto relevante na aprovação do Estatuto da Igualdade (Lei 12.288/2010). A reserva de percentual de vagas em concursos públicos seguiria lógica idêntica à aplicada em processos seletivos de universidades e instituições federais de ensino (Lei 12.711/2012), que já teria se provado exitosa na consolidação de uma política de cunho compensatório. Ressaltou, como pontos essenciais para a validade da lei, a sua temporalidade e a incorporação, por ela, do critério de autodeclaração.

A Presidência da República também se manifestou afirmativamente sobre o pedido da ação, salientando que a lei impugnada seria meio idôneo para aumentar a participação de negros no serviço público federal, sobretudo nas carreiras de melhor remuneração e com mais acesso a espaços de poder, realizando vertente material da isonomia.

A manifestação do Advogado-Geral da União também se pronunciou pelo acolhimento do pedido. Sublinhou que a discriminação positiva seria expediente normativo válido para viabilizar a inclusão de grupos minoritários em procedimentos públicos de decisão, uma vez que efetivaria a própria noção de democracia. A reserva de vagas em concursos públicos corresponderia a uma ação afirmativa de plena justificação fática, porque os negros ocupariam posição deficitária não apenas no extrato social como um todo, mas em especial nos quadros do serviço público. Além disso, acentuou que o recorte percentual aplicado e

ADC 41 / DF

a transitoriedade da medida evidenciariam a sua proporcionalidade.

O opinamento do Procurador-Geral da República foi igualmente favorável ao cabimento da ação e à procedência dos pedidos nela formulados, secundando a compatibilidade da medida com os parâmetros normativos da Constituição, inclusive quanto ao critério de identificação do componente étnico-racial.

É o relatório.

A despeito da convergência no conteúdo das manifestações de todas as instâncias formais ouvidas no processo, cumpre à Corte exercer crivo a respeito do cabimento da ação constitucional sob exame, espécie ainda timidamente presente na experiência do Tribunal.

Segundo a legislação de regência (Lei 9.868/99), a ação declaratória de constitucionalidade está submetida a pressuposto processual específico, correspondente à “*existência de controvérsia judicial relevante*” sobre a aplicação de determinado(s) preceito(s) do ordenamento nacional. Trata-se de condição que, embora não seja exclusiva dessa espécie de ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade, ganha particular relevância quanto a ela, tendo em vista a sua especialíssima função processual, não diretamente vocacionada à prevenção ou reparação de uma violação constitucional, mas à ratificação da legitimidade de lei ou ato normativo. Primariamente, este (a confirmação da legitimidade) é o objeto da ação direta de constitucionalidade, figurando a proteção da segurança jurídica como consequência mediata de sua utilização.

Isso demonstra como a “*existência de controvérsia jurídica relevante*” repercute fortemente no interesse de agir subjacente à ação declaratória de constitucionalidade. Se não ficar demonstrada a existência de contencioso judicial, de valor suficiente para abalar a percepção sobre a exigibilidade de determinada previsão legal, o exercício da jurisdição constitucional estará sendo reclamado sem motivação constitucional idônea, convolvendo-se em mero episódio de consulta, que certamente não se enquadra dentre as competências da Corte.

Daí porque, interpretando esse específico requisito de cabimento,

ADC 41 / DF

fixou o Supremo Tribunal Federal entendimento no sentido de ser imprescindível a demonstração de dissídio judicial de “*proporções relevantes*” (ADC 8 MC, Rel. Min CELSO DE MELLO, DJe de 4/4/2003; e ADC 23 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 1º/2/2016), podendo o grau de discepção forense ser aferido em termos qualitativos, e não meramente quantitativos, tal como ficou assentado na ADI 5316 MC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 6/8/2015, ocasião em que a Corte firmou que a estatura normativa dos preceitos em questão e o risco de proliferação litigiosa poderiam ser considerados nessa indagação.

No caso concreto, a postulação não chegou a ser instruída com um conjunto de decisões judiciais numericamente robusto, a ponto de configurar forte estado de suspeição sobre a constitucionalidade da legislação invocada. Não obstante, os julgados apresentados transmitem perplexidades que coadjuvaram todo o processo de positivação das ações afirmativas baseadas em recorte racial, e que – se multiplicadas em escala nacional – certamente poderão frustrar a efetividade desse modelo de emulação da igualdade racial, sobretudo se considerado o curto intervalo temporal de vigência do instituto (10 anos – art. 6º da Lei 12.990/14).

Além disso, as decisões juntadas com a inicial demonstram que hoje formatou-se novo foco de dissídios interpretativos, a respeito do controle de possíveis fraudes na aplicação do modelo, que, pelo seu relativo ineditismo, ostenta relevância suficiente para merecer consideração nesta ação declaratória, razão pela qual deve ser ela conhecida.

MÉRITO

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo *a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

A consagração constitucional do *princípio da igualdade* veda as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, além de

ADC 41 / DF

ser constante afirmação no mundo jurídico é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, pois a atuação do Poder Público têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (IVES GANDRA MARTINS. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154-172; FÁBIO KONDER COMPARATO. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59).

Indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas, apontando a necessidade de respeito a diversidade pelos órgãos legislativos e jurisdicionais, há quase 70 anos:

“Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário” (Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo.

ADC 41 / DF

Revista Forense, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948).

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade inconstitucional na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79), como na presente hipótese.

A restrição veiculada pela Lei 12.990/14 ao princípio da livre acessibilidade aos cargos públicos está adequadamente ponderada por diversos fatores, a saber: (a) o percentual de vagas reservadas – 20%, nos concursos com 3 (três) ou mais vagas – é estatisticamente suave, se tomados em consideração os dados da exclusão da população negra do

ADC 41 / DF

serviço público; (b) a aplicação do recorte não exclui a exigibilidade de uma nota de corte, apta a garantir proficiência mínima do candidato nas disciplinas avaliadas; (c) a ação afirmativa vigorará apenas transitoriamente, pelo prazo de 10 anos; (d) sua aplicação está sujeita a constante monitoramento e avaliação anual pelo órgão de promoção da igualdade étnica em âmbito nacional; e (e) há previsão de controle de declarações falsas (art. 2º, § único), após apuração administrativa com respeito às cláusulas do devido processo legal.

Em precedentes históricos firmados a propósito de processos seletivos em universidades públicas (ADPF 186, j. em 26/4/2012, e RE 597.285, j. em 9/5/2012, ambos de relatoria do Min. RICARDO LEWANDOWSKI) este Supremo Tribunal Federal emitiu denso pronunciamento a respeito da constitucionalidade de ações afirmativas com recorte racial implementadas mediante reserva de vagas. O Tribunal assentou, nas duas ocasiões, que a desigualação entre pessoas nesse contexto, mesmo quando fundada em critério racial, não traduzia ofensa ao princípio da isonomia, mas sim a sua concretização.

Em termos amplos, esses julgados consolidaram o entendimento de que políticas estatais baseadas em discriminações positivas poderão ser legítimas quando: (a) houver demonstração empírica de que a neutralidade do ordenamento jurídico produz resultados prejudiciais a determinados grupos de indivíduos, reduzindo-lhes as oportunidades de realização pessoal (viabilidade fática); (b) a discriminação se prestar a promover objetivo expressamente contemplado no texto constitucional (viabilidade jurídica); e (c) a vantagem jurídica proposta pelo ato normativo for virtualmente idônea para reverter o quadro de exclusão verificado na realidade social, gerando mais consequências positivas do que negativas (viabilidade prática).

Especificamente em relação aos programas das universidades, ficou evidenciado que o sistema de cotas produziria inúmeros resultados positivos, promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil (*ideia de reparação*), viabilizando acesso preferencial a uma plataforma importante

ADC 41 / DF

para subsidiar o rearranjo das condições de funcionamento do processo social (*ideia de redistribuição*), atenuando, por meio do exemplo positivo, o sentimento de inferiorização causado pela rarefeita presença de pessoas negras em posições sociais de prestígio (*ideia de reconhecimento*) e qualificando o ambiente universitário pela incorporação de corpo discente com experiências de vida plurais (*ideia de diversidade*).

Não tenho dúvida de que as mesmas premissas então consideradas são também coerentes para justificar a utilização do recorte racial para a reserva de vagas em postos da Administração Pública. O mapeamento dos indicadores sociais verificados no Brasil evidencia que a perpetuação intergeracional da desigualdade não constitui mero acaso, mas subproduto de um modelo estruturalmente injusto na distribuição das oportunidades. O que dificulta a identificação da discriminação no país é o seu escondimento sob facetas aparentemente neutras, como o mérito, a competição ou o desempenho. É a falsa ideia da inexistência de racismo no Brasil, em virtude da ocorrência da misigenação ocorrida em nosso país. Embora avaliado pontualmente, mediante provas de aferição de conhecimentos, aplicadas em vestibulares ou concursos públicos, o mérito é uma função das condições de vida experimentadas durante toda a trajetória do candidato. Pontos de partida absolutamente desiguais logicamente afetarão o ponto de chegada.

Assim como o acesso a universidades públicas é significativo do ponto de vista social, porque permite o contato com saberes especializados, capacitando os graduandos a atingir êxitos profissionais, o acesso a cargos públicos também é passo importante para promover alterações nos padrões sociais. Afinal, a investidura oportuniza a inserção em ambientes decisórios relevantes, o contato com profissionais qualificados, a participação em um maior número de programas de aprimoramento e a fruição de uma vasta rede de proteção contra diferentes riscos sociais. Na medida em que a ocupação de um cargo público constitui uma ponte para diversas outras chances de qualificação pessoal, faz todo sentido utilizar a reserva de vagas nos concursos públicos como instrumento de promoção da igualdade material.

ADC 41 / DF

O princípio da igualdade, portanto, sustenta a constitucionalidade do recorte racial para a reserva de vagas nos concursos públicos em postos da Administração Pública e, logicamente, deve ser aplicado como um dos princípios básicos da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, juntamente com a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e todos os preceitos previstos nos diversos incisos do referido artigo, inclusive aqueles referentes aos concursos públicos.

Não restam dúvidas de que os incisos I, II, III, IV, V, VIII do artigo 37, que se referem a preceitos básicos sobre concursos públicos para a “Administração Pública direta e indireta da União” se refere a todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público.

Aplicáveis, tanto o princípio da igualdade, quantos os referidos incisos a todos os poderes e órgãos da União, logicamente, não há como se afastar a incidência da Lei 12.990/14.

Um último e importante ponto específico da lei ganha vital importância: a necessidade de previsão efetiva de controle de declarações falsas (art. 2º, § único), após apuração administrativa com respeito às cláusulas do devido processo legal.

Esse último elemento talvez deva merecer um enfoque mais verticalizado no presente julgamento, por envolver aspecto extremamente sensível dos modelos de ação afirmativa baseados na raça, que vem a ser o critério de identificação do componente étnico racial. O tema, naturalmente delicado, ganha tônica ainda mais controvertida no Brasil, país com população altamente miscigenada em que o racismo tem justificção eminentemente fenotípica. Em função disso, nem sempre a percepção subjetiva de pertencimento a determinada raça irá coincidir com a existência de sinais fisionômicos evidentes.

A grande variedade combinatória de elementos étnico-raciais é refletida nas variações observadas em pesquisas que utilizam padrões classificatórios diferentes, conforme dividam o universo avaliado em

ADC 41 / DF

negros e brancos; pretos, pardos e brancos; ou outras classificações. Esse tipo de inconsistência foi detectada pela literatura científica produzida a respeito do tema, como no seguinte estudo:

Ao sistematizar os argumentos de eminentes cientistas sociais contra as cotas raciais, contidos na segunda parte da antologia *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo* (Fry et al., 2007), Feres Júnior (2008, p. 58) constatou que cerca de um terço dos 50 textos publicados no livro manifestavam contra as cotas o argumento de “não ser possível separar as pessoas com base na raça no Brasil”. A dificuldade de se adotar procedimentos classificatórios objetivos foi o sétimo argumento mais prevalente entre os vinte e dois motivos mobilizados pelos autores contra as cotas raciais.

A dificuldade de identificação dos beneficiários também se torna evidente ao examinarmos a literatura relacionada. Por um lado, pode-se utilizar o argumento de que os sujeitos de direitos, geneticamente falando, corresponderiam a 87% das pessoas que são descendentes de africanos (Pena; Bortolini, 2004). Isso corresponderia a 166 milhões de pessoas pelo censo de 2010. Por outro lado, o percentual de pessoas que se autodeclaram como pretas (7,6%) ou pardas (43,1%) corresponde a 50,7%. Além disso, há evidências demonstrando a ambiguidade das medidas de raça ou cor no Brasil quando se utilizam diferentes estratégias de coleta da informação racial (Bailey; Loveman; Muniz, 2013; Bailey; Telles, 2006; IBGE, 2011; Loveman; Muniz; Bailey, 2012; Simões; Jeronymo, 2007; Telles; Lim, 1998). Muniz (2012), por exemplo, demonstra que somente metade dos entrevistados em uma pesquisa de representatividade nacional se classifica ou é classificada dentro da mesma categoria racial quando se adota quatro metodologias distintas de coleta da informação racial. A inconsistência classificatória racial, a dificuldade de se identificar beneficiários legítimos das cotas, seria assim uma das barreiras técnicas à implantação de tais ações afirmativas. Mesmo que esta barreira esteja superada desde 2012, a partir da

ADC 41 / DF

lei de cotas federal, as polêmicas em torno de fraudes classificatórias ainda continuam.

Além disso, seria possível argumentar que, diante da incerteza de cor – em função de “fraudes” de declaração ou diferentes métodos de classificação –, a desigualdade racial também poderia ser variável. Como medidas de desigualdade dependem de como os recursos são distribuídos entre pessoas pertencentes a diferentes grupos raciais, elas podem se alterar: 1) diante de uma redistribuição de recursos entre grupos fixos; 2) diante de uma redistribuição de grupos (ex. reclassificação racial) entre recursos; ou 3) ambos. No caso brasileiro, como a raça é uma variável volátil, o segundo tipo de dinâmica entra em vigor, fazendo com que a desigualdade racial seja causa, mas não necessariamente consequência exclusiva, das políticas de ação afirmativa. (MUNIZ, Jerônimo. *Inconsistências e consequências da variável raça para a mensuração de desigualdades*. Civitas, 16(2), e62-e86. 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2016.2.23097>)

Todavia, o mesmo trabalho conclui que as variações nas classificações não elidem a validade do modelo de recorte racial, pois em todos os cenários avaliados as políticas ainda beneficiariam pessoas em situação de vulnerabilidade:

De fato, ao se utilizarem quatro metodologias de classificação racial empregadas pela PESB 2002, cerca de metade dos pardos não se classificam (ou são classificados) como tais em todas elas. São os autodenominados pretos, entretanto, os que têm as maiores chances de serem racialmente inconsistentes.

Esta inconsistência classificatória teria então alguma consequência sobre a desigualdade? A distribuição de anos de estudo e o consumo de bens e serviços seria afetada por esta inconsistência?

(...)

por um lado os inconsistentemente classificados são

ADC 41 / DF

responsáveis por uma parcela significativa das desigualdades totais e interraciais de escolaridade e consumo, mas, por outro, se os mesmos fossem desconsiderados do computo das desigualdades totais estas pouco se alterariam, apesar do aparente aumento relativo das desigualdades inter-raciais (Gráfico 5). A variabilidade da desigualdade diante da incerteza classificatória racial não deve, portanto, continuar a fazer parte da “postura obscurantista” (Feres Júnior, 2008, p. 72) daqueles que costumam utilizá-la como parte do argumento especulativo contra ações afirmativas baseadas em cotas raciais. Este artigo esclarece que em pelo menos duas dimensões da estratificação social entre as raças, educação e consumo, há evidência para se rechaçar a relevância da taxonomia para o nosso entendimento ou mensuração das desigualdades populacionais, ainda que, paradoxalmente, uma parcela considerável destas mesmas desigualdades seja devida àqueles cuja a cor é incerta. (MUNIZ, Jerônimo. *Inconsistências e consequências da variável raça para a mensuração de desigualdades*. Civitas, 16(2), e62-e86. 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2016.2.23097>)

A passagem que se vem de referir é prova de que, embora as dificuldades inerentes à aferição do componente étnico-racial existam, dada a ampla zona de incerteza envolvida, elas por certo não invalidam a alternativa por ações afirmativas de recorte racial.

