



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

NOTA n. 00025/2018/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 00436.041645/2017-39 (REF. 5048606-78.2017.4.04.7000)

ASSUNTOS: CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS E PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, INCISOS I, II E VII DA CF/88, ART. 1º DA LEI Nº 12990/2014 E ART. 5º, § 2º DA LEI 8.112/1990. PARECER 61/2012/DEPCONSU/PGF.

Relatório

1. Discute-se nos autos a aplicação, nos editais de concurso do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, do critério recomendado pelo Parecer nº 61/2012 deste Departamento de Consultoria, no que tange à reserva de cotas para portadoras de deficiência. Esse parecer foi assim ementado:

“PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO. RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL. SELEÇÃO DIVIDIDA POR ÁREA DE CONHECIMENTO E POR LOCALIDADE DE LOTAÇÃO.

I – Aplica-se ao processo seletivo simplificado, de que trata a Lei nº 8.745/1993, a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência prevista no art. 37, VIII, da Constituição Federal de 1988, nos moldes do art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/1991, da Lei nº 7.853/1989 e dos arts. 37 e seguintes do Decreto nº 3.298/1999.

II – O percentual de vagas reservado para pessoas portadoras de deficiência incidirá sobre cada seleção, considerando a distinção de funções já estabelecida no art. 8º do Decreto nº 4.748/1993, e também eventual diferenciação quanto à área de conhecimento e/ou à localidade de lotação”.

2. O Ministério Público Federal – MPF ingressou, em 09 de outubro de 2017, com Ação Civil Pública – ACP contra o IBGE na 11.ª Vara Federal de Curitiba, Estado do Paraná, pretendendo condená-lo a reservar, nos novos editais de concursos públicos e processos seletivos que venha a realizar, seja para cargos que exijam formação específica, seja para cargos técnico-administrativos, cinco por cento sobre o total geral de vagas a pessoas com deficiência, e vinte por cento do total geral de vagas por disciplina/especialidade a negros. O cerne da argumentação do MPF reside em que (Sequencial 01, petição inicial):

“O Anexo I do Edital nº 02/2016 (quadro de vagas) é ilustrativo do descumprimento do sistema de cotas por parte do IBGE. Das 415 (quatrocentas e quinze) vagas ofertadas pelo certame ao Estado do Paraná, apenas 15 (quinze) foram reservadas a pessoas com deficiência (o que equivale a aproximadamente 3,6% do total de vagas) e 82 (oitenta e duas) foram destinadas a candidatos autodeclarados negros (o que corresponde a 19,75% do total de vagas).

O que se evidencia a partir da leitura dos Editais de concursos públicos exarados pelo IBGE é a existência de uma estratégia de fracionamento do cálculo de reserva de vagas (ora para pessoas negras, ora para pessoas com deficiência) entre as diversas localidades de lotação dos servidores públicos temporários, que acaba por inviabilizar o projeto de ampliação do acesso de pessoas negras, pardas e/ou com deficiência aos cargos e empregos do serviço público federal.

A adoção, pelo IBGE, do Parecer da Procuradoria-Geral Federal nº 61/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, que trata dos critérios de incidência dos percentuais de reserva de vagas nos concursos públicos federais, não apenas produz uma situação de absoluta insegurança jurídica, como também enseja

arbitrariedades por parte do Administrador Público, que passa a “escolher” quando e em que situações a Lei de cotas será aplicada.

Além de evidentemente ilegal, inquestionável a lesividade do sistema adotado pelo IBGE. Se computados pela totalidade de vagas destinadas pelos Editais dos concursos ao Estado do Paraná, verificar-se-ia a existência dos seguintes deságios entre as vagas que deveriam ser reservadas a candidatos cotistas e as vagas que foram efetivamente reservadas a candidatos cotistas:

(...)

Vêja-se, assim, que a sistemática adotada pelo IBGE invariavelmente produz deságios entre o número de reserva de vagas exigida pela Lei e o número de vagas efetivamente afetadas para o sistema de cotas. É justamente para reverter essas irregularidades que se busca o Poder Judiciário, de forma a adequar o procedimento ora questionado”.

3. O IBGE consultou, a respeito, a Coordenadoria Geral de Gestão de Pessoas COGEP/MP que, pautando-se na RECOMENDAÇÃO MPF/PRDF/10FCIDN.21/2013, de 2 de maio de 2013, que foi exarada em face de caso concreto do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, reiterada na RECOMENDAÇÃO n.º 03-2015/GAA/PRDF/MPF, aderiu ao entendimento do MPF (sequencial 35, fl. 31/2).

4. Após reiterar esse entendimento, a Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP remeteu a consulta à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento – CONJUR/MP, nos termos seguintes (idem, fl. 35/6):

“Trata-se de solicitação de resposta ao despacho DILEA nº 0283123, cujo conteúdo traz explícitos os seguintes questionamentos:

"a) Em alusão à reservas de vagas para portadores de necessidades especiais, o percentual de 20% (vinte por cento) de vagas reservadas aos negros deverão incidir sobre o número total de vagas ou considerar o âmbito das concorrências a serem oferecidas no edital de novo Concurso Público previsto naquele Instituto?

b) Da leitura do art. 2º da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, e não tendo sido encontrada, após consulta ao sistema de consulta de atos normativos da Administração Pública Federal – CONLEGIS, conforme dispõe a Orientação Normativa nº 7, de 17 de outubro de 2012, dispositivo legal ou ainda esclarecimento emitido pelo órgão orientador quanto ao caso em tela, quais seriam os procedimentos a serem adotados para verificação das autodeclarações de raça preenchidas pelos candidatos?

”.

2. Respondendo ao primeiro questionamento, entende esta SEGEP que o percentual indicado deve incidir sobre o total de vagas ofertadas no certame público, valendo esclarecer que tal interpretação encontra respaldo no conteúdo do § 1º do Art. 1º da Lei nº 12.990/2014.

3. Já no tocante ao segundo questionamento apresentado, entende-se que, valendo-se do princípio da boa-fé, que deve nortear as relações entre indivíduos, a citada lei é clara ao exigir, do candidato, a própria declaração, conforme expressa o seu Art. 2º.

4. Entretanto, em que pese a interpretação literal dos dispositivos legais aqui destacados e a complexidade da matéria, acredita-se essencial o aprofundamento técnico da análise de aspectos jurisprudenciais e doutrinários pertinentes, bem como a harmonização da interpretação dos diplomas legais supracitados, razão pela qual sugere-se a remessa dos autos à Consultoria Jurídica deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR/MP, a fim de que também se manifeste acerca das questões encaminhadas”.

5. A Procuradoria Federal no Estado do Paraná – PF/PR, por intermédio do PARECER n. 00001/2018/SEGAP/PFPR/PGF/AGU, informou que (Sequencial 43):

“A Procuradoria e o IBGE, após analisarem a inicial e especialmente PARECER n. 00776/2015/DQO/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU, que foi parcialmente aprovado pelo DESPACHO n. 00075/2015/EF/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU, encaminhou documento, subscrito pelo Presidente do IBGE, **autorizando a procuradoria a concordar com os pedidos formulados na inicial da ACP** (sequencia 37, Anexo 1)”.

6. Inobstante, destacando a necessidade de “uma resposta até o dia 21/03/2018, quando ocorrerá a audiência de conciliação”, a PF/PR houve por bem solicitar autorização para reconhecimento dos pedidos ao Senhor Procurador

Geral Federal, nos termos seguintes (idem):

“Entendo que o reconhecimento dos pedidos formulados na ACP deve ser precedido de autorização do Procurador-Geral Federal. Explico porque: primeiro, porque tal hipótese não se enquadra naquelas tratadas na Portaria AGU 488/2016; segundo, por se tratar de ação civil pública, que versa sobre concurso público, matéria recorrente em toda a administração pública; e, terceiro, porque, aparentemente, existe uma divergência de interpretação entre o CONJUR/MP e o Departamento de Consultoria da PGF, sendo que o IBGE seguia a orientação do DEPCON/PGF e agora passará a seguir a orientação do CONJUR/MP, o que coincide com a pretensão do MPF.

Concluindo, opino por submeter a autorização para reconhecimento dos pedidos formulados na inicial da ACP ao Procurador-Geral Federal”.

7. Os autos subiram ao Departamento de Contencioso – DEPCONT da Procuradoria Geral Federal - PGF, o qual pediu prévia manifestação deste Departamento de Consultoria, argumentando (sequencial 45):

“Embora o caso dos autos envolva possível reconhecimento do pedido em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do IBGE, o que evidencia a competência deste Departamento de Contencioso para manifestação, observo que o cerne da controvérsia apontada pela PF/PR reside na manifestação de interesse do IBGE em descompasso com o Parecer nº 61/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, oriundo do Departamento de Consultoria da PGF”.

