



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 2237-969X

ESTUDOS DE **DIREITO PGE RS**

PARECER nº 15.703

COTAS RACIAIS

CONSTITUCIONAL.
ADMINISTRATIVO. Direitos Humanos.
Ações afirmativas. Cotas raciais.
Reservas de vagas no serviço público.

PARECER
v. 1, n.1
janeiro/junho de 2012

1

ESTUDOS DE DIREITO PGE RS

PARECER

Parecer n. 15.703

COTAS RACIAIS – CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITOS HUMANOS. AÇÕES AFIRMATIVAS. COTAS RACIAIS. RESERVA DE VAGAS NO SERVIÇO PÚBLICO.

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

EDPGERS	Porto Alegre	v. 1	n. 1	p. 1-59	jan./jun. 2012
---------	--------------	------	------	---------	----------------

Estudos de Direito PGE RS / Procuradoria-Geral do Estado
do Rio Grande do Sul. – Vol. 1, n. 1 (2012) - . - Porto
Alegre : PGE, 2012-
v.; 21 cm.
Semestral.

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

EQUIPE TÉCNICA

Execução, revisão e distribuição: Maria Carla Ferreira Garcia, Bibliotecária crb10/1343
Capa: Vanessa Gasperin Carini

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar

90119-900 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO
Governador do Estado

BETO GRILL
Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER
Procurador-Geral do Estado

ROSELAINÉ ROCKENBACH
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL
Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN
**Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

CARLOS CÉSAR D'ELIA
**Coordenador da Comissão Permanente de Defesa
dos Direitos Humanos da PGE**

Impressão e Acabamento
Gráfica e Editora ----- Ltda.

SUMÁRIO

Apresentação.....	07
Parecer 15703	
Carlos César D'Elia.....	09

APRESENTAÇÃO

O primeiro número da nova publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, **Estudos de Direito PGE-RS**, brinda o público com a íntegra do Parecer nº 15.703, que fixa orientações para a Administração Pública Estadual no tocante à implementação de política afirmativa de cotas raciais no serviço público estadual.

O Parecer foi elaborado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da PGE, e se constitui em atuação singular em termos de orientação jurídica à Administração Pública, uma das funções institucionais da Advocacia de Estado.

A PGE, por sua Comissão de Direitos Humanos, faz um exaustivo exame da matéria, levando em conta os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, as Constituições Federal e Estadual, legislação infraconstitucional, doutrinas e jurisprudência. O Parecer faz referência, ainda, aos 350 anos de escravização e à forma como foi erradicada, à continuação da desigualdade material entre negros e não-negros e ao mapa da desigualdade racial em vários campos: educação, trabalho e renda, saúde, analfabetismo, pobreza, riqueza, cargos de chefia ou de status social.

Não há dúvidas acerca da importância jurídica e social do presente Parecer, pois é paradigmático no que se refere ao ingresso nas carreiras do serviço público estadual, onde os afro-brasileiros estão sub-representados.

Portanto, estamos disponibilizando ao público, com a presente publicação, um estudo interdisciplinar de extrema relevância não só pelo seu caráter técnico, mas também por seu caráter político e de expressão de um momento salutar não só para negros e negras, mas sobretudo para toda a sociedade, pois o racismo, a discriminação racial e o preconceito racial são realidades a serem enfrentadas por todos nós.

Importante destacar, por fim, que o Governador Tarso Genro, em 20 de março de 2012, atribuiu caráter normativo ao Parecer objeto desta publicação, nos termos do inciso XV do artigo 82 da Constituição Estadual.

Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado/RS



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

PARECER N.º 15.703/12

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Direitos Humanos. Ações afirmativas. Cotas raciais. Reservas de vagas no serviço público. Incidência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da não-discriminação, da não-subjugação, da segurança jurídica e do pluralismo. Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial. Precedentes no âmbito da Administração Pública. Lei Federal n.º 12.288/2010. Decreto Federal n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009 – PNDH III – Lei Estadual n.º 13.694/2011 – Estatuto da Igualdade Racial do RS. Precedentes judiciais. Posicionamento da doutrina majoritária.