Todavia, elas abrem margem para fraudes, realidade documentada nos precedentes trazidos pela requerente. Trata-se de problema alarmante, que, se não combatido adequadamente, pode vir a significar o sacrifício da própria finalidade das ações afirmativas, privilegiando oportunistas que não deveriam ser abrangidos pela reserva de vagas, em detrimento daqueles que fazem jus a concorrer a ela. Surge, assim, a necessidade de encontrar a melhor abordagem para garantir que os processos seletivos alcançados pela Lei 12.990/14 sejam aplicados de modo a preservar a dignidade pessoal dos candidatos, isto é, permitindo que eles expressem sua convicção identitária livremente, mas sem

ADC 41 / DF

estimular declarações infundadas na realidade, a ponto de comprometer os fundamentos dessa relevante espécie de ação estatal.

Para equilibrar essas perspectivas, o ato normativo impugnado adota um ponto de largada absolutamente razoável, ao determinar que a concorrência às vagas reservadas obedecerá, de início, ao critério da autodeclaração (seguindo classificação adotada pelo IBGE), que é acolhido pela comunidade jurídica internacional como modelo preferencial. Mas a própria Lei 12.990/14, no seu art. 2º, § único, prevê etapa complementar de classificação, a se instaurar em caso de constatação da falsidade da declaração, prescrevendo que ela pode resultar na eliminação do concurso, bem como na aplicação de outras penalidades cabíveis.

Trata-se de sábia abertura a um procedimento corretivo, indispensável para viabilizar a aplicação legítima das ações afirmativas. No julgamento da ADPF 186, o voto-condutor proferido pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI apontava para possíveis soluções, considerando aceitáveis tanto aquelas que se bastassem com a autodeclaração, quanto a previsão de modelos mistos, caracterizados por fases de checagem, por heterodeclaração:

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

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

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de

ADC 41 / DF

mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

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

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.

Sua Excelência reputou viável, inclusive, a formação de um comitê de avaliação, encarregado de proceder à veracidade das declarações dos

ADC 41 / DF

candidatos. A meu ver, ao determinar que *“Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”* (art. 2º, § único) a Lei 12.990/14 foi categórica ao exigir uma cautela para além mera da autodeclaração, impondo a realização de um procedimento de verificação da idoneidade das afirmações dos candidatos.

O que a lei não estabelece – e que pode ensejar alguma discepção – é como o Poder Público deverá se organizar para constatar e remediar eventuais falsidades. Durante os últimos anos, as universidades que aplicam sistemas de cotas com segmentação racial em seus vestibulares têm adotado as mais diversas fórmulas para evitar fraudes, experiências que certamente poderão ser utilizadas para subsidiar a formação de um padrão a ser aplicado nacionalmente.

De qualquer modo, parece fora de dúvida que, para preservar da melhor maneira possível a dignidade dos candidatos, evitando maiores constrangimentos, o ideal é que o processo de verificação da autenticidade da declaração privilegie, inicialmente, registros documentais capazes de corroborar a afirmação dos candidatos. Isso pode ser providenciado pela apresentação de fotografias ou até mesmo por documentos públicos que assinalem sinais étnico-raciais referentes aos candidatos e, também, a seus respectivos genitores.

Segundo Hédio Silva Júnior, especialista no tema, há uma série de documentos públicos que ostentam informações relevantes para solver dúvidas sobre a realidade étnico-racial:

(...) em pelo menos sete documentos públicos os brasileiros são classificados racialmente com base na cor da pele, são eles: 1. cadastro do alistamento militar; 2. certidão de nascimento (cor era assinalada até 1975); 3. certidão de óbito; 4. cadastro das áreas de segurança pública e sistema penitenciário (incluindo boletins de ocorrência e inquéritos policiais); 5. cadastro geral de empregados e desempregados. 6. cadastros de

ADC 41 / DF

identificação civil – RG (SP, DF, etc.); 7. formulário de adoção de varas da infância e adolescência. (SILVA JR., HÉDIO. *Documentos públicos como prova de pertencimento racial*, 2013. Disponível em <http://www.afropress.com/post.asp?id=15523>. Acesso em 8/5/2017)

Portanto, deve ser oportunizado aos candidatos optantes por concorrer no sistema de vagas reservadas a apresentação de documentos capazes de comprovar a declaração por eles subscritas. Apenas se a análise desses documentos se revelar insuficiente é que deverá ser acionada a alternativa mais invasiva, consistente em convocação para entrevista presencial, em que o candidato poderá ser indagado sobre os elementos que materializam a sua concepção de pertencimento.

Diante da necessidade de manter a fidelidade teleológica das ações afirmativas de recorte racial, entendo ser relevante que a Corte estabeleça interpretação conforme à Constituição do art. 2º, § único da Lei 12.990/14, para fixar que (a) é mandatória a realização de fase apuratória da veracidade das declarações dos candidatos interessados em concorrer às vagas reservadas aos negros; e (b) nesse procedimento, deve ser priorizada a avaliação de natureza documental, fundada em fotografias e documentos públicos, figurando a entrevista como opção residual.

Ante o exposto, o voto é pela procedência do pedido, declarando a constitucionalidade da Lei 12.990/14, fixando interpretação conforme do seu art. 2º, § único, nos termos acima enunciados.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Pares, com as saudações de praxe, cumprimento o eminente Ministro-Relator, os advogados que ocuparam a tribuna.

E, para sumariar a posição que tenho a respeito desta matéria, Senhora Presidente, começo pelo fim, assentando que acompanho integralmente o voto do eminente Ministro-Relator.

Entendo que a hipótese tem assento constitucional; a sociedade tem assento em documentos internacionais, dentre eles, a Convenção de Durban, especialmente no seu parágrafo 99; há fundamento na literatura jurídica. E esta Corte tem precedente na ADPF nº 186. Aliás, permita-me homenagear o Ministro Ricardo Lewandowski, que relatou esta matéria, onde esse conjunto de princípios e premissas, em meu modo de ver, estava assentado.

Tenho um declaração de voto escrita com praticamente duas dezenas de páginas, onde eu cumpro o dever constitucional de fundamentação, mas essa fundamentação escrita, em síntese, acompanha o eminente Relator. E, se me permite dizer, creio que vai ao encontro da posição do eminente Relator, também dizer que, em se tratando de ação de declaração de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta.

Compreendo que é possível conhecer, e, na minha percepção, prover os temas e pedidos neles embutidos, deduzidos nas manifestações dos *amici curiae*.

Por isso, a conclusão que tenho a apresentar, na linha do que trouxe o eminente Relator, é de julgar procedente a presente ação declaratória, compreendendo que é constitucional esse equilíbrio entre os critérios de autoidentificação e heteroidentificação, na linha do já assentado pelo Ministro Lewandowski, e reiterado, na data de hoje, no voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso. E, portanto, esses mecanismos de

ADC 41 / DF

controle de eventuais fraudes nas de autodeclarações, nesses limites e com essas nuances, entendo, portanto, perfeitamente constitucional.

Também entendo que essa política de cotas raciais se aplica, com todas as vênias às percepções em sentido contrário, direta e imediatamente a todos os órgãos e instituições da Administração Pública. E isso porque, nos termos da Constituição, direitos e garantias individuais não têm essa mediação necessária. E, onde há diferença, a diferença que se excepciona precisa ter assento constitucional para distinguir aquilo que o próprio legislador constitucional tenha distinguido.

Por derradeiro, tal como sustentado na tribuna, também entendo que o artigo 4º dessa Lei nº 12.990 se projeta não apenas na nomeação, mas em todos os momentos da vida funcional dos servidores públicos cotistas.

Portanto, com essa síntese, juntarei a declaração de voto, acompanho integralmente Sua Excelência, o eminente Relator.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Luís Roberto.

Acompanho o Relator para assentar a plena cognoscibilidade da presente ação declaratória de constitucionalidade. A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgão que, nos termos do art. 103, VII, da CRFB tem legitimidade para propor a ação. Ademais, objetiva-se, aqui, a declaração de constitucionalidade da Lei Federal 12.990, de 9 de junho de 2014, o que impõe reconhecer preenchido o requisito constante do art. 14, I, da Lei 9.868/99. Finalmente, as decisões judiciais que impugnam a constitucionalidade da norma e que foram colacionadas na inicial suprem a exigência fixada no art. 14, III, da Lei 9.868/99.

No mérito, é procedente a presente ação declaratória.

A Lei Federal tem o seguinte teor:

“Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

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

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

ADC 41 / DF

menor que 0,5 (cinco décimos).

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da

ADC 41 / DF

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

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

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

Como se observa da leitura do texto normativo objeto da presente ação declaratória, a Lei 12.990 estabelece política afirmativa, por meio da reserva, a pessoas negras e pardas, de 20% das vagas oferecidas em concurso público. Nesse sentido, é preciso registrar que este Tribunal, quando do julgamento da ADPF 186, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 17.10.2014, já assentou a plena constitucionalidade de tais políticas públicas. O acórdão foi assim ementado:

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

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a

ADC 41 / DF

superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer

ADC 41 / DF

Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.”

(ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014)

Na parte dispositiva de seu voto, assentou o e. Relator:

“Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo **improcedente** esta ADPF.”

O precedente é de todo aplicável à hipótese dos autos e a lei objeto desta ação declaratória atende aos requisitos indicados na ADPF 186: a lei é temporária, promove a igualdade material, sendo constitucional o fator de distinção, não há ofensa ao princípio do concurso público e a medida observa o princípio da proporcionalidade em todas as suas dimensões.

A exigência de que a ação afirmativa seja temporária, condicionada à persistência do quadro de exclusão social que lhe deu origem, está satisfeita pelo art. 6º da Lei 12.990, no que define a vigência temporária de 10 (dez) anos.

A legitimidade da desequiparação promovida pela lei está assente, como já registrou o Relator, na necessidade de superar o racismo institucional e estrutural. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, em

ADC 41 / DF

sede doutrinária, também registrou a plena legitimidade das ações afirmativas:

“Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, (...).

As ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada ‘discriminação estrutural’, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados”.

(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).

Com efeito, medidas como a que consta da lei objeto desta ação declaratória também encontram fundamento na promoção de igualdade material, como fez observar o Ministro Ricardo Lewandowski no voto proferido na ADPF 186:

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

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito - não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

ADC 41 / DF

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

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

Assim, a previsão de desequiparação não viola o princípio da igualdade, ao contrário, dá-lhe pleno cumprimento.

No que tange ao critério de seleção, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski aponta a solução:

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

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

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais

ADC 41 / DF

sejam: a **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

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

ADC 41 / DF

(IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*, cit. pp. 129-130).

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.

A seguir, após analisar a constitucionalidade das ações afirmativa, dos critérios étnico-raciais e dos distintos métodos de identificação dos candidatos para o acesso diferenciado ao ensino superior público, passo ao exame das políticas de reserva de vagas ou estabelecimento de cotas.”

No que tange à proporcionalidade, bem consignou o Relator que “ (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiário das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014”. Nessa dimensão, há que se concordar que não há violação do princípio da proporcionalidade.

Tampouco há ofensa ao princípio do concurso público, expresso no art. 37, II, da Constituição Federal. A previsão de reserva de vagas não afasta a exigência de prévia aprovação no concurso, de provas ou de provas e títulos, a que devem submeter-se todos os candidatos a um cargo ou emprego público. Nesse sentido, é a própria Constituição que reconhece a compatibilidade do percentual de reserva de vagas e o princípio do concurso público, ao estabelecer, no art. 37, VIII, reserva as pessoas com deficiência.

Posta a questão nesses termos, não poderia haver dúvidas no sentido de se reconhecer a plena constitucionalidade da previsão legal de reserva

ADC 41 / DF

de vagas. Nada obstante, ante a natureza aberta da causa de pedir nas ações de controle concentrado, cumpre avaliar se, na linha do que suscita o *amicus curiae*, é possível a interpretação conforme dos dispositivos apontados.

A resposta é afirmativa.

O art. 1º da Lei 12.990 estabelece a reserva de vagas no âmbito da “administração pública federal”. Seria possível imaginar uma interpretação que restringisse esse sintagma apenas ao Poder Executivo, porquanto, tendo sido a lei proposta pela Presidência da República, não seria possível aplicá-la aos demais poderes.

No entanto, essa interpretação afigurar-se-ia inconstitucional. Como já se aduziu nesse voto, o qual, em síntese, acolhe os fundamentos do precedente firmado na ADPF 186, o sistema de cotas dá pleno cumprimento ao princípio da igualdade material, um dos pilares do art. 3º da Constituição Federal. Trata-se de direito que, em verdade, sequer depende de lei para ser efetivamente cumprido.

Nesse sentido, é preciso observar que na ADPF 186 o objeto de impugnação não era a lei em sentido estrito, mas Resoluções Administrativas da Universidade de Brasília.

Além disso, quando do julgamento do RE 570.392, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJe 18.02.2015, Tema 29 da Repercussão Geral, o Tribunal assentou que “não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei”. Em seu voto a Ministra Relatora assentou:

“Se os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição da República sequer precisam de lei para serem obrigatoriamente observados, não há vício de iniciativa legislativa em norma editada com o objetivo de dar eficácia específica àqueles princípios e estabelecer casos nos quais, inquestionavelmente, configurariam comportamentos administrativamente imorais

ADC 41 / DF

ou não-isonômicos “

Noutras palavras, a regra relativa a iniciativa legislativa aplica-se apenas aos casos em que a obrigação imposta por lei não deriva automaticamente da própria Constituição. Tal interpretação deve ainda ser corroborada pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB, segundo o qual os direitos e garantias previstos na Constituição têm aplicação imediata.

Por essa razão a expressão legal “administração pública federal”, constante do art. 1º da Lei 12.990 abrange, necessariamente, não apenas os órgãos do Poder Executivo, como também os demais Poderes e órgãos a eles equiparados. Nessa dimensão, ante multiplicidade de sentidos, deve-se dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de garantir a interpretação que lhe assegure a constitucionalidade, razão pela qual entendo procedente o pedido formulado pelo *amicus curiae* acerca da interpretação conforme do art. 1º da Lei 12.990.

Em relação ao sistema de controle de fraude estabelecido pela lei, é preciso registrar, nos limites do que se definiu da ADPF 186, que “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 (...) plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional”.

À luz desse entendimento, a leitura do art. 2º, e de seu parágrafo único, da Lei 12.990 poderia indicar, dentre outras interpretações possíveis, que o critério adotado pelo legislador é apenas o da autoidentificação e que a apuração de eventual fraude, ou seria inconstitucional, na medida em que admitiria um terceiro interveniente, ou deveria ser provada por má-fé, porquanto a falsa declaração recai sobre a própria pessoa. O argumento da inconstitucionalidade é facilmente afastado: é a própria jurisprudência desta Corte que admite a heteroidentificação.

