



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

**PROCESSO:** 023.00006215/2023-80

**INTERESSADO:** PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**PARECER:** PA nº 43/2023

**EMENTA:** **[PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. PESSOAS PRETAS, PARDAS E INDÍGENAS. IGUALDADE RACIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. APLICABILIDADE IMEDIATA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL.** Sob os influxos do princípio da igualdade substancial (artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, da Constituição da República), da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), da Convenção nº 111, da OIT (Anexo XXVIII do Decreto nº 10.088/2019) e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), é legítimo ao gestor optar pela política pública que, no caso concreto, demonstrar maior efetividade para a promoção da igualdade racial, em detrimento daquela prevista na legislação estadual para a generalidade das situações. **PECULIARIDADES DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO.** Enquadramento constitucional da Advocacia Pública entre as funções essenciais à Justiça. Artigo 132 da Constituição da República e artigo 98 da Constituição Estadual, que revelam especial

1 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

deferência ao concurso de ingresso na carreira de Procurador. Artigo 9º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, internalizada nos termos do artigo 5º, § 3º, da CR/1988, que eleva a integração das minorias raciais nas carreiras jurídicas a mandamento constitucional. Demonstrada a superioridade do método de cotas (reserva de vagas) em relação ao método de preferências (pontuação diferenciada), previsto na Lei Complementar nº 1.259/2015 e disciplinado no Decreto nº 63.979/2018, para a promoção da igualdade racial no contexto do concurso de ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.]

1. Trata-se de consulta em que o Gabinete da Procuradora Geral do Estado questiona a possibilidade de “adotar o método de cotas (reserva de vagas) em detrimento do método de preferências (pontuação diferenciada) como ação afirmativa em seu 23º concurso de ingresso à Carreira de Procurador do Estado”.

2. A questão jurídica se coloca pois, embora a legislação estadual discipline apenas o método de pontuação diferenciada como política pública vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito do serviço público paulista, o Parecer Técnico nº 1/2023 (fls. 01/30) indica que, “considerando **as especificidades dos concursos públicos para as carreiras jurídicas**, a técnica de igualação denominada cotas raciais é mais hábil a garantir que candidatos pretos, pardos e indígenas (PPI) possam ter, concretamente, a mesma possibilidade dos brancos de serem alçados ao cargo de Procurador do Estado” (fls. 31/38).

**Feito o relato do essencial, passo a opinar.**



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3. A análise acerca da possibilidade jurídica da utilização do método de cotas raciais como ação afirmativa no 23º concurso de ingresso à carreira de Procurador do Estado de São Paulo, no lugar do método de pontuação diferenciada, previsto na legislação paulista para a generalidade dos concursos públicos, está a demandar o exame das diversas normas que regem o assunto, bem como das principais decisões judiciais que se debruçaram sobre o tema da promoção da igualdade racial na sociedade brasileira.

4. Antes de dar início a essa tarefa, porém, cumpre trazer a lume as seguintes lições do i. MIN. CELSO DE MELLO, que devem guiar quaisquer estudos a respeito do tema em debate:

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

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

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

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

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

**[...] cabe reconhecer que a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, tem por explícita finalidade contribuir para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, além de revelar extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, de viabilizar a promoção do bem-estar de todos, de erradicar a marginalização e de fazer respeitar o postulado da dignidade da pessoa humana, em ordem a permitir que se construa, em nosso País, uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária.**

Busca-se, enfim, por esses meios, compensar situações de desnível que historicamente se registraram e que ainda, lamentavelmente, subsistem no Brasil.

3 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pjeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E445-0F78-44F4>



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[ADC nº 41, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/06/2017; g.n.]

5. Demonstrada, assim, a máxima importância do assunto sob exame, que diz respeito à concretização dos mais relevantes pilares sobre os quais o nosso Estado de Direito foi edificado, cumpre dar início ao estudo da questão jurídica posta.

### I – ARCABOUÇO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL.

I.1 – A CENTRALIDADE DA IGUALDADE RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO A OBRIGAÇÃO DE PROMOVÊ-LA.

6. A Constituição da República de 1988 consagra a **igualdade racial** como um dos principais vetores do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

7. Com efeito, já no preâmbulo, ao “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social”, o Constituinte originário está a enunciar compromisso inafastável com a igualdade em sua dimensão substancial.

8. Deveras, para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, decerto não basta o mero reconhecimento do direito à igualdade. É preciso mais: faz-se imperiosa a efetiva **promoção** desse direito, por meio das mais diversas ações estatais hábeis a tornar nossa sociedade mais inclusiva.

9. Do mesmo modo, ao contemplar, no artigo 1º, a **dignidade da pessoa humana** (inciso III) e o **pluralismo político** (inciso V), entre os fundamentos do Estado de Direito recém-inaugurado, o Constituinte está a revelar que a



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

igualdade entre as pessoas, sem o que não há que se falar em vida digna<sup>1</sup>, e a participação de todos, independentemente da raça, na construção da sociedade brasileira, são pressupostos de qualquer atuação estatal legítima.

10. A seu turno, o artigo 3º da Constituição, ao prever, entre os objetivos da República, a construção de “uma **sociedade livre, justa e solidária**” (inciso I) e a promoção do “**bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**” (inciso VIII), também está a consagrar a igualdade em sua dimensão material, redistributiva, que a todos impõe um agir voltado à concretização da igualdade racial<sup>2</sup>.

11. Bem por isso, ao examinar tal norma, a MIN.

CÁRMEN LÚCIA observou:

Todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente a mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a **Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.**

[g.n.]