Trata-se de provocação de parte do Sr. Procurador-Geral do Estado para análise da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado, com base nos artigos 1º, incisos II e III; 3º, incisos I, III e IV; 4º, inciso II e VIII; 5º, *caput* e §2º da Constituição Federal de 1988. Competência da Procuradoria-Geral do Estado forte no art. 132, *caput, in fine*, da Constituição Federal de 1988, artigo 82 inciso XV c/c o artigo 115, inciso I, ambos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, artigo 1º, *caput, c/c* artigo 2º, incisos IV, VII, X, XII e artigo 13, parágrafo único, todos da LC n.º 11.742/2002, Portaria n.º 312, de 12 de novembro de 1999 – Regimento Interno da Comissão Permanente de Direitos Humanos da PGE, artigo 2º, *caput* e incisos I e II, objetivando fixação de orientação à Administração Pública Estadual, com caráter normativo, tocante à implementação de política afirmativa de cotas raciais no serviço público estadual.

A questão que se apresenta consiste, mais especificamente, na indagação acerca da necessidade e da possibilidade de ser adotada política afirmativa consistente na utilização do sistema de cotas raciais em sede do serviço público estadual, fixando percentual de vagas em cargos de provimento efetivo nas diversas carreiras da Administração Pública Estadual direta e indireta, a serem providos por pessoas negras,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

objetivando dar efetividade a regras e princípios constitucionais e internacionais, bem como à legislação infraconstitucional.

É o relatório.

Para o equacionamento da questão há que, primeiro, se debruçar sobre a realidade social e cultural sobre a qual deve ser interpretado o conjunto de princípios e regras constitucionais, assim como demais regramentos infraconstitucionais para, em um segundo momento, apontar fundamentos jurídicos para a construção de uma interpretação dos dispositivos constitucionais e legais implicados de forma a determinar sejam consideradas, com base em tal arcabouço, as condições que possam ou não autorizar a adoção da denominada “política de cotas raciais” no âmbito do Serviço Público Estadual.

Assim sendo, o aspecto central a ser enfrentado reside na análise do princípio jurídico-constitucional da igualdade fixado no artigo 5º, *caput*, da CF/88 considerando-se sua dupla dimensão – a formal e a material – e, a partir disso, determinar-se como tal princípio se correlaciona com os demais princípios constitucionais, dando-se especial atenção ao princípio constitucional da legalidade, essencial dentre os demais princípios irradiadores e orientadores da Administração Pública previstos no artigo 37 da CF/88 e, ainda, como tais ditames constitucionais se integram na relação com os princípios fundamentais da República, assim como com as convenções internacionais e a legislação infraconstitucional, tendo-se como problema central, pois, o estabelecimento da política/ação afirmativa de cotas raciais.

É de se pontuar, de início, que, ao contrário do que, de regra, se afirma, a matéria em foco já não é tão nova e vem sendo objeto de debates há muitos anos. Ocorre apenas que as ações afirmativas passam a ter maior concretude a partir das construções jurídicas e das experiências concretas estadunidenses que têm como espaço fundante o denominado direito da antidiscriminação – *anti-discrimination Law*¹ - e que ultimamente, no Brasil, tem tido crescente atenção, especialmente levando-se em conta alterações sociais fundamentais e avanços importantes nos debates que vem demonstrando, com maior clareza e consistência, a realidade da discriminação racial no Brasil. Tal fato se deve, em larga medida, primeiramente aos esforços despendidos pelos movimentos sociais organizados com foco no tema da negritude, ao lado da produção científica nos mais diversos campos - especialmente nos da geografia e da sociologia - trazendo importantes reflexos no campo jurídico, no qual avanços têm sido obtidos. Tanto no campo jurídico internacional, com a elaboração de documentos consistentes em declarações, pactos e convenções, especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas e da União Europeia, quanto no âmbito das legislações e das jurisprudências internas, o tema tem recebido, pois, não somente crescente atenção por parte da produção doutrinária, como também concreto tratamento nos campos legislativo e jurisprudencial.