8. Ao pesquisar subsídios para a elaboração desta Nota constatei que casos semelhantes ao presente têm ocorrido em nível nacional. Veja-se, por exemplo, a notícia publicada no sítio eletrônico “CorreioWeb”, em 06 de outubro de 2017:

“Edital calcula vagas por unidade de lotação e diminui oferta para cotas

Do CorreioWeb – O Ministério Público Federal do Mato Grosso do Sul teve que interferir na seleção para o quadro de pessoal permanente da Universidade Federal do estado (UFMS). O critério que havia sido adotado para cálculo das vagas levava em conta a unidade de lotação, e não o número total de vagas para cada cargo, gerando uma diminuição, em alguns casos anulação, na oferta de vagas aos cotistas. A Universidade se comprometeu a mudar o edital”.

9. A pesquisa jurisprudencial revelou precedentes contra e a favor da tese esposada no Parecer nº 61/2012/PGF. Em sentido contrário, encontram-se acórdãos dos tribunais regionais federais que, basicamente, acolhem a tese sustentada pelo MPF, acima sintetizada. Nessa seara, merece destaque o prolatado pela egrégia Quinta turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ no Mandado de Segurança nº 30.841/GO, o qual teve como Relator o Ministro Félix Fischer. Todavia, esse precedente, que já influencia a jurisprudência dos tribunais regionais federais, enfrentou caso específico em que o próprio critério de regionalização havia sido desconsiderado pela administração pública, como se verifica no seguinte trecho:

"No presente caso, aliás, ainda outro dado vai ao encontro da tese esposada pelo recorrente: de fato, para fins do preenchimento das vagas que apareceram ao longo do certame, não foi levada em consideração a localidade originária dos interessados - é dizer, todos quantos desejaram puderam concorrer a alguma delas. Nesses termos, por uma questão de paralelismo, também a reserva dos deficientes deveria se pautar pelo critério aberto".

10. Os precedentes favoráveis serão citados, com maior propriedade, ao longo da discussão a seguir encetada. Para facilitar a análise de sua pertinência, anexei aos presentes autos digitais, além do já referido acórdão prolatado pelo STJ no M.S. 30.841/GO, cópia integral do acórdão prolatado pelo Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 26.310-5/DF, que teve como Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, assim como do acórdão prolatado pela Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança nº 8.482/DF, que teve como Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Arnaldo Esteves de Lima.

11. Os autos digitais foram recebidos no dia 15 próximo passado, e ora os tenho por relatados.

Discussão

Admissibilidade da consulta

12. Tenho por configurada, conforme exposto no Relatório acima, a divergência entre a SEGEP/MP, alinhada à CONJUR/MP, e esta PGF, a determinar o conhecimento da consulta nos termos do art. 39, inciso I da Portaria n.º 338/PGF, de 12 de maio de 2016, *in verbis*:

“Art. 39 Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal poderão suscitar, por meio do respectivo Procurador-Chefe, consulta ao DEPCONSU, desde que:

I - haja controvérsia jurídica entre órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal ou entre estes e outro órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo da União, que demande uniformização;

II - entenda necessária revisão de entendimento firmado em orientação normativa editada pelo órgão central competente da Administração Pública Federal; ou

III - tenha por objeto questão de alta relevância”.

13. Ainda que assim não fosse, a relevância do tema se evidencia por afetar a atividade de seleção dos quadros de pessoal de toda a administração pública federal e, em especial, dos órgãos de administração pública indireta, cuja orientação jurídica à PGF compete, assim como o cumprimento das políticas públicas sociais afirmativas. Não surpreende que o processo tenha sido classificado como relevante no sistema de informações e acompanhamento processual da Advocacia Geral da União – o Sapiens, em cujo ambiente virtual tramita. Assim, de uma forma ou outra, impõem-se o conhecimento e a apreciação da consulta no âmbito deste Departamento, também pelo permissivo constante do inciso III do art.39, acima.

Mérito

O critério de aferição regionalizada de cotas não restringe, necessariamente, o número de vagas preferenciais para negros e portadores de deficiência. Ao contrário, pode ampliá-las.

14. Como se infere, inequivocamente, dos documentos acima citados, tanto o posicionamento do MPF quanto as manifestações do MP e da CONJUR/MP têm por pressuposto de que a aferição regionalizada do percentual de cotas restringe, necessariamente, o número de vagas preferenciais para negros e portadores de deficiência.

15. Cumpre, desde logo, corrigir esse equívoco matemático, o qual corresponde ao cerne da argumentação do MPF.

16. A sistemática de levar em consideração o número local de vagas para aplicação do percentual de cotas não é, por si só, prejudicial aos destinatários das políticas afirmativas. Ao contrário, pode resultar em que mais candidatos cotistas sejam proporcionalmente nomeados do que se o percentual fosse considerado sobre o número total de vagas.

17. Exemplifico. Num concurso único, de alcance nacional com cem vagas, todas sendo disputadas em um único certame, caberiam aos afrodescendentes vinte vagas.

18. **Caso, entretanto, essas cem vagas fossem disputadas localmente, com candidatos disputando apenas as vagas da localidade para a qual se inscreveram, e para cada localidade houvessem apenas três ou quatro vagas, pelo critério legal ao menos uma, em cada localidade, deveria ser reservada para os negros. Isso implicaria que, ao invés de apenas vinte vagas, seriam ao menos vinte e cinco e, a depender da distribuição, até mais de trinta vagas reservadas para os negros. E isso seria alcançado sem ferir a literalidade da norma e sem prejudicar a concorrência estabelecida nos termos do concurso regionalizado.**

19. Ainda que se quisesse argumentar que tal hipótese é menos provável, cumpre observar que ela é totalmente lógica e estatisticamente plausível, o que afasta, peremptoriamente, a alegação do MPF no sentido de que o critério recomendado pelo Parecer n.º 61/2012/DEPCONSU/PGF seria, necessariamente prejudicial aos destinatários da reserva de cotas.

20. E, na verdade, essa hipótese não só é plausível, como caso semelhante já foi julgado pela egrégia Terceira Seção do STJ, tratando de vagas destinadas aos portadores de deficiência:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. AFERIÇÃO DE PARÂMETROS DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. EDITAL 1/2001. CRITÉRIO REGIONALIZADO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE VAGAS EM CADA TURMA DE CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112/90. ART. 37, § 2º, DO DECRETO 3.298/99. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. É possível a impetração de mandado de segurança para aferir parâmetros de legalidade da Administração na aplicação das normas constitucionais, legais e do edital em concurso público. Hipótese em que não se aprecia aspectos relacionados à conveniência e oportunidade do ato administrativo. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada.
2. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência para provimento de cargo ou emprego público. Nos termos do art. 5º, § 2º, Lei 8.112/90, o percentual máximo a ser observado é de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no certame.
3. No Concurso Público para Provimento de Vagas no Cargo de Fiscal Federal Agropecuário, regido pelo Edital 1/2001-MA, de 14/10/2001, foi reservado o percentual de 5% (cinco por cento) por especialidade/área aos portadores de deficiência e prevista a convocação dos candidatos aprovados na primeira etapa em 2 (duas) turmas para participação do Curso de Formação (segunda etapa).
4. **Ante a peculiaridade desse certame, realizado de forma regionalizada e com a formação de 2 (duas) turmas distintas para a segunda etapa, mostra-se razoável a interpretação conferida pela Administração às regras do edital, ao determinar a observância do referido percentual em cada turma, separadamente.**
5. Hipótese em que o impetrante, que concorreu às vagas destinadas aos não-deficientes, embora tenha participado do Curso de Formação por força de liminar concedida nos autos do MS 8.205/DF, deixou de ser nomeado porque convocados 3 (três) candidatos portadores de deficiência na segunda turma, considerando que o cálculo do percentual gerou a fração de 2,2 (dois vírgula dois) e, por força do Decreto 3.298/99, deve ser observado, nesses casos, o número inteiro subsequente.
6. Os portadores de deficiência figuram em lista própria de classificação em concurso público. Por conseguinte, não obstante possam atingir média inferior aos demais candidatos, e ainda serem convocados e nomeados, essa circunstância não demonstra, por si só, preterição. Precedente.
7. Segurança denegada”. (MS 8.482/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2005, DJ 14/09/2005, p. 190. Destaquei.)

21. **Releva notar que, no caso deste precedente, como consta do voto-condutor do acórdão, o MPF se manifestou nos autos pelo acerto da administração pública em considerar o percentual da cota em face da divisão estabelecida no Edital, e não no número global de cotas oferecida.**

22. Diante do precedente documentado em cópia integral nestes autos digitais, assim como da demonstração inequívoca, acima empreendida, de que o critério regionalizado não é, necessariamente, prejudicial aos cotistas, apura-se inequívoca, *data venia*, a contradição entre o posicionamento do MPF no caso ora em exame e o posicionamento adotado no precedente acima referido.