12. Ainda a demonstrar o alto grau de comprometimento do Constituinte com a promoção da igualdade racial, o inciso VIII do artigo 4º prevê o “**repúdio ao racismo**” como um dos princípios que deverão reger a República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

13. E, como não poderia deixar de ser, o artigo 5º da Lei Maior, principal sede dos direitos e garantias fundamentais, contém relevantes comandos vocacionados à concretização da igualdade racial, *in verbis*:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

<sup>1</sup> O MIN. ROBERTO BARROSO, observa que “da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração” [ADC nº 41, j. 08/06/2017].

<sup>2</sup> *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade*. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 33, nº 131, 1996. p. 289.

5 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

.....  
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[g.n.]

14. Ou seja, afora garantir a todas as pessoas tratamento igualitário “perante a lei” (*caput*), o artigo 5º da Constituição estabelece mandamento antidiscriminatório dirigido tanto ao legislador (inciso XLI) quanto às pessoas em geral (inciso XLII).

15. Note-se que a repulsa do Constituinte à discriminação racial sobressai novamente incontroversa da **criminalização do racismo**, qualificado como “crime inafiançável e imprescritível”. Segundo o MIN. MARCO AURÉLIO<sup>3</sup>, “nem a passagem do tempo, nem o valor ‘segurança jurídica’, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial”.

16. Pois bem. De todos esses dispositivos, é possível extrair a centralidade conferida à promoção da igualdade racial pela Constituição de 1988, que não se limita a consagrar o princípio da igualdade racial em sua dimensão formal, que impõe o tratamento igualitário perante a lei e veda os comportamentos discriminatórios. A Constituição Cidadã, tomando por premissa a inaceitável situação de desigualdade racial que assola nosso país desde os tempos da escravidão<sup>4</sup>, vai além, consagrando a dimensão material da igualdade, que impõe a todos, máxime ao legislador e ao administrador, uma conduta ativa para a superação desse estado de coisas.

<sup>3</sup> ADPF nº 186, Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012.

<sup>4</sup> Quanto ao ponto, em voto proferido no julgamento da ADPF nº 186, o MIN. LUIZ FUX anotou: “A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas, em que a abolição da escravatura apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças. [...] a abolição do regime escravocrata ocorrida no final do século XIX, embora tenha suprimido formalmente a submissão do negro, não apagou o código racial que até hoje viceja dissimuladamente nas relações sociais do País. Sua perpetuação foi facilitada pela inexistência de qualquer política inclusiva das etnias afrodescendentes logo após o fim da mão de obra cativa. O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre”.

6 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/6A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

17. Nesse sentido, o i. professor DANIEL

SARMENTO<sup>5</sup> leciona:

**A igualdade objetivada pela Constituição de 88 não é apenas formal, mas também material ou substantiva.** Ela não se limita a proibir discriminações em desfavor de grupos estigmatizados. **A igualdade é vista como uma meta a ser perseguida pelo Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução das desigualdades presentes não apenas na economia, como também na cultura, na política e nas relações sociais em geral.** Como destacou o STF, “não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade”.

Essa conclusão pode ser extraída da enunciação dos “*objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*”, proclamados no art. 3º, em que figuram “*construir uma 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, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV). Nota-se que **o constituinte empregou verbos de ação ao tratar da igualdade, porque partiu da premissa de que ela, no Brasil, não é um dado da realidade, mas algo que deve ser construído, por meio da ação enérgica do Estado e da sociedade.**

[...] No Brasil, é evidente a adoção da perspectiva da antissubordinação. Afinal, como já dito, **a Constituição de 88 é clara ao adotar um projeto de transformação social, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva. E, para incluir os excluídos, é essencial atuar objetivando remediar as injustiças existentes, com base não apenas em instrumentos universais, como também por meio de medidas focalizadas, que envolvem a criação de tratamento mais favorável aos integrantes desses grupos oprimidos.** É o que registrou o STF no julgamento da ADI nº 3.330: “A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade”.

[g.n.]

18. À altura, cumpre ter em vista que o Brasil é signatário da **Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, promulgada pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, e dotada de **hierarquia constitucional**, porquanto aprovada pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei Maior<sup>6</sup>.

19. Dentre as premissas para a elaboração do

<sup>5</sup> Em parecer intitulado “Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau como imperativo constitucional”, proferido aos 29 de agosto de 2023, diante de consulta formulada pelo Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

<sup>6</sup> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

7 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pjeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

instrumento, consta que os Estados Partes estariam

CONVENCIDOS de que os princípios da igualdade e da não discriminação entre os seres humanos são conceitos democráticos dinâmicos que propiciam a promoção da igualdade jurídica efetiva e pressupõem uma **obrigação por parte do Estado de adotar medidas especiais para proteger os direitos de indivíduos ou grupos que sejam vítimas da discriminação racial em qualquer esfera de atividade**, seja pública ou privada, com vistas a promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, bem como combater a discriminação racial em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais [...].

[g.n.]

20. A discriminação racial contra a qual os Estados Partes se insurgem não se restringe, porém, à ideia de discriminação direta, que nos termos do artigo 1.1 do diploma “é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”. De acordo com o artigo 1.2, abrange, ainda, a ideia de **discriminação racial indireta**, que

é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

21. Com isso, é certo que os Estados signatários da Convenção se comprometem a agir não apenas contra a discriminação racial intencional, mas também contra aquela que se dá com a utilização de critérios aparentemente neutros que, no entanto, acabam por ocasionar desvantagens a grupos estigmatizados<sup>7</sup>.

22. Assim, sob o pressuposto de que incumbe aos Estados atuar contra todas as formas de discriminação racial, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância estabelece:

<sup>7</sup> É o caso, por exemplo, dos processos seletivos que se valem de critérios puramente objetivos, incidentes sobre todos os candidatos, indistintamente, e que acabam por perpetuar desigualdades históricas.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

### Artigo 5

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

### Artigo 6

Os Estados Partes comprometem-se a **formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas**, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet.

### Artigo 9

Os Estados Partes comprometem-se a **garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.**

[g.n.]

23. Inquestionável, portanto, que nosso ordenamento jurídico impõe ao poder público, em **norma de status constitucional**, a adoção das **ações afirmativas** necessárias para assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais às pessoas sujeitas à discriminação racial, inclusive por meio de políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades a todos.

24. E, especificamente quanto ao tema do presente estudo, que diz respeito à adoção de política pública vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância é certa: **ao poder público incumbe atuar no sentido de “garantir que os sistemas jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população”.**

25. Ou seja, o comando normativo, reconhecendo as desigualdades existentes na sociedade contemporânea, impõe aos Estados que adotem medidas hábeis a garantir que o sistema jurídico, ao qual incumbe a responsabilidade

9 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

última pela tutela dos direitos e garantias fundamentais, seja tão plural quanto a sociedade que deve tutelar. **A integração das minorias raciais nas carreiras jurídicas exsurge, assim, como mandamento constitucional.**

26. Ora, considerando que, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição da República, as referidas normas encerram garantias fundamentais, de rigor concluir, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, que os comandos nelas veiculados têm **aplicabilidade imediata**<sup>8-9</sup>, isto é, cobram aplicação independentemente do advento de lei que as discipline.

27. Consoante observou o MIN. MARCO AURÉLIO, em voto proferido no julgamento da ADPF nº 186, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de ação afirmativa levada a efeito por universidade pública com o fito de promover a igualdade racial em processos seletivos para acesso ao ensino superior,

em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, autoaplicável, incumbindo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios para torná-lo efetivo. Consoante o § 2º desse mesmo artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e, aqui, passou-se a contar com os denominados direitos e garantias implícitos ou insertos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

28. Daí que **o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, recai sobre todas as esferas do poder público de modo imediato, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa.**

29. Não se pode olvidar, contudo, que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988 nosso ordenamento contava com comando vocacionado a garantir a promoção da igualdade racial no âmbito dos concursos públicos.

<sup>8</sup> § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>9</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>9</sup> GEORGE MARMELESTEIN adverte que a cláusula da aplicação imediata “é a consagração do princípio da máxima efetividade, que é inerente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos. Ela é o reconhecimento formal por parte do constituinte de que os direitos fundamentais têm força jurídica especial e potencializada” [*Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 312].



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

30. De fato, no plano infraconstitucional, a Convenção nº 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, e promulgada em 19 de janeiro de 1968, há muito prescreve: “qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontra em vigor **compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria**” (artigo 2º).

31. Na mesma trilha, já na vigência da Constituição Cidadã, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) estabeleceu:

Art. 39. **O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.**

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

[g.n.]

32. Com lastro em tais diplomas normativos e nos mandamentos previstos no texto original da Lei Maior, mesmo antes da internalização da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, a jurisprudência pátria vinha afirmando a legitimidade das ações afirmativas voltadas à promoção da igualdade racial no âmbito dos concursos públicos, independentemente da existência de previsão da medida em lei específica.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

I.2 – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS UTILIZADAS EM PROCESSOS SELETIVOS PÚBLICOS COM O FITO DE PROMOVER A IGUALDADE RACIAL. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À RESERVA DE LEI.

33. Instado a examinar a constitucionalidade dos programas de ação afirmativa que estabelecem sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a **ADPF nº 186<sup>10</sup>**, que porta a seguinte ementa:

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

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

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

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

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

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

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

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas

<sup>10</sup> Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.  
VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. [Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26/04/2012, g.n.].

34. No voto condutor do julgado, o MIN. RICARDO LEWANDOWSKI alertou que o emprego de critérios puramente objetivos para a seleção de candidatos às vagas do ensino público superior no mais das vezes ocasionará inaceitável discriminação racial indireta. Veja-se:

[...] critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.  
Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.

35. E prosseguiu ponderando que se “toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação”, a legitimidade dos critérios empregados deve, necessariamente, guardar “estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles”. Por isso a reserva de vagas com base em critérios étnico-raciais para o acesso ao ensino superior, vocacionada a promover a igualdade racial nesse âmbito, conta com pleno respaldo constitucional.

36. Na mesma toada, o MIN. LUIZ FUX destacou a insuficiência das políticas universalistas, que não são capazes de promover justiça racial, também concluindo pela regularidade da política de cotas raciais para acesso ao ensino público superior:

[...] políticas universalistas (*i.e.*, desapegadas a aspectos raciais) de melhoria das condições econômico-sociais da população não são *suficientes* para combater a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil. **É que a injustiça racial opera não apenas no campo da distribuição das riquezas produzidas em sociedade. Envolve também uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica.** Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e auto-estima coletivas (cf. FRASER, Nancy. “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça”. In: *Igualdade, Diferença*

13 de 29



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

e *Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.188-212).

Daí por que, segundo Daniel Sarmiento, “*para promover os direitos fundamentais dos afrodescendentes é necessário combater nestes dois fronts – distribuição e reconhecimento*” (SARMENTO, Daniel. “A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação ‘De Facto’ Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa”. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141). **Isso requer a necessária conjugação de medidas universalistas e iniciativas racialmente conscientes para equalização das relações étnicas no Brasil. Não se trata de preferir uma estratégia a outra, mas sim de empregá-las concertadamente.**

[g.n.]

37. Ainda seguindo essa linha de raciocínio, a

MIN. ROSA WEBER lecionou:

A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades.

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

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

[g.n.]

38. Por seu turno, o MIN. MARCO AURÉLIO

14 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

contribuiu para os debates lembrando que a própria Constituição de 1988 prevê ações afirmativas vocacionadas à concretização da igualdade substancial, para rematar que “a meritocracia sem ‘igualdade de pontos de partida’ é apenas uma forma velada de aristocracia”. Confira-se:

A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar à introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida progressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas.

**39.** Mais tarde, no julgamento da **ADC nº 41**, instado a examinar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reservou a pessoas negras 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

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

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

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

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

1.3. Em *terceiro lugar*, a **medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão.** A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii)

15 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

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

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa” [Rel. MIN. ROBERTO BARROSO, j. 08/06/2017].

40. Ao proferir o voto condutor do v. acórdão, o MIN. ROBERTO BARROSO houve por bem destacar os estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA que demonstram que os métodos usualmente empregados para a seleção de servidores públicos têm limitado consideravelmente o acesso das pessoas pretas às vagas disponibilizadas à população em geral, o que autoriza concluir pela legitimidade da medida de desequiparação promovida pela Lei nº 12.990/2014. Veja-se:

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

34. A eloquência dos números demonstra que a ideia de democracia racial representa uma máscara que tem dificultado tremendamente o enfrentamento dos processos históricos e culturais de discriminação contra a população

16 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/6A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

afrodescendente. É preciso desconstruir a ideia romântica e irreal de que somos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação e de que aqui transcendemos a questão racial. [...].

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

[g.n.]

41. Além de afirmar a aderência do diploma normativo às dimensões formal e substancial da igualdade, o MIN. ROBERTO BARROSO sublinhou o papel da **igualdade como reconhecimento**, que, como explica, “significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades”. Segundo ele, “a política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, tem esse papel da igualdade como reconhecimento”, na medida em que “há uma dimensão simbólica importante que é a de ter negros ocupando posições de destaque na sociedade brasileira”<sup>11</sup>.

42. No tocante ao argumento de que a reserva de vagas para o ingresso de pessoas pretas no serviço público estaria a impingir mácula aos princípios do concurso público e da eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição da República, o relator do julgado foi enfático:

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

<sup>11</sup> Em outra passagem, o i. Ministro acrescenta: “Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros. Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico”.

17 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[g.n.]

43. Na mesma trilha, o MIN. ALEXANDRE DE MORAES observou que a utilização do método de reserva de vagas nos concursos públicos tem por fundamento o princípio da igualdade, que “deve ser aplicado como um dos princípios básicos da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, juntamente com a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e todos os preceitos previstos nos diversos incisos do referido artigo, inclusive aqueles referentes aos concursos públicos”.

44. Releva destacar, ainda, o teor do voto do MIN. EDSON FACHIN, que lança luzes sobre a **aplicabilidade imediata da política de cotas raciais**, decorrência direta da consagração da igualdade racial pela Constituição de 1988. Em suas palavras:

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

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

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

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

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

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

18 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

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

[g.n.]

45. Aderindo a essa orientação, o MIN. LUIZ FUX chegou a afirmar que “como essa política pública é calcada no preâmbulo da Constituição Federal, eu entendo que não há peculiaridade local de município nem de Estado que permita a não adoção desse critério. Então, em maior extensão, eu não só aplico essa regra a todos os Poderes, como também a todas as unidades federadas”.

46. Conquanto essa exegese por demais ampliativa esposada pelo i. Ministro carioca não tenha sido acolhida pelos demais julgadores, que optaram por restringir a incidência do diploma examinado à seara federal<sup>12</sup>, permite entrever entendimento pacificado na Corte Suprema, ainda antes do advento da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, no sentido de que **o emprego de políticas públicas vocacionadas a fazer valer a igualdade material decorre de comando constitucional dotado de autoaplicabilidade, que independe de previsão legal específica.**

47. Nessa direção, interessante anotar que, ao julgar o RMS nº 26.071<sup>13</sup>, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, apesar de o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, não contemplar a visão univalente entre as causas ensejadoras da caracterização de deficiência hábil a fazer incidirem os benefícios previstos nesse diploma legal, seria legítimo o enquadramento do candidato portador de visão univalente dentre aqueles que fazem jus à reserva de vagas em concurso público. E isso porque essa condição estaria a impor desigualdade que, por imperativo constitucional, deve ser necessariamente superada

<sup>12</sup> Sobre o assunto, o MIN. DIAS TOFFOLI aduziu: “Também não adiro à proposta de estender automaticamente a disciplina da Lei nº 12.990/2014 aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, visto que o diploma também é claro ao afirmar que a reserva de vagas se restringe aos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração direta e indireta da União, devendo ser resguardada a autonomia dos entes federativos”.

<sup>13</sup> Da ementa do v. aresto extrai-se que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”. [1ª T., Rel. MIN. AYRES BRITO, j. 13/112007].

19 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

por ação do poder público. Do voto da MIN. CÁRMEN LÚCIA, colhe-se:

Os decretos citados são parâmetros confiáveis para a Administração Pública dar o tratamento adequado àqueles que são considerados deficientes físicos, posto serem indispensáveis para se evitar abusos de toda ordem – como, por exemplo, quem usa óculos passar a ser considerado deficiente físico. Entretanto, compete ao Poder Judiciário interpretar as normas vigentes no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, o que, no presente caso, impõe ser reconhecido como fundamento da decisão a ser tomada, pois a deficiência configura fator de discriminação e de inacessibilidade ou, no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público.

48. Não é outra a opinião do professor DANIEL SARMENTO<sup>14</sup>, para quem “em determinados contextos, a instituição das políticas de ação afirmativa representa um verdadeiro **dever constitucional**, e não mera faculdade política”. Segundo ele,

Afinal, em face de desigualdade estrutural e persistente, há o dever estatal de combatê-la. A inércia diante desse dever pode caracterizar inconstitucionalidade, pela proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais. Como disse o Min. Dias Toffoli, para incluir os historicamente excluídos, “*uma política destinada a reduzir as desigualdades fáticas [...] não é apenas compatível com a Constituição Federal, sendo uma exigência do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal*”.

49. Importante observar que foi sob a premissa de que incumbe ao poder público atuar em prol da concretização da igualdade, operando para superar as discriminações indiretas independentemente de mediação legislativa, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aos 26 de setembro de 2023, adotou política pública concebida para promover a igualdade de gênero no âmbito dos tribunais brasileiros de 2º grau.

50. A valer, por meio do **Ato normativo CNJ nº 0005605-48.2023.2.00.0000**, considerando que “de acordo com levantamento realizado em 2023 pelo CNJ, as mulheres, embora constituam cerca de 51% da população brasileira, representam somente 38% da magistratura, sendo 40% no 1º grau de jurisdição e 21,2% no 2º grau, sem a possibilidade de se estabelecer uma tendência de crescimento de tais

<sup>14</sup> Em parecer intitulado “Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau como imperativo constitucional”, proferido aos 29 de agosto de 2023, diante de consulta formulada pelo Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

percentuais à luz das séries históricas aferidas”, o Colegiado aprovou a Resolução nº 525, de 27 de setembro de 2023, que acrescentou à Resolução nº 106/2010 o seguinte dispositivo:

Art. 1º-A No acesso aos tribunais de 2º grau que não alcançaram, no tangente aos cargos destinados a pessoas oriundas da carreira da magistratura, a proporção de 40% a 60% por gênero, as vagas pelo critério de merecimento serão preenchidas por intermédio de editais abertos de forma alternada para o recebimento de inscrições mistas, para homens e mulheres, ou exclusivas de mulheres, observadas as políticas de cotas instituídas por este Conselho, até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal.

§ 1º Para fins de preenchimento das vagas relativas à promoção pelo critério de merecimento, os quintos sucessivos a que alude o art. 3º, § 1º, aplicam-se a ambas as modalidades de edital de inscrição (misto ou exclusivo de mulheres) e devem ser aferidos a partir da lista de antiguidade, com a observância da política de cotas deste Conselho.

§ 2º Para fins de aplicação do art. 93, II, a, da Constituição Federal, a consecutividade de indicação nas listas triplíces deve ser computada separadamente, conforme a modalidade de edital aberto (exclusivo ou misto), salvo a hipótese de magistrada que tenha figurado em lista mista, considerando-se consecutiva a indicação de: a) magistrado ou magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes de editais com inscrições mistas, independentemente do edital de inscrição exclusiva de mulheres que tenha sido realizado entre eles; b) magistrada que figurou em duas listas seguidas, decorrentes de editais com inscrições exclusivas de mulheres, independentemente do edital de inscrição misto que tenha sido realizado entre eles; c) magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes, uma de edital de inscrição exclusiva para mulheres e outra de edital de inscrição mista, ou vice-versa.

§ 3º Ficam resguardados os direitos dos magistrados e das magistradas remanescentes de lista para promoção por merecimento, observados os critérios estabelecidos nesta Resolução quanto à formação de listas triplíces consecutivas.

§ 4º Para a aferição dos resultados, o CNJ deverá manter banco de dados atualizado sobre a composição dos tribunais, desagregado por gênero e cargo, especificando os acessos ao 2º grau de acordo com a modalidade de editais abertos.

§ 5º As disposições deste artigo não se aplicam às Justiças Eleitoral e Militar.

51. Impende perceber que sequer o fato de o acesso aos tribunais de 2º grau estar disciplinado em norma constitucional que não faz qualquer alusão ao possível emprego de política pública vocacionada a promover a igualdade de gênero – o artigo 93 – intimidou o CNJ a fazê-lo, também a despeito da inexistência de previsão legal específica que o amparasse. E isso porque, repise-se: **a adoção de ações afirmativas com o fito de superar as discriminações indiretas decorre diretamente do mandamento constitucional que consagra a igualdade material, norma de aplicabilidade imediata.**

52. Diante desse panorama, afigura-se possível

21 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

elencar as principais diretrizes firmadas a respeito da utilização de políticas afirmativas destinadas a promover a igualdade racial no âmbito dos concursos públicos, quais sejam: (i) a Constituição da República, nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, atribui centralidade à promoção da igualdade racial, incumbindo o poder público de concretizá-la por meio da adoção de políticas públicas adequadas; (ii) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), dotada de hierarquia constitucional, atribui ao poder público o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa; (iii) antes mesmo da internalização desse diploma, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a adoção do critério de cotas raciais nos concursos públicos, com o fito de superar a discriminação indireta constatada nesse setor, encontra pleno amparo constitucional e, por decorrer de norma de aplicabilidade imediata, independe de intermediação legal (ADPF nº 186 e ADC nº 41).

53. Donde se extrai que, **ao realizar concurso para admissão de servidores públicos em setor no qual constatada a presença deficitária de pessoas pretas, pardas e indígenas, o gestor público estará jungido a, independentemente de previsão legal específica, adotar política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.**

II – ANÁLISE DO CASO CONCRETO - A IGUALDADE RACIAL E O ACESSO AOS CARGOS DE PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. O DEVER DO GESTOR DE ADOTAR A POLÍTICA PÚBLICA MAIS EFICIENTE À PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. AS PECULIARIDADES DAS CARREIRAS JURÍDICAS E, EM ESPECIAL, DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO.

54. Conforme despacho de fls. 31/34, da lavra da i. DRA. FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINE, Procuradora do Estado Assessora, dados apresentados pelo Departamento de Recursos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo indicam que “6,4% dos Procuradores são autodeclarados negros – sendo



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

5,5% pardos e 0,9% pretos – e cerca de 90% são brancos”, enquanto “a população do Estado de São Paulo, de acordo com levantamento do censo de 2010 do IBGE, é composta por cerca de 34,9% de negros – sendo 29,4% pardos e 5,4% pretos – e 63,7% de brancos”.

55. Esse cenário revela, sem sombra para dúvidas, situação de **acentuada desigualdade racial no âmbito desta Instituição**, cujos integrantes não espelham a diversidade da população a que servem.

56. Logo, com fincas nas normas constitucionais que consagram o dever de promoção da igualdade racial, principalmente nos artigos 5º, 6º e 9º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que impõem ao poder público que implemente políticas públicas hábeis a garantir que os sistemas jurídicos “reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades”, é certo que **incumbe à Procuradoria Geral do Estado, independentemente de previsão legal específica, adotar ação afirmativa adequada à promoção da igualdade racial no 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado**<sup>15</sup>.

57. Ocorre que, na órbita estadual, vigora a Lei Complementar nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, que autorizou o Poder Executivo a “instituir sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas em concursos públicos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito do serviço público paulista” (artigo 1º).

58. Esse diploma foi regulamentado pelo Decreto nº 63.979, de 19 de dezembro de 2018, que preceitua:

**Artigo 1º** - Fica instituído, na forma da Lei Complementar estadual nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, o sistema de pontuação diferenciada para pretos, pardos e indígenas, em concursos públicos e processos seletivos destinados à investidura em cargos e empregos no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado, **mediante acréscimos percentuais na pontuação final dos candidatos**

<sup>15</sup> Pelas mesmas razões, jamais acedemos à tese outrora propugnada no âmbito desta Instituição, no sentido de que a regulamentação da Lei Complementar Estadual nº 1.259, de 15 de janeiro de 2015, seria *conditio sine qua non* para o emprego de ação afirmativa vocacionada a promover a igualdade racial no âmbito do 22º Concurso de ingresso à Carreira de Procurador do Estado.

23 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em: <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/6A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

**beneficiários, em cada fase do concurso público, conforme fatores de equiparação especificados neste decreto.**

§ 1º - Fica estabelecido como meta para a Administração Pública Estadual elevar a porcentagem de pretos, pardos e indígenas nos quadros de pessoal da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, de modo a atingir parâmetros análogos aos da participação deste grupo na população total do Estado de São Paulo, de acordo com os dados constantes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º - A porcentagem de participação de servidores pretos, pardos e indígenas a que se refere o § 1º deste artigo, deverá ser observada em dada classe de cargos e empregos públicos, ou carreiras públicas, e não na totalidade do quadro de pessoal da Administração Pública Estadual.

[g.n.]

59. À luz desses normativos seria natural intuir que a Procuradoria Geral do Estado estaria jungida a adotar, como ação afirmativa vocacionada a promover a igualdade racial em concurso para a carreira, o sistema de pontuação diferenciada, eleito pelo legislador como o método a ser utilizado pelos integrantes da Administração estadual.

60. Todavia, a i. Procuradora Geral do Estado, DRA. INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA, ciente de que as demais carreiras jurídicas<sup>16</sup> têm se valido do método de cotas para selecionar seus integrantes e certa do dever ético e jurídico de agir para concretizar a igualdade racial no âmbito da Instituição de que é gestora<sup>17</sup>, solicitou estudo técnico a fim de esclarecer qual o método mais eficiente para garantir o acesso das pessoas pretas, pardas e indígenas à Procuradoria Geral do Estado.

61. A conclusão a que chegou o Parecer Técnico nº 1/2023, conforme adrede mencionado, indica que **“considerando as especificidades dos concursos públicos para as carreiras jurídicas, a técnica de igualação denominada cotas raciais é mais hábil a garantir que candidatos pretos, pardos e indígenas (PPI) possam ter, concretamente, a mesma possibilidade dos brancos de serem alçados ao cargo de Procurador do Estado”**.

<sup>16</sup> No Estado de São Paulo, a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública se valem da política pública de cotas para a promoção da igualdade racial nas respectivas carreiras.

<sup>17</sup> O MIN. CEZAR PELUSO, no julgamento da ADPF nº 186, ponderou que, em decorrência da consagração da igualdade racial no texto da Lei Maior, a “responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico, na tentativa de desenvolver um processo - que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo – capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil”.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

62. Ora, demonstrado que o sistema de cotas é mais adequado à promoção da igualdade racial no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, creio que não haja empecilho à sua utilização no 23º Concurso para ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo.

63. Ao contrário, nessas circunstâncias, utilizar o modelo de política pública previsto na legislação estadual, cujo resultado mais se aproximaria dos critérios de neutralidade tradicionalmente aplicados nos certames públicos, seria compactuar, em algum grau, com a discriminação racial indireta.

64. Lembre-se: a aplicabilidade imediata e a máxima efetividade de que se revestem as garantias constitucionais impõem ao poder público “o **dever de adotar instrumentos efetivos de redução das desigualdades e de inclusão social**”. Essas as palavras da i. MIN. ROSA WEBER:

[...] realizar a constituição se traduz no laborar pela construção de uma sociedade plural, livre de preconceitos e solidária. Em suma, além de incontáveis outros objetivos previstos no texto constitucional, emprestar força normativa à Constituição é caminhar incansavelmente em busca do aperfeiçoamento da sociedade e da ampliação dos espaços democráticos, permitindo na medida do máximo possível a promoção do bem de todos, essência da vida em sociedade. Tal tarefa, entendo, se mostra irrealizável tão somente no nível do discurso, impondo a todos e em particular ao Estado um agir, na hipótese **o dever de adotar instrumentos efetivos de redução das desigualdades e de inclusão social**.

[ADC nº 41, g.n.]

65. Sendo assim, se, por imperativo constitucional, o gestor está obrigado a adotar política pública **adequada** à promoção da igualdade racial para a seleção dos integrantes das carreiras jurídicas, independentemente de lei específica que o ampare, decerto estará também jungido a adotar a política pública que, no caso concreto, **melhor** satisfaça tal objetivo, a despeito da existência de lei que estabeleça sistemática diversa para a generalidade das carreiras.

66. Nesse ponto, cabe destacar as peculiaridades de que se reveste a Procuradoria do Estado, carreira de *status* constitucional, contemplada pela Lei Maior entre as **funções essenciais à Justiça**, que a apartam consideravelmente das demais carreiras que compõem a Administração estadual. Veja-se:

25 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

### DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[g.m.]

67. Ao examinar o tratamento conferido pelo Constituinte às procuradorias dos estados, CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>18</sup> lecionou:

Um dos méritos da Constituição Federal de 1988 consiste em ter definido, com rigor, o papel institucional a ser desempenhado pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

De fato, nas décadas anteriores, houve uma hesitação sobre o exato posicionamento do advogado quando em defesa do Poder Público. Para uns predominaria, nessa situação, o papel do mero burocrata, ou, se quisermos, do servidor público comparado aos demais. Outros, de sua parte, preferiam ver a função do advogado e do consultor das unidades federadas desempenhada por profissionais liberais sem vínculos funcionais com o Poder Público, regendo-se a sua relação com este pelas leis do Código Civil e pela legislação própria da carreira do advogado. Seria, portanto, uma contratação de serviço e não uma integração ao Poder Público.

É evidente que as duas soluções propostas padeciam de manifestas insuficiências. A primeira, por não reconhecer o vulto e justa dimensão do que significa representar judicialmente o Estado e prestar-lhe a consultoria jurídica.

Tal atividade, além da condição óbvia de bacharel em direito, demanda uma integração ao Poder Público, para que este possa, efetivamente, contar com um defensor livre das áleas normais de um mero contrato de locação de serviços.

Há, pois, uma continuidade na prestação da defesa judicial e uma permanente responsabilidade de quem exerce essa atividade perante o Poder Público, de tal sorte que este só terá defesa suficiente e cabal dos seus interesses se a investidura do advogado resultar acumulada de ônus, mas também servida por vantagens, tais como a estabilidade no serviço público e, até certo ponto, a inamovibilidade.

<sup>18</sup> *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – 4º volume – Tomo IV*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 229/235.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

[...] Nessa linha de ideias, há que se pôr em destaque o texto de Jari Vargas, a seguir transcrito, inclusive pelo supedâneo que procura no eminente Ministro Celso de Mello:

**“Releva-se, pois, a importância no mundo jurídico da posição do advogado público, no âmbito da administração, tais os contornos determinantes oriundos da atual Constituição Federal que atribui ao Procurador do Estado a exclusividade da defesa judicial e consultoria jurídica do Estado, extraindo-se a premissa de que a sua posição não pode mais ser incompreendida e depreciada, como se o Procurador do Estado fosse simplesmente equiparado ao funcionário comum.**

**É preciso assinalar, portanto, que a Constituição Federal, no artigo 132, ao dispor que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial das respectivas unidades federadas, conferiu expressamente a esses singulares agentes públicos atribuições reservadas, com funções de inegável caráter institucional, com representação judicial e extrajudicial da pessoa jurídica de direito público, e de superior assessoria e consultoria jurídica de exclusivo interesse do Estado. [...]”.**

[...]. Ao nos referirmos às Procuradorias, sempre tivemos como consideração basilar o **papel fundamental exercido pela advocacia pública**. Todavia, para que esta revele com sua atividade resultados satisfatórios que todos esperam faz-se mister a operacionalização de seu atuar por meio de uma “concretização” de suas atividades funcionais. Precisando a assertiva colocada, lembramos as palavras de Adeldo Fioranelli Júnior, que sabiamente teceu considerações relevantes sobre o dispositivo constitucional em análise:

“Momento da revisão constitucional proporciona motivação ainda mais intensa para a discussão de temas relevantes ao aproveitamento das instituições democráticas.

**A Procuradoria Geral do Estado como função essencial à Justiça é um desses temas.** Nesse contexto, insere-se de modo profundo a necessidade de valorização da advocacia pública.

**A valorização da advocacia pública (em geral) e da Procuradoria Geral do Estado (em particular) passa necessariamente pela concretização das seguintes dimensões da experiência funcional: o aprimoramento da formação dos advogados públicos, sob aspecto técnico-humanístico, bem como sua integração nas carreiras; a conscientização da missão do advogado público, na defesa do interesse público e da sociedade; o desenvolvimento de uma ética própria para a advocacia pública, fundada no Estado de Direito, com base nos valores da democracia, da Justiça e da solidariedade social; o estudo, reflexão e aplicação dos princípios – constitucionais pertinentes à função do advogado público; o estímulo ao convívio e à cooperação entre novos integrantes das carreiras e a edificação das bases que permitirão aos advogados públicos atuar como agentes da evolução das Instituições e do Estado.**

[g.n.]

**68.** Note-se que o artigo 132 da Constituição da

República alude expressamente ao concurso para ingresso na carreira de Procurador do Estado, a demonstrar o tratamento especial conferido pela Lei Maior a tais certames. Confira-se:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o **ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases**, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

27 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA, em 21/11/2023 às 17:33:30 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgeweb.sp.gov.br/autenticidade/8A29E446-0F78-44F4>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

[g.n.]

69. De modo parêlo, a Constituição Estadual estabelece:

**Artigo 98** - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.

§2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do "caput" deste artigo. [...].

[g.n.]

70. Essa deferência do Constituinte à Procuradoria do Estado e ao concurso para ingresso na carreira, somada ao mandamento contido na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que atribui ao poder público o especial dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial nas carreiras jurídicas, certamente estão a autorizar que a Procuradoria Geral do Estado se aparte das demais carreiras que compõem o Executivo estadual, para estabelecer ação afirmativa comprovadamente mais adequada para fazer valer a igualdade racial no âmbito dos concursos para ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo.

71. Registre-se que o método de cotas, ao contrário do método de pontuação diferenciada, previsto na legislação paulista para a generalidade dos concursos públicos, conta com legitimação constitucional, porquanto expressamente previsto no artigo 37, inciso VIII<sup>19</sup>, como ação afirmativa adequada à promoção da igualdade em prol das pessoas com deficiência.

<sup>19</sup> VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

28 de 29

Parecer PA nº 43/2023

Página



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

72. Por todo o exposto, conclui-se que, demonstrada a superioridade do método de cotas em relação ao método de preferências para a promoção da igualdade racial no contexto do 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.

**É o parecer, *sub censura*.**

São Paulo, 21 de novembro de 2023.

Juliana de Oliveira Duarte Ferreira  
Procuradora do Estado



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**GABINETE DO PROCURADOR GERAL**

**GDOC:** 023.00006215/2023-80

**INTERESSADO:** PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ASSUNTO:** PARECER PA nº 43/2023

Ao examinar consulta formulada pelo Gabinete da Procuradora Geral a respeito da possibilidade de ser adotado o método de reserva de vagas em detrimento do método de pontuação diferenciada como ação afirmativa no 23º concurso de ingresso à carreira de Procurador do Estado, o juízo **Parecer PA nº 43/2023**, da lavra da Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa, principiou enumerando as principais diretrizes já firmadas no ordenamento jurídico pátrio a respeito das políticas afirmativas destinadas a promover a igualdade racial em concursos públicos, a saber:

(i) a Constituição da República, nos artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, caput e incisos XLI e XLII, atribui centralidade à promoção da igualdade racial, incumbindo o poder público de concretizá-la por meio da adoção de políticas públicas adequadas; (i) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), dotada de hierarquia constitucional, atribui ao poder público o dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial, destacadamente nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, sem que necessária seja a prévia mediação legislativa; (iii) antes mesmo da internalização desse diploma, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a adoção do critério de cotas raciais nos concursos públicos, com o fito de superar a discriminação indireta constatada nesse setor, encontra pleno amparo constitucional e, por decorrer de norma de aplicabilidade imediata, independe de intermediação legal (ADPF nº 186 e ADC nº 41).

Com essas premissas, concluiu que “ao realizar concurso para admissão de servidores públicos em setor no qual constatada a presença deficitária de pessoas pretas, pardas e indígenas, o gestor público estará jungido a, independentemente de previsão legal específica, adotar política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.”.

Aplicando aludida conclusão ao caso concreto submetido a exame, à vista da instrução procedimental e nos limites das atribuições do órgão consultivo, a i. parecerista destacou o *status* constitucional de que se reveste a carreira de

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA, em 22/11/2023 às 18:28:29 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/9818F5A0-7B48-44A0>



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Procurador do Estado, “contemplada pela Lei Maior entre as **funções essenciais à Justiça**, que a apartam consideravelmente das demais carreiras que compõem a Administração estadual”<sup>1</sup>, para indicar que uma vez “demonstrada a superioridade do método de cotas em relação ao método de preferências para a promoção da igualdade racial no contexto do 23º Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível.”.

Por anuir com a orientação jurídica traçada no opinativo em análise, elevo o expediente à apreciação da Senhora Procuradora Geral do Estado, com recomendação para aprovação do **Parecer PA nº 43/2023**.

São Paulo, 22 de novembro de 2023

**ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA**  
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO  
CONSULTORIA GERAL

---

<sup>1</sup> Destaque do original.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**Gabinete da Procuradora Geral**

**PROCESSO:** 023.00006215/2023-80  
**INTERESSADO:** PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ASSUNTO:** PARECER - RESERVA DE VAGAS PARA CONCURSO

1. Aprovo o alentado **Parecer PA n° 43/2023**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Como se vê do parecer ora aprovado, o ordenamento jurídico nacional “atribui ao poder público o especial dever de implementar políticas públicas hábeis a promover a igualdade racial nas carreiras jurídicas”, autorizando, desse modo, que a Procuradoria Geral do Estado estabeleça ação afirmativa comprovadamente mais adequada para fazer valer a igualdade racial no âmbito dos seus concursos.

3. Nesse sentido, conforme evidenciado pela i. parecerista, cabe ao gestor público, constatada a desigualdade racial, independentemente de previsão legal específica, adotar a política pública adequada à promoção da igualdade racial no caso concreto.

4. Considerando a orientação jurídica traçada no Parecer PA n° 43/2023 e a conclusão alcançada pelo Parecer Técnico n° 1/2023, encaminhem-se cópias dos referidos pareceres à Presidente da Comissão do 23° Concurso de Ingresso na Carreira de Procurador do Estado, para ciência, instrução do Processo SEI n° 0001.00003543/2023-55 e adoção das providências destinadas à elaboração do edital.

5. Adotada a providência aludida no item anterior, restitua-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para adoção das medidas de estilo.

GPG, em 29 de novembro de 2023.

**INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA**

**Procuradora Geral do Estado**

Este documento é cópia fidedigna do original assinado digitalmente por INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA DE ALMEIDA PRADO, em 29/11/2023 às 15:25:05 BRT. A conferência pode ser realizada em <https://pgweb.sp.gov.br/autenticidade/5AE4AB8C-F5E7-42D5>