¹ Conforme Roger Raupp Rios, ao lado do enfrentamento a regras claramente discriminatórias, “(...) o direito norte-americano defrontou-se com a perpetuação da discriminação decorrente de medidas aparentemente neutras e desprovidas de intenção – a chamada discriminação indireta -. Diante destas realidades, foram empreendidas ações afirmativas visando à superação de tais atitudes e efeitos discriminatórios”(RIOS, Roger Raupp. **Direito Antidiscriminação**, discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.14)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Nessa linha de evolução, tendo-se em conta, de outra parte, que já há algum tempo vêm sendo consolidadas experiências de estabelecimento de cotas raciais para ingresso em universidades federais e estaduais, assim como o estabelecimento de tal política para ingresso em cargos públicos em algumas administrações municipais, coloca-se, então, agora, o problema de saber-se acerca da conveniência de que as mesmas consequências jurídicas e sociais perseguidas se produzam no âmbito estadual, com a fixação de tal política afirmativa para acesso aos cargos públicos de provimento efetivo da Administração Pública Estadual.

Assim, tendo-se, de um lado, os fundamentos fáticos implicados - considerando-se, em especial, as abordagens sociológicas que versam sobre a realidade de discriminação racial - e, de outro, os fundamentos jurídicos - constitucionais e legais sinalizados - a matéria que ora se delimita desafia, centralmente, orientação jurídica para a Administração Pública estadual concernente à aplicação da política afirmativa de cotas raciais como critério a ser observado nos concursos públicos de cargos de provimento efetivo.

1 – Contextualização e delimitação do problema:

A matéria ora analisada traz à baila uma realidade complexa que se constitui, de um lado, por sua dimensão histórica e sociológica e, de outro, por sua dimensão jurídica, sendo imperioso, para o seu deslinde, sejam ambas as dimensões bem compreendidas em suas diversas co-implicações. Dessa forma, a resposta jurídica buscada será construída de forma consistente e harmônica com o sistema jurídico, considerando-se não somente o plano infraconstitucional, mas, sobretudo, o plano constitucional. Consideradas, também, as disposições normativas das declarações, pactos e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, em especial aqueles instrumentos que tratam concretamente da matéria.

Para tanto, enfrenta-se o problema em abordagem que compreenderá: a) os aspectos históricos; b) aspectos sociológicos implicados; c) a abordagem jurídica do problema nos planos constitucionais e infraconstitucionais e d) a solução final da questão.

a) Aspectos históricos a serem considerados

Cumprido, inicialmente, sem qualquer pretensão de fazer um exaustivo apanhado histórico, aqui não comportável, buscar-se, tão somente, pinçar, em suas raízes históricas, dois fatores que compõem a base das condições econômicas, políticas e culturais que ainda condicionam a sociedade brasileira e que ensejam a discussão acerca de políticas afirmativas de cotas raciais, quais sejam: o preconceito racial e a discriminação, entrelaçados desde suas origens, mutuamente condicionantes e condicionadores da urdidura do tecido social brasileiro e que determinam, ainda hoje, as condições de desigualdade a que são submetidos as pessoas negras.

Inequívoco que a forma como homens e mulheres de toda a África, desterrados de suas culturas e de seus laços sociais e familiares na condição de escravos, objeto de negócio altamente rentável e levados a sustentar, com sua força de trabalho



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

escrava, economias como as do Brasil à época, foi da maior brutalidade. Mas a superação daquele estado de coisas pela abolição da escravatura não foi e ainda não é suficiente para que o dano causado, a desumanidade, os estigmas e as discriminações sejam efetivamente superados.

Importa ter-se presente que a própria produção teórica anti-escravista que começava a surgir à época do Império tinha, não raro, um fundamento muito mais de ordem estratégica sob os pontos de vista econômico e político na constituição da ideia de uma “nação brasileira” do que motivações propriamente humanistas que efetivamente apontassem a ideia de igualdade entre negros e não negros.