Os aspectos constitucionais da controvérsia

23. Demonstrado, de antemão e a salvo de qualquer questionamento, que o critério recomendado pelo Parecer nº 61/2012/PGF não é, de modo algum, necessariamente prejudicial aos interesses dos negros e das pessoas portadoras de deficiência, cumpre, a seguir, demonstrar, também, sua adequação às normas e princípios em que se funda nosso Estado de Direito.

24. O alcance constitucional da reserva de cotas em concursos públicos a negros e pessoas portadoras de deficiência já foi enfatizado pelo MPF, na petição inicial da ACP em questão. Todavia, a abordagem adotada, *data venia*, é incompleta.

25. É que os interesses da administração pública e dos administrados na realização dos concursos públicos também possuem assento constitucional, nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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;

(...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

(...”).

26. À guisa de comentário a esse dispositivo, colo a lição do procurador federal Leonardo Vizeu Figueiredo, em “DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51, DE 2006, E O EXERCÍCIO DE INTEGRAÇÃO CONSTITUCIONAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 11.350, DE 2006” (disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/531734):

“A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, consagra o princípio republicano da igualdade de acesso aos cargos e empregos no serviço público. Materializando-o tal princípio no art. 37, II, a seguir transcrito:

(...)

Assim, consagra-se a isonomia, princípio maior de direito, no âmbito da Administração Pública, como forma de se garantir o respeito aos princípios que a norteiam, mormente a impessoalidade e a moralidade, no que tange às formas de seleção de material humano para o serviço público.

No magistério de Nagib Slaibi Filho:

“A exigência constitucional abrange, assim, o ingresso em cargo e em emprego público das Administrações direta e indireta de qualquer dos níveis federativos. **É regra ou preceito constitucional, impondo competição para a investidura em cargo ou em emprego, em atenção aos princípios gerais insculpidos no caput do art. 37, este em conformidade com o Estado Democrático de Direito que se espera resultante dos princípios fundamentais e estruturantes constantes do Título I da Constituição**”³ *Nossos grifos.*

(...)

Em exercício de interpretação sistemática das normas constitucionais, mormente o art. 3º, I e IV, art. 5º, caput, e §º, e o art. 37, caput, e II, sua exegese nos remete que para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, a isonomia de seleção de pessoal e acesso aos cargos e empregos públicos deve ser consagrada como direito fundamental, sendo a obrigatoriedade de aferição de capacitação profissional para tanto, mediante o critério objetivo do concurso público de provas ou de provas e título, garantia fundamental, norma assecuratória e de observância obrigatória por toda a Administração Pública.

Destarte, dúvidas não restam que o princípio da igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos, assegurado pela obrigatoriedade de realização de certame objetivo de provas ou provas e títulos, compõe o bloco de constitucionalidade⁷ correspondente aos direitos e garantias fundamentais afiançados pela República Federativa do Brasil em sua Lei Maior, observando-se que os mesmos não se esgotam na mera literalidade do texto constitucional, consoante disposto no art. 5º, §2º, da CRFB” (grifos no original. As referências doutrinárias constantes do original são as seguintes: 3 SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 759; 7 Sobre o tema, ver Informativo nº 258 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.)

27. Nesse sentido, também, dentre tantos outros: “O princípio constitucional da acessibilidade aos cargos públicos e as hipóteses constitucionais de admissão”, Telmo da Silva Vasconcelos, disponível em <https://jus.com.br/artigos/3384/o-principio-constitucional-da-acessibilidade-aos-cargos-publicos-e-as-hipoteses-constitucionais-de-admissao>”. e “Princípios Constitucionais Aplicáveis aos Concursos Públicos”, Geisy Merenly Maciente Dias, disponível em <http://www.etcnico.com.br/paginas/mef25563.htm>.

28. Aqui já se constata a premissa básica na interpretação da matéria: é que o direito dos candidatos à igualdade de acesso aos cargos disputados no concurso público é a regra constitucional; a exceção é a reserva de vagas, em que essa igualdade é parcialmente afastada. E, como todos sabemos, é regra hermenêutica básica que a exceção deve ser interpretada restritivamente. Diante de duas interpretações juridicamente aceitáveis do aparato normativo ordinário, constitucionalmente assentado, afigura-se de rigor que se privilegie a regra, e não a exceção.

29. Nesse sentido, e **em precedente que examinou, especificamente, esta matéria**, vem soberana a jurisprudência firmada no Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal - STF:

“Concurso público. Candidatos. Tratamento igualitário. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. Concurso público. Reserva de vagas. Portador

de deficiência. Disciplina e viabilidade. **Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas**”. [MS 26.310, rel. min. Marco Aurélio, j. 20-9- 2007, P, DJ de 31-10- 2007.] Nesse sentido: = MS 31.628 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-2- 2013, P, DJE de 20-8- 2013, RE 440.988 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 28-2- 2012, 1ª T, DJE de 30-3- 2012, RE 408.727 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-9- 2010, 2ª T, DJE de 8-10. Destaquei.

30. Ainda que assim não fosse, diante da necessidade de interpretação de garantias, princípios e normas de foro constitucional aparentemente contraditórias, não é recomendável que seja adotada uma exegese que privilegie uma garantia ou princípio, ao ponto de inviabilizar a aplicação de outro.

31. Também na produção doutrinária dos membros da Advocacia Geral da União, temos também o escólio de CLÁUDIO FONTES DA SILVA, em “Neoconstitucionalismo, Ponderação e Racionalidade: o Critério de Correção Argumentativa do Ponto Médio de Ruptura” (Revista AGU n.º 29/64, jul/set/2011, pg. 63):

“Em razão das transformações geradas pela centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, esforços doutrinários de grande envergadura têm sido despendidos na formulação de novas técnicas de interpretação, de cujo rol ganha destaque a ponderação de bens e interesses constitucionais”.

32. A Procuradoria Geral da República, órgão de cúpula do MPF, sabe muito bem disso. No precedente do Pleno do STF, acima citado, consta do Relatório do voto condutor do acórdão:

“A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de folha 265 a 268 pelo indeferimento da ordem, consignando a necessidade de serem sopesados valores. Eis a síntese da peça:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, QUE CONCLUIU PELA DESNECESSIDADE DE RESERVA, AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, DE UMA DAS DUAS VAGAS DE TABELIÃO OFERECIDAS PELO TJDF. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL LEGAL QUE IMPORTARIA, NO CASO CONCRETO, DISTORÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL. DESIGUALDADE EM PREJUÍZO DA GRANDE MAIORIA DOS CONCORRENTES E DESRESPEITO AO LIMITE MÁXIMO DE RESERVA DE VAGAS” (Destaquei).

33. Rema no mesmo sentido, ainda, a melhor cepa da jurisprudência do colendo STF:

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000. Vide: HC 103.236, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010. Destaquei).

34. Cumpre observar, ainda, que o interesse público na promoção da igualdade racial e no apoio a pessoas portadoras de deficiência é objeto de ações e políticas públicas diversas, de modo que a reserva de vagas em concurso é apenas uma dentre várias ações (e, sem medo de errar, menos relevante que a educação e o respaldo jurídico-penal, por exemplo). Ou seja, a reserva de vagas aqui debatida é apenas uma dentre as várias atividades estabelecidas pelo legislador Constituinte para levar adiante a missão antidiscriminatória do Estado.

35. Já o interesse administrativo no cumprimento dos princípios da meritocracia, isonomia, moralidade e eficiência do Estado, por intermédio da captação dos candidatos mais qualificados para comporem o quadro de pessoal efetivo ou temporário dos seus órgãos e entidades, tem como solitário baluarte o concurso público. Data venia, reserva de cotas não é princípio a reger edital de concurso; é uma medida acidental e temporária, que faz parte de um leque mais

amplo de ações afirmativas. Por mais relevante, justa e meritória que seja, não pode ser privilegiada ao ponto de prejudicar a concretização desses princípios como ocorrerá, “na prática”, ao adotar-se o entendimento do MPF.

36. Também, assim, a contraface subjetiva ao interesse da administração pública: o direito dos interessados elegíveis a disputarem o cargo e a lotação de seu interesse, em procedimento que assegure ampla publicidade, transparência e igualdade de condições entre os candidatos, também só pode ser concretizado no concurso público.

37. Ao relegar a segundo plano o direito da administração a moldar o concurso público, e o direito dos candidatos de disputar, de modo amplo e em igualdade de condições, as vagas disponíveis, que são os objetivos primários e essenciais do concurso, para privilegiar a reserva de cotas, o MPF transforma o que é essencial em acidental, e o que – em sede de concurso público – é a exceção (a reserva de cotas) na prioridade a ser concretizada pela administração.

38. Não se está diminuindo aqui, de modo algum, a relevância das ações afirmativas capitaneadas pelo MPF; apenas se registra que elas não são os únicos interesses que a administração pública deve priorizar e que não se pode correr o risco, inadvertidamente, a pretexto de cumpri-las, lesar o concurso público em seus elementos essenciais.

Natureza jurídica do concurso regionalizado.