A questão, então, passa a ser a forma pela qual se poderia fazer o heterorreconhecimento. Em recente obra sobre o tema, Edilson Vitorelli bem discorreu sobre o problema:

ADC 41 / DF

“A pior parte da experiência do heterorreconhecimento é que, embora tenha criado juízes para avaliar a raça, ela não respondeu à pergunta que havia ficado aberta, a cerca do critério que essas pessoas devem aplicar. Todos os editais com previsão de heterorreconhecimento trouxeram previsão genérica do que faria alguém ser considerado negro, aludindo, por exemplo, a “traços fenotípicos”, sem dizer quais, ou não trouxeram critério algum. A teoria do Direito Administrativo não permitira sequer atribuir a tais atos o adjetivo de discricionários, dada a ausência de limites legais. A avaliação racial foi estabelecida nos editais como ato completamente arbitrário da comissão encarregada. Os absurdos foram, em curto prazo, descobertos pela imprensa: gêmeos univitelinos, um considerado negro e outro não, a filha de um pai negro e mãe branca foi aceita como cotista e o pai, recusado, dentre outros. É evidente que, no Brasil, a zona de incerteza para se definir quem é negro e quem não é, com base na observação da cor da pele, será consideravelmente maior que a certeza.

Todas as leis relativas à igualdade racial, no Brasil, adotaram o parâmetro da autodeclaração. O candidato se declara negro, ou, dependendo da situação, se declara preto ou se declara pardo e isso basta para lhe atribuir essa condição. O problema, mais uma vez, é o critério. Nenhuma lei, federal ou estadual, define quais características o candidato deve levar em conta para se declarar. Não se define sequer se a avaliação é fenotípica ou genotípica e, muito menos, quais os traços que devem ser considerados pelo interessado, ao se olhar no espelho, ou avaliar sua experiência de vida pretérita, para se declarar ou não.

(...)

Isso se comprova pelo modo como o próprio IBGE, expressamente referido pelo Estatuto da Igualdade Racial, conduz o questionamento racial no contexto do censo. Nele, ao cidadão apenas é perguntado “qual a sua cor?”, sem que se diga o que se entende por cor, devendo o recenseado se

ADC 41 / DF

enquadrar em uma das cinco opções (branco, pardo, preto, indígena ou amarelo). A Lei, ao afirmar que seria considerados negros aqueles que se enquadrassem nos critérios do IBGE, estabeleceu um falso parâmetro, uma vez que, como percebeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, “tanto a Lei 12990/2014, quando o Estatuto da Igualdade Racial instituído pelo Lei 12288, de 2010, dizem apenas que será aquele que preencha os requisitos do IBGE, órgão que, até o presente momento, não conseguiu definir por intermédio de qualquer ato administrativo normativo quem é negro ou pardo.

(...)

Eis o problema, então de volta à estaca zero. Autodeclaração e risco de fraude ou heterorreconhecimento e risco de arbitrariedade? A opção deve ser pelo mal menor. Conforme a experiência estrangeira vem demonstrando, a única forma de se operar com conceitos de raça, para viabilizar ações afirmativas ou políticas benéficas a seus destinatários, é mediante autodeclaração. É preciso assumir o risco da existência de algum grau de fraude, ainda que isso fragilize o sistema. O heterorreconhecimento exige a elaboração de critérios rigorosos para a atuação do avaliar, o que ninguém conseguiu formular até hoje.”

(VITORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 76-81).

Na esteira desse entendimento, a interpretação a ser dada ao dispositivo constante do art. 2º deveria necessariamente conduzir a rejeição do critério de heterorreconhecimento, não por sua inconstitucionalidade, mas porque a opção legislativa envolveria apenas um controle de fraude relativamente à autoidentificação.

Nessa linha de compreensão, se a declaração é uma verdade sobre o próprio sujeito, a fraude só poderia ser apurada por má-fé, tendo em vista que é a essência da má-fé implica, como falava Jean Paul Sartre, “que o mentiroso está em posse completa da verdade que ele esconde”

ADC 41 / DF

(SARTRE, Jean Paul. *Bad Faith. The Philosophy of Existencialism. Selected Essays*. Tradução livre). Assim, o critério legal de fraude só poderia ser empregado se o autor da declaração reconhece-se não abrangido pela política afirmativa, mas ainda assim declarasse estar nela incluso.

Essa seria, no entanto, uma prova impossível à Administração, a indicar que, ao estabelecer a opção pelo controle de fraude, adotou o legislador critério de heterorreconhecimento, porquanto não poderia a Administração atribuir-se uma finalidade que não pudesse atender. A corroborar tal interpretação, tampouco se poderia admitir que o fim constitucionalmente indicado, consubstanciado na promoção da igualdade, pudesse ser atendido sem quaisquer mecanismos de controle, exigência ínsita ao princípio republicano. Haveria, nesta dimensão, uma interpretação inconstitucional, na medida em que daria à norma uma proteção insuficiente do direito de igualdade: o Estado, na acepção de Dieter Grimm, estaria fazendo pouco para proteger o direito ameaçado.

Não se olvida que mesmo esse critério comporta dificuldades operacionais. É preciso, contudo, afastar de plano a alegação de que a definição racial para efeitos de ação afirmativa seria ilegítima. A Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, internalizada por meio do Decreto 65.810/69, assentou, em seu Artigo I, que “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Sendo legítima a adoção do critério de diferenciação, deve-se, portanto, reconhecer como *necessária* a atuação positiva da Administração Pública tendente a fiscalizar os processos de seleção por do critério de heterorreconhecimento.

Embora a interpretação constitucional não determine o alcance, a

ADC 41 / DF

priori, dos critérios de adequação e de proporcionalidade, é possível identificar parâmetros normativos, que defluem diretamente do texto constitucional e limitam as escolhas da Administração.

Neste ponto, é preciso ter-se em conta que não deve ser o objetivo da política afirmativa definir uma forma “correta” de identidade racial: o próprio Comitê criado pela Convenção para Eliminação da Discriminação Racial rechaça, em seu Comentário n. 32 (CERD/C/GC/32/ par. 34), essa possibilidade.

A justificação para adoção de um critério de escolha deve, então, decorrer da própria finalidade a que se destina a política afirmativa. Noutras palavras, a justificação deve derivar da proteção à discriminação, compreendida como a equiparação da raça a um *status*, como lembrou Neil Gotanda na crítica que fez à “Color-Blind Constitution”. De fato, a discriminação, nos termos do Artigo I da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, deriva do uso da “raça” como um instrumento de regulação social:

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

Há, de forma evidente, uma similitude entre as noções de “distinção”, empregada pela Convenção, e a de “barreiras”, utilizada, por exemplo, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. De fato, a discriminação racial é um obstáculo à plena igualdade de participação social, razão pela qual o próprio Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial defendeu, no recente Comentário 34 (CERD/C/GC/34/ par. 50), que os Estados são obrigados a tomar medidas efetivas para remover todos os obstáculos que impedem o gozo dos

ADC 41 / DF

direitos econômicos, sociais e culturais de pessoas com descendência africana, especialmente nas áreas de educação, moradia, emprego e saúde.

Tal obstáculo é, sem dúvidas, culturalmente determinado. Por essa razão, correta é a definição dada por Tsemig Yang em *“Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society”* (Michigan Journal of Race and Law, Vol. 11, p. 367): “a política de ação afirmativa é menos uma função do status racial puro [embora seja dele dependente] do que uma experiência racial com discriminação”.

Sendo assim definido o pressuposto da ação afirmativa, a identificação que se faz necessária para as provas de concurso público deve ser feita por comissão plural, a exemplo das equipes multidisciplinares a que se refere o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e deve contar com a participação de ao menos um negro ou pardo. Tal diretriz é consentânea com a Declaração de Durban que, em seu parágrafo 99, fixou:

“Reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados. Portanto, incentiva os Estados a desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. **Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar a criação de condições necessárias para a participação efetiva de todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação.”**

É evidente que é possível – e legítimo, como destacou o Relator – que a Administração defina outros critérios para essas comissões. Os parâmetros aqui indicados, no entanto, porque decorrem diretamente do

ADC 41 / DF

Texto Constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos, aplicáveis à hipótese por força do art. 5º, § 2º, da CRFB, exigem que eventual interpretação conformadora deles não se desvirtuem.

Assim, é procedente o pedido formulado pelo *amicus curiae* relativamente à interpretação conforme do art. 2º da Lei 12.990.

Finalmente, no que tange à aplicação da Lei aos efeitos decorrentes da nomeação em cargo público, trata-se de verificar como deve ser feito o cômputo da ordem de nomeação. O critério foi objeto de diversos debates neste Tribunal no que diz respeito às cotas para pessoas com deficiência. Esta Corte, no entanto, veio a interpretar o critério da seguinte maneira:

“Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida.”

(MS 30861, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 06-06-2012 PUBLIC 08-06-2012 RIP v. 14, n. 73, 2012, p. 239-241)

A ordem de nomeação fixa, por consequência lógica, a ordem de antiguidade para efeitos na promoção de carreiras, caso aplicável. Assim, a interpretação que restringe os efeitos decorrentes da ordem de nomeação, substituindo-se por outros, não apenas atenta à ordem estabelecida na lei, mas contraria a própria finalidade da política por ela estabelecida e, nessa dimensão, é inconstitucional.

Ante o exposto, acompanho o Relator para julgar procedente a presente ação declaratória e para:

(i) dar interpretação conforme a Constituição do art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei 12.990/2014, para assentar a necessidade de

ADC 41 / DF

estabelecimento de mecanismos de controle de fraudes nas autodeclarações dos candidatos nos concursos públicos federais;

(ii) dar interpretação conforme a Constituição do art. 1º da Lei 12.990/2014, para esclarecer que a política de cotas raciais de que trata a lei se aplica a todos os órgãos e instituições públicas federais, incluindo aquelas dotadas de autonomia em face do Poder Executivo Federal;

(iii) dar interpretação conforme a Constituição do art. 4º da Lei 12.990/2014, para estabelecer que a ordem de classificação estabelecida no preceito se aplica não apenas à nomeação, mas deve também incidir sobre todas as demais dimensões da vida funcional dos servidores públicos cotistas.

É como voto.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014, pela qual reservadas “aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Assevera o requerente que o diploma legal apontado, nítido instrumento de política afirmativa “de combate à desigualdade racial”, proporcionando “maior representatividade aos negros e pardos no serviço público federal”, tem sido “alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a Lei de Cotas é inconstitucional”, razão pela qual está a merecer o crivo desta Suprema Corte.

Sustenta o CFOAB a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, ao argumento de que tal normativo busca promover a igualdade material, reduzir a discriminação racial e, ainda, ampliar o processo de inclusão e representatividade de negros e pardos no âmbito da administração pública federal.

Defende a autoexecutoriedade do regramento legal em questão, bem como a constitucionalidade dos critérios de identificação racial nele previstos, quais sejam o “método da autodeclaração (art. 2º, *caput*) e, subsidiariamente, da heteroatribuição para fins de controle (parágrafo único do art. 2º)”.

Os Presidentes da República e do Senado Federal, o Advogado-Geral

ADC 41 / DF

da União e o Procurador-Geral da República se manifestaram pela procedência da presente ação declaratória, em síntese ao fundamento de que ações afirmativas de cunho étnico-racial, adotadas de modo temporário, como o sistema de cotas em apreço, estão em consonância com o programa preconizado pela Lei Maior.

Passo ao exame.

Reproduzo o teor da Lei nº 12.990/2014:

“Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

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

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

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

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

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

ADC 41 / DF

administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

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

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

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

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

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

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

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

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

Na esteira do brilhante voto do eminente Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, e alinhada ao quanto por mim decidido no julgamento da ADPF 186, arguição em que esta Corte examinou o sistema de reserva de vagas, igualmente fundado no critério étnico-racial, para o ingresso na

ADC 41 / DF

Universidade de Brasília - UnB, reputo constitucional o diploma normativo pelo qual instituído o sistema de cotas no serviço público federal.

A temática - novamente submetida à apreciação desta Suprema Corte - permanece sensível e atual, comportando múltiplas abordagens e sempre respeitáveis opiniões diversas, a impor seja analisada em estrita observância ao texto constitucional.

Tal abordagem, a meu juízo, assegura a um só tempo que a decisão do caso se faça adequada aos valores, princípios e regras informadores do ordenamento jurídico, verdadeiro imperativo das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, bem como seja consentânea com a preservação e o aperfeiçoamento de uma sociedade plural.

Assim, porque outra não é a diretiva do programa constitucional vigente, em que o texto da Lei Maior contempla vasto rol de princípios, direitos e garantias fundamentais, de notada tessitura semântica aberta, a impor a todos os seus intérpretes absoluta responsabilidade e respeito para com os objetivos perseguidos pelo constituinte.

Tenho que realizar a constituição se traduz no laborar pela construção de uma sociedade plural, livre de preconceitos e solidária. Em suma, além de incontáveis outros objetivos previstos no texto constitucional, emprestar força normativa à Constituição é caminhar incansavelmente em busca do aperfeiçoamento da sociedade e da ampliação dos espaços democráticos, permitindo na medida do máximo possível a promoção do bem de todos, essência da vida em sociedade.

Tal tarefa, entendo, se mostra irrealizável tão somente no nível do discurso, impondo a todos e em particular ao Estado um agir, na hipótese o dever de adotar instrumentos efetivos de redução das desigualdades e de inclusão social.

Ligeiro passar de olhos no teor do preâmbulo da Constituição, bem como no conteúdo dos primeiros artigos que se seguem - topograficamente inaugurais da Carta Política -, é mais que suficiente a afastar compreensões em sentido diverso.

De tal leitura, inexorável a conclusão de que nossos representantes -

ADC 41 / DF

do povo brasileiro – almejam ao advento da Carta Política de 1988 “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar”, além de outros, “o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, contemplando entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político – em reconhecimento ao fato de que composta a sociedade por indivíduos e grupos diversos, sem exceção mercedores da proteção estatal.

Já entre os objetivos da República Federativa do Brasil se encontram a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Observados tais vetores constitucionais, inegavelmente verifico amparado à luz do texto constitucional o sistema de reserva de vagas em análise.

De qualquer modo, a exaurir a discussão, examino alguns dos argumentos comumente ventilados em suporte à tese de que inadequada a Lei nº 12.990/2014 à Constituição da República.

Cumprir verificar, nesse leque, se a adoção, diga-se de passagem temporária (pelo prazo de dez anos), do sistema pelo qual reservadas, aos que se autodeclararem pretos ou pardos, 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos, está em descompasso com um ou mais preceitos da Lei Maior e, caso afirmativo, se tal irregularidade se dá em proporção ou intensidade suficiente ao afastamento dos vetores constitucionais acima referidos.

Entendo que a questão deva merecer primeira análise, porque pedra de toque da temática, à luz do princípio da igualdade. Nesse preciso aspecto, rememoro os fundamentos do voto que proferi na ADPF 186:

“A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o

ADC 41 / DF

seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades.

Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um **fardo**, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, **sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade**. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares.

Necessária se faz, então, a intervenção do Estado, que tem ocorrido em especial por meio das chamadas ações afirmativas. É preciso adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter seu papel benéfico. Assim, a desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos. Se as oportunidades são limitadas, é necessário que todos os indivíduos e todos os grupos tenham chances equivalentes de usufruí-las. Uma vez que tal situação está em perspectiva, só então é dado ao legislador e ao aplicador do Direito voltar a presumir a igualdade em razão do igual tratamento legal. Em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões

ADC 41 / DF

sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade.

Essa é a questão que ora se apresenta: os negros (considerados os pretos e o pardos) apresentam uma condição social e histórica específica que os afasta das mesmas oportunidades que indivíduos tidos por brancos na sociedade brasileira? Se a resposta for afirmativa, sem dúvida é devida a intervenção do Estado para corrigir esse desvio social e histórico gerador de desigualdade e, portanto, de separação concreta na sociedade brasileira. Se não, a intervenção estatal, por qualquer uma de suas possíveis formas de manifestação, reveste-se de inconstitucionalidade, ausente desequilíbrio concreto a corrigir.” (destaques no original)

Nos moldes do que decidi naquela oportunidade – ADFP a versar sobre política de cotas, baseada em critério étnico-racial, para o ingresso na universidade pública -, exatamente porque inalterada a realidade brasileira, presentes e aplicáveis à espécie os elementos e premissas então sopesados, de rigor e coerência reafirmar minha convicção de que devida, na hipótese, a intervenção do Estado para corrigir o desvio social e histórico gerador de desigualdade.