Nesse sentido, ilustrativo o texto de João Severiano Maciel da Costa, escrito em 1821:

“(…) Comprar e vender homens ofende, sem dúvida, a humanidade porque os homens nascem livres. Mas que argumentos se pode tirar daqui?”(…) Isto quanto ao mundo civilizado, porque no resto e como na África mesmo tudo são horrores e a escravidão tem o lugar de humanidade. Que muito, pois, que os bárbaros e ferozes africanos sejam transplantados de seus areais ardentes para o belo clima do Brasil e aí empregados no suave trabalho da agricultura? Parece-nos que a questão devia reduzir-se a saber se eles perdem ou ganham na transplantação”²

Mais adiante no texto, quando aponta diversas providências e considerações sobre a forma de substituição do trabalho escravo – que conclui já então não recomendado para o Brasil – sugere, dentre outras:

“Artigo 3º - Empregar os indígenas:

Outro grandíssimo dano que nos causou o sistema de trabalho por escravos foi o desprezarmos a civilização dos indígenas, a qual, sendo muito de obrigação de conquistadores cristãos, oferecia tantas e tão sólidas vantagens. Que prosperidade seria a nossa, hoje, se em vez de inundarmos nosso belo território de bárbaros africanos escravos, que já nos embaraçam, tivéssemos sabido tirar partido de tantas gerações americanas, que desde a descoberta do Brasil têm vegetado na mais tenebrosa barbaridade e desaparecido da superfície da terra(…)”³

² COSTA, João Severiano Maciel da. **Memória sobre a necessidade de abolir a introdução dos escravos africanos no Brasil, sobre o modo e condições que esta abolição se deve fazer e sobre os meios de remediar a falta de braços que ela pode ocasionar** in *Memórias sobre a Escravidão*. Arquivo Nacional Fundação Petrônio Portella – Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, 1988. P. 15/16. João Severiano Maciel da Costa; Primeiro Visconde com Grandeza e Marquês Queluz. Foi um magistrado e político brasileiro e Governador da Guiana Francesa quando ocupada por tropas portuguesas de 1809 a 1817. Foi deputado da Assembléia Constituinte por Minas Gerais e, após esta dissolvida, foi nomeado Ministro do Império em 10 de novembro de 1823 a 14 de outubro de 1824. O Texto foi produzido em 1821.

³ Idem, ibidem, p. 38/39.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

É bem verdade que vozes importantes, impregnadas pelas concepções liberais que avançavam, buscaram trazer outros conteúdos ao discurso, em um contexto no qual direitos civis ainda não haviam bem sedimentado os planos de direitos e garantias individuais e direito de propriedade, que se constituía ainda em nó górdio envolvendo a questão da abolição do regime escravista e a transição para uma estrutura econômica de mercado e produção por “braços livres”, tal como fica claro na Representação à Assembleia Geral Constituinte, em 1825, de José Bonifácio:

“A sociedade civil tem por base primeira justiça e por fim principal a felicidade dos homens. Mas que justiça tem um homem para roubar a liberdade de outro homem e, o que é pior, dos filhos deste homem, dos filhos destes filhos? Mas dirão, talvez, que se favorecerdes a liberdade dos escravos será atacar a propriedade. Não vos iludais, senhores, a propriedade foi sancionada para bem de todos. E qual é o bem que tira o escravo de perder todos os seus direitos naturais e se tornar de “pessoa a coisa”, na frase dos jurisconsultos? Não é, pois, o direito de propriedade que querem defender – é o direito da força, pois, que o homem, não podendo ser coisa, não pode ser objeto de propriedade. Se a lei deve defender a propriedade, muito mais deve defender a liberdade pessoal dos homens, que não pode ser propriedade de ninguém sem atacar os direitos da Providência que fez os homens livres e não escravos, sem atacar a ordem moral das sociedades, que é a execução estrita de todos os deveres prescritos pela natureza, pela religião e pela sã política.(...)”⁴

Entretanto, como bem adverte Alfredo Bosi, era apenas aparente a tensão *liberalismo-escravismo*, uma vez que “...o tráfico mais ativo do que nunca, trouxe aos engenhos e às fazendas cerca de 700 mil africanos entre 1830 e 1850.(...)”⁵. Veja-se que, de tais manifestações até os adventos da Lei do Ventre Livre e posteriormente a abolição decorrem mais de sessenta anos e, no contexto liberal emergente da época – e que não se tratava de uma única, mas ao menos dois matizes liberais, a vertente denominada *liberal-radical* e as demais que se concentravam em torno do Partido Liberal – não haveria que se falar de uma única concepção de abolicionismo, mas de várias, de acordo com os contornos ideológicos e os interesses políticos e econômicos envolvidos.⁶