39. Fixada, apropriadamente, a dimensão constitucional da controvérsia, cumpre agora enfrentar, com a profundidade e a clareza necessárias, o conceito e do alcance do ato administrativo complexo aqui denominado “concurso regionalizado”. Essa providência é, a meu ver, tão importante para o debate quanto a adequada valoração das normas e princípios constitucionais que incidem na espécie, acima conduzida.

40. O Parecer 61/2012/PGF/AGU teve por pressuposto que o concurso regionalizado corresponde, na verdade, a vários concursos individualizados por localidade, ocorrendo concomitantemente. Esse aspecto foi salientado pela PF/IBGE ao prestar as informações requeridas pela administração do IBGE com vistas à elaboração do edital de concurso questionado. No Parecer CCP/COACON/PF/IBGE N° 026/2015, de 24 de março de 2015, após citar o Parecer deste Departamento de Consultoria, a PF/IBGE pondera (sequencial 35, fl. 06 e seguintes):

“Conforme se observa na fundamentação acima, ao dividir o âmbito da concorrência de um concurso público por função e/ou localidade, na realidade realiza-se diversos processos de seleção distintos, porém divulgados mediante um único ato convocatório.

Logo, a base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual da reserva de vagas para candidatos negros deverá levar em consideração o âmbito da concorrência das vagas. Assim, se os candidatos concorrem somente às vagas de uma determinada localidade, o total de vagas a ser considerado diz respeito tão-somente a essa localidade. Por exemplo, num concurso público nacional onde os candidatos concorram a vagas por estado, o percentual da reserva incidirá sobre o total das vagas de cada estado, mesmo que, numa situação hipotética, haja a previsão de lotação por município e os candidatos possam escolher sua lotação observada a ordem de classificação no estado.

Ignorar o âmbito de concorrência do processo seletivo significaria quebrar ilegalmente a isonomia entre os candidatos, pois aqueles que se enquadrassem no critério da reserva de vagas poderiam escolher sua lotação, enquanto os demais concorreriam apenas à localidade por eles selecionada no momento da inscrição”.

41. Já o MPF parte do princípio oposto. Considera, para a definição do quantitativo de vagas destinadas a negros e a pessoas portadoras de deficiência, o número total das disponibilizadas pelo edital de convocação (sequencial 01, petição inicial, fl. 08):

“O Anexo III do mesmo edital contava com uma planilha das vagas oferecidas pelo certame, na qual se especificavam os quantitativos destinados a cada Unidade de Federação e suas cidades, bem como aos sistemas de reserva de vagas. O que a análise deste quadro indicava, contudo, era a completa burla do sistema de cotas para candidatos negros por parte do IBGE, que, ao invés de aplicar o percentual mencionado no artigo 1º da Lei nº 12.990/2014 sobre o total de vagas do certame, fazia-o incidir sobre o número de vagas oferecidas para cada localidade de lotação, como se se tratassem de “diversos processos de seleção distintos e inconfundíveis, porém divulgados mediante um único ato”

42. Como se vê, são enfoques antagônicos para a mesma realidade fática (concurso regionalizado). Definir, desde logo, qual o que melhor retrata a sua natureza jurídica é fundamental para a adequada solução da controvérsia.

43. Caso a administração pública federal firme entendimento no sentido de que o concurso regionalizado é, essencialmente, um concurso único, não há dúvida de que o Parecer nº 61/2012 deve ser revisto (ainda que, como

veremos, novos questionamentos e perplexidades possam advir dessa mudança).

44. Caso, entretanto, se confirme o entendimento firmado no Parecer n.º 61/2012, a discussão deve ser encaminhada e aprofundada para que a aplicação da legislação pertinente leve em consideração as características do concurso regional.

45. E no que, consiste, essencialmente, o concurso regionalizado? Significa que, já no Edital, a administração pública indica, expressamente, as vagas que deseja preencher em cada uma de suas repartições locais, viabilizando a que os candidatos escolham o futuro local de lotação e disputem as vagas que lhes interessa somente com os candidatos que fizeram a mesma escolha.

46. A opção pelo concurso regionalizado, como cediço, tem suporte nos princípios da racionalidade e eficiência administrativa. É que inúmeros concursos de âmbito nacional foram frustrados porque os candidatos aprovados deixavam de tomar posse em localidades em face das quais não estavam dispostos a exercer o cargo, fazendo com que ou a administração não conseguisse ocupar tal posto, ou fosse obrigada a nomear um candidato muito menos qualificado, mas que aceitasse a posse em tal localidade.

47. Rigorosamente, falando, sem incidir no erro da abstração generalizante, o que ocorre neste caso, é mesmo um concurso específico para um número limitado de vagas em um único local. Tanto é assim que a administração poderia, simplesmente, lançar sucessiva ou simultaneamente um concurso para cada local, e atenderia, da mesma forma, os preceitos de meritocracia, oficialidade, publicidade e igualdade de acesso aos candidatos.

48. Ocorre que um órgão público federal, como, no caso, o IBGE, diante da concomitante necessidade de preenchimento de vagas em diversas de suas projeções descentralizadas nas inúmeras unidades da federação, deixar de promover os concursos simultaneamente por instrumento único representaria óbvia desatenção aos princípios da razoabilidade, racionalidade e eficiência. O custo da divulgação e administração, no caso, de centenas de instrumentos convocatórios e certames formalmente separados certamente chamaria a atenção dos órgãos de controle, internos e externos.

49. A homogeneidade formal do concurso regionalizado não influencia, de modo significativo, a substância do concurso público: a disputa, em igualdade de condições, entre candidatos elegíveis, por um cargo específico em um órgão e local específico. Essa substância, entretanto, resulta afetada quando se desconsidera a regionalização, em favor da homogeneidade formal: o candidato pode disputar o mesmo cargo em um mesmo órgão, mas não o local de sua lotação. E isso, como vimos acima, não atende aos interesses da administração pública.

50. O entendimento de que se trata de um único concurso privilegia, unicamente, a materialização formal do certame em um único instrumento convocatório. Há uma opção clara – e equivocada – pela forma em detrimento do conteúdo, a justificar a aplicação da norma não sobre a realidade (os concursos a serem efetivamente realizados), mas sobre os seus aspectos formais (a unicidade do instrumento convocatório). O Ministério Público Federal incide em equívoco, data venia, ao pretender que a norma incida sobre a manifestação formal do ato administrativo, e não sobre o seu conteúdo material.

Concurso Regionalizado. Jurisprudência consolidada no STF e no STJ.

51. Felizmente, esse é um equívoco que o egrégio Superior Tribunal de Justiça não costuma cometer:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE REGIONALIZAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PARA A COMARCA PELA QUAL OPTOU. INVIABILIDADE DE CONCORRER A VAGA EM REGIÃO DIVERSA DAQUELA EM QUE SE INSCREVEU. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Sérgio Wilson Maldonado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, consubstanciado na omissão da autoridade coatora em efetuar sua nomeação para o cargo de Técnico Judiciário do Quadro de Pessoal do 1º Grau de Jurisdição, na Comarca de Porecatu, decorrente de concurso público regionalizado (por Comarca) previsto pelo Edital 01/2009.

2. Hipótese em que o impetrante submeteu-se a concurso público promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no ano de 2009 (Edital 1/2009), tendo sido aprovado para o cargo de Técnico Judiciário, na Comarca de Bela Vista do Paraíso, tendo-se classificado em 35º lugar, passando a integrar o cadastro de reserva da 32ª Seção Judiciária.

3. Visando ao preenchimento das vagas remanescentes, o Tribunal de Justiça lançou o Edital Complementar 35/2014. Nesse edital estava previsto que os candidatos do cadastro de reserva deveriam optar por uma das vagas nele oferecidas (Comarca de Centenário do Sul, Comarca de Porecatu e Comarca de São Jerônimo da Serra).

4. In casu, o ora recorrente optou pela comarca de São Jerônimo da Serra, a qual, no entanto, foi preenchida por candidato mais bem qualificado no concurso.

5. Desse modo, como o recorrente manifestou expressamente sua intenção de concorrer à vaga de São Jerônimo da Serra, e tratando-se de concurso regionalizado, ele não tinha direito líquido e certo à nomeação em outra comarca (no caso, em Porecatu), ainda que ela tenha sido preenchida por candidata classificada em posição inferior.

6. Assim, entendo que não houve preterição da ordem de classificação, dado que no concurso os candidatos concorriam especificamente às vagas na Comarca que escolhiam.

7. Não havendo direito líquido e certo a amparar a pretensão do recorrente, deve ser mantido o aresto proferido na origem.

8. Agravo Regimental não provido”. (AgRg no RMS 49.716/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/05/2016).

52. Nesse sentido, dentre tantos outros: MS 6.153/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/1999, DJ 17/12/1999, p. 317; RMS 2.590/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/1999, DJ 19/04/1999, p. 148; RMS 55.622/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017 etc.

53. Tampouco comete tal equívoco o egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Não ofende o princípio da igualdade o regulamento de concurso público que, destinado a preencher cargos de vários órgãos da Justiça Federal, sediados em locais diversos, determina que a classificação se faça por unidade da Federação, ainda que daí resulte que um candidato se possa classificar, em uma delas, com nota inferior ao que, em outra, não alcance a classificação respectiva” (RE 146.585, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 18-4-1995, 1ª T, DJ de 15-9-1995. Ainda: RMS 23.259, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25-3-2003, 2ª T, DJ de 11-4-2003).

“EMENTA: Recurso ordinário em mandado de segurança " Concurso público " Candidata aprovada na primeira fase e não convocada para a segunda " Ausência de preterição, diante do cumprimento, pela Administração, de decisão judicial (Precedente: RMS 23.056) " Concurso, ademais, regionalizado, devendo as nomeações obedecer à respectiva ordem de lotação dos cargos (Precedentes: RREE n°s 74.331 e 146.585) " Recurso ordinário a que se nega provimento”. (RMS 23511, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 22/08/2000, DJ 10-11-2000 PP-00107 EMENT VOL-02011-01 PP-00083)

54. O que se infere desses precedentes é que a jurisprudência notória e consolidada de nossos Tribunais Superiores tem reconhecido o resultado do certame regionalizado como independente do resultado dos demais certames ocorridos em nível nacional. Agindo assim, o que a jurisprudência faz nada mais é que afastar-se do critério meramente formal, que considera apenas a unicidade do instrumento convocatório, para reconhecer a multiplicidade e independência dos certames, ainda que simultâneos, para efeito de sobre eles fazer aplicar a lei e os princípios do direito administrativo.

Âmbito Infraconstitucional da controvérsia.

55. Conclui-se, portanto, que o concurso regionalizado, a despeito da unicidade formal e simultaneidade dos processos administrativos, corresponde, essencialmente, a vários concursos locais, independentes no que tange aos competidores e vagas disputadas. E é sobre essa característica essencial do concurso regionalizado, e não sua materialização formal, que devem incidir os comandos da legislação ordinária, necessários à solução da controvérsia, tal como a a Lei n.º 12.990, de 09 de junho de 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”.

56. Por sua vez, dispõe a [Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990](#):

“Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(...)

§ 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”.

57. E, no âmbito infralegal, temos o [Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999](#):

“Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

§1º A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes”.

58. A leitura das normas em apreço revela, de pronto, que elas não trataram, especificamente, do concurso regionalizado. Mesmo que se queira afastar a aplicação, ao caso, do princípio da legalidade estrita, ainda é pertinente lembrar que a boa hermenêutica recomenda que na aplicação da norma se tenha em mente não a exteriorização formal do suporte fático e sim, sua realidade material, já elucidada nos parágrafos anteriores.

59. Interpretação assim bem orientada será consentânea com o claro desejo do legislador em limitar o estabelecimento de cotas nas hipóteses em que o número de vagas em disputa fosse pequeno ao ponto de prejudicar a concorrência.

60. Esse zelo legislativo encontra-se documentado nos registros legislativos da tramitação do Projeto de Lei n.º 6.738-D, de 2013 (do qual resultou a Lei n.º 12.990, de 2014). Como consta do Relatório que aprovou o, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (fonte: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=041495E0314176D5936EEF022E3EAC3F .proposicoesWebExterno1?codteor=1238967&filename=Avulso+-PL+6738/2013):

“Quarto, a proposição atende plenamente aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recorro, novamente, ao conhecimento e sabedoria jurídica do Ministro Ricardo Lewandowski que, ao analisar a questão das cotas raciais para ingresso nas universidades, reconheceu a importância de se atender a tais princípios. Ao confirmar o percentual de 20% para as cotas raciais como “providência adequada e proporcional ao atingimento dos (...) desideratos”, o Ministro demonstrou que um percentual significativamente maior feriria a razoabilidade. Para o Ministro, não basta que “as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso, também, que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade”.

61. Essa preocupação foi tão acentuada que todas as emendas parlamentares apresentadas para ampliar a proporção das cotas foram rechaçadas. Confira-se, por exemplo, o voto do Relator do projeto de Lei na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, Deputado VICENTINHO:

“No que diz respeito às emendas apresentadas, nosso posicionamento é pela rejeição de todas, pelas razões a seguir.

As Emendas nºs 1 e 4, tratam de reserva de vagas para nomeação para cargos em comissão. Tais cargos, conforme o seu próprio conceito, são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, de caráter provisório, destinando-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento e, ao nosso sentir, não se coadunam com o objetivo pretendido pela proposição.

A Emenda nº 2, que pretende incluir indígenas e ampliar o percentual inicialmente previsto no projeto de lei, demandaria um estudo mais aprofundado sobre o tema, resultando em proposta futura.

O caráter temporário de vigência da pretensa lei, adotado pelo art. 6º do projeto de lei, se justifica na medida em que adota um prazo suficiente para que os resultados desejados sejam obtidos e avaliados. Findo esse prazo, caso venha a ser constatada a redução da desigualdade racial, a reserva de vagas já não teria mais sentido, ao contrário, passaria a privilegiar o grupo de pessoas alcançados por ela, em detrimento aos demais. Portanto, nosso posicionamento é pela rejeição da Emenda nº 3.

A ampliação do percentual de reserva de vagas, pretendida pela Emenda nº 5, tampouco se mostra pertinente. Apesar de buscar adequar o percentual à participação da população negra ou parda do país, a emenda acaba privilegiando essa população, pois ela poderá candidatar-se simultaneamente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, conforme o art. 3º do projeto de lei. Destarte, somos pela rejeição da aludida emenda.

A Emenda nº 6, ao nosso sentir, interfere na independência dos Poderes e, portanto, somos pela sua rejeição” (<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/1611eb626f88ce8c?projector=1&messagePartId=0.2>, fls. 51.).

62. Como se vê, alinham-se os entendimentos do Legislador e do Supremo Tribunal Federal (já declinado no MS 26.310, cuja ementa foi acima citada) na necessidade de preservação dos princípios que norteiam o concurso público em face de uma interpretação demasiadamente extensiva das normas que estabelecem cotas afirmativas.

63. Da leitura dos relatórios e votos apresentados se infere, claramente, que o legislador teve sempre em mente que, paralelamente às vagas reservadas, os destinatários da norma ainda disputavam, em igualdade de condições, as vagas destinadas aos demais interessados. Isso, na prática, pode resultar, como efetivamente resulta, que a margem de candidatos negros ou portadores de deficiência até mesmo supere, naturalmente, os limites de cinco por cento e vinte por cento definidos em lei.

64. Conclui-se, portanto, que nem a interpretação literal, nem a autêntica, nem tampouco a finalística autorizam que as normas em comento sejam interpretadas extensivamente, em especial em face da administração pública, sujeita, como é cediço, à observância do princípio da legalidade estrita.

O descompasso entre a interpretação patrocinada pelo MPF e o Estado de Direito.

65. MPF arguiu na inicial que:

“O que se pretende com a presente demanda é evitar que os foros de cidadania alcançados pelas pessoas com deficiência, como resultado de lutas históricas orientadas ao reconhecimento de direitos, sejam de algum modo flexibilizados ou mitigados a partir de processos hermenêuticos rasos/estritos levados a cabo pelo Administrador Público”.

66. A essa altura, parece-me já suficientemente comprovado que o MPF se equivocou ao sustentar que o Parecer n.º 61/2012 foi fundado em “processos hermenêuticos rasos/estritos”. Cumpre demonstrar, a partir de agora, que é o critério sugerido pelo MPF na ACP, para o concurso em exame, que acarreta graves problemas jurídicos.

67. O que o Ministério Público parece não perceber – ou prefere ignorar - é que, no caso do concurso regionalizado, nenhum dos demais candidatos (os não favorecidos pelas cotas) está disputando a totalidade das vagas do concurso. O candidato não favorecido pelas políticas de afirmação só pode participar do certame em face das vagas existentes na localidade para a qual se candidatou.

68. Assim, ao inserir um critério aplicável ao concurso único, global, consistente no autorizar os destinatários da cota a competir sobre todas as vagas, mantendo limitados os demais interessados a competirem somente em face das vagas existentes na localidade para a qual se candidataram, cria uma nova vantagem para os destinatários da cota, em detrimento das possibilidades dos demais. Cria-se, em síntese,

um novo discrimen, não previsto em lei, ferindo, de morte, os princípios da isonomia, da igualdade de acesso aos cargos e, claro, mais diretamente ainda, o princípio da legalidade estrita.

69. A questão é: na medida em que é legítima e legal a fórmula de concurso regionalizado adotada pelo IBGE, como compatibilizá-la com a reserva, **em abstrato**, de cinco por cento e vinte por cento das vagas para, respectivamente, portadores de deficiência e negros, sem ofender aos princípios da legalidade estrita, da racionalidade administrativa, e às normas constitucionais de igualdade e livre acesso aos cargos públicos?

70. O MPF não apresentou resposta a essa pergunta na petição inicial da ACP (obviamente, considera que a isso não estaria obrigado). Embora não desconheça, ao menos, o “**problema prático**” decorrente desse critério, preferiu, simplesmente, desconsiderá-lo, quando afirmou (sequencial 01, petição inicial, fl. 22):

“O problema prático ocorrido nas situações de concursos públicos lançados para o preenchimento de inúmeras vagas, mas com a ressalva das localidades de lotação, não pode servir de lastro para negar efetividade aos comandos legais e constitucionais de reserva de vagas”.

71. As manifestações da COGEP/SEGEP/MP (Sequencial 35) e CONJUR/MP tampouco apresentam essa solução.

72. Em atenção à consulta do IBGE, a Coordenação Geral de Gestão de Pessoas – COGEP, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, informou, basicamente, que seguia, a respeito, a orientação do próprio MPF (sequencial 35, fls. 28 a 34, manifestação assinada em 28/05/2015), baseada em um precedente jurisprudencial oriundo do egrégio TRF da 5.^a Região.

73. Inobstante haver firmado esse entendimento, remeteu a consulta à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, que se manifestou por intermédio do Parecer n.º 776/2015/DOO/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual se colhe:

“20. Cumpre ressaltar, por oportuno, que a Administração não está obrigada a realizar concurso em que os candidatos apenas possam escolher a lotação após a aprovação. A realização de concursos regionalizados, ou seja, quando o candidato concorre somente às vagas de determinada localidade a ser escolhida no momento da inscrição, cuida-se de faculdade da Administração inserida dentro dos critérios de conveniência e oportunidade que lhe cabe sopesar quando da realização de um concurso público.

Neste sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 146.585-9/DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15/09/95) e do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1005213 / RJ – Relator Min. Humberto Martins - DJe 16/02/2009).

21 Como os concursos normalmente são realizados para provimento imediato dos cargos vagos e para provimento dos cargos que vierem a vagar durante o prazo de validade do concurso, formando-se um cadastro reserva de candidatos aprovados, vislumbra-se uma sistemática que permita a realização de concurso regionalizado bem como a reserva de vaga para negros nas localidades que possuem menos de três vagas.

22. Assim, na hipótese de uma localidade que possua apenas duas vagas para provimento imediato e, após o provimento destas vagas, surja uma terceira vaga dentro do prazo de validade do concurso, esta deverá ser reservada a um candidato negro. A quarta, quinta, sexta e sétima vagas serão destinadas aos candidatos da ampla concorrência e a oitava vaga será reservada a um candidato negro e assim por diante, aplicando-se esta sistemática de cálculo que decorre de interpretação que harmoniza as regras dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 12.990, de 2014.

23. Desta forma, permite-se que a Administração realize concurso de forma regionalizada bem como reserve vaga para candidatos negros. Para as localidades que não ofereçam vagas para provimento imediato em número igual ou superior a três (§1º da Lei nº 12.990, de 2014), a reserva de vagas para negros será aplicada para as vagas que vierem a surgir durante o prazo de validade do concurso. Neste sentido é o que deverá constar no edital do concurso público”.

74. O PARECER n. 00776/2015/DQO/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU tem, inequivocamente, o mérito de, ao menos, tentar apresentar uma solução operacional para adequar a interpretação dada pelo MPF ao disposto no art. 1.º da Lei n.º 12.990, de 09 de junho de 2014, no que respeita ao sistema de concurso regionalizado.

75. Entretanto, a alternativa de condicionar o cumprimento da integral da reserva às eventuais vagas remanescentes ou que viessem a abrir durante a validade do concurso não atende, obviamente, os ditames legais, pois condiciona o cumprimento do dispositivo a evento futuro e incerto. Não surpreende que, sob esse aspecto, o parecer não tenha sido aprovado pela cadeia hierárquica da CONJUR/MP.

76. Por sua vez, o r. Despacho n.º 75/2015/EF/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU que, de modo extensivo, apreciou a questão, e firmou entendimento em consonância com o MPF, tampouco apresenta solução administrativa e juridicamente aceitável para a questão. Confiram-se os seguintes trechos:

“8. “Penso, com a devida *venia*, que mesmo se cogitássemos haver, no caso de concursos regionalizados, diversos concursos aglutinados em um só edital – o que se justificaria pela circunstância de exigir-se, no ato de inscrição no certame, que o candidato manifeste opção expressa a respeito de quais vagas pretende disputar – essa premissa (de pouquíssimos efeitos práticos) não poderia ser aproveitada no presente caso, em que estamos avaliando as circunstâncias que tornam obrigatória a reserva de vagas para candidatos negros. A razão de ser desse raciocínio é bastante simples.

9. Em primeiro lugar, porque o legislador foi claro ao exigir que se reservem 20% das vagas sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três) – art. 1º, §1º, da Lei n.º 12.990/2014.

10. Em segundo lugar, porque entendimento em sentido contrário abriria a possibilidade de a Administração descumprir o comando legal sem maiores dificuldades, bastando-lhe dividir o número de vagas entre diversas localidades e destinar, para cada uma delas, número não superior a duas vagas”.

(...)

17. Isso não quer dizer, contudo, que discordo do fato de haver violação à igualdade entre os candidatos se a Administração oferecer ampla escolha de lotação para o grupo de “cotistas” e não fazer o mesmo para o grupo de ampla concorrência. A meu ver, se esta fosse a única solução a ser empregada para efetivar-se a política de proteção à minoria em referência, dever-se-ia simplesmente abrir a opção de escolha a todos os candidatos, indistintamente de enquadrarem-se ou não na política inclusiva.

(...)

20. Se a realidade administrativa oferece desafios pela circunstância de que, num mesmo certame, podem ser oferecidas vagas para cargos diferentes ou para localidades diversas (quando não incidem ambas variáveis ao mesmo tempo), está claro, a meu ver, que o legislador ordinário não se prestou a discriminar as soluções jurídicas para cada uma dessas situações. É aqui que entra o trabalho do intérprete, que deve oferecer as soluções jurídicas mais adequadas sempre no sentido de resguardar a vontade da lei, sem sacrificar, contudo, o interesse público subjacente às questões que envolvem recrutamento e alocação de pessoal e de recursos.

21 .Logo, enquanto a definição de quantitativos de reserva de vaga esteja suficientemente tratada na lei, a distribuição destas vagas entre diversas localidades encontra-se nas mãos do gestor, que deve sempre evitar o surgimento de inconsistências e antinomias na efetivação do comando legal.

(...)

30. A meu ver, além de a consulta ser bastante pontual no sentido de indagar se “o percentual de 20% de vagas reservadas aos negros deveria ocorrer sobre o total das vagas do certame ou apenas sobre as vagas destinadas aos municípios que foram contemplados com um quantitativo igual ou superior a 3 (três)” – o que, a nosso ver, está muito claro no sentido de que a primeira hipótese seria a mais adequada, não foi objeto da consulta identificar critérios minuciosos sobre como devem ser distribuídas as vagas entre as diversas localidades quando o concurso oferecer poucas vagas em muitas localidades distintas.

31. No entanto, a fim de não deixar, a partir da análise do presente feito, lacuna normativa a respeito do critério de distribuição de vagas reservadas, penso que a melhor alternativa, ao menos num primeiro momento, seria a Administração empregar a mesma sistemática que já vem utilizando no caso das vagas reservadas para deficientes físicos (os quais atualmente contam com uma reserva de 5% de vagas nos concursos públicos para cargos efetivos na Administração Federal), o que não impede, obviamente, de investigar-se alternativa viável no caso de esta sistemática já estar sendo objeto de questionamento em juízo, hipótese esta que, a meu ver, demandaria em contrapartida a ampliação do objeto de discussão dos autos e instrução processual mais abrangente.

(...)”

77. Estabelecer, hipoteticamente, uma interpretação legal ideal, e deixar de averiguar a juridicidade das consequências “práticas” em toda a sua extensão, atribuindo ao gestor ou administrador a responsabilidade de encontrar um critério para satisfazer os princípios da legalidade estrita e da eficiência administrativa, não é, *data venia*, a melhor forma de interpretar a norma pois, como disse o grande Vicente Rao, o direito não orbita nas nuvens.

78. **Na verdade, a dificuldade não é prática nem operacional, é estritamente jurídica.** Não está jogo um critério especificamente técnico inserto em ciência humana ou exata, e sim, a mera hermenêutica cotidiana a cargo do operador do direito. Trata-se de definir como, diante de uma norma que não previu especificamente, um tipo de ato administrativo, definir a natureza deste e o alcance daquela, para encontrar uma solução que seja compatível não só com o interesse específico de um grupo de destinatários, mas com a integralidade vertical e horizontal do sistema normativo em que se insere.

79. Qualquer que seja a solução apresentada, seja pelo operador do direito ou pelo administrador público, ela, para ser admissível, tem como condição *sine qua non* ser compatível com os princípios jurídicos cuja compreensão e aplicação são obrigação do primeiro. E os parâmetros não propriamente jurídicos utilizáveis na busca dessa solução correspondem às mais elementares operações matemáticas (adição, divisão, percentagem etc), as quais o profissional de direito, com formação superior, tem obrigação de conhecer, e aplicar, sob pena de não conseguir interpretar nenhuma norma que utilize categoria lógica numérica.

80. **Por esse motivo, *data venia*, tanto o MPF quanto a SEGEP/MP, quanto a CONJUR/MP, laboram em omissão jurídica, ao deixarem de demonstrar a alegada juridicidade da aplicação, no concurso regionalizado, da reserva de cotas pela totalidade geral do concurso, e não com base no número efetivo de vagas disputadas localmente.**

81. Disse, acima, “alegada” porque, de minha parte, considero, até prova em contrário, que essa viabilidade jurídica não existe.

82. Consideremos a seguinte hipótese: um concurso regionalizado com cem vagas em disputa, sendo que cinquenta delas na capital do estado, e cinquenta dispersas, unitariamente, por cinquenta municípios do mesmo estado, como estabelecer a cota para negros sobre o total das vagas em disputa (ou seja, reservando exatamente vinte vagas das cem em disputa).

83. Caso sejam reservadas as vinte vagas entre as cinquenta disputadas na capital, mantendo-se isentas de reserva as vagas unitárias, nos termos da lei, embora a administração possa escolher os melhores candidatos nos municípios isolados, nesses incluídos, em razão de expressa previsão legal, os negros e as pessoas portadoras de deficiência (os quais concorrerão em igualdade de condições com os demais), verá os princípios da meritocracia e igualdade de acesso ao cargo público lesados na capital, na medida em que, proporcionalmente, haverá uma reserva de vagas superior aos vinte por cento legalmente previstos.

84. Caso, ao contrário, sejam reservadas dez vagas entre as cinquenta disputadas na capital (ou seja, cumprindo, estritamente, o ditame legal, no que tange à disputa onde há previsão de três ou mais vagas), e as outras dez, aleatoriamente, dentre as cinquenta vagas unitárias dos municípios, será descumprido o comando legal que recusa a reserva de cotas quando houver menos de três vagas, sendo que a(s) vaga(s) disponibilizada(s) ficaria(m) reservada(s) unicamente para os candidatos cotistas, e os demais candidatos impedidos de disputá-la(s).

85. Essa dificuldade não pode ser contornada com a adoção do critério de efetuar uma nomeação de um cotista para cada cinco não cotistas, pois o candidato não cotista eventualmente não seria nomeado para a vaga a que concorrera, mesmo sendo o primeiro colocado na disputa local. Além disso, **no caso de restarem classificados, para a vaga única, um cotista e um afrodescendente, qual o critério legalmente previsto para escolher entre os dois?** Essa questão é jurídica, e a solução capitaneada pelo MPF, e acolhida pelo MP, também não apresenta resposta para ela.

86. Em qualquer das hipóteses acima, evidencia-se a clara ofensa ao disposto no art. 1º da Lei 12.990, de 2014, que, de modo expresso, tanto limitou a cota a vinte por cento das vagas, quando em disputa três ou mais vagas, quanto afastou a observância das cotas quando menos de três vagas estivessem em disputa.

87. A conclusão a que se chega é que não estamos diante de mero “problema prático” ou “operacional”, e sim, jurídico. Esse problema jurídico não vai ser adequadamente solucionado obliterando os princípios que norteiam o concurso público nem os direitos dos demais candidatos. **Problemas práticos e operacionais serão os que provavelmente advirão quando uma miríade de candidatos não elegíveis pelas políticas de afirmação social ingressarem em juízo, pleiteando o que é o seu direito: a igualdade nos termos da lei.**

A observância da regionalização do concurso não atribui indevida discricionariedade ao administrador.

88. Por fim, cumpre enfrentar um argumento, presente tanto na inicial da ACP quanto no r. Despacho n.º 75/2015/CONJUR/MP, no sentido de que a observância da regionalização do concurso atribuiria indevida discricionariedade ao administrador, que poderia optar ou não pela observância das cotas.

89. Consta da petição inicial da ACP:

“A adoção, pelo IBGE, do Parecer da Procuradoria-Geral Federal n.º 61/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, que trata dos critérios de incidência dos percentuais de reserva de vagas nos concursos públicos

federais, não apenas produz uma situação de absoluta insegurança jurídica, como também enseja arbitrariedades por parte do Administrador Público, que passa a “escolher” quando e em que situações a Lei de cotas será aplicada”.

90. O mesmo argumento é assim repetido no Despacho n.º 75/2015/CONJUR/MP:

“8. Penso, com a devida venia, que mesmo se cogitássemos haver, no caso de concursos regionalizados, diversos concursos aglutinados em um só edital – o que se justificaria pela circunstância de exigir-se, no ato de inscrição no certame, que o candidato manifeste opção expressa a respeito de quais vagas pretende disputar – essa premissa (de pouquíssimos efeitos práticos) não poderia ser aproveitada no presente caso, em que estamos avaliando as circunstâncias que tornam obrigatória a reserva de vagas para candidatos negros. A razão de ser desse raciocínio é bastante simples.

9. Em primeiro lugar, porque o legislador foi claro ao exigir que se reservem 20% das vagas sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três) – art. 1º, §1º, da Lei nº 12.990/2014.

10. Em segundo lugar, porque entendimento em sentido contrário abriria a possibilidade de a Administração descumprir o comando legal sem maiores dificuldades, bastando-lhe dividir o número de vagas entre diversas localidades e destinar, para cada uma delas, número não superior a duas vagas.

Desta feita, num concurso de 300 (trezentas) vagas – no qual, pela regra do art. 1º, caput, daquela Lei, deveria haver 60 (sessenta) vagas reservadas na “cota racial”, não haveria a obrigatoriedade de reservar nenhuma vaga se o Edital as dividisse em no mínimo 150 (cento e cinquenta) localidades diferentes, com 2 (duas) vagas em cada uma delas. Claramente não foi esta a intenção da lei (mens legis) quando da elaboração da regra do art. 1º, §1º da Lei”.

91. A respeito, cumpre observar, inicialmente, que o critério propugnado pelo MPF também permitiria que o administrador público diminuísse a quantidade de vagas reservadas para os cotistas nos termos da lei. Faço referência ao tópico inicial desta Nota, para lembrar que o critério global pode, na verdade, ser utilizado contra os interesses dos negros e portadores de deficiência, quando o critério regionalizado se mostrar mais vantajoso. Isso, por si só, já retiraria todo o alcance da argumentação.

92. Mas, limitar a esse ponto a discussão seria perder a oportunidade de demonstrar toda a impropriedade do argumento do MPF. É que, ao estabelecer a quantidade de vagas a serem disputadas por localidade, o administrador público tem por obrigação atender não a conveniência da política de cotas, e sim, a necessidade de quadros naquele local, de modo a que o serviço público possa ser conduzido sob os parâmetros da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

93. Cumpre lembrar que a atividade do administrador público, no geral, e também no processo de seleção dos quadros de pessoal, goza da presunção jurídica de legalidade e legitimidade. Ou seja: **até prova em contrário, o administrador público, ao definir o quantitativo de vagas por localidade, age legal e legitimamente com vistas a atender o interesse público**, e não o contrário.

94. Em sendo assim, compete ao MPF, caso tenha qualquer prova ou ao menos indício concreto de que os quantitativos de vagas por região estão sendo manipulados para impedir o cumprimento da política de cotas, representar, especificamente, contra o administrador público responsável. Ora, nada nos autos indica que tal infração tenha ocorrido neste concurso regionalizado, nem se tem notícia de que tenha ocorrido nos demais concursos regionalizados que estão sofrendo a intervenção do MPF. Por isso, essa mera insinuação, data vênica, não é um argumento juridicamente aceitável.

95. Não há razão jurídica que impeça a Administração de utilizar o concurso regionalizado, nem que a obrigue a disponibilizar três ou mais vagas por localidade. É certo que a definição do quantitativo de vagas não pode ser arbitrária: ela deve ser fundamentada, estritamente, nas necessidades administrativas. A desatenção aos princípios da finalidade e da eficiência pode e deve ser auditada sempre que necessário, porque configuraria desvio de finalidade utilizar a regionalização tanto para diminuir quanto para ampliar o número de vagas para cotistas.

96. Entretanto, tratando-se de decisão devidamente fundamentada nas necessidades do serviço, encontra-se dentro do espaço de discricionariedade administrativa, estabelecido para que a administração possa levar adiante as políticas públicas a cargo do Estado. Assim, guardados os limites da legalidade e legitimidade, estão à salvo até do crivo do Poder Judiciário. Seria desnecessário dizer, mas, diante do teor da ACP em exame, passou a ser necessário: estão a salvo do crivo do MPF, também.

97. Ao pretender, na prática, questionar o poder/dever do administrador público de estabelecer, para cada local, a quantidade de vagas e a serem disputadas, argumentando que isso, eventualmente, embora não necessariamente, pode dificultar ou limitar a aplicabilidade das políticas de afirmação social, o MPF mais uma vez comprova que pretende

fazer com que o acidental prevaleça sobre o essencial; que a parte seja mais importante que o todo, ainda que à custa dos interesses da administração pública e dos administrados não beneficiários das políticas afirmativas que defende.

A necessidade de observância do princípio da hierarquia administrativa. Precedência do entendimento firmado na COGEP/MP. Encaminhamentos.

98. A despeito dos argumentos acima expendidos, recorro a interpretação combinada do art. 12, V, do Anexo I ao Decreto nº 7.392/2010, do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 7.923, de 1989, e do art. 4º, X e XI, da Lei Complementar nº 73/1993, *in verbis*:

“Art. 12. À Consultoria-Geral da União compete:

(...)

V - produzir manifestações jurídicas e submeter ao Advogado-Geral da União proposta de solução de controvérsias entre os órgãos consultivos que lhe são subordinados e os órgãos consultivos integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central;

(...)”

“Art. 17. Os assuntos relativos ao pessoal civil do poder Executivo, na Administração Direta, nas autarquias, incluídas as em regime especial, e nas fundações públicas, são da competência privativa dos Órgãos integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - Sipep, observada a orientação normativa do Órgão Central do Sistema, revogadas quaisquer disposições em contrário, inclusive as de leis especiais”.

“Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

(...)”

99. Em razão desses dispositivos legais, interpretados nos termos do Parecer n.º GQ 46/94-AGU, assim como do que dispõe o § 2.º do art. 40 da Portaria n.º 338/2016-PGF, opino no sentido de que, independentemente de ser esta Nota aprovada ou não pelas instâncias hierárquicas superiores da PGF, seja a PF/PR orientada a acompanhar o entendimento firmado na SEGEP/MP, até que, eventualmente, a Senhora Advogada Geral da União solucione o dissenso.

CONCLUSÃO

100. Tendo em vista, conforme acima extensivamente demonstrado, que:

a) consiste em erro matemático supor que a definição do número de vagas destinadas a cotistas com base na oferta regional necessariamente prejudique os negros e pessoas portadoras de deficiência, porque pode ocorrer justamente o contrário. A defesa de um critério, seja por parte do MPF, seja por parte da administração pública, não pode ser casuística, de modo a sempre privilegiar os cotistas, em detrimento dos interesses da administração e dos demais administrados;

b) os princípios constitucionais e administrativos que pautam o concurso público são a meritocracia, a igualdade de acesso e a eficiência do Estado. O concurso público visa, essencialmente, a captar os melhores quadros para a administração pública e, excepcional e temporariamente, contribuir para a diminuição da desigualdade racial, e não o contrário;

c) a reserva de cotas, ainda que tenha assento constitucional, não é princípio a reger edital de concurso, e sim medida acidental e temporária, que faz parte de um leque mais amplo de ações afirmativas. Por mais relevante, justa e meritória que seja, não pode ser privilegiada ao ponto de impedir a concretização dos princípios básicos que regem o concurso público;

d) o concurso regionalizado consiste, para os efeitos jurídicos, em diversos concursos públicos distintos sendo realizados concomitantemente, por intermédio de um único instrumento convocatório. É legítimo e tem respaldo jurisprudencial;

e) aplicar a lei em face da manifestação formal do concurso regionalizado, em detrimento de sua essência fática e da natureza jurídica, promove a desigualdade entre os concorrentes ao cargo público, mediante a ampliação indevida das cotas, e dificulta o cumprimento do princípio da eficiência no processo de seleção dos quadros da administração pública;

f) ao inserir um critério aplicável ao concurso único, global, consistente no autorizar os destinatários da cota a competir sobre todas as vagas, mantendo limitados os demais interessados a competirem somente em face das vagas existentes na localidade para a qual se candidataram, cria-se um novo discrimen, não previsto em lei, ferindo, de morte, os princípios da isonomia, da igualdade de acesso aos cargos e, claro, mais diretamente ainda, o princípio da legalidade estrita;

g) o problema da compatibilização das políticas afirmativas com o concurso regionalizado é jurídico, e não prático ou operacional. Os parâmetros não propriamente jurídicos utilizáveis na busca dessa solução correspondem às mais elementares operações matemáticas (adição, divisão, percentagem etc), as quais o profissional de direito, com formação superior, tem obrigação de conhecer, e aplicar, sob pena de não conseguir interpretar nenhuma norma que utilize categoria lógica numérica.

h) o MPF quanto a SEGEP/MP, quanto a CONJUR/MP, laboram em omissão jurídica, ao deixarem de demonstrar a juridicidade da aplicação, no concurso regionalizado, da reserva de cotas pela totalidade geral do concurso, e não com base no número efetivo de vagas disputadas localmente;

i) Problemas “práticos” e “operacionais” serão os que provavelmente advirão quando uma miríade de candidatos não elegíveis pelas políticas de afirmação social ingressarem em juízo, pleiteando o que é o seu direito: a igualdade nos termos da lei; e

j) a atividade da Administração no processo de seleção dos quadros de pessoal goza da presunção jurídica de legalidade e legitimidade, e não há norma jurídica a impedi-la de utilizar o concurso regionalizado, nem a obrigá-la a disponibilizar três ou mais vagas por localidade somente para contemplar os cotistas, ou desconsiderar a regionalização quando o número de vagas necessárias, para determinado local, for inferior a três. Tratando-se de decisão devidamente fundamentada nas necessidades do serviço, encontra-se dentro do espaço de discricionariedade administrativa, estabelecido para que a administração possa levar adiante as políticas públicas a cargo do Estado, estando a salvo até mesmo do crivo do Poder Judiciário e do Ministério Público;

conclui-se, nesses termos, que o entendimento firmado no Parecer n.º 61/2012/PGF é compatível com a interpretação ampla e sistemática do nosso sistema jurídico, o que melhor atende aos legítimos interesses da administração pública federal, e não implica, por si só e necessariamente, em qualquer prejuízo às políticas afirmativas do Estado, podendo resultar até mesmo mais favorável aos negros e portadores de necessidades especiais.

Encaminhamentos

101. Tendo em vista a data de 21/03/2018, fixada para a audiência de conciliação e julgamento na ACP, uma vez firmado o entendimento no âmbito desta PGF, afigura-se recomendável a comunicação imediata à PF/IBGE e à PF/PR, assim como ao DEPCONT/PGF, para ciência e adoção das providências que se fizerem necessárias.

102. Sugere-se, ainda, o encaminhamento dos autos digitais à Consultoria Geral da União, para que essa tome ciência e adote as providências a seu cargo.

É a Nota, que ora submeto à consideração superior.

Brasília, 08 de fevereiro de 2018.

PEDRO WANDERLEI VIZU
PROCURADOR FEDERAL



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

DESPACHO n. 00096/2018/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 00436.041645/2017-39 (REF. 5048606-78.2017.4.04.7000)

INTERESSADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

ASSUNTOS: RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES

1. Registre-se, em primeiro lugar, que a PF/PR foi orientada, por meio de mensagens eletrônicas dos Diretores dos Departamentos de Consultoria e Contencioso, a atuar na ação judicial em trâmite em conformidade com a posição da SEGEP/MP, ainda que divergente do entendimento da PGF. A minuta da manifestação foi concluída pelo Procurador Federal subscritor da Nota em 08 de fevereiro de 2018, mas só agora está sendo aprovada, pois aguardava deliberação sobre o tema por parte do Procurador-Geral Federal.

2. A Nota 00025/2018/DEPCONSU/PGF/AGU ratifica a posição já firmada pela PGF no Parecer 00061/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, reconhecendo a possibilidade de regionalização de concurso público, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência da Administração, a serem devidamente justificados, e a consequente aplicação dos critérios de reserva de vagas (cotas) sobre o número de vagas oferecido em cada localidade.

3. Por entender que o entendimento não fragiliza a relevante política afirmativa estabelecida em lei e viabiliza a realização de concurso regionalizado, muitas vezes necessário à concretização do interesse público, encaminho os autos ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), da Consultoria-Geral da União, para que avalie a conveniência de analisar a questão à luz dos elementos e fundamentos expendidos na Nota 00025/DEPCONSU/PGF/AGU e Parecer 00061/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, que se contrapõem, como demonstrado, à posição da SEGEP/MP.

4. Por fim, dê-se ciência da Nota 00025/2018/DEPCONSU/PGF/AGU à Conjur/MP, via SAPIENS, e à SEGEP/MP, por ofício.

Brasília, 29 de março de 2018.

GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA
DIRETOR

Documento assinado eletronicamente por GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 120982255 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA. Data e Hora: 29-03-2018 14:31. Número de Série: 13627006. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.