No Brasil, infelizmente, a pobreza tem cor!

É fato, mais um dado da triste realidade discriminatória presente na sociedade brasileira, estatisticamente mensurado.

Consoante registrei por ocasião do julgamento desta ação, um dia antes do seu início, em 11.5.2017, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), juntamente com a Fundação João Pinheiro (FJP) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), divulgaram o estudo “Desenvolvimento Humano Para Além das Médias”, precisando os profundos contrastes existentes na população brasileira.

Extraio algumas informações de tal estudo, que bem dimensionam o abismo racial em nossa sociedade: i) os índices e subíndices em geral (de desenvolvimento humano para além das médias – IDHM, de longevidade, educação, renda etc.) “evidenciam melhores resultados para

ADC 41 / DF

brancos...”, havendo uma década de defasagem do IDHM dos negros, em relação aos dos brancos; **ii**) a renda dos negros corresponde à metade da percebida pelos brancos; **iii**) sendo que, para a população negra, até mesmo a “esperança de vida ao nascer” é inferior.

Ora, não vislumbro, assim, no bojo da Lei nº 12.990/2014, desequilíbrio a afrontar materialmente o art. 5º, *caput*, da Carta Política. Ao contrário, identifico na legislação ora submetida a controle a adoção necessária de fator de discrimen legal, exatamente com o objetivo de minorar reconhecida situação de desigualdade – odiosa iniquidade em razão da cor da pele - entre brasileiros.

Por seu turno, muito embora entenda, à luz dos argumentos já encampados, suficientemente justificada a ação afirmativa – a constitucionalidade da Lei de Cotas submetida a controle -, teço breve abordagem acerca do princípio da eficiência na administração pública (art. 37, *caput*, da CF).

Extraio, de plano e do próprio significado do termo, que eficiência não é parâmetro absoluto – lembrando, ademais, que nenhum princípio constitucional goza de tal qualidade -, submetido à mensuração posterior, consubstancia expectativa de resultado – meta de qualidade na execução das atribuições inerentes ao cargo público.

Em síntese, o princípio da eficiência diz com o dever de todo o servidor e da Administração Pública em geral de bem prestar o serviço público, plexo de competências e qualidades desejáveis e esperadas não somente pelo Estado – no momento em que preenche seus quadros -, mas também, e principalmente, pela sociedade brasileira - em boa medida composta de pretos e pardos -, destinatária última dos serviços públicos.

Compõem tal plexo, sem pretensão exauriente, zelo com a coisa pública, dedicação, cortesia, urbanidade, capacidade e ausência de desperdício.

Não é passível, nesse diapasão, a meu sentir, reconhecer qualquer mácula ao princípio da eficiência ante a política afirmativa de reserva de vagas no certame, de todo inviável assegurar resultados pura e simplesmente com base no concurso público, obviamente não dispensado

ADC 41 / DF

pela Lei nº 12.990/2014.

Ultimando, no que tange ao critério da autodeclaração, bem como ao subsidiário da heteroidentificação, para o qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, não detecto, igualmente, desalinho com o texto constitucional. Reporto-me, a corroborar tal compreensão, aos fundamentos do voto por mim proferido na ADPF 186, no preciso ponto em que asseverei visual a discriminação no Brasil, *verbis*:

“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. Nessa linha, explicita a articulista, a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação -, mediante a preterição. Assim, complementa ela, ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa “escura” será sempre preterida por uma pessoa mais “clara”, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais “escura”, de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra “uma exceção”.

ADC 41 / DF

A cor, finaliza, como metonímia racial, emerge, pois, como categoria duplamente cultural.”

Ante o exposto, cumprimentando o eminente Relator pelo brilhantismo do seu voto, e cujos fundamentos subscrevo, concluo pela procedência desta ação declaratória de constitucionalidade, harmônica à Constituição da República a Lei nº 12.990/2014.

É como voto.

11/05/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros, Advogados e Estudantes presente aqui.

Senhora Presidente, diante das questões tão árduas e complexas por que passa, neste momento, o Supremo Tribunal Federal, nós olhamos para uma causa dessa natureza, e temos até a vontade de afirmar: "se todas fossem iguais a você!". Porque efetivamente esta é uma causa que apresenta um aspecto humanístico, sobretudo importante, que revela talvez a competência a qual deveria ostentar o Supremo Tribunal Federal para dirimir essas questões morais, essas questões interdisciplinares.

Ontem, Vossa Excelência me honrou com a designação para comparecer ao "*I Encontro de Juízes Negros do Brasil*", e ali tive a oportunidade de destacar que sou integrado a essa causa, evidentemente não no meu aspecto físico, muito embora eu deva declarar aqui, em razão da minha dedicação, aos amigos que estão aqui presentes, que eu tenho recebido o título - reitero - de primeiro negro honorário, como Vossa Excelência verifica que só pode ser algo ideológico. Mas recebi esse título exatamente, porque integrado a essa causa.

Recordo-me perfeitamente, e talvez aí esteja o cerne jusfilosófico da isonomia, de que, numa dessas ocasiões, tive a oportunidade de entregar o troféu "*Prêmio Raça Negra*" - o Doutor José Vicente aqui presente; Frei David estava aqui presente também, são amigos de longa data; a Dani, igualmente, colega de longa data - para filha de Martin Luther King, o troféu dourado, que é um segundo troféu, e o último foi para Graça Machel, a última esposa de Nelson Mandela. E, naquela oportunidade, eu vi algo que realmente reflete o que é a essência do princípio da igualdade, na seguinte expressão:

"Debaixo da pele de um homem negro, debaixo da pele de uma

ADC 41 / DF

mulher negra e debaixo da pele de uma criança negra, corre um sangue da mesma cor que o nosso e o mesmo sangue que alimenta a vida."

Então, eis aí já, na essência da vida, a própria ideia da igualdade de todos perante a vida e perante, enfim, as normas que regulam a convivência social.

E essa igualdade, como aqui já foi destacado, precisa ser analisada sob dupla face: quer dizer, a igualdade formal - e as palavras da Lei não conseguem transformar a realidade -, e a igualdade material, essa que é importante, que o Professor Alex e o Professor Dvorkin ressaltam que é a isonomia ou a igualdade que permitem a desigualação na medida em que há determinados aspectos que tornam as pessoas efetivamente desiguais.

Então, a questão, vamos dizer assim, mais importante deste debate, a questão legal é de uma simplicidade ímpar. A questão mais importante é de se saber por que é necessário que se estabeleçam essas ações afirmativas se a regra mater da constituição é o princípio da igualdade: todos têm que se submeter às mesmas regras. Porque, na verdade, e, aí, eu relembro o irmão do Henfil, Betinho, que dizia o seguinte: "no Brasil, num país onde o trabalhador brasileiro vive no limite da sobrevivência biológica, onde se assiste a essa desorganização funcional dos Poderes e outras questões mais, a democracia é uma mentira" - e é uma mentira. Aqui também se aplica essa concepção, essa visão do Betinho, quando se diz que, no Brasil, não existe racismo. Isso também é uma mentira. E a Ministra Rosa, agora, destacou alguns dados.

Ontem, em razão do encontro dos juízes negros, eu tive a oportunidade de verificar que 84,5% dos juízes brasileiros são brancos; e 1,4% dos juízes brasileiros são negros. Eu vejo que há uma diferença amazônica.

Então, essas questões interdisciplinares, no meu modo de ver, quem se der ao trabalho de abrir, não vai precisar ler nenhum artigo da Constituição, só precisa abrir a Constituição e verificar qual foi a fonte inspiradora do constituinte ao lavrar a Constituição Brasileira de 1988, pós-positivista, que se inicia com direitos fundamentais dos cidadãos. O

ADC 41 / DF

que diz o preâmbulo?

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista" - e aí entra o pluralismo-ético - "e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, promulgamos a seguinte Constituição".

Pois bem, o preâmbulo da Constituição integra, de certo, a ordem das normas consideradas as regras e os princípios constitucionais. E aqui está o fundamento de toda essa demanda, porque a desigualação é necessária na medida em que o Brasil precisa efetivamente promover o necessário resgate histórico.

Destaco apenas algumas passagens rápidas que tive a oportunidade de lançar quando da Ação Declaratória da Relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em que estabeleci quatro premissas que entendo aplicáveis ao caso concreto, em razão exatamente de os Colegas que já me antecederam terem refutado essas ilegalidades da Lei e seus artigos. Eu queria depois só fazer uma adição, porque acho importante, porque está de acordo com a nossa jurisprudência.

Então, a **primeira** que eu estabeleci na ADC é exatamente o que a Ministra Rosa agora acaba de afirmar no início do seu voto:

"(...)a pobreza tem cor. Por todo lado abundam dados que evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira. Segundo estatísticas disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os afrodescendentes (negros e pardos), que correspondem a mais de 50% da população do País, encontram-se em situação profundamente desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais

ADC 41 / DF

relevantes – renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, dentre outros (cf. IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2009, disponível em <http://www.ibge.gov.br/>)”.

Então, essa afirmação, em relação à educação e ao analfabetismo, vem exatamente de encontro a esse belíssimo voto de conteúdo humanístico que o Ministro Barroso acaba de proferir no sentido de que nós não podemos desconsiderar essa anamnese para atentarmos para essa necessária desigualação que gera a criação de cotas.

A **segunda** premissa estabelecida nesse voto, em que acompanhei o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, fulcrava-se na disparidade econômico-social entre brancos e negros, que efetivamente não é produto do acaso.

“Não se trata, como afirmou o partido requerente da ADPF, de uma infeliz correlação entre a cor do indivíduo, pobreza e a qualidade do estudo” (fls. 69), fazendo crer que tudo não passaria de obra inescapável do destino, uma triste coincidência. As estatísticas de hoje são produto de ações pretéritas. Revelam com objetividade as cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra no Brasil.”

E é preciso que se destaque que o Brasil representou o país que teve a sociedade escravocrata mais longa do mundo: 400 anos de escravidão.

“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.”

A **terceira** premissa que eu assentei naquela oportunidade, que entendo, Ministro Barroso, que seja também incidente no caso concreto, é que:

“A terceira premissa: a abolição do regime escravocrata ocorrida

ADC 41 / DF

no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País. Sua perpetuação foi facilitada pela inexistência de qualquer política inclusiva das etnias afrodescendentes logo após o fim da mão de obra cativa. O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio” - e eu vou tocar nesta questão do silêncio ao final do voto -”, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre.”

A quarta e última premissa:

“Políticas universalistas (i.e., desapegadas a aspectos raciais) de melhoria das condições econômico-sociais da população não são suficientes para combater a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil. É que a injustiça racial opera não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade. Envolve também uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica. Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e autoestima coletivas”.

E aqui eu me vali de um trecho de uma obra organizada pelo Professor Daniel Sarmiento juntamente com a Professora Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. Esse texto me pareceu bastante expressivo.

Então, na realidade, Senhora Presidente, sem ingressar nos artigos que já foram amplamente debatidos, são amplamente constitucionais, essas premissas me trazem à mente duas expressões de dois homens que passaram pelo flagelo da segregação e do preconceito. O primeiro deles, por força da idade, foi Elie Wiesel, um ex-exilado da perseguição nazista, mas que conheceu as tragédias dos campos de concentração e foi o Prêmio Nobel da Paz. O Professor Elie Wiesel, que afirmava o seguinte, assim como essa premissa estabelece: "dizer que não há preconceito racial

ADC 41 / DF

no Brasil" - eu repito - "é uma mentira". Agora, o pior disso é o perigo da indiferença. E Martin Luther King afirmava que, na verdade, o que havia de perigo nessa persecução da conjuração do racismo era exatamente o silêncio dos bons, e o silêncio dos bons se equipara ao que Elie Wiesel - um exilado num campo de concentração - chamava de: "o perigo da indiferença". Se a sociedade permanece sem consagrar as ações afirmativas, nós vamos recair nos vícios que acabaram demonstrando indiferença à tragédia do holocausto, e o silêncio dos bons representará uma suposta liberdade que hoje ainda escraviza.

Acompanhando os eminentes Colegas que me antecederam, eu apenas gostaria de fazer uma observação. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, para promoções e remoções, é necessária a realização de concurso público. Ora, se é necessária a realização de concurso público para promoções e remoções, é imperioso que se aplique essa Lei também nas promoções e nas remoções. Então, vinte vagas para as promoções, vinte vagas para as remoções, é de se aplicar também esse percentual estabelecido pela Lei.

E, por outro lado, eu concordo com o Ministro Alexandre de Moraes no sentido de que hoje é absolutamente inaceitável que essa regra, que tem como base fundamental o preâmbulo da própria Constituição, não seja aplicável a todos os Poderes da República.

O CNJ - ontem tive essa informação no encontro de juízes negros - já aplica essa Lei através de uma resolução de 2015. E agora evidentemente que, até como *custos legis*, o Ministério Público há de implementar isso também.

E, como essa política pública é calcada no preâmbulo da Constituição Federal, eu entendo que não há peculiaridade local de município nem de Estado que permita a não adoção desse critério. Então, em maior extensão, eu não só aplico essa regra a todos os Poderes, como também a todas as unidades federadas.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO (18958/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA

ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR (000830/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (73032/RJ) E

OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando procedente a ação, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Marcus Vinícius Furtado Coelho; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dr^a Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, o Dr. Daniel Sarmiento; pelo *amicus curiae* Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, o Dr. Humberto Adami Santos Júnior; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.5.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, manifesto minha admiração e meu respeito - que, na tarde de hoje, só aumentou - em relação ao querido amigo, a esse magnífico ser humano, para além do professor, do magistrado e do advogado, que sempre lutou as boas causas e as grandes causas. Exatamente porque aqui eu estou, mais uma vez, a acompanhar Sua Excelência na defesa exatamente desses bons direitos e dessas boas lutas. E Sua Excelência, como disse o Ministro **Celso**, desde a advocacia vem nos dando grandes exemplos.

E, também como disse o Ministro **Marco Aurélio**, saio daqui uma pessoa, penso, melhor, porque Sua Excelência, com esse ato, impõe a todos nós um exame de consciência. Aquilo que minha saudosa mãe dizia: "Todos nós, na hora de dormir, temos que lembrar aquilo que, talvez, durante o dia, nós tenhamos feito em relação a alguém e refletir sobre o dia seguinte, a ir e conversar e pedir as devidas desculpas".

E aqui, todos nós, penso - e falo por mim -, refletimos sobre isso e sobre o fato de que, muitas vezes, inconscientemente, por mais que defendamos as boas lutas e a igualdade, nós acabamos por ofender alguém, um colega, ou todo um grupo.

Então, saio daqui pensando e relembrando, já que minha mãe não está aqui há muito tempo, que, realmente, todo dia nós temos que, ao deitar, fazer esse exame de consciência e ter a honradez, a coragem e a grandeza de dizer: "Eu errei, eu não quis ofender ninguém, mas, se assim fui interpretado, reconheço a minha culpa".

Eminente Ministro **Barroso**, eu conheço Vossa Excelência desde que era estudante e, se aqui vamos, hoje, julgar essa ação de sua relatoria, eu dou o testemunho de que não é de hoje que Vossa Excelência defende essas grandes e boas causas.

ADC 41 / DF

Aliás, na data de ontem, fez um primoroso e merecido discurso de saudação àquele notável Magistrado, o Ministro **Joaquim Barbosa**.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Obrigado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu sempre fico um pouco constrangido de ler voto para acompanhar o Relator, sem crítica a qualquer um, porque, de vez em quando, o Ministro **Pertence** - e eu sento exatamente na cadeira dele, tendo, no meio tempo, passado magnificamente por esta cadeira o saudoso Ministro **Menezes Direito** - me pergunta: "Vocês mudaram o regimento no Supremo?" Aí, eu pergunto: "Em que ponto?" "Agora é obrigado, para acompanhar o Relator, fazer-se um voto e, às vezes, maior do que o do próprio Relator?" - só para descontrair um pouco.

Como fiz agora mesmo, simplesmente acompanhei o eminente Ministro **Marco Aurélio**, e, nesta oportunidade agora, elogio seu claríssimo e objetivo voto solucionando aquela questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Digo a Vossa Excelência que a expressão, do passado, "de acordo", pelo vogal, não está em moda.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Às vezes eu sou um pouco tradicionalista.

Mas, aqui neste caso, Senhora Presidente, como em tantos outros, e daí a compreensão em entender a razão pela qual todos nós, muitas vezes, temos, para acompanhar o Relator, feito a leitura ou proferido votos orais, diante da grandeza do tema e da necessidade de reafirmá-la. Inclusive, aqui, terei a honra de confirmar mais uma vez a beleza, a profundidade e a correção do voto do eminente Ministro Luís **Roberto Barroso**.

Por isso, vou pedir vênias, Senhora Presidente, para fazer a leitura de um pequeno voto concorrente que trago em relação ao voto de Sua Excelência. É um voto concorrente, mas que não chega aos pés de seu belíssimo voto.

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A presente ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tem como objeto a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Em sessão de 11/05/2017, o Relator, Ministro **Roberto Barroso**, votou pela procedência da ação, declarando a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, no que foi acompanhado pelos Ministros **Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux**.

Passo a meu voto.

Senhores Ministros, ao proferir parecer, em 2009, como Advogado-Geral da União, acerca do pedido de medida liminar formulado na ADPF nº 186 (na qual não votei, por estar impedido), que tinha como objeto os atos administrativos que instituíram o sistema de cotas para negros para ingresso na Universidade de Brasília, opinei no sentido do indeferimento do pleito, com fulcro na inexistência de descumprimento de preceitos fundamentais e *na compatibilidade da política de cotas nas universidades com o princípio da igualdade e com o postulado do Estado Democrático de Direito*.

Em meu entender, a mesma compreensão se aplica ao presente caso, em que se tem, também, uma política destinada a reduzir as desigualdades fáticas entre brancos e negros. Tem-se, especificamente, um mecanismo destinado a corrigir as grandes desigualdades de participação entre negros e brancos na administração pública federal.

A medida em questionamento não é apenas compatível com a Constituição Federal, sendo uma exigência do princípio da isonomia, previsto pelo art. 5º, **caput**, da Constituição Federal.

ADC 41 / DF

De fato, a adequada identificação do conteúdo assumido pelo princípio da isonomia na sistemática constitucional vigente depende de sua devida contextualização, à vista, especialmente, do postulado do Estado Democrático de Direito, contemplado no art. 1º, **caput**, da Constituição da República.

Note-se, a respeito, que diversamente da concepção prevalecente durante a Antiguidade e a Idade Média (períodos em que o termo “igualdade” era tomado, prioritariamente, como “igualdade geométrica”, a traduzir um mecanismo de exclusão social, uma vez que servia para justificar a concessão de tratamento privilegiado aos homens considerados virtuosos), o postulado do Estado Democrático do Direito, adotado pela Constituição de 1988, compatibiliza-se tão somente com um **conceito inclusivo de igualdade**, ou seja, com a “igualdade aritmética”, que confere a todas as pessoas idêntica importância. Confira-se, nesse sentido, o entendimento de Marcelo Campos Galuppo:

“A partir de Kant, quer dizer, com a sociedade contemporânea, torna-se impossível pensar uma igualdade geométrica na organização social moderna e contemporânea. Ao contrário, a civilização ocidental se pauta, na sua organização político-jurídica, preponderantemente, pela igualdade aritmética, pela igualdade como mecanismo de inclusão social, capaz de permitir o pluralismo de projetos.” (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 99).

Com efeito, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se por pretender viabilizar a convivência entre os diversos projetos de vida que os indivíduos possuem em uma sociedade pluralista, permitindo-lhes que concorram em igualdade de condições para sua realização.

Assim, a adoção do princípio da igualdade não significa que os indivíduos devam ser tratados de modo idêntico em toda e qualquer situação; **pelo contrário, a realização da igualdade impõe, em**

ADC 41 / DF

determinados casos, a submissão dos sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos diversos (a exemplo do que ocorre com as chamadas *ações afirmativas*).

Acerca da desigualdade fática entre brancos e negros no acesso aos quadros da administração pública – a qual nada mais é do que o reflexo da desigualdade material decorrente de um racismo estrutural existente em nossa sociedade, como bem observou o eminente Ministro **Roberto Barroso**, em seu voto –, vale mencionar o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea), publicado em 2014, no qual se constatou, em síntese, que

“[o]s negros não estão distribuídos de forma equânime, nem entre as diferentes esferas de poder e, muito menos, entre as diferentes carreiras, posições ou níveis de rendimentos. A sua presença é muito mais reduzida em carreiras mais valorizadas, especialmente as de nível superior e que oferecem melhor remuneração. Na Diplomacia, por exemplo, eles representam 5,9% do total de servidores, contra 94% de brancos. A disparidade é grande também na Auditoria da Receita Federal, onde se verifica 12,3% do primeiro grupo em relação aos 87,7% do segundo”. (<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/02/estudo-do-ipea-analisa-presenca-de-negros-no-servico-publico>, grifo nosso).

A análise dos dados empíricos reforça a conclusão de que a reserva de vagas para negros em concursos públicos promovida pela Lei nº 12.990/2014 constitui verdadeira exigência do princípio da isonomia.

Ademais, o entendimento aqui defendido está em sintonia com a jurisprudência do STF relativamente a outras ações afirmativas.

Com efeito, este Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da instituição de reserva de vaga em concurso público para candidato portador de deficiência física, conforme se depreende do seguinte julgado:

ADC 41 / DF

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’. 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. **3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.** 4. Recurso ordinário provido” (RMS 26071/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 1º/02/08, grifou-se).

Outrossim, esta Corte reconhece a constitucionalidade do sistema de cotas para negros em universidades, conforme assentado na já mencionada ADPF nº 186 (Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe de 20/10/14) e no RE com Repercussão Geral nº 597.285 (Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe de 18/03/14), em que firmada a tese da constitucionalidade do uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de reserva de vagas ("cotas") por critério étnico-racial na seleção para ingresso no ensino superior público.

Com base nesses fundamentos, entendo que a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, é constitucional.

Por fim, registro que não acolho a tese, debatida na assentada anterior, da ampliação do âmbito de aplicação do art. 4º da lei, de modo que o critério ali previsto também se aplique a outros momentos da vida funcional dos servidores cotistas, tais como **promoção e remoção**. A lei é clara ao restringir a sua aplicação ao momento em que o cargo é **provido**

ADC 41 / DF

por concurso público.

Também não adiro à proposta de estender automaticamente a disciplina da Lei nº 12.990/2014 aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, visto que o diploma também é claro ao afirmar que a reserva de vagas se restringe aos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração direta e indireta da **União**, devendo ser resguardada a autonomia dos entes federativos.

Faço, no entanto, a observação que o termo “no âmbito da administração pública federal” **engloba todos os órgãos e Poderes da União, e não especificamente o Poder Executivo Federal**. Como bem salientado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, a regra do concurso público está prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e o **caput** desse dispositivo constitucional é expreso ao se referir à administração pública direta de qualquer dos Poderes, englobando, portanto, não só o Poder Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário, assim como os demais órgãos da União.

Pelo exposto, voto pela **declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, nos estritos termos do que nela está contido** (reserva aos negros de 20% das vagas **oferecidas em concursos públicos** para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração direta e indireta da **União**).

É como voto.

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) -
Presidente, um breve comentário.

Em verdade, o Ministro Fux mencionou, de fato, a questão da promoção, mas ela sequer foi pedida, tanto na inicial quanto em memoriais. Portanto, eu estou de acordo.

Além disso, na tese que eu propus - a de que é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos -, eu também fiz de modo a que a política não seja impositiva para Estados e Municípios. No entanto, já fica definido que, se eles quiserem instituí-la, será legítimo.

Assim, e apenas para enfatizar, há um dispositivo que todos estamos acompanhando e que considero muito importante, que é a questão da fraude, porque aqui há uma sutileza. Deve-se respeitar a autodeclaração, como tem sido a regra, mas impedir a fraude - a Educafro, em memorial, pediu para destacar esse ponto, com toda razão. Tudo o que é fraudado desmoraliza o sistema, de modo que a existência de um mecanismo que permita remediar as fraudes me parece um ponto positivo da Lei.

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, cujo objeto é a Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O requerente justificou a formulação da presente ADC no fato de que *“a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a Lei de Cotas é inconstitucional”*.

Afirmou, nesse sentido, que

“[t]ratando-se particularmente sobre a garantia da isonomia no acesso ao serviço público, os frequentes questionamentos judiciais exigem desta Suprema Corte a declaração de constitucionalidade da Lei nº 12.990 in totum, a fim de reprimir toda e qualquer postura divergente, tanto em relação à constitucionalidade da reserva de vagas nos concursos para cargos efetivos e empregos públicos, quanto em relação ao respeito do procedimento da autodeclaração” (pág. 4 da petição inicial).

Pois bem. A questão central neste feito é saber de Lei 12.990/2014, que estabelece uma ação afirmativa, com base em critério étnico-racial, para acesso a cargos efetivos e empregos públicos é ou não constitucional.

ADC 41 / DF

O tema da constitucionalidade das ações afirmativas já foi enfrentado com bastante verticalidade por esta Suprema Corte por ocasião da ADPF 186/DF, de minha relatoria. Após a realização de audiência pública e intensos debates, o Plenário desta Corte julgou improcedente a mencionada arguição para considerá-los compatíveis com a Carta Magna.

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

Isso porque o desiderato desse modo de tratamento diferenciado é compreender o direito à isonomia formal em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, que apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”.

E essa realidade – de desvantagem acerca do acesso aos cargos e empregos públicos da população negra – não difere daquela enfrentada no acesso à universidade, pois assim como para a ocupação de vagas escolares, o acesso aos postos de trabalho público também se dá mediante seleção linear (concurso público) em que há nítida desvantagem para os negros.

Anote-se, nesse sentido, que, assim como nas cotas para universidades, as cotas para cargos e empregos públicos não violam o princípio da igualdade, do acesso mediante concurso público ou da

ADC 41 / DF

eficiência.

Destaco, ademais, como já o fiz nas ações afirmativas para ingresso no ensino superior, a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

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

Por fim, registro que editei enquanto estava na Presidência do CNJ a Resolução 203/2015 para garantir a reserva de vagas aos negros no âmbito do Poder Judiciário, justamente considerando essa distorção histórica que fez com que a população negra não tivesse acesso aos cargos de magistrados, como pode ser comprovado pelos números do Primeiro Censo do Poder Judiciário, realizado pelo CNJ, que apontou apenas 1,4% dos juízes brasileiros tendo se declarados negros e 14% pardos. Esse número contradiz o censo demográfico brasileiro de 2010, feito pelo IBGE, o percentual da população brasileira que se declarou negra foi de 7,6% e parda 43,1%.

Por todas essas razões, eu julgo procedente a ação, declarando constitucional a Lei 12.990/2014.

08/06/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, talvez decepcione o ministro Ricardo Lewandowski, mas rememoro os anos de 2001 e 2002, quando estive a ocupar a cadeira que hoje, para nossa satisfação, Vossa Excelência ocupa.

Diante de quadro que persiste nos dias atuais, fiz inserir em edital, visando a contratação de prestadoras de serviço, a exigência, quanto à prestação de serviços – não pude empreender essa iniciativa relativamente aos cargos efetivos, porque dependente de lei –, de ter-se 30% de prestação por negros.

Uma sociedade justa e solidária repousa, necessariamente, no tratamento igualitário. Mas é notória a falta de oportunidade dos negros no mercado. E as estatísticas são vergonhosas, como escancarou o ministro relator, Luís Roberto Barroso. Visando a correção, objetivando alcançar-se o que querido pela Constituição Federal, tem-se o peso da Lei. Por isso, defrontamo-nos, novamente, com diploma que encerra, num viés diverso daquele alusivo ao acesso às universidades, ação afirmativa.

E o legislador foi inteligente, no que reservou 20% das vagas, da totalidade, nos concursos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da Administração Pública Federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e sociedades de economia mista, aos negros.

Constata-se que, no artigo 3º, previu-se que concorrerão – não se cuida da nomeação automática sem a observância do concurso público – os candidatos negros, concomitantemente, às vagas reservadas e às destinadas à ampla concorrência, de acordo com a classificação no concurso.

Parou nisso o legislador? Não! Foi adiante, ao prever, no § 1º do artigo 3º da Lei nº 12.990/2014:

ADC 41 / DF

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

A confirmar o que disse, estabeleceu o legislador, no tocante à classificação, a nota de corte, ao prever, no § 3º do artigo 3º:

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

E, no artigo 4º:

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

A Lei entrou em vigor na data da publicação, e foi previsto prazo de validade para as regras estabelecidas do tratamento diferenciado, tudo a partir – precisamos admitir que existe em nossa sociedade – de preconceito que está a merecer, a todos os títulos, a excomunhão maior. Previu-se que a Lei terá validade durante dez anos. Tenhamos esperança de que, nesse período, esse segmento de irmãos, menos favorecido, tenha oportunidades como os demais, como as demais almas existentes no Brasil.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite um aparte? E peço escusas por interromper esse brilhante raciocínio de Vossa Excelência.

Eu me recordo muito bem de que, na ADPF 186, nós todos

ADC 41 / DF

decidimos, e amparados em doutrina estrangeira, que as ações afirmativas, por definição, têm um prazo de validade. Não são ações empreendidas por um prazo indeterminado ou, quiçá, eterno, porque a esperança que se tem com a implementação das ações afirmativas é que essa desigualdade, num determinado lapso temporal, deixe de existir numa sociedade, como disse Vossa Excelência, solidária.

Peço escusas mais uma vez. E estou atentíssimo ao desdobramento do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é, Presidente, e a evolução é constante. Devemos ser, acima de tudo – e devemos fazer o que está ao nosso alcance para atingir esse resultado –, otimistas quanto a dias melhores nesta sofrida República – inclusive no campo do tratamento igualitário –, que é a República brasileira.

Acompanho o Relator no voto proferido.

08/06/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se de processo de controle normativo abstrato, **instaurado por iniciativa** do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **no qual se objetiva o reconhecimento da plena constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, editada pela União Federal com a finalidade de reservar aos negros “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (...)” (grifei).**

O diploma legislativo em questão, por sua vez, estabeleceu, em seu art. 2º, “caput”, que 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” (grifei).

A legislação em causa também instituiu sanções aplicáveis às hipóteses de falsidade ideológica (CP, art. 299), prescrevendo, no parágrafo único desse mesmo art. 2º, que, “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” (grifei).

O autor da presente ação declaratória de constitucionalidade demonstrou a existência de controvérsia jurídica relevante em torno da

ADC 41 / DF

questão **pertinente à reserva de vagas em concursos públicos em favor de negros (pretos ou pardos, na expressão** da própria Lei nº 12.990/2014), **indicando julgados** inteiramente desfavoráveis à adoção, pela Administração Pública, **dessa medida compensatória** resultante de políticas governamentais de ações afirmativas.

O E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao **justificar a sua pretensão de constitucionalidade, sustenta que a reserva de vagas em concursos públicos destinada a pessoas negras mostra-se inteiramente compatível com o que dispõem os incisos I, II, III e IV do art. 3º** da Constituição da República, **além de harmonizar-se** com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, **subscrita pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 65.810/69.**

Sendo esse o contexto, passo a examinar o tema ora proposto **na presente** sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **destacando, desde logo, a integral procedência** do pedido em causa, **cujos fundamentos – brilhantemente expostos pelos eminentes Advogados Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, então Presidente do E. Conselho Federal da OAB, e Dra. Bruna de Freitas do Amaral – conferem suporte legitimador ao pleito que busca a declaração de validade constitucional da Lei nº 12.990/2014.**

Cabe reconhecer, antes de mais nada, a irrecusável importância de que se reveste **o debate em torno da discriminação racial, notadamente** se se considerar, **a despeito** de opiniões **que preconizam** a ideia de que se vive no Brasil *perfeita democracia racial*, **que o preconceito e o racismo constituem, ainda, questões lamentavelmente presentes na vida e nas práticas sociais em nosso País.**

A discriminação racial, que traduz gesto inaceitável de perversão moral, tem encontrado mecanismos destinados a combatê-la, **seja mediante** instrumentos de repressão penal (**CE**, art. 5º, XLII, **c/c** a Lei nº 7.716/89),

ADC 41 / DF

seja por meio de políticas governamentais de ações afirmativas **vocacionadas a garantir à população negra** a efetivação da igualdade de oportunidades **e** a defesa dos direitos étnicos individuais e metaindividuais (coletivos e difusos), **sendo certo, ainda,** que o ordenamento positivo brasileiro, **na linha do que estabelece** o *Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010)*, **adota como diretriz político-jurídica a inclusão** das vítimas de desigualdade étnico-racial, **a valorização** da igualdade étnica **e o fortalecimento** da identidade nacional brasileira.

Ao assim proceder, o Estado brasileiro **busca implementar medidas,** *ações e programas* referidos em convenções internacionais, **assumindo,** *desse modo,* **expressivos compromissos no plano do Direito das Gentes, como se vê, p. ex., de sua vinculação** à Convenção das Nações Unidas para eliminação de todas as formas de discriminação racial.

O desvalor ético-jurídico e político-social de que se acha impregnada a discriminação racial, *notadamente se se considerarem os efeitos perversos que decorrem dessa conduta indigna e desprezível,* **evidencia-se pelas diversas formas (sutis ou ostensivas) com que tal comportamento se manifesta, em claro desrespeito à essencial dignidade das pessoas, que não podem sofrer, em razão** de sua cor ou de sua origem étnica, situações de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades **tanto** no domínio público **quanto** na esfera privada.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial **define-a** como *“qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública” (Artigo I).*

ADC 41 / DF

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), por sua vez, **considera discriminação racial ou étnico-racial** “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” (**Art. 1º**, parágrafo único, **inciso I**).

Presentes tais considerações, **impede reconhecer** *que a questão das quotas étnicas não pode* (e não deve) ser tratada **de maneira inconsequente**, porque **de seu adequado tratamento depende** a proteção jurisdicional **de milhões** de pessoas que continuam a sofrer **inaceitável processo de exclusão** que as coloca, **injustamente**, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos **e de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, **como** *aqueles proporcionados pelas políticas de ação afirmativa, cujos altos objetivos, por efeito* de sua própria vocação constitucional, **consistem** em dar efetividade e expressão concreta a políticas e a programas de inclusão.

É preciso proclamar, *desse modo*, **que assiste** à população negra **uma prerrogativa básica** que se qualifica como fator de viabilização **dos demais** direitos e liberdades.

Torna-se imperioso afirmar, por isso mesmo, *que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa* de ver tais direitos **efetivamente implementados** em seu benefício.

ADC 41 / DF

É que, Senhora Presidente, **sem se considerar** que a Constituição **impõe** ao Estado **o dever** de atribuir **aos desprivilegiados** – *verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional* – **a condição essencial** de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas **investidas** de dignidade **e merecedoras** do respeito social, **não se tornará possível** *construir a igualdade* **nem realizar** *a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).*

Para além de uma disputa de escolas de pensamento – **notadamente** aquela que **antagonizou** a visão de Florestan Fernandes **e** de Fernando Henrique Cardoso, da Universidade de São Paulo, *de um lado, em face da concepção* exposta por Gilberto Freire, *de outro, que forjou a ideia ou o mito da democracia racial* – **este julgamento** deve considerar o tema ora em exame **não apenas** sob estrita dimensão jurídico-constitucional, **mas, também, deve analisá-lo** sob perspectiva ética, **pois** a questão das práticas discriminatórias **representa** um grave problema de índole moral **com que se defronta** qualquer sociedade, **mesmo** as sociedades **fundadas** em bases democráticas.

A discriminação étnico-racial, Senhora Presidente, *como anteriormente assinalado, constitui* *perversão do senso moral, refletindo* *distorcida visão de mundo de quem busca construir*, de modo arbitrário, *hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia* de um certo grupo étnico-racial **sobre os demais** existentes *nas diversas* formações sociais.

Uma sociedade que tolera e que se mostra indiferente a práticas discriminatórias não pode qualificar-se como uma formação social democrática, **porque** – *ao frustrar e aniquilar* a condição de cidadania da pessoa **que sofre a exclusão estigmatizante** propiciada pela discriminação, *assim ofendendo* os valores essenciais da dignidade da pessoa humana e da igualdade – **constitui, ela própria, a antítese mesma** dos objetivos fundamentais da República, **entre os quais figuram** aqueles

ADC 41 / DF

que visam a construção de uma sociedade livre, de uma sociedade justa, de uma sociedade solidária, de uma sociedade *inteiramente comprometida* com a redução das desigualdades sociais.

A prática do racismo e da discriminação configura grave violação de todos os direitos humanos **e representa ilícito obstáculo** ao gozo pleno e integral de tais direitos e prerrogativas, **significando**, em sua concreta expressão, *injusta denegação do dogma de que todos* os seres humanos, *sem qualquer distinção*, **nascem livres e iguais** em dignidade e em direitos.

Eis porque, Senhora Presidente, **a importante Conferência Internacional de Durban**, em 2001, na África do Sul, **reconheceu** que o racismo e a discriminação étnico-racial *constituem a própria negação* dos princípios, dos propósitos e dos objetivos **proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948.**

Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado **consistiu** na enfática proclamação **de que os valores** da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade **e** do multiculturalismo **representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos** no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia **e** a todas as modalidades correlatas de intolerância.

Daí o integral acerto da afirmação *que então fez a Dra. EDNA ROLAND, psicóloga, militante da causa das mulheres negras e Relatora-Geral* dessa fundamental Conferência **realizada em Durban, em 2001, no sentido de que “não há democracia sem igualdade, não há democracia sem igualdade étnica e racial” (grifei).**

Imperioso, portanto, que se dê consequência (e consequência efetiva) aos compromissos que o Brasil **assumiu tanto no plano doméstico** –

ADC 41 / DF

proclamando, no texto de nossa Constituição, a sua **explícita repulsa** ao racismo e a práticas de discriminação étnico-racial – quanto perante a comunidade internacional, ao **subscrever**, entre outros importantes instrumentos, a **Convenção Internacional** sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) e a **Declaração Universal** dos Direitos da Pessoa Humana (1948), de um lado, e os **Pactos Internacionais de 1966**, **quer** sobre os direitos civis e políticos, **quer** sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, **além** da Declaração e do Programa de Ação de Viena, **adotados** na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, **que se realizou**, na década de 90, na capital austríaca.

O modelo institucional de ações afirmativas como instrumento de implementação de mecanismos compensatórios destinados a concretizar, no plano material, o **direito** das pessoas negras **ajusta-se**, precisamente, ao que **dispõem** esses instrumentos normativos, **todos eles impregnados** de inquestionável fundamentalidade. **Na verdade**, as políticas públicas **têm**, na prática das ações afirmativas, um poderoso e legítimo recurso **impregnado** de eficácia necessariamente temporária **destinado a conferir efetividade e a dar sentido e consequência** aos próprios objetivos de plena realização da igualdade material.

Como anteriormente salientado, **cabe reconhecer** que a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, **tem** por explícita finalidade **contribuir** para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, **além de revelar** extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, **de viabilizar** a promoção do bem-estar de todos, **de erradicar** a marginalização e **de fazer respeitar** o postulado da dignidade da pessoa humana, **em ordem a permitir** que se construa, em nosso País, uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária. **Busca-se**, enfim, por esses meios, **compensar** situações de desnível que historicamente se registraram e **que ainda**, lamentavelmente, **subsistem** no Brasil.

ADC 41 / DF

Impende enfatizar que, em razão da Conferência de Durban, os Estados nacionais **foram instados** a adotar programas de ações afirmativas ou medidas de ações positivas, **em ordem a viabilizar** o acesso aos serviços públicos e aos serviços sociais básicos **em favor** dos indivíduos **que são vítimas** de exclusão ou de discriminação. *Para esse efeito*, recomendou-se a adoção de providências destinadas a capacitar estudantes – *estudantes que compõem os denominados grupos vulneráveis* –, **permitindo-se-lhes** frequentar instituições de ensino superior ou ingressar no serviço público, **assegurando-se-lhes**, em consequência, um ambiente livre **de quaisquer** práticas de racismo, de discriminação ou de intolerância.

Vale registrar um ponto que me parece importante: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, *já incorporada*, formalmente, ao plano do Direito Positivo interno brasileiro, **estimula**, em suas diversas cláusulas, a adoção da chamada “*discriminação positiva ou reversa*”, **no sentido de que sejam acolhidas**, no plano doméstico, **medidas especiais** tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, *de forma conveniente*, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar, *em plenitude*, os direitos humanos e as liberdades fundamentais *em igualdade de condições*, **advertindo**, ainda, que tais medidas **não serão consideradas** práticas de discriminação racial, **desde que não conduzam à manutenção de direitos separados** para diferentes grupos raciais **e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos**.

Lembro-me de que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **no precedente** que esta Corte **estabeleceu no julgamento da ADPF 186/DF**, **destacou**, precisamente, esse aspecto que venho de mencionar: as medidas compensatórias **somente** deverão ser implementadas **enquanto subsistirem** as situações de injusta exclusão que elas objetivam neutralizar. **No momento** em que tais situações **não mais** se verificarem, **ter-se-á**, então, **por cumprido** esse programa **impregnado de nítido conteúdo inclusivo e que é fortemente recomendado**

ADC 41 / DF

por várias convenções, **em particular** pela *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*.

Cumpr **fazer**, neste ponto, **uma observação** que tenho por *juridicamente relevante*: **entendo** que os **tratados internacionais de direitos humanos qualificam-se como instrumentos normativos materialmente constitucionais** e, nessa condição, **passam** a integrar e a compor o **denominado bloco de constitucionalidade**. **Essa noção** – *a de bloco de constitucionalidade* – **reveste-se** de suma importância, **na medida** em que, *a partir dela*, **amplia-se** *aquele núcleo mínimo de direitos fundamentais*. **E é também** sob essa perspectiva *que considero inteiramente compatível com a ordem constitucional global* a **adoção** de medidas compensatórias, **como as que se acham** positivadas na legislação que ora estamos a examinar: **a Lei nº 12.990/2014**.

Cabe referir, *a propósito do que venho de destacar*, que se registram **expressivas lições na doutrina** – *como aquelas ministradas* por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“*A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“*Curso de Direito Internacional Público*”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT) –, **cujo magistério sustenta**, *com sólida fundamentação teórica*, **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, na ordem positiva interna brasileira, **qualificação constitucional, acentuando**, *ainda*, **esses eminentes doutrinadores** que as convenções internacionais *em matéria de direitos humanos* **revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual de bloco de constitucionalidade**.

ADC 41 / DF

A definição do significado de bloco de constitucionalidade apresenta-se impregnada de altíssimo relevo, **ainda mais se se tiver** em consideração a vocação protetiva **que assumem as declarações internacionais de direitos humanos, como** a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, **promulgada** pelo Decreto nº 65.810/69.

Daí a importância de compreender-se, *com exatidão*, **o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade, tal como este é concebido pela teoria constitucional** (BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.), **pois dessa percepção resultará, em última análise, a efetiva concretização** de direitos fundamentais **consagrados e reconhecidos** pelo Estado brasileiro no contexto de tratados internacionais subscritos por nosso País.

É importante assinalar, neste ponto, **que o tratamento diferenciado em favor de pessoas negras, cuidando-se, especificamente, de acesso** ao serviço público **mediante utilização do mecanismo da reserva de**

ADC 41 / DF

vagas (20%), **tem suporte legitimador no próprio texto constitucional** (e, **também**, nas convenções internacionais subscritas pelo Brasil), **cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo**, os desníveis e as dificuldades **que afetam** os indivíduos **que compõem esse grupo vulnerável** (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 490, item n. 13.4.3, 20^a ed., 2007, Atlas; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “Curso de Direito Administrativo Positivo”, p. 117, item n. I.3.1.a, 6^a ed., 2007, Del Rey; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 496, item n. 3.2, 39^a ed., 2013, Malheiros, **atualizado** por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 644/646, 25^a ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 877/878, 8^a ed., 2012, Forum, v.g.).

Vale referir, ante a pertinência de seu conteúdo, **fragmento da decisão** na qual a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, **julgando o RE 676.335/MG**, de que foi Relatora, **reconheceu a legitimidade constitucional da adoção, pelo legislador comum, da reserva de vagas, assinalando que essa providência revela-se juridicamente válida no contexto de políticas governamentais de ações afirmativas**:

“De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função:

a) garantir ‘a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988’, como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1^o.2.2008);

b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos, permitindo, a

ADC 41 / DF

um só tempo, que pessoas com necessidades especiais participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e

c) possibilitar à Administração Pública preencher os cargos com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.” (grifei)

A Lei nº 12.990/2014, objeto deste processo, **ao assegurar** em determinado percentual (20%), **aos negros, a reserva de vagas em concursos públicos, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de medidas compensatórias em favor** de tais pessoas, **orientando-se, no domínio das ações afirmativas, pelo que prescrevem tanto as declarações constitucionais de direitos** (que realçam os postulados da igualdade, da prevalência dos direitos fundamentais, da solidariedade e da dignidade humana) **quanto os tratados internacionais, como** a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Cabe destacar por oportuno, **no sentido** que venho de expor, **a lição** do eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA **a propósito** da matéria em exame (“A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 151, jul/set 2001, p. 143):

“Essa outra modalidade de ‘discriminação positiva’ tem recebido o beneplácito do Poder Judiciário. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema (...).

.....
Como se vê, a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida

ADC 41 / DF

desvantagem em seu detrimento, fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação. A reserva de vagas, portanto, representa uma dentre as diversas técnicas de implementação da igualdade material (...)." (grifei)

Não constitui demasia insistir na afirmação de que o diploma legislativo ora em exame, ao prescrever normas destinadas a assegurar às pessoas negras o direito de acesso ao serviço público, estabelece regras que visam a instituir mecanismos compensatórios que traduzem ações afirmativas a serem implementadas pelo Poder Público e que buscam, na realidade, "promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas negras", corrigindo "as profundas desvantagens sociais" que afetam tais pessoas, em ordem a tornar efetiva "sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos".

Veja-se, portanto, que o tratamento diferenciado a ser conferido à pessoa negra, longe de vulnerar o princípio da isonomia, tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima as instituições republicanas, motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação do texto normativo que beneficia as pessoas negras, os vetores que buscam dar concreção ao postulado segundo o qual todos são iguais perante a lei.

Não se pode desconhecer, neste ponto, a essencialidade do postulado da isonomia, cuja observância – sabemos todos – vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, devendo ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445 – RTJ 140/747-748, v.g.). A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente

ADC 41 / DF

abstrata – **constitui exigência destinada ao legislador**, que, **no processo** de elaboração legislativa, **não poderá incluir** no projeto respectivo fatores de discriminação **responsáveis pela ruptura da ordem isonômica**. A igualdade **perante** a lei, **contudo**, **pressupondo lei já elaborada**, **traduz imposição destinada aos demais poderes estatais** que, **na aplicação concreta** da norma legal, **não poderão subordiná-la** a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório, **como** esta Suprema Corte **já teve o ensejo** de decidir (**MI 58/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, **no processo de indagação constitucional, impõe-se** ao intérprete, **mediante adequada pré-compreensão dos valores** que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, **conferir-lhes** sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado **tem o dever** de atuar **na defesa** de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios **fundados em inadmissíveis visões excludentes**.