Na verdade, como é possível verificar, ainda que em rápida ilustração, a preocupação predominante à época que fundamentava grande parte dos abolicionistas era, de um lado, com a necessidade de alavancamento de uma outra ordem econômica para o Brasil, especialmente que possibilitasse o rumo da industrialização e a criação de mercado, o que, invariavelmente implicava a adoção de mão de obra assalariada, isso também a ser considerado no contexto de pressão da Inglaterra. De outro lado, a preocupação era com o grande aumento da população negra em relação aos brancos, o que colocaria em risco um projeto nacional para a construção de uma nação branca, aos

⁴ SILVA, José Bonifácio de Andrada. **Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura in Memórias sobre a Escravidão**, op. cit., p. 68.

⁵ BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. Companhia das Letras, 4ªed., São Paulo, 1992, p.197.

⁶ Tal como adverte Alfredo Bosi, valendo-se de obra de Joaquim Nabuco, eram distinguíveis ao menos cinco vertentes: 1) os abolicionistas que fizeram campanha no Parlamento, na imprensa e no meio acadêmico; 2) os militantes da causa que se envolveram com as fugas em massa e na instrução de processos de alforria; 3) os proprietários de escravos, especialmente nordestinos e gaúchos que passaram a libertar escravos; 4) homens públicos que passaram a demonstrar intenção de resolver o problema, especialmente a partir de 1867 e 5) a ação pessoal do imperador e da princesa regente.(BOSI, Alfredo, op. cit, p.233)



moldes europeus, o que se constituiu como base para “políticas de branqueamento social”. A considerar-se, também, que enquanto os *abolicionistas* tinham em foco a libertação dos negros, especialmente preocupados com o sofrimento dos escravos, os *fazendeiros*, especialmente os cafeicultores, tinham apenas como preocupação a substituição da força de trabalho; aqueles imprimiam pressões para acelerar o processo, estes para retardar o máximo possível.⁷

Tal como aponta Bosi, mesmo depois da abolição há dois nós a serem considerados na história do negro: o que une liberalismo com escravidão e liberalismo com preconceito. Aponta o autor que as alternativas que restaram aos negros após a extinção da escravatura eram bastante precárias, o que, em verdade, se verifica até hoje:

“Extinto o regime legal do trabalho cativo, restaram às suas vítimas poucas saídas:

- ou a velha condição de agregados;
- ou a queda no lumpen, que já crescia como sombra do proletariado branco de origem europeia;
- ou as franjas da economia de subsistência”⁸

Esse rápido panorama permite, assim, verificar as origens históricas das condicionantes que hoje são responsáveis pelas discriminações e desigualdades sofridas pelas pessoas negras, o que, aliás, foi expressamente reconhecido pelo Brasil e pelos demais países que participaram da Conferência Mundial de Durban, como se verá mais adiante, e cuja inequívoca realidade se expressa no grave quadro que a realidade social e cultural hoje no Brasil apresenta, tal como se passa a demonstrar.

1.2 Aspectos Sociológicos

A realidade que se verifica hoje acerca das condições sociais em que se encontram as pessoas negras no Brasil, merece ser, aqui, minimamente conhecida, de sorte a verificar-se o quanto aquelas condições históricas referidas ainda deitam raízes no tecido social e condicionam as suas condições de vida, de forma a permitir uma leitura mais aproximada sobre o quanto a “igualdade de condições” permanece precarizada e o quanto o preconceito, a discriminação e a desigualdade, de recorte racial, se constituem, ainda, em realidades invisibilizadas ou socialmente dissimuladas e no contexto social brasileiro de forma a desafiar medidas que busquem sua radical transformação.

Antes, porém, cumpre precisar como se adotarão os conceitos de negro, de pardo e de afrodescendente no presente Parecer, de forma a tornar mais precisa a compreensão do universo de pessoas implicadas. Especialmente levando-se em consideração a delimitação de quais são aquelas a quem, de regra, podem ou devem ser dirigidas as políticas voltadas para o enfrentamento das desigualdades em seu recorte

⁷ BOSI, Alfredo, op. cit., p.241.

⁸ BOSI, Alfredo, op. cit., p. 266.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

racial, com ênfase naquelas que se constituem no objeto central a ser aqui enfrentado, qual seja, as que se constituem nas denominadas ações afirmativas de cotas raciais.⁹

Não existe consenso acerca da classificação sobre raças no Brasil, sob qualquer critério que se adote. Segundo o primeiro senso realizado no Brasil em 1872, as categorias consideradas eram as de branco, negro, pardo e caboclo, sendo esta última para contemplar a população indígena. Os critérios foram bastante diversificados nos sensos posteriores, sendo a cor parda retirada no sendo de 1940 e reintroduzida definitivamente a partir dos sensos de 1950.

A cor da pele vem predominando e se constitui no critério adotado pelo IBGE no senso de 2010 com base na autodeclaração, o que, por si somente, já determinou significativas diferenças na composição de raças da população brasileira em relação ao senso do ano de 2000, tendo sido adotadas as categorias: branco, negro, pardo, amarelo, indígena¹⁰. Sem embargo, para os fins de estatística e para formulação de políticas públicas com recorte racial e, também, para os fins ora perseguidos, adotam-se o negro e o pardo como constituindo uma mesma categoria, até porque, para além da existência de componentes raciais de miscigenação entre as pessoas pardas, as condicionantes históricas e a situação social destes são muito semelhantes as das pessoas negras.

Feito isso, agora para evidenciar a realidade de profundas desigualdades a que ainda estão submetidas as pessoas negras no Brasil e, mais proximamente no Rio Grande do Sul, há que se levar em consideração uma série de estudos e pesquisas que, já há muito, vêm demonstrando que a desigualdade social no Brasil tem contornos importantes, especialmente de gênero e de raça. Dito de outra forma, são estudos,

⁹ Conforme nota do IBGE, sobre os indicadores adotados para o sendo: “O atual debate no Brasil sobre as políticas de ação afirmativa e de promoção da igualdade no acesso das populações negra e indígena às universidades e aos concursos públicos tornou premente, no contexto institucional, a necessidade de aprofundar a reflexão sobre o sistema de classificação de cor ou raça utilizado nas pesquisas domiciliares do IBGE. Os compromissos assumidos pelo Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul, em 2001, quando foi adotada a “Declaração e o Programa de Ação de Durban”, que trata especificamente das políticas e práticas de coleta e desagregação de dados, pesquisas e estudos nesta área, reforçaram essa necessidade.”(disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf)

¹⁰ Ainda conforme esclarece o IBGE: “Os Censos 1950 e 1960 reincorporaram o grupo pardo à categorização de cor, como unidade de coleta e análise, sendo os primeiros levantamentos que orientaram explicitamente nas suas instruções de preenchimento a respeitar a resposta da pessoa recenseada, constituindo a primeira referência explícita ao princípio de autodeclaração. No Censo 1970, mais uma vez a variável foi excluída da pesquisa, sendo que a partir do Censo 1980 o quesito voltou a ser pesquisado, desta vez no questionário

da amostra. Em 1991, foi acrescentada a categoria indígena às já mencionadas, após um século de ausência esta identificação, passando a pergunta a ser denominada como de “raça ou cor” e, no Censo 2000, de “cor ou aça”. Em 2010, último censo realizado, repetiram-se as mesmas categorias de classificação da pergunta, que voltou o questionário básico aplicado à totalidade da população, sendo que, pela primeira vez, as pessoas identificadas como indígenas foram indagadas a respeito de sua etnia e língua falada. A investigação de cor ou raça também passou a integrar outras pesquisas domiciliares, tais como a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, em 1987, a Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF, em 2002-2003, e a Pesquisa Mensal de Emprego - PME, em 2003. Além disso, conta-se com os resultados de duas pesquisas específicas anteriores:

a PNAD, realizada em 1976, e a PME, em julho de 1998, em que foram incluídas uma pergunta aberta, de resposta espontânea, e outra fechada, ou pré-codificada, sobre a cor ou raça do entrevistado. (disponível em

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

pesquisas e estatísticas que traduzem o quanto a exclusão social tem de preconceito e discriminação, especialmente quanto a negros e pardos, sobre quem pesam, dentro do quadro de vulnerabilidades, as maiores e profundas desigualdades.

Os dados disponíveis demonstram comparativamente a desigualdade racial em que vive a população brasileira. Vejam-se alguns números gerais.

a) Pesquisas que se debruçaram sobre a realidade da pobreza no Brasil apontaram que:

- A população total brasileira, segundo a PNAD de 2006¹¹, é de aproximadamente 187 milhões de pessoas. Destas, 49,7 são brancas e 49,5 são negras (pretos e pardos).

- Do grupo dos 10% mais pobres, os negros correspondem a 73,2%, enquanto que são apenas 12,4% do grupo do 1% mais rico.

- Segundo relatório do PNUD¹², o IDH-M¹³ da população branca brasileira, em 2000, era 0,814, considerado alto, enquanto que o da população negra era 0,703, de desenvolvimento médio.

- Conforme o relatório, apesar de haver queda da mortalidade infantil entre 1980 e 2000, a taxa das crianças negras era ainda 66% maior que a das crianças brancas entre 1991 e 2000.

- Segundo dados compilados de 2001 e 2002, 25 milhões de pessoas no Brasil viviam abaixo da linha de pobreza. Desses 25 milhões, 70% eram negros¹⁴.

- De acordo com os mesmos dados, 58 milhões de brasileiros vivem na pobreza (um mínimo de 200 reais por mês), dos quais 63% são negros¹⁵.

Tais dados são suficientes para demonstrar que a pobreza no Brasil está concentrada na população negra e a riqueza na população branca. Mais do que isso, os estudos esta pobreza acompanha crianças até a fase adulta, do seguinte modo :

¹¹ IBGE. Síntese dos Indicadores Sociais 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicador_minimos/sinteseindicsoais2007/indic_sociais2007.pdf> Acesso em: 19.05.2008.

¹² PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005: Racismo, pobreza e violência. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>> Acesso em: 19.05.2008.

¹³ Índice de Desenvolvimento Humano Municipal Brasileiro, derivado do IDH calculado para países.

¹⁴ CARVALHO, José Jorge de. Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior. 2ª ed. São Paulo: Attar, 2006, p. 27. Alguns capítulos do livro estão em m artigo online, elaborado em conjunto com Rita Laura Segato, disponível em: < www.unb.br/ics/dan/Serie314empdf.pdf>

¹⁵ Ibidem, p. 27.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

- Na faixa do nascimento até os 6 anos, 51% das crianças são pobres, das quais 38% são brancas e 65% são negras.
- Entre 7 e 14 anos, o percentual de pobres entre os brancos é de 33%; entre os negros, 61%.
- Entre 15 e 24 anos, a proporção é de 22% entre os brancos e 47% entre os negros.

No campo educacional, os efeitos da pobreza acentuada na infância refletem em outros aspectos da condição social da população, principalmente em relação à educação. Vejamos as taxas de analfabetismo e média de anos de estudo colhidas pelo IBGE, referentes a 2006:

- 6,5% dos brancos com mais de 15 anos são analfabetos, enquanto que o são 14,1% dos pretos e 14,7% dos pardos.
- 16,4% dos brancos com mais de 15 anos são analfabetos funcionais, enquanto que o são 27,5% dos pretos e 28,6% dos pardos.
- Média de anos de estudo para brancos de 15 anos ou mais é de 8,1 anos, enquanto para pretos é de 6,4 e para pardos 6,2 anos.

Dados também de 2000 e 2001 sobre educação, produzidos pelo IPEA, sistematizados por Ricardo Henriques e apresentados por José Jorge de Carvalho¹⁶:

- 57% dos adultos brancos não completaram o ensino fundamental, enquanto 75,3% dos adultos negros não completaram o mesmo período de ensino.
- 63% dos jovens brancos de 18 a 23 anos não completaram o ensino médio, enquanto 84% dos jovens negros não completaram o ensino médio.
- 12,9% dos brancos completaram o ensino médio, enquanto apenas 3,3% dos negros completaram o ensino médio.

Além das conclusões tradicionais da desigualdade de ensino – como decorrência da pobreza mais acentuada entre a população negra – o relatório do PNUD ainda aponta práticas pedagógicas perpetuadoras do racismo no espaço escolar, tendo em vista que, frequentemente, constata-se procedimentos ou reprodução de argumentos ou de abordagens que tendem a reafirmar estereótipos.¹⁷

c) Mercado de trabalho:

As desigualdades educacionais, por sua vez, se refletem no mercado de trabalho. Com baixa escolaridade e precisando trabalhar mais cedo, restam cargos de menor qualificação em proporção maior aos negros.

¹⁶ CARVALHO, Inclusão étnica..., p. 29.

¹⁷ PNUD, Relatório de Desenvolvimento Humano 2005, p. 69.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Alguns números da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE¹⁸, referente a setembro de 2006:

- Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal: pretos e pardos R\$ 660,45; brancos R\$ 1.292,19. Diferença de 51,1%.

- Rendimento/hora habitualmente recebido no trabalho principal: pretos e pardos 4,15; brancos 8,16.

- Rendimento domiciliar per capita: brancos 950,46; pretos e pardos 417,23.

- Diferença de rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal para a população ocupada masculina, com 18 a 49 anos de idade e 11 anos ou mais de estudo: na indústria, 96,6%; na construção, 105,6%; no comércio, 85,6%; educação saúde e administração pública, 45,7%. Sempre em favor dos brancos.

- Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal segundo a cor ou raça e anos de estudo:

1 a 3 anos: pretos e pardos 431,01; brancos 514,23.

4 a 7 anos: 499,02 pretos e pardos; brancos 617,05.

8 a 10 anos: 556,63 pretos e pardos; brancos 691,62.

11 ou mais anos: 899,64 pretos e pardos; brancos 1728,38.

Em estudo para o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) com dados até 1999, SERGEI SOARES atribui três etapas para processo que determina diferenciação salarial entre brancos e negros (homens e mulheres): formação, inserção e definição salarial¹⁹. Conclui que a maior diferença entre salários finais em condições iguais – que podem indicar de forma mais clara discriminação direta – está entre homens brancos e mulheres brancas. Sobre a relação salarial entre homens brancos e negros, diz: “Já os homens negros também sofrem alguma discriminação na hora do contra-cheque – recebem algo em torno de 5% a 20% menos que os homens brancos, sendo que esse diferencial cresce com a renda do homem negro. Os homens negros perdem algo em torno de 10% por trabalharem em setores ou terem vínculo com o mercado de trabalho inferiores aos dos homens brancos. O restante do preço da cor é pagamento pela discriminação sofrida durante os anos formativos – é na escola, e não no mercado de trabalho, que o futuro de muitos negros é selado”²⁰.

¹⁸ Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=737&

id_pagina=1> Acesso em: 16.05.2008.

¹⁹ SOARES, Sergei Suarez Dillon. O Perfil da Discriminação no Mercado de Trabalho – Homens Negros,

Mulheres Brancas e Mulheres Negras. IPEA – Texto para discussão n°769. Brasília, agosto de 2000. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/pub/td/2000/td_0769.pdf> Acesso em: 16.05.2008.

²⁰ SOARES, O Perfil da Discriminação..., p. 23.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Vejamos as principais conclusões, com base nas 500 maiores empresas do país²¹:

- Cargos de chefia são 94% ocupados por brancos e apenas 3,5% ocupados por negros.

- Cargos de supervisão são 80,1% ocupados por brancos e 17,4% ocupados por negros.

- Quadro funcional: mesmo aqui, os negros são apenas 25,1%; os brancos, 73%.

Os negros também são sub-representados entre Juízes, Desembargadores, Procuradores, Defensores Públicos, nos cargos da máquina administrativa do Estado e nos cargos de poder do Estado, de acordