

Políticas de Ação Afirmativa Étnico-Raciais no Ministério Público: o papel do CNMP

Daniel Sarmento¹

1. Relatório e síntese da controvérsia

O CNMP instaurou, como Pedido de Providências, o procedimento nº 000543/2013-50, que se destina a avaliar a possibilidade de *"implementação de políticas de cotas para minorias étnico-raciais em concursos públicos no âmbito do Ministério Público"*.

O procedimento originou-se de ofício do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Trabalho, encaminhando os autos do Processo CSMPT nº 08130.004992/2011, em que se analisou, a partir de requerimento da organização não governamental EDUCAFRO e de membro do MPT, a possibilidade de instituição de mecanismo de cotas no concurso para ingresso no cargo de Procurador do Trabalho. O CSMPT indeferiu o pleito de normatização da matéria no âmbito do MPT, e encaminhou os autos para o CNMP, para providências cabíveis.

O relator do feito no CNMP, Conselheiro Mario Bonsaglia, considerou que, muito embora o requerimento originário se circunscrevesse ao concurso para Procurador do Trabalho, seria o caso de *"estender o enfoque da matéria a todos os concursos para provimento de cargo de membros e servidores nas unidades do Ministério Público da União e dos Estados, haja vista não se vislumbrar motivo para tratamento diferenciado do tema"*. Diante disso, encaminhou cópia dos autos aos procuradores-gerais de todos os ramos do Ministério Público brasileiro, às entidades de classe representativas dos membros e servidores do Ministério Público, e à

¹ O Autor é Procurador Regional da República, integrante do GT sobre Enfrentamento do Racismo e Promoção da Diversidade Étnica e Cultural do CNMP, Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ, com pós-doutorado na Yale Law School, e Professor de Direito Constitucional da UERJ

EDUCAFRO, facultando-lhes a manifestação no feito. Determinou, ainda, a publicação de edital para audiência de outros possíveis interessados.

Diante deste quadro, o Grupo de Trabalho sobre o Enfrentamento do Racismo e Promoção da Diversidade Étnica e Cultural do CNMP considerou importante manifestar-se sobre a questão, pela sua estrita correlação com o temário enfrentado pelo GT, bem como pela indiscutível relevância da matéria para o Ministério Público brasileiro e para o país. O presente parecer representa contribuição do citado Grupo de Trabalho para o equacionamento da questão.

Verifica-se, de início, que a solução da questão ventilada neste procedimento pressupõe a análise de duas distintas questões jurídicas:

(a) É válida a instituição de política de ação afirmativa de corte étnico-racial nos concursos para ingresso de membros e servidores no Ministério Público brasileiro?

(b) No caso positivo, detém o Conselho Nacional do Ministério Público competência para normatizar a questão, instituindo a referida política pública?

Assim, o parecer será dividido em duas partes, cada uma delas voltada à discussão de uma das questões acima. Em seguida, apresentar-se-á uma proposta para encaminhamento do problema no âmbito do CNMP.

2- A Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativa no Ingresso no MP

2.1. Notas Introdutórias.

A Constituição de 88 tem um compromisso profundo e visceral com a igualdade. Editada após uma Assembleia Constituinte democrática, que contou com ampla participação popular, a Constituição de 88 pretendeu estabelecer bases mais éticas e justas para a convivência social no país, fundando-a no respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Daí a importância ímpar atribuída ao princípio da igualdade, que se evidencia pela sua proclamação, logo no *caput* do art. 5º do texto

magno, diferentemente dos demais direitos individuais, espalhados pelos incisos do dispositivo.

A isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. Ela não representa só um limite, mas configura também verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade presentes na sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário sócio-econômico e cultural. Na verdade, a igualdade de que fala a Constituição brasileira é substancial, e esta é uma constatação inevitável diante dos objetivos fundamentais da República, positivados no art. 3º da Lei Maior: “*construir um sociedade livre, justa e solidária*” (inciso I), “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III) e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV).

Como doutrina autorizada já destacou², o constituinte empregou verbos de ação ao tratar da igualdade, porque partiu da premissa de que a igualdade no Brasil não é um dado de realidade, mas algo que deve ser construído. Na Constituição, levou-se em consideração o fato de que a sociedade brasileira é profundamente assimétrica e desigual, e de que este é um mal que deve ser energeticamente combatido através de ações positivas por parte do Estado e da sociedade.

Porém, apesar das excelentes intenções do constituinte originário, passado um quarto de século da promulgação da Constituição, a sociedade brasileira permanece profundamente injusta e desigual. E a desigualdade que envenena a Nação não é apenas social. Ela ostenta também um nítido e indisfarçável componente racial. Apesar de condenado como “politicamente incorreto”, o racismo continua permeando as relações sociais travadas no Brasil. Um racismo muitas vezes velado, “cordial”, mas nem por isso menos insidioso³. A lógica do regime escravocrata não foi de todo banida da vida nacional, e tem claro eco contemporâneo, por exemplo, nos quartos de empregada

² Cf. Carmen Lúcia Antunes Rocha. “Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”. In: *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15/96.

³

Veja-se, a propósito, Antonio Sérgio Alfredo Guimarães. *Racismo e Anti-Racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

pouco maiores que armários embutidos, presentes nas residências da elite brasileira, ocupados quase sempre por mulheres negras.

O mito da democracia racial⁴, durante muito tempo acalentado entre nós, provou-se nada mais do que isso: apenas um mito, que se presta a anestesiar consciências e a postergar o enfrentamento de um dos mais graves problemas nacionais. Mas basta um giro pelos *shopping-centers* ou pelos restaurantes frequentados pela elite e classe média brasileiras em qualquer centro urbano do país para constatar a exclusão social dos negros e de outras minorias étnicas, que, no entanto, estão muitíssimo bem representados em outros espaços menos glamourosos, como os presídios e favelas.

Este quadro sombrio é comprovado com eloquência por dados estatísticos oficiais.⁵ De acordo com o Censo 2010, realizado pelo IBGE, 50,7% da população brasileira é negra (categoria que compreende pretos e pardos), e 47,7% dela é branca. Este contingente negro do povo brasileiro está pior do que a parcela branca em todos os índices que medem o desenvolvimento humano.

No que concerne ao analfabetismo, por exemplo, a taxa da população total brasileira corresponde a 9,6%. Esta taxa é de 5,9% entre brancos e 13,2% entre negros - cerca de 2,5 vezes maior! No acesso ao ensino superior, em que pese os significativos avanços ocorridos na década de 2000-2010, decorrentes da implementação de diversas políticas de ação afirmativa, as diferenças permanecem gritantes. Dos jovens entre 18 e 24 anos, 14% cursam o ensino superior no país, mas a taxa é de 20,8% para brancos e de apenas 8,3% para negros. Na pós-graduação, dos mestres e doutores existentes no país, só 17,1% são negros, enquanto 80,7% são brancos.

4

A idéia da democracia racial, que dominou o pensamento brasileiro durante a maior parte do século XX, teve o seu marco mais importante na obra de Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: José Olympio, 13ª ed., 1968. Publicada pela primeira vez no início da década de 30, defendeu-se na obra a tese de que as relações raciais existentes no Brasil seriam menos opressivas do que as que caracterizam outros países em que também houve escravidão, por várias razões históricas e culturais, dentre as quais o grau elevado de miscigenação, que teria levado à inexistência de uma separação tão rígida entre as raças.

5
Veja-se, a propósito, a compilação e análise de dados do Censo 2010, realizada por Tatiana Dias Silva, em "Panorama Social da População Negra". In: Tatiana Dias Silva e Fernanda Lira Goes (Orgs). *Igualdade Racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes*. Brasil: IPEA, 2013, pp. 1-26. No mesmo sentido, valendo-se de dados mais antigos, veja-se Marcelo J. P. Paixão. *Desenvolvimento Humano e Relações Raciais*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

No mundo do trabalho, o abismo racial persiste, aliado à profunda desigualdade de gênero. Em 2010, a taxa de desemprego era de 4,4% para homens brancos, e de 6,4% para homens negros; de 7,9% para mulheres brancas e de 12,2% para mulheres negras. Os negros são absoluta maioria entre os trabalhadores sem carteira (56,8%, para 41,7% de brancos), não remunerados (60,1%, para 37,2% de brancos) e trabalhadores domésticos (60,4%, para 38,4% de brancos). Já os brancos são absoluta maioria entre os empregadores (76%, para 21,6% de negros).

Essa diferença também se verifica no plano salarial. O salário médio de um homem negro no Brasil corresponde a aproximadamente 52% do salário médio do homem branco, e o da mulher negra a 38,5% disso. E esta enorme discrepância não pode ser debitada apenas às diferenças no grau de instrução, pois ela ocorre também entre brancos e negros com mesmo nível de ensino. Com efeito, o salário de um homem negro sem instrução, ou com o ensino fundamental incompleto, corresponde a cerca de 68,2% do que é pago ao branco na mesma situação, e o da mulher negra a apenas 44% disto. No outro extremo do espectro educacional, o valor pago a um homem negro com o superior completo equivale a 70,2 % do que é pago ao branco nas mesmas condições, e o da mulher negra a tão somente 40,6% disso.

Estes e muitos outros dados atestam a profunda desigualdade racial que viceja no país, à margem do discurso constitucional inclusivo e igualitário. E as desigualdades não se dão apenas no plano da distribuição de recursos materiais, mas também na esfera do reconhecimento identitário. A cultura hegemônica ainda estigmatiza a identidade dos negros, indígenas e de outras minorias étnicas, desvalorizando os portadores destas identidades. Como destacou Nancy Fraser,

"Pautadas simultaneamente na estrutura econômica e na ordem de status da sociedade, as injustiças advindas do racismo incluem tanto a má distribuição quanto o não reconhecimento. Na economia, 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. Como resultado, a estrutura econômica gera formas racialmente específicas de má distribuição.(...) Na ordem do status, enquanto isso, 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"*⁶.

Nada obstante, esta realidade é muitas vezes ignorada, porque a desigualdade racial já está “naturalizada” na nossa sociedade. De tanto conviver com ela, desde a sua primeira infância, o brasileiro mediano muitas vezes perde a capacidade crítica de percebê-la como uma grave injustiça. Socializado neste contexto, ele passa a ver tal quadro como absolutamente natural, e internaliza, inconscientemente, a idéia de que o “normal” é que o negro ocupe as posições subalternas na sociedade: de que mulheres negras sejam empregadas domésticas, mas nunca promotoras de justiça; de que negros sejam trabalhadores braçais, mas jamais procuradores da República.

Não há dados estatísticos nacionais relativos à proporção de negros e outras minorias étnicas estigmatizadas no Ministério Público brasileiro. Aliás, a obtenção destes dados constitui tarefa relevante para o CNMP, fundamental para o adequado equacionamento da problemática tratada no presente procedimento. De todo modo, é intuitivo que ditos grupos étnicos estão fortemente subrepresentados no MP brasileiro, tanto no quadro de membros como no de servidores, como, de resto, ocorre na maior parte das instituições públicas brasileiras.

2.2. As Políticas de Ação Afirmativa no Brasil: a Constituição e a orientação do STF

Na definição de Joaquim Barbosa, as políticas de ação afirmativa constituem *"um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade*

⁶ 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*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176.

de acesso a bens como educação e emprego"⁷. Tais políticas envolvem discriminações positivas, que visam a favorecer membros de grupos em situação de grave desvantagem social, como negros, mulheres e pessoas com deficiência. Elas constituem importante instrumento de promoção da igualdade substantiva, sobretudo em sociedades marcadas por fortes assimetrias sociais ligadas a fatores como raça e etnia, como é o caso brasileiro.

A adoção de tais políticas é frequente no Direito Comparado⁸. Elas surgiram inicialmente na Constituição da Índia, promulgada em 1950, tendo como foco principal o combate às desigualdades decorrentes do regime de castas, e ainda são amplamente empregadas naquele país. Nos Estados Unidos, foram utilizadas por várias décadas, no afã de remediar as profundas desigualdades legadas por uma história de escravidão, segregação racial oficial e racismo. Há atualmente naquele Estado, todavia, um refluxo na adoção destas políticas, que tem uma das suas causas na jurisprudência cada vez mais restritiva da Suprema Corte na sua admissão⁹. As medidas de ação afirmativa com corte racial são empregadas em países dos mais diversos continentes, como Canadá, África do Sul, Colômbia e Malásia. Na Europa, vêm sendo utilizadas com foco preponderante na questão de gênero.

A Constituição brasileira é claramente compatível com a adoção de políticas de ação afirmativa. Mais do que isso, em determinados cenários, como o que se desenha hoje no país no campo étnico-racial, pode-se até extrair da Constituição o imperativo de promoção de medidas afirmativas, que visem a reduzir desigualdades profundamente entrenchadas nas nossas relações raciais, incorrigíveis através de políticas universalistas. Afinal, igualdade, na ordem constitucional brasileira, não se resume à

7

Joaquim Benedito Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como instrumento de transformação social - a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 40-41.

⁸ Veja-se, a propósito, Daniel Sabbagh. "Affirmative Action". In: Michel Rosenfeld e András Sajó. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1.124-1.141; e David B. Oppenheimer, Sheila R. Forster e Sora Y. Han. *Comparative Equality and Anti-Discrimination Law: cases, codes, constitutions and commentary*. New York: The Foundation Press, 2012.

⁹ Sobre a evolução das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos e da jurisprudência norte-americana sobre o tema, veja-se Joaquim Benedito Barbosa Gomes, *op. cit.*; Michel Rosenfeld. *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991; e Deirdre Bowen e Jessica Erikson. "Ação Afirmativa nos EUA". In: Renato Ferreira (Coord.). *Ações Afirmativas: A Questão das Cotas*. Niterói: Impetus, 2011, pp.

proibição de exclusão. Igualdade é também a obrigação de inclusão¹⁰. E para incluir os historicamente excluídos – como os negros e indígenas – há que se atuar ativamente nas relações sociais. Não basta a postura estática do Estado, que se abstenha de discriminar no presente, mas nada faça para remediar os resultados de uma exclusão multissecular.

Observe-se, neste ponto, que o próprio constituinte originário instituiu expressamente pelo menos duas políticas de ação afirmativa: o dever do Estado de proteger o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX, CF), e a reserva de vagas em concurso públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, inciso VIII, CF). Tais preceitos, longe de configurarem exceções à regra de igualdade meramente formal, revelam a plena compatibilidade das políticas de ação afirmativa com a ordem jurídica brasileira.

No campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos não é diferente. A Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, devidamente incorporada ao nosso ordenamento, estabelece, de forma expressa, nos seus artigos 1º, item 4, e 2º, item 2, que os Estados podem adotar medidas específicas visando a promoção da igualdade de determinados grupos étnicos e raciais, desde que tais medidas não impliquem em “*manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados estes objetivos*” (art. 1º, item 4).

O STF já se manifestou favoravelmente à constitucionalidade das políticas de ação afirmativa com foco racial. Na ADPF 186, que tratou das quotas raciais instituídas no vestibular da UnB, a Corte, por unanimidade, reconheceu a validade da medida, criada através de ato interno da universidade. No referido julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, consignou:

" Como é de conhecimento geral, o reduzido número de pretos 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

¹⁰ Cf. Roger Raupp Rios. *Direito Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ação afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp.

peçoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar esta discriminação, culturalmente arraigada, não raro praticado de forma inconsciente e á sombra de um Estado complacente.

*(...)as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem por escopo compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica **não configuram meras concessões** do Estado, mas **consubstanciam deveres** que se extraem dos princípios constitucionais" (grifo no original)*

Tal orientação for reiterada pela Corte no julgamento da ADI 3.330, em que se discutiu a constitucionalidade de políticas afirmativas instituídas no âmbito do Programa Universidade para Todos - Prouni. Neste julgado, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, lavrou-se na ementa:

"5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da igualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou rebaixamento puro e simples dos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia das outras. Que para tal viagem são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

(...)

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar os segmentos brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como verbi gratia, o segmento

dos negros e índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social."

São muitos os fundamentos constitucionais e filosóficos que justificam a adoção das políticas de ação afirmativa. Os mais relevantes são relativos à justiça compensatória, à justiça distributiva, à promoção do pluralismo e diversidade e ao fortalecimento da identidade e auto-estima do grupo favorecido.

O argumento da justiça compensatória é o de que a situação social profundamente desvantajosa dos negros e índios no presente se deve em parte a um histórico de discriminações, que remonta ao tempo da escravidão e do colonialismo. Portanto, é justo que a sociedade de hoje os compense, não só em razão de injustiças sofridas por seus antepassados, mas sobretudo porque os efeitos estruturais destas injustiças persistem na atualidade. Como salientou o Presidente norte-americano Lyndon Johnson, em célebre discurso proferido na década de 1960, *"(...) não se apagam de repente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês são livres para ir aonde quiserem (...) Não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das amarras, conduzi-lo, logo em à linha de largada de uma corrida, dizer 'você é livre para competir com os outros', e assim pensar que se age com justiça"*¹¹.

Alguns objetam no sentido de que os indivíduos de hoje, que sofrem os efeitos negativos da implementação das medidas de ação afirmativa – e.g., aluno branco que perde vaga em universidade para aluno cotista com nota inferior - não podem ser prejudicados por equívocos de um passado distante, sobre o qual não tiveram nenhuma influência. Contudo, um país não pode fechar os olhos para o seu passado. Não há como ignorar que a situação desfavorável dos negros e índios de hoje na sociedade brasileira tem relação direta com a escravidão e com a espoliação dos indígenas, tendo em vista o baixíssimo grau de mobilidade social da sociedade brasileira ao longo de gerações. Ademais, a afirmação da injustiça da compensação se lastreia numa premissa excessivamente individualista, que ignora a possibilidade da existência de relações entre

¹¹ Cf. João Feres Júnior. "Aspectos Normativos e Legais das Políticas de Ação Afirmativa". In: João Feres Júnior e Jonas Zoninsein. *Ação Afirmativa e Universidade: experiências nacionais e comparadas*. Brasília: Editora UnB, 2006, pp. 48-49.

grupos, que podem inclusive assumir uma dimensão intergeracional, e dar margem ao surgimento de direitos coletivos a medidas reparatórias¹². Por isso, o argumento de justiça compensatória representa, no mínimo, uma razão coadjuvante para a adoção das medidas de discriminação positiva.

Outro argumento de peso ainda maior é o da justiça distributiva. A constatação empírica da situação de significativa desvantagem social dos negros e indígenas, no presente, justifica a adoção de medidas que busquem favorecê-los perante os brancos, visando a distribuir melhor os bens socialmente relevantes, para que, no futuro, as relações raciais sejam mais equitativas. As políticas de caráter universalista, embora possam reduzir a pobreza e promover melhoras sociais, não atacam esta disparidade entre as etnias, razão pela qual devem ser complementadas por medidas de ação afirmativa, se realmente se pretende promover a igualdade substantiva entre as raças.

Os defensores do argumento da redistribuição aduzem ainda que a diminuição das desigualdades produz também benefícios para a sociedade como um todo, na medida em que reduz os ressentimentos e tensões que a profunda injustiça na distribuição dos ônus e vantagens entre as diferentes grupos étnicos tende a produzir no meio social.

O argumento do pluralismo também possui grande força persuasiva,¹³ e teve peso decisivo para a admissão das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos¹⁴. No Brasil, nós vivemos numa sociedade multiétnica e pluricultural, e esta é uma das maiores riquezas do nosso país. Porém, para que todos se beneficiem desta riqueza, é preciso que exista contato real e paritário entre as pessoas integrantes das diferentes etnias. É necessário romper com um modelo informal de segregação, que põe negros e indígenas sistematicamente em posições subalternas, privando inclusive o branco de nível social mais elevado da possibilidade de conviver com eles em relações

¹²

Defendendo a ação afirmativa como direito de grupo, veja-se Owen Fiss. “Grupos y Cláusula de Igual Protección”. In: Roberto Gargarella (Comp.). *Derechos y Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 136-167.

¹³ Cf. Michael J. Sandel. *Justice: What's the Right Thing to Do?* New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, pp. 171-173.

¹⁴

Veja-se, por exemplo, *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. (1978); e *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2006).

igualitárias, e de aprender através da troca de experiências. Na sala de aula de uma universidade ou no ambiente de trabalho de uma repartição pública, por exemplo, as interações humanas tornam-se mais ricas e frutíferas com a diversidade racial.

Portanto, 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.

Finalmente, o derradeiro argumento é o do fortalecimento da auto-estima da população negra¹⁵. Utilizando a clivagem de Nancy Fraser¹⁶, pode-se dizer que a ação afirmativa não se relaciona apenas como a justiça no campo da distribuição, mas também com a justiça na esfera do reconhecimento. Como salientou Luis Roberto Barroso, a "*desigualdade de fato produz uma subrepresentação de determinados segmentos nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que pode acabar perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade*"¹⁷. Por isso, as políticas de ação afirmativa produzem o benfazejo efeito de quebrar estereótipos negativos, já que a sua aplicação enseja o aumento do número de integrantes de grupos étnicos vulneráveis ocupando posições de destaque na sociedade. Desta forma, os integrantes destes grupos passam a ter exemplos de pessoas da mesma etnia em que se inspirar, o que favorece a sua identidade e auto-estima¹⁸. Isto os auxilia a deixarem de se ver e de serem vistos como "naturalmente" talhados para funções subservientes, tidas socialmente como menos nobres.

¹⁵

Cf. Cass Sunstein. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 170.

¹⁶

Op. cit.

¹⁷

Luis Roberto Barroso. "Cotas Raciais são Legítimas como Parâmetros Razoáveis". Parecer disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>.

¹⁸

Cf. Enzo Bello. "Políticas de Ações Afirmativas no Brasil: uma análise acerca da viabilidade de um sistema de cotas sociais para ingresso nas universidades". In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 26, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, jan/jun, 2005.

2.3. A Juridicidade das Políticas de Ação Afirmativa nos Concursos do MP

Seriam os argumentos alinhavados acima aplicáveis também aos concursos para membros e servidores do Ministério Público? Certamente que sim.

Como já destacado anteriormente, as políticas de ação afirmativa podem ocorrer em diversas esferas, e uma delas é a de acesso às funções públicas. É certo que a Constituição brasileira prevê que o acesso a cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, CF), mas é perfeitamente possível incorporar aos concursos critérios que, ao lado da análise da competência dos candidatos, busquem também a promoção da igualdade substantiva e da diversidade racial. Aliás, o próprio texto constitucional torna indubitosa a possibilidade de emprego de políticas de ação afirmativa nos concursos públicos, ao prevê-las expressamente nesta área em favor das pessoas com deficiência (art. 37, VIII, CF).

Nem é preciso destacar a importância dos concursos públicos para os valores republicanos, por resguardarem os princípios da igualdade e impessoalidade no acesso às funções públicas, permitindo, por outro lado, que o Poder Público escolha melhor os agentes que irão servi-lo. Como mecanismo de seleção de agentes públicos, os concursos são incomparavelmente superiores a outros modelos de recrutamento, baseados em fatores como parentesco, estamento ou compadrio. Nada obstante, quando desacompanhados de medidas focadas na promoção da igualdade material e do pluralismo, os concursos podem apresentar as mesmas patologias que as provas de vestibular: em nome de uma suposta meritocracia, cega às desigualdades de oportunidade, tais mecanismos de seleção podem prestar-se à preservação de um *status quo* de exclusão e assimetria.

Veja-se o seguinte trecho do substancioso voto proferido pelo Ministro Lewandowski na ADPF 186:

"Não raro, a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção - pretensamente isonômicos e imparciais

- desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.

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

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente.

(...) Neste sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais"

É verdade que as palavras do Ministro Lewandowski são endereçadas às provas de vestibular. Mas, na sua essência, elas também são pertinentes em relação aos concursos públicos - sobretudo aqueles relativos às carreiras da elite do serviço público -, em que indiferença em relação à desigualdade material e ao pluralismo ajuda a perpetuar injustas hierarquias presentes na sociedade, como as que existem no campo étnico-racial.

A compreensão de que as políticas de ação afirmativa de natureza étnico-racial também devem ser estendidas aos concursos públicos tem sido endossada pelas mais variadas instâncias políticas.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi instituída reserva de 20% das vagas nos concursos públicos para negros e indígenas, através do Decreto Estadual nº 43.007/2011. No Estado do Paraná, a Lei nº 14.274/2003 estabeleceu cota de 10% das vagas nos concursos para candidatos negros. Já no Estado do Mato Grosso do Sul, a Lei 3.594/2008, com a redação dada pela Lei 3.939/2010, criou reserva de 10% das vagas nos concursos para candidatos negros e de 3% para indígenas. E, no plano nacional, a Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial,) sem definir diretamente qualquer

política de ação afirmativa para concursos, estabeleceu o dever do Poder Público de instituí-las (art. 39, Parágrafo 2º).

E o Ministério Público? Como se sabe, o Ministério Público brasileiro desempenha função essencial em nossa ordem constitucional. Além de titular exclusivo da ação penal pública, o MP exerce outras magnas funções na sociedade brasileira, ligadas à defesa dos direitos humanos, à tutela dos interesses transindividuais, à promoção dos valores democráticos e republicanos e à proteção dos grupos vulneráveis.

Diante destas elevadas missões institucionais, será que a atuação do Ministério Público não seria mais eficiente e legítima se incorporasse mais profundamente as vozes dos grupos excluídos? Se entre os membros e servidores do MP existissem mais negros e indígenas, não teria a instituição como agir mais e melhor em áreas como o combate ao racismo, a luta contra a discriminação direta e indireta nas mais diversas esferas, a defesa dos direitos das minorias raciais e sociais? Não seria ela mais sensível aos impactos da sua atuação persecutória sobre grupos étnicos e sociais vulneráveis? Será que uma maior diversidade na composição dos quadros do Ministério Público não contribuiria, enfim, para tornar a sua atuação mais legítima, democrática, inclusiva e emancipatória?

A resposta para estas indagações é certamente positiva. Portanto, até para cumprir melhor o seu papel constitucional, atuando não como um guardião do *status quo*, mas como agente de transformação social, no sentido da concretização do projeto constitucional de construção de uma sociedade mais democrática, fraterna e igualitária, deve o Ministério Público adotar políticas de ação afirmativa nos seus concursos.

Daí porque, deve-se afastar o temor de que a introdução de políticas de ação afirmativa nos concursos para o MP possa comprometer a eficiência da atuação ministerial, em razão da admissão de membros e servidores supostamente menos qualificados. Como assinalado acima, o pluralismo e a diversidade no campo dos recursos humanos tendem a favorecer não só a legitimidade, como também a eficiência da instituição que deles se beneficia. Além disso, as políticas afirmativas não afastariam a necessidade de aprovação dos candidatos negros e indígenas nos concursos públicos para membros e servidores do MP. E se presume que todos os aprovados nos

concursos do MP - certames, em geral, bastante exigentes - já reúnem as condições necessárias para o desempenho competente das funções inerentes ao cargo disputado.

Registre-se, por oportuno, que a posição ora sustentada, em favor da possibilidade jurídica de instituição de políticas de ação afirmativa de natureza étnica nos concursos para a ingresso no MP, é compartilhada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Com efeito, em 30 de março de 2012, a PFDC expediu a Recomendação nº 02/2012 ao Procurador-Geral da República, até o momento não cumprida, instando-o a expedir ato normativo "*visando à implementação de políticas de ação afirmativa no Ministério Público para ingresso de afro-brasileiros nos quadros de membros e servidores do órgão*" (fls. 106/107).

3- A Competência do CNMP para Instituição de Políticas de Ação Afirmativa no Ministério Público brasileiro

3.1. O Princípio da Legalidade no Novo Constitucionalismo

No passado, a lei formal figurava no centro do ordenamento jurídico e as funções administrativas e judiciais eram concebidas como absolutamente subordinadas pelas normas editadas pelos parlamentos. Contudo, diversos fenômenos heterogêneos, como a crise da democracia representativa, a inflação legislativa, o rearranjo institucional do Estado na sociedade de massas, o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional, deflagraram uma crise neste paradigma *legicêntrico* do Direito.

No novo paradigma que vem sendo construído sobre os escombros do legicentrismo – e que corresponde ao que alguns têm chamado de *neoconstitucionalismo*¹⁹ - a Constituição passa a desempenhar um papel muito mais

¹⁹ Cf. Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005; Luís Roberto Barroso. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 203-250; Daniel Sarmento. "Neoconstitucionalismo no Brasil: limites e possibilidade". In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

relevante do que antes. Se, no passado, prevalecia na cultura jurídica a noção de que as constituições representavam meras proclamações políticas, desprovidas de eficácia jurídica imediata, cujos comandos necessitariam quase sempre de prévia regulamentação para surtirem os seus efeitos, hoje se afirma o dever do intérprete – seja ele um órgão judicial, um administrador público ou até um particular - de buscar extrair em cada caso a máxima força normativa da Constituição, permitindo que os seus preceitos e valores incidam sobre a realidade, para condicioná-la e transformá-la.

Neste novo contexto, a doutrina tem afirmado que o Poder Público não está vinculado apenas à lei, mas também – e acima de tudo – à própria Constituição. Em outras palavras, entende-se hoje que o Estado está subordinado não apenas à lei formal, mas a um bloco mais amplo de *juridicidade*, que é integrado também pela Constituição²⁰. Como consignou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto que proferiu na ADC 12-MC,

*"Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que 'ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei', por 'lei' deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a própria Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa."*²¹

E a Constituição atua não apenas como limite à ação dos poderes públicos, como também como norma habilitadora, que confere fundamento direto para a prática

²⁰ A obra de referência desta matéria em língua portuguesa é Paulo Otero. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

²¹

ADC-MC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006.

de atos e para a formulação de políticas públicas em seu nome, visando à proteção e promoção dos bens e valores que ela consagra. Conforme destacou Gustavo Binenbojm,

“Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo.”²²

Ora, se a Constituição pode ser aplicada diretamente pelos Poderes Públicos, independentemente de qualquer mediação concretizadora da lei, parece evidente a possibilidade de edição de atos normativos pela administração que pautem esta aplicação, seja para concretizar o sentido de normas constitucionais, seja para definir os procedimentos tendentes à viabilização da sua incidência.

Desta maneira, por um lado, não se compromete a força normativa da Constituição, evitando-se que ela se torne refém da inércia do legislador. E, por outro, prestigia-se a igualdade, ao garantir-se uniformidade na aplicação dos ditames

22

Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142/143. No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso: *"Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário"* (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375).

constitucionais, bem como a segurança jurídica, ao assegurar-se uma maior previsibilidade das ações estatais voltadas à concretização da Lei Maior.

Esta orientação tem encontrado amparo na jurisprudência mais recente do STF. Foi o caso da decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC-MC 12/DF, em que, por dez votos contra um, a Suprema Corte reconheceu a validade de ato normativo expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que, sem fundamentar-se em qualquer lei formal, proibira o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, concretizando os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência e igualdade. Vale reproduzir o seguinte trecho do acórdão, relatado pelo Ministro Carlos Ayres de Brito:

“A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e IV o art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 88, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da

moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com esta tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”²³

Em decisão anterior na mesma linha, proferida no Recurso Extraordinário nº 203.954-3, o Plenário do STF reconheceu, por unanimidade, a validade de Portaria editada pelo Ministério da Fazenda, que proibira, com fundamento na Constituição e não em qualquer lei formal, a importação de automóveis usados. No voto proferido pelo Ministro Celso Mello, a questão foi didaticamente ventilada:

“Sustenta-se que a natureza meramente administrativa da Portaria DECEX n. 8/91 (art. 27) tornaria juridicamente insubsistente a norma vedatória da importação de bens de consumo usados, pois a atividade do Poder Público está rigidamente sujeita ao postulado constitucional da legalidade estrita.

*Não questiono, em seus aspectos essenciais, a procedência desta afirmação, pois, como sabemos, a atividade administrativa traduz ação necessariamente subordinada aos modelos legais instituídos pelo ordenamento positivo. Na realidade, os entes e órgãos da Pública Administração só podem agir **ex lege**, não **ex voluntate**....*

Se é certo, portanto, que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados prevista na Portaria DECEX 8/91 (art. 27) – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República.”²⁴

Observe-se, por outro lado, que não são apenas as regras constitucionais, dotadas de maior densidade semântica, que podem incidir diretamente sobre as relações sociais, independentemente de mediação legislativa. Isso também se

²³ Julgado em 16.02.2006, DJ 01.09.2006.

²⁴ Julgado em 20 de novembro de 1997, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07.02.97.

dá com princípios mais abstratos da Constituição, como os da igualdade material, pluralismo e solidariedade - fundamentos das políticas de ação afirmativa -, aos quais se reconhece plena juridicidade, além de absoluta centralidade no ordenamento. Se há um denominador comum na moderna teoria jurídica, ele está na afirmação de que os princípios constitucionais não são meras exortações ao legislador, desprovidas de força normativa, mas consubstanciam autênticas normas jurídicas, que devem incidir sobre a realidade social subjacente, no afã de condicioná-la²⁵.

3.2. A Desnecessidade de Lei Formal para a Criação de Políticas de Ação Afirmativa nos Concursos do MP

Como destacado acima, os princípios constitucionais que fundamentam as políticas de ação afirmativa desfrutam de plena força normativa e não dependem de edição de lei formal para surtir seus efeitos.

Daí porque, tais políticas podem ser instituídas por instrumentos normativos diversos da lei formal, que terão na própria Constituição o seu fundamento de validade. Foi esta a orientação adotada por unanimidade pelo STF, no julgamento da ADPF 186, em que se reconheceu a validade de instituição de cotas raciais na UnB, por ato interno da universidade. Sobre esta questão, foi preciso o voto do Ministro Marco Aurélio:

"Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no art. 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo."

25

Há vasta literatura sobre os princípios constitucionais, sendo referências centrais as obras de Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University press, 1978; e Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nem se argumente que o caso dos concursos públicos seria diferente, porque apenas a lei formal pode estabelecer os requisitos de acesso a cargo público, emprego ou função pública, a teor do disposto no art. 37, inciso I, da Constituição. É que as políticas de ação afirmativa não instituem requisitos para acesso a cargo público. Diante de uma política de ação afirmativa, como a instituição de cotas raciais, os interessados que não se enquadrarem na categoria dos beneficiários do programa não ficam impedidos de participar do certame. Eles continuam disputando as vagas não reservadas, que representam, em geral, a expressiva maioria daquelas oferecidas em cada concurso.

3.3. O Poder Normativo do CNMP e a possibilidade de normatização de políticas de ação afirmativa

Assentadas as premissas acima, cabe indagar se o CNMP possui poder normativo suficiente para a disciplina de políticas de ação afirmativa para os concursos de membros e servidores do Ministério Público. Sabe-se que a Constituição Federal consagrou expressamente o poder normativo do Conselho em seu art. 130-A, Parágrafo 2º, inciso I, que determinou competir ao CNMP *"zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência ou recomendar providências"*.

Portanto, tal poder normativo deriva diretamente da Constituição. Mas não se trata, evidentemente, de um poder ilimitado. Ele se circunscreve ao âmbito da competência do CNMP. Em outras palavras, só pode versar sobre o que concerne ao Ministério Público. Ademais, o exercício de tal poder não pode interferir na independência funcional dos membros do *parquet*, fixando, por exemplo, orientações vinculantes para a atividade-fim de promotores e procuradores.

Tal poder normativo tampouco pode ingressar no domínio em que vigora a reserva de lei formal (*e.g.*, normas penais e tributárias) - mas é certo que **a definição de políticas de ação afirmativa não é matéria sob reserva de lei, como decidiu por**

unanimidade o STF no julgamento da ADPF 186. Nem muito menos é lícito ao CNMP editar atos normativos que se sobreponham à lei, na medida em que tais regulamentos são hierarquicamente inferiores às normas elaboradas pelo legislador. Não poderia o CNMP, por exemplo, alterar as regras do CPC ou do CPP atinentes à atuação do Ministério Público no Processo Civil ou Penal, por força da superioridade da lei em face do regulamento (princípio do *primado* da lei), nem tampouco restringir direitos de membros ou servidores do *parquet*, previstos em sede legal.

Mas, respeitados estes limites, o CNMP pode editar normas primárias, especialmente em hipóteses em que o exercício do seu poder normativo se volte à concretização de princípios constitucionais, como ocorre no caso das políticas de ação afirmativa nos concursos para o Ministério Público. Esta tem sido a clara orientação do STF em relação ao poder normativo do CNJ, que tem a mesma extensão e natureza do que foi concedido pela EC 45 ao CNMP.

Como já destacado anteriormente, ao apreciar a validade da Resolução nº 7 do CNJ que vedara o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, o STF reconheceu a possibilidade de edição de atos normativos fundados diretamente na Constituição. Neste sentido, o Ministro Carlos Ayres de Britto, relator da causa, formulou em seu voto a questão: *"foi o Conselho Nacional de Justiça contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que servem de recheio fático ao inciso II do Parágrafo 4 do art. 103-B da Constituição?"*²⁶. Ao responder afirmativamente à indagação, o Ministro Britto ressaltou que figura na Constituição a *"outorga de competência para o Conselho dispor, primariamente"* sobre as matérias referidas no art. 103-B da Carta de 88, *"na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato"*.

No mesmo julgado, o Ministro Joaquim Barbosa valeu-se da tradicional *teoria dos poderes implícitos*²⁷, formulada pela jurisprudência

²⁶ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006.

²⁷

constitucional norte-americana no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), para reconhecer o poder do CNJ de editar normas primárias no seu âmbito de competência: *"Assim, já que se incumbiu ao CNJ a função de assegurar a observância dos princípios constitucionais regentes da atuação administrativa do Poder Judiciário, é curial que se entenda lícita a possibilidade de imposição, pelo Conselho, mediante ato normativo próprio, de obrigações nesse específico sentido"*.

Mais recentemente, o STF reiterou esta orientação no julgamento do MS 27.621, em que reconheceu a constitucionalidade de resolução do CNJ que impusera aos magistrados brasileiro o dever - não previsto em qualquer lei - de se cadastrarem no denominado Sistema BACEN JUD, que permite a realização de penhoras *on line*²⁸. Neste caso, o STF parece, inclusive, ter ido além da orientação fixada no julgamento sobre o nepotismo no Judiciário. É que, se naquele primeiro julgado era possível afirmar que a resolução do CNJ não inovara, limitando-se a explicitar o que já se continha implicitamente nos princípios constitucionais do art. 37 da CF, neste último a inovação normativa é incontroversa. Afinal, antes da edição do ato regulamentar pelo CNJ, os juízes *não* estavam obrigados a se inscrever no Sistema BACEN JUD, o que só veio ocorrer *após* o exercício do poder normativo por aquele Conselho.

Na mesma linha, orientou-se a decisão monocrática do Min. Luiz Fux, que julgou extinto o mandado de segurança coletivo impetrado contra a Resolução nº 175 do CNJ, que vedara *"às autoridades competentes a recusa de*

Sobre a doutrina dos poderes implícitos, veja-se John E. Novak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. ed., Saint Paul: West Publishing, 1995, pp. 120-124.

²⁸ Consta, na ementa do acórdão: *"II- No exercício de suas (do CNJ) atribuições administrativas, encontra-se o poder de 'expedir atos regulamentares'. esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão.*

III- O Conselho nacional de Justiça pode, no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda a magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa.

IV- a determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidade estatística, fiscalizatória, ou, então, para viabilizar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente nesta competência regulamentar." (MS 27.621, Rel. Min. Cármen Lúcia, Redator do ac. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11/05/2012)

habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo". Nas palavras do Ministro Fux:

*"(...) a discussão acerca do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça já foi objeto de apreciação pelo Plenário da Corte, nos autos da ADC nº 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto.(...) Naquela assentada, o Tribunal, reconhecendo a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07, que proscovia a prática cognominada 'nepotismo', consignou expressamente a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar atos normativos primários.(...) Esta racionalidade, a meu juízo, se encaixa perfeitamente, e por isso deve ser transplantada à espécie. Isso porque, em ambos os casos, o CNJ editou as referidas normas (Resolução nº 7/2005 e Resolução nº 175/2013) com fundamento direto em parâmetros erigidos constitucionalmente. (...) De igual modo, a Resolução nº 175/2013, também com esteio no art. 103-B da Constituição, interditou a recusa, por parte das autoridades competentes, da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, atendendo aos fins colimados pela CRFB/88, notadamente após o julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF."*²⁹

Portanto, é firme a jurisprudência do STF no sentido do reconhecimento de poder normativo primário ao CNJ. A mesma lógica invocada pelo STF nos precedentes acima referidos se aplica ao CNMP. Este detém, portanto, inequívoco poder normativo para editar regras que, no âmbito da sua competência, concretizem princípios constitucionais. Seria este o caso de Resolução que instituísse política de ação afirmativa nos concursos para membros e servidores do MP, a qual traduziria a concretização de relevantes

²⁹ MS 32.077/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

princípios constitucionais, como os da igualdade material, pluralismo e solidariedade social.

Vale destacar, finalmente, que o próprio CNMP já editou diversas resoluções que inovaram no ordenamento, com fundamento direto na Constituição. Neste sentido, dentre outras, a Resolução nº 1/2005, que proibiu o nepotismo no MP; a Resolução nº 21/2007, que vedou a manutenção nos quadros do MP de servidores, cedidos por outros órgãos da Administração, que sejam parentes de membros ou de outros servidores; e a Resolução nº 73/2011, que, dentre outras providências, limitou o número de horas-aula semanais que podem ser ministradas por membros do MP. Portanto, seria profundamente incoerente com as práticas pretéritas da instituição recusar o exercício do poder normativo autônomo, exatamente quando vem à baila o controvertido tema das políticas de ação afirmativa.

4- Conclusões e Sugestões de Encaminhamento

Diante das razões apresentadas acima, pode-se concluir no sentido da plena constitucionalidade da instituição de política de ação afirmativa nos concursos para membros e servidores do MP. Tal política concretizaria, no âmbito interno do Ministério Público, os princípios constitucionais da igualdade substantiva, do pluralismo e da solidariedade social.

Além de prestar-se à promoção dos direitos dos negros e indígenas que viessem a ocupar os cargos no MP, a implementação de tal política fortaleceria institucionalmente o Ministério Público, por ampliar a sua legitimidade social, e aparelhá-lo para atuar mais e melhor em favor dos interesses de grupos étnicos e sociais vulneráveis e historicamente estigmatizados. A sociedade brasileira teria muito a ganhar, com um Ministério Público de composição mais plural e menos

elitizada, integrado por membros e servidores de todas as raças, e, portanto, presumivelmente dotado de uma sensibilidade mais aguçada para os problemas que afligem as camadas inferiores da nossa população.

O Conselho Nacional do Ministério Público detém competência para normatizar esta questão. O seu poder normativo, previsto no art. 130-A, Parágrafo 2º, inciso I, envolve a possibilidade de editar regras que concretizem diretamente princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam as políticas de ação afirmativa.

De todo modo, antes de proceder à normatização da questão, é recomendável que o CNMP adote as seguintes medidas:

a) Adote as medidas necessárias visando a apurar, com a maior brevidade possível, a composição étnico-racial dos integrantes das diferentes carreiras de servidores e membros dos múltiplos ramos do Ministério Público brasileiro, na linha do que também decidiu fazer o CNJ, no âmbito do Pedido de Providências nº 0002248-46.2012.2.00.0000. Tais dados estatísticos se afiguram essenciais para comprovação da efetiva necessidade de implementação de políticas de ação afirmativa para cada carreira específica, que poderá se dar por meio da comparação entre a composição racial dos seus integrantes e aquela existente na população do respectivo Estado da Federação, ou - em se tratando de carreira do MPU - de todo o país. Ditas informações são fundamentais, por outro lado, para viabilizar a eficiente formulação da política pública em questão, que deve se basear em diagnóstico preciso da realidade.

b) Promova audiência pública para discutir a matéria, tendo em vista a importância de obtenção de subsídios fáticos e teóricos adicionais para equacionamento da questão, bem como em razão da necessidade de legitimação democrática da decisão do CNMP, em tema de natureza tão controvertida.

No que concerne à definição da política pública, sugere-se o seguinte:

a) Os Estados brasileiros têm composição étnica bastante heterogênea. Assim, não parece recomendável adotar-se, por exemplo, uma política de reserva de vagas uniforme, que empregue cota com o mesmo percentual para os concursos realizados em todas as unidades da federação, sob pena, inclusive, de eventual afronta ao princípio da proporcionalidade. Um percentual mais elevado, válido para um Estado com predominância de população negra, como a Bahia, poderia ser excessivo para outro com distribuição étnica muito diferente, como Santa Catarina. Neste quadro, seria mais adequado que o CNMP fixasse parâmetros para a política de ação afirmativa dotados de flexibilidade para acomodar as significativas diferenças regionais existentes no país.

b) Cotas étnico-raciais não serão suficientes para, sem medidas adicionais, ampliar significativamente o acesso de negros e indígenas aos cargos de *membro* do Ministério Público. É que só se beneficiam das cotas os candidatos aprovados, e em grande parte destes concursos têm sobrado vagas, já que o quantitativo de aprovados é inferior ao número de vagas ofertada. Isto deve-se em parte à dificuldade destes concursos - o que não é recomendável alterar, haja vista a complexidade e relevância das atribuições inerentes ao cargo disputado e a necessidade de seleção de pessoas preparadas para o seu exercício. Neste contexto, a exclusão social dos negros e indígenas faz com que pouquíssimos logrem aprovação em concursos para membros do MP, sem a qual não terão como se beneficiar das cotas.

Neste cenário, desacompanhadas de medidas adicionais, as cotas poderiam acabar desempenhando um papel meramente simbólico, pois não promoveriam, de fato os objetivos constitucionais que justificam as políticas de ação afirmativa. Daí porque, sugere-se que, adicionalmente às cotas raciais, seja

instituída uma política pública voltada à preparação de candidatos negros e indígenas para os concursos do MP, através do oferecimento de cursos gratuitos e do pagamento de bolsas de estudo, à semelhança do que ocorre no âmbito do Itamaraty, que, desde 2002, mantém o chamado "Programa de Ação Afirmativa do Instituto rio Branco - Bolsa Prêmio de Vocação para a Diplomacia"³⁰. As escolas do Ministério Público deveriam ser diretamente envolvidas na formulação e implementação desta última política do CNMP.

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2013.

DANIEL SARMENTO
Procurador Regional da República

³⁰ Veja-se em http://www.institutorio Branco.mre.gov.br/pt-br/programa_de_acao_afirmativa.xml.