ADC 41 / DF

Aceitar tese diversa **significaria** tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos **que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Não custa lembrar que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados a **reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

Em suma: os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos**, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) **consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana**, **em ordem** a dispensar-lhe a **mais** ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **de modo a viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente os mais vulneráveis**, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs** (HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Outro aspecto que tenho por extremamente relevante consiste na afirmação, **constante** do duto voto **proferido** pelo eminente Ministro LUIZ FUX **no julgamento do RE 898.060/SC**, de que **“Tanto a dignidade**

ADC 41 / DF

humana quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte” (grifei).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a busca da felicidade representa o fim natural da vida humana. O eudemonismo, nesse contexto, desempenha um papel de significativa importância, pois encerra a noção, já formulada no Século IV a.C., por ARISTÓTELES (“Ética a Nicômaco”, 1.12.8), para quem “A felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”.

Tenho enfatizado, bem por isso, em anteriores decisões proferidas nesta Corte (RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), assistir a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força derivada do princípio que consagra a essencial dignidade da pessoa humana.

Assume papel relevante, nesse contexto, segundo penso, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA,

ADC 41 / DF

“Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, *v.g.*).

Como **precedentemente** assinalado, *o direito à busca da felicidade representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.*

Essa Declaração, fortemente influenciada pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores – como RAY RAPHAEL (“Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana”, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – mencionem o fato de que “Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia” (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“A Declaração de Independência dos Estados Unidos”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do

ADC 41 / DF

Iluminismo, **qualificou o direito à busca da felicidade** como prerrogativa fundamental **inerente a todas as pessoas**:

*“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, **o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca** da sua mais alta aspiração, **que é**, essencialmente, **a felicidade ou o bem-estar**. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei)*

A força normativa inerente aos princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos **de alto relevo que delineiam** alguns dos elementos integrantes do marco doutrinário **que confere** suporte teórico ao neoconstitucionalismo, **em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio** texto normativo da Constituição, **a partir** dos grandes postulados que nela estão contemplados.

Nesse contexto, **o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuj**a ocorrência possa comprometer, afetar **ou**, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu no princípio constitucional (implícito) **da busca da felicidade um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”**,

ADC 41 / DF

como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **tem reconhecido** (*e aplicado*) esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “*rulings*” **no conceito de busca da felicidade** (“*pursuit of happiness*”), **imprimiu-lhe** *significativa expansão*, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações diversas **envolvendo, entre outros valores essenciais, a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão* de 1947 (Artigo 13), *da Constituição da República Francesa* de 1958 (**Preâmbulo** *em que se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual se contém* o reconhecimento desse direito fundamental) **e da Constituição do Reino do Butão** de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força** que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **também autoriza, presente o contexto em**

ADC 41 / DF

exame, o acolhimento das razões que dão substância ao notável voto do eminente Relator.

Concluo o meu voto, Senhora Presidente: **tenho para mim que se torna relevante observar**, para efeito de conferir **maior** eficácia e preponderância **à norma mais favorável** à pessoa negra, **os vetores que atribuem plena legitimidade** à legislação em causa (**Lei** nº 12.990/2014), **destacando-se, em tal contexto, como elementos fundamentais** viabilizadores do reconhecimento da diversidade humana, **os princípios referentes (1) à dignidade** das pessoas, **(2) à igualdade** entre elas, **(3) à sua autonomia** individual, **(4) à sua plena e efetiva** participação e inclusão na sociedade, **(5) ao respeito pela alteridade**, **(6) à igualdade** de oportunidades e **(7) à busca** da felicidade.

Sendo assim, e tendo em vista as razões expostas, **acompanho** o magnífico voto do eminente Relator e, em consequência, **julgo procedente a presente ação declaratória, para confirmar a inteira validade constitucional da Lei** nº 12.990, de 06/06/2014.

Também acolho, Senhora Presidente, **a proposta** de tese formulada pelo eminente Relator, **no sentido de revelar-se constitucional** “(...) **a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta**”, **mostrando-se igualmente legítima**, sempre sob perspectiva constitucional, “(...) **a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa**” (grifei).

É o meu voto.

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também eu, louvando o denso voto do eminente Ministro-Relator e de todos os outros tão igualmente profundos nos fundamentos apresentados, todos convergindo na mesma conclusão, acompanho no sentido de reconhecer a constitucionalidade da legislação.

Rapidamente, apenas diria que, ainda menina, li algo que me marcou e que até hoje repito muito. É um poema que começa por dizer que: Desgraça é descobrir bem cedo que a igualdade tem a espessura da pele. E, como, no caso de todas as formas de preconceitos e desigualdades, essa é uma injúria, por que quem sofre - digo isso como mulher, porque nós mulheres também sofremos os preconceitos; o preconceito é insidioso e traiçoeiro, muitas vezes, não é declarado, até porque é preferível que todos nós, sujeitos de preconceito, aliás, objetos mesmo, tratam-nos como se assim fôssemos -, em geral preferem que sejamos invisíveis. E ações como essas demonstram que nós andamos bem na humanidade, ao, pelo menos, tornarmos visível o que se passa. E não me canso de dizer que, na minha experiência preconceitos passam-se pelo olhar do outro. Dirigimos um carro, e a pessoa ao lado pensa: O que essa mulher está fazendo numa direção?

Superada a primeira etapa de combate aos preconceitos, aqueles mesmos que tentaram vencer isso, tendo isso apenas na cabeça do que tem preconceito como repetição de comportamentos - às vezes, ou de casa, ou do grupo social -, fazendo dessas formas de preconceito uma brincadeira, como se não doessem em cada um de nós. O que nós mulheres, negros, índios, ou adeptos de alguma religião passamos, nada mais, nada menos, são injúrias inconstitucionais. E digo injúria, porque a palavra correta é que nós nos sentimos "injurados" a cada ato praticado contra nós. Passa-se por não nos ver, passa-se por um deboche, passa-se

ADC 41 / DF

por uma brincadeira, que nos indigna a todo o momento, e que nos faz seres invisíveis, principalmente, nos tempos atuais ou desde o final do Século XX, em que esses preconceitos, se revelados, contrariariam o "politicamente correto". Ou seja, não era porque não tinham preconceitos, pois continua havendo preconceitos contra os negros, contra as mulheres; preconceitos como aqueles dos quais cuidou a Constituição brasileira, que, em seu texto originário, fixou cotas para deficientes, porque eles também sofrem preconceitos; preconceitos de várias natureza. E isso tudo quebra um valor que sedimentaria a sociedade, ou o marco civilizatório atual, fundado na ideia de fraternidade, constituída em princípio da solidariedade na forma constitucionalmente estabelecida.

As formas todas de discriminação postas me levaram, em 1996, a escrever um trabalho sobre ações afirmativas. Tenho muito poucas das cartas guardadas. Mas guardo três, uma muito dura, de um professor de Direito Constitucional que, depois disso, vi várias vezes falar a respeito das cotas como sendo alguma coisa normal. Mas, na época, escrevia-me que o meu texto era errado - o texto foi publicado na Revista de Informação Legislativa -, porque, se a Constituição só tinha estabelecido para os deficientes, é porque não queria que tivessem ações afirmativas para os outros, e eu estaria tentando criar alguma coisa pelos meus problemas pessoais. Discriminação é um problema, mas não é pessoal no sentido de ser singular, dizendo respeito apenas a uma pessoa. Não sou a única mulher que sofre discriminação. Só para dizer que pusemos o assunto em pauta, pusemos o assunto às claras, nós todos, negros, mulheres, índios deficientes, houve reação contra estes provimentos. Tornando-nos visíveis, quer dizer, agora as pessoas são obrigadas a nos ver, mesmo que seja para manter a discriminação. Não tenho dúvida quanto à extensão do problema. Até porque continuo sofrendo discriminação. Não como antes, ou, pelo menos, não me dizem o que diziam antes. Devem dizer por trás talvez.

Essas discriminações é que nos levam às ações afirmativas e que levaram a essas tentativas, principalmente, desde a década de 60, da forma hoje concebida. Mas tudo o que dizem e que se põe sobre ações

ADC 41 / DF

afirmativas - neste caso faço coro ao Ministro Lewandowski especialmente - não é porque nós temos nelas a melhor forma de convivência, mas porque elas são necessárias para que, convivendo com os negros, afirmando aquilo que antes nos foi negado, convivendo com todas as pessoas que são discriminadas, as pessoas passem a mudar o seu próprio conceito para não ter o preconceito, independente de querer conviver.

Então, essa ideia de ser uma passagem histórica é de se enfatizar, porque nós esperamos que chegue um dia em que o que está posto como igualdade material se cumpra independentemente das ações afirmativas, entre as quais as de cotas. Neste sentido, acho que tanto os instrumentos internacionais quanto as normas jurídicas nacionais apenas dão concretude, densidade e possibilidade de nós termos a superação dessas formas de discriminação prejudicial que marca as pessoas, porque criam uma fissura psicológica no sentido de, desde pequena, a gente achar que vale menos que os outros.

Já contei várias vezes, até num dos julgamentos aqui, que, quando reclamava por que precisava estudar mais, aprendi muito cedo que era preciso realmente que eu fizesse o dobro para chegar a ser avaliada na mesma situação de um homem.

Só para se ter uma ideia, Ministro Celso, na minha banca de Procuradoria, um professor de Direito Constitucional me disse o seguinte: "Dizem que a Senhora é muito boa. Se a Senhora for melhor do que os homens, a senhora será aprovada. Agora, igual por igual, nós preferimos homens."

Todas as formas de preconceito impõem-nos sofrimento. E, se a gente não trabalhar realmente muito, a gente acaba acreditando que vale menos que os outros. E ser humano nenhum vale menos que o outro. Cada um, na sua igualdade em dignidade; e na sua diferença em sua identidade. Todos são iguais em dignidade, tem igual valor não nos termos constitucionais, mas em termos de uma humanidade solidária que permita que as pessoas tenham a chance de ser felizes segundo a sua própria vocação, sem serem cerceadas nas suas possibilidades.

ADC 41 / DF

Por isso, cumprimentando,-o mais uma vez, acompanho o voto do Ministro-Relator no sentido de declarar constitucional a norma, julgando procedente o pedido formulado.

08/06/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Ação declaratória de constitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, tendo por objeto a Lei n. 12.990/2014, que "*reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*".

Têm-se no diploma legal impugnado as seguintes disposições legais normativas:

"Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

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

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

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

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos

ADC 41 / DF

negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos

ADC 41 / DF

editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor".

2. O Requerente afirma que *"a Lei n. 12.990/14 foi proposta com o objetivo de criar ações afirmativas de combate à desigualdade racial e proporcionar uma maior representatividade aos negros e pardos no serviço público federal"*.

Esclarece que *"a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a Lei de Cotas é inconstitucional"*.

Destaca que *"a sociedade brasileira e a comunidade jurídica, em especial, discutem a validade e constitucionalidade de tais políticas afirmativas, fomentando-se justo receio de novas e reiteradas situações de insegurança jurídica nos concursos públicos federais de todo o país"*.

Sustenta que *"a Lei n. 12.990/14 está em consonância com o princípio da igualdade material, conforme entendimento do STF, e com os preceitos fundamentais da Carta Magna, bem como com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e com a Lei 12.288/2010" - Estatuto da Igualdade Racial.*

Defende a autoexecutoriedade da norma em questão e a constitucionalidade dos critérios de identificação racial *"que serão feitos pelo método da autodeclaração (art. 2º, caput) e, subsidiariamente, da heteroatribuição para fins de controle (parágrafo único do art. 2º)"*.

3. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. Em informações, a Presidente da República e o Presidente do Congresso Nacional manifestaram-se pela constitucionalidade da Lei.

5. O Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - Iara e a Educafro - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes foram admitidos

ADC 41 / DF

como *amici curiae* e se manifestaram pela procedência do pedido.

6. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido, nos termos da seguinte ementa:

“Constitucional. Lei nº 12.990/14 que institui reserva de 20% (vinte por cento) do total das vagas oferecidas em concursos públicos federais em favor de candidatos negros. Conformidade da lei sob investiva com os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, bem como com o postulado do Estado Democrático de Direito. A medida de ação afirmativa implementada pelo ato questionado destina-se a reduzi as desigualdades fáticas havidas entre os candidatos que competem para ingressar nos quadros de pessoal da Administração Pública federal. Mecanismo de inclusão de grupos sociais faticamente excluídos do serviço público, cuja adoção não é apenas permitida, mas exigida pelo princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição da República. Manifestação pelo deferimento do pedido formulado pelo requerente”.

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência do pedido, em parecer assim ementado:

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

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

ADC 41 / DF

pela Lei 12.990/2014.

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

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

4. Parecer por conhecimento e procedência do pedido”.

8. Como apontado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental n. 186 (Tribunal Pleno, DJe 20.10.2014), as políticas de ação afirmativa originaram-se na Índia, cuja Constituição de 1950 reservava a membros de castas historicamente discriminadas vagas no parlamento e lhes assegurava vantagens nos processos de admissão em escolas, faculdades e empregos no setor público:

“Interessantemente, ao contrário do que se costuma pensar, as políticas de ações afirmativas não são uma criação norte-americana. Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais

ADC 41 / DF

desagregadoras - e que se notabilizou pela existência de uma casta “párias” ou “intocáveis” -, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido Government of India Act.

A motivação que levou à edição desse diploma legal, cuja espinha dorsal consiste no combate à exclusão social, é assim explicada por Partha Gosh:

‘A necessidade de discriminar positivamente em favor dos socialmente desprivilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Foi Mahatma Gandhi (...) o primeiro líder a se dar conta da importância do tema e a chamar a atenção das castas mais altas para esse antiquado sistema social que relega comunidades inteiras à degradante posição de ‘intocáveis’. (...)

A Constituição de Independência da Índia, que de modo geral seguiu o modelo do ‘Government of India Act’, de 1935, dispôs sobre discriminações positivas em favor das Scheduled Castes e das Scheduled Tribes (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia. Além disso, reservou, a eles, vagas no Parlamento, foram dadas vantagens em termos de admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir seu total desenvolvimento e assim por diante. A Constituição, em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, mas categoricamente também estabeleceu que nada na Constituição ‘impediria o Estado de adotar qualquer disposição especial para promover o avanço social e educativo de qualquer classe desfavorecida, das Scheduled Castes ou das Scheduled Tribes’.

Algumas dessas disposições constitucionais que objetivam as discriminações positivas são:

Artigo 17: Abolição da ‘intocabilidade’ e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei.

Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico.

ADC 41 / DF

Artigos 16 e 335: Tratamento preferencial na questão do emprego no setor público.

Artigos 330 e 332: Reserva de vagas no 'Lok Sabha' (Parlamento da Índia) e nas Assembleias Estaduais''.

A expressão “ação afirmativa”, entretanto, remonta à Ordem Executiva n. 10.925, expedida em 1961 pelo Presidente norte-americano John F. Kennedy para se garantir igualdade na contratação de trabalhadores pelas empreiteiras que firmassem contratos com o Governo Federal, que passaram a ter de assegurar que os candidatos aos postos de trabalho por eles oferecidos fossem empregados sem preconceito de raça, credo, cor ou origem nacional¹.

A partir da Ordem Executiva n. 11.246 as políticas de combate à discriminação do Governo dos Estados Unidos da América assumiram caráter ativo, passando não apenas a vedar práticas discriminatórias, mas também a estabelecer “medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, de várias formas (recrutamento, contratação, transferência, níveis salariais e benefícios indiretos, promoção, treinamento etc.), com o escopo de corrigir as iniquidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas”².

Em 1978, a legitimidade de política de ação afirmativa foi submetida ao exame da Suprema Corte norte-americana no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, oriundo da irrisignação de Allan Bakke contra programa de admissão especial da escola de medicina da Universidade da Califórnia, que reservava 16 (dezesesseis) de suas 100 (cem) vagas a estudantes pertencentes a minorias e estudantes desfavorecidos educacional e economicamente³.

1 ARTHUR, John; SHAW, William H. *Readings in the philosophy of law*. 4. ed. Nova Jersey: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 634.

2 MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (*affirmative action*) no diretio norte-americano. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. p. 91.

3 *Regents of the University of California v. Bakke*. 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?>

ADC 41 / DF

Embora a Suprema Corte norte-americana tenha decidido pela ilegitimidade da reserva de vagas como forma de execução da política de ação afirmativa, observou-se, então, que a finalidade de se superar a substancial e crônica falta de representatividade de minorias na profissão médica era razão suficiente para justificar o uso do critério raça como um daqueles que poderiam ser considerados nas admissões à instituição de ensino.

9. A ação afirmativa no direito norte-americano não demorou para deixar de representar mera garantia formal de tratamento igualitário no acesso ao emprego e tornar-se atuação efetiva do Estado e de instituições privadas para favorecer minorias historicamente discriminadas no acesso à educação e ao emprego.

A mudança na acepção dessa expressão, talvez não por acaso, reflete alteração no conteúdo jurídico do princípio da igualdade nas democracias ocidentais contemporâneas. Desde a década de 60 do Século XX, esse princípio deixou de representar simples vedação de tratamento discriminatório, passando a demandar do Estado a concepção de instrumentos de promoção da igualdade jurídica efetiva.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, *“a compreensão material da igualdade (...) caracteriza a evolução do princípio no âmbito do constitucionalismo moderno, para um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, para o que se convencionou chamar de igualdade social ou de fato, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma”*⁴.

handle=hein.usreports/usrep438&start_page=265&collection=usreports&id=296>. Acesso em 9 mai. 2017.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência. In: Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69-95. p. 75.

ADC 41 / DF

No plano infraconstitucional, desde 1969 há previsão expressa de atuação concreta do Estado brasileiro para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de minorias raciais, com a finalidade de garantir-lhes, em condição de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. É o que se dispõe no art. II, item 2, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto n. 65.810/1969):

“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.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

Determinação semelhante também pode ser extraída da Constituição de 1988, que tem no princípio da igualdade material um de seus princípios fundamentais.

Desde seu preâmbulo, cuja força de vetor interpretativo do texto constitucional foi reconhecida por este Supremo Tribunal (ADI n. 2.649, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 17.10.2008), a Constituição da República demonstra a finalidade do Estado Democrático brasileiro de *“assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”*.

Nessa mesma linha, no art. 3º da Constituição se elegem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da

ADC 41 / DF

marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como sustentei em trabalho doutrinário sobre o tema, todos os verbos dos incisos do art. 3º da Constituição da República determinam ao Estado a implementação de comportamentos ativos orientados à consecução dos objetivos neles arrolados. Assim, *“se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos”*⁵.

Naquele artigo, asseverei:

“O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.

Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte.

O art. 3º traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la.

Daí porque, entre os objetivos fundamentais da República, estabeleceu-se, primariamente, a determinação de se construir uma nova sociedade brasileira, segundo paradigmas constitucionalmente traçados.

Mais que isso, e esclarecendo que o movimento de mudança teria

5 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ADC 41 / DF

que ser feito em direção determinada pela norma fundamental da República, a Constituição traz, naquele dispositivo, o mandamento de se erradicar a pobreza (uma das fontes de maior discriminação e preconceitos no Brasil) e a marginalização, e, ainda, reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A pobreza – mais que isso, e bem pior, a miséria, que predomina em bolsões enormes – reduz à total impraticabilidade um dos princípios da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Até porque a pobreza extrema, qualificada pela miséria, destitui da pessoa a sua própria humanidade. Daí a determinação de se projetarem políticas públicas e comportamentos administrativos públicos e privados (porque a ordem do dispositivo não é para a exclusiva ou única ação das entidades públicas) no sentido válido somente quando permitirem ou se voltarem à erradicação da pobreza e da marginalização.

Mais ainda, no mesmo inciso III do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de reduzir as desigualdades sociais e regionais, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira.

O inciso IV do mesmo art. 3º é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma ação afirmativa: aquela pela qual se promova o bem de todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação.

Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental

ADC 41 / DF

*da República*⁶.

No art. 5º da Constituição da República, além de se prescrever, em seu *caput*, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, garante-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à igualdade, determina-se a punição do tratamento discriminatório que atente contra direitos e liberdades fundamentais e se caracteriza a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Na própria Constituição, ademais, determina-se a implementação de ação afirmativa na contratação de portadores de necessidades especiais, atribuindo-se à lei reservar percentual de cargos e empregos públicos a essas pessoas e definir critérios especiais de admissão para elas, como forma de “*compensar (...) os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável*” (RMS n. 32.732-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.8.2014):

“Art. 37. (...)

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

Ao regular o art. 37, inc. VIII, da Constituição da República, no art.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. p. 289-290.

ADC 41 / DF

5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, assegurou-se aos portadores de necessidades especiais o direito de se inscreverem em concursos públicos para o provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com sua deficiência, reservando a eles até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas:

“Art. 5º (...)

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

A adoção pelo Estado de medidas concretas direcionadas a assegurar o desenvolvimento humano de minorias historicamente discriminadas conforma-se aos princípios postos na Constituição da República, como assentado por este Supremo Tribunal Federal em diversos julgados.

10. Ao aplicar o art. 37, inc. VIII, da Constituição da República, por exemplo, as Turmas deste Supremo Tribunal conferiram a essa disposição normativa exegese ampla para nela compreender como portadores de necessidades especiais candidatos com visão monocular (RMS n. 26.071, Relator o Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 1º.2.2008; ARE n. 760.015-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6.8.2014) e com um dos braços 2,73 cm menor do que o outro (RMS n. 32.732-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.8.2014).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649 (de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 17.10.2008), este Supremo Tribunal reconheceu constitucional a Lei n. 8.899/1994, pela qual se garantiu às pessoas com deficiência comprovadamente carentes passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual.

ADC 41 / DF

No voto condutor do acórdão, asseverei que a plena integração das pessoas com deficiência em sua comunidade depende de várias providências a serem adotadas pelo Estado e pela sociedade:

“6. A busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com as suas condições”.

Este Supremo Tribunal declarou a constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, pela qual, nas palavras da Ministra Rosa Weber, *“inaugurou[-se] uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microssistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho”* (ADC n. 19, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 29.4.2014).

Tem-se no voto da Ministra Rosa Weber:

“Considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. Sem consideração à dimensão material – norteadora da Lei Maria da Penha – do princípio da igualdade, não teríamos os sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, ambos informados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica e, por isso mesmo, pela vulnerabilidade. Tampouco teríamos Estatuto do Idoso, legislação de proteção à pessoa portadora de necessidade especiais e Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Relevante anotar ter assentado este Supremo Tribunal como constitucionais as normas da Lei n. 11.096/2005, pela qual instituído o Programa Universidade para Todos – Prouni, descrito pelo Ministro Relator como *“um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza*

ADC 41 / DF

mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização” (ADI n. 3.330, Relator o Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 22.3.2013).

No voto condutor do acórdão, o Ministro Ayres Britto ressaltou que a igualdade é valor que só pode ser concretizado pelo combate aos fatores de desigualdade:

“28. O substantivo ‘igualdade’, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor igualdade.

29. Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou desvalor, ali). Isto porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais). O desigual a servir como empírico portal da investigação científica e, daí, como desafio de sua eliminação pelas normas jurídicas”.

11. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 20.10.2014), este Supremo Tribunal, à unanimidade, admitiu a constitucionalidade *“(i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas (...)”*.

ADC 41 / DF

No voto condutor do acórdão, o Ministro Ricardo Lewandowski examinou aspectos atinentes às cotas étnico-raciais relevantes ao presente caso.

12. Quanto à utilização do critério étnico-racial, o Ministro Ricardo Lewandowski observou que, tal como os constituintes de 1988 qualificaram como inafiançável o crime de racismo, visando impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça *“enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos”*.

O Ministro Ricardo Lewandowski salientou que o objetivo principal da política de cotas é por fim ao *“que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la”*. Para aquele Ministro, não é suficiente a adoção de ação afirmativa levando em conta apenas critérios sociais para a promoção da plena integração de grupos historicamente discriminados na sociedade brasileira, sendo necessário incorporar nelas considerações de ordem étnica e racial.

Destaca-se do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

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

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses

ADC 41 / DF

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. (...)

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.

Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. (...)

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial. (...)

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

ADC 41 / DF

políticas.

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.(...)

Eis, aqui, demonstrada a importância da aplicação das políticas de ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes e dirigentes sociais”.

13. Este Supremo Tribunal também reconheceu, naquele julgamento, a legitimidade da autoidentificação e da heteroidentificação como formas de se aferir o grupo étnico-racial a que pertence o candidato.

O procedimento previsto no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014, compatibiliza-se com o decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Decidiu-se, então, que a identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, mas que, para coibir fraudes, é legítima a utilização de mecanismos adicionais, como elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça, o requerimento de declarações assinadas, o uso de entrevistas, a exigência de fotos e a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

14. Outro ponto abordado pelo voto condutor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, de relevo e aplicação no caso presente respeita à constitucionalidade da reserva de vagas ou

ADC 41 / DF

estabelecimento de cotas como forma de efetivação da ação afirmativa, como realizado no art. 1º da Lei n. 12.990/2014, pelo qual reservadas “aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos (...)”.

De se observar que, no art. 37, inc. VIII, da Constituição da República se prevê ação afirmativa em concursos públicos pela reserva de vagas às pessoas com deficiência.

15. Ainda naquele precedente do Plenário, este Supremo Tribunal reconheceu a necessidade de transitoriedade das políticas de ação afirmativa, asseverando o Ministro Relator que elas somente se legitimariam “se sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem”, sob pena de se converterem em “benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática”.

Na Lei n. 12.990/2014 se observou esse requisito de transitoriedade, pois editada com vigência de dez anos (art. 6º, *caput*).

16. O presente caso refere-se a princípios que não foram analisados no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Tanto se deu porque naquele precedente o Plenário deste Supremo Tribunal examinou a legitimidade da política de cotas étnico-raciais no processo de admissão a universidade pública.

A lei, cuja constitucionalidade se pretende ver reconhecida nesta ação, instituiu política de cotas étnico-raciais em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos na Administração Pública federal direta e indireta.

ADC 41 / DF

No art. 37, inc. II, da Constituição da República se condiciona a investidura em cargo ou emprego público à *“aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego (...)”*.

No inc. I desse dispositivo legal, assegura-se o acesso aos cargos, empregos e funções públicas a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, *“assim como aos estrangeiros, na forma da lei”*.

A política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014 não se afigura ofensiva a esses preceitos constitucionais. O diploma legal impugnado não dispensou os candidatos negros do preenchimento de quaisquer dos requisitos legais necessários para a investidura em cargos ou empregos públicos. Tampouco determinou que, quanto a eles, fosse mitigado algum dos critérios de avaliação nas provas às quais submetidos. Limitou-se a reservar porcentagem das vagas oferecidas em concursos federais aos candidatos pertencentes a esse grupo étnico-racial como forma de garantir sua inclusão no serviço público, a exemplo do que fez a Constituição da República com as pessoas com deficiência (art. 37, inc. VIII).

No art. 3º, § 3º, da Lei n. 12.990/2014 se dispõe que, *“na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência (...)”*.

Os candidatos negros que ingressam no serviço público beneficiados pela política de ação afirmativa estão habilitados para ocupar os respectivos cargos ou empregos públicos. Ainda que a ordem de classificação à que se submetem os certames em geral seja sujeita a critério específico, isso não transgride a regra do concurso público.

ADC 41 / DF

17. Relevante anotar a proporcionalidade da política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014 em face da baixa representatividade dos negros no serviço público federal.

A Advocacia-Geral da União aponta Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada pela qual se concluiu ser reduzida a *“participação de negros entre os servidores públicos federais, especialmente em carreiras de melhor remuneração e com mais acesso a espaços de poder”*, o que, *“além de refletir a baixa representatividade deste segmento populacional na gestão e implementação das principais políticas públicas do país, repercute na configuração de uma administração pública menos plural, que perde em diversidade”*⁷.

Na Nota Técnica se indicou que, embora os negros correspondam a 52,2% (cinquenta e dois inteiros e dois décimos por cento) da população economicamente ativa, representam apenas 40,3% (quarenta inteiros e três décimos por cento) dos *“funcionários públicos e militares no setor federal”*. Os brancos correspondem a 58,3% (cinquenta e oito inteiros e três décimos por cento) dos *“funcionários públicos e militares no setor federal”*, apesar de serem apenas 47,0% (quarenta e sete por cento) da população economicamente ativa.

Essa desproporção torna-se ainda mais evidente quando consideradas carreiras mais valorizadas que exigem nível superior e oferecem melhor remuneração. Tem-se nessa Nota Técnica o seguinte quadro comparativo⁸:

7 SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. Nota Técnica. Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Nº 17. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5781/1/NT_n17_Reserva-vagas-negros-concursos-publicos_Disoc_2014-fev.pdf>. Acesso em 9 mai. 2017. p. 13.

8 SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. Nota Técnica. Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Nº 17. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em

ADC 41 / DF

GRUPO-CARGO	Branca e outras (%)	Pardo/Negro (%)
Diplomacia	94,1	5,9
Cargos da CVM/SUSEP – superior	93,8	6,3
Carreira de desenvolvimento tecnológico – superior	90,7	9,3
Carreira pesq. desenvolvimento Metrol e qualidade	90,2	9,8
Auditoria da Receita Federal	87,7	12,3
Carreira de oficial de chancelaria	86,7	13,3
Carreira de procurador da Fazenda Nacional	85,8	14,2
Advocacia Geral da União (AGU) - carreira da área jurídica	85,0	15,0
Cargos das agências reguladoras – superior	84,4	15,6
Carreira fiscal do trabalho	83,4	16,6
Carreira na Defensoria Pública	80,5	19,5
Carreira de desenvolvimento tecnológico - intermediário	76,3	23,7
Carreira da prev. da saúde e do trabalho - intermediário	64,2	35,8
Carreira de perito federal agrário-Incra	62,8	37,2
Especialista em meio ambiente	62,1	37,9
Plano geral de cargos Poder Executivo-nível intermediário	61,2	38,8
Carreiras de suporte técnico - vários órgãos - intermediário	61,2	38,8
Carreira do DNPM - intermediário	60,0	40,0
Carreira de reforma e desenho agrário-Incra	58,3	41,7
Plano especial de cargos da cultura - intermediário	56,3	43,7

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5781/1/NT_n17_Reserva-vagas-negros-concursos-publicos_Disoc_2014-fev.pdf>. Acesso em 9 mai. 2017. p. 9.

ADC 41 / DF

A reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos federais aos candidatos negros afigura-se, pois, proporcional e razoável, se levado em conta a reduzida participação dessas pessoas no serviço público federal, em especial em carreiras que oferecem remuneração mais elevada.

18. Pelo exposto, julgo procedente o pedido para reconhecer e declarar a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014.

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO (18958/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA

ADV.(A/S) : HUMBERTO ADAMI SANTOS JÚNIOR (000830/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRODESCENDENTES E CARENTES

ADV.(A/S) : DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO (73032/RJ) E

OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando procedente a ação, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Marcus Vinícius Furtado Coelho; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dr^a Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, o Dr. Daniel Sarmiento; pelo *amicus curiae* Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, o Dr. Humberto Adami Santos Júnior; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.5.2017.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou a seguinte tese de julgamento: "É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa". Ausentes, participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.6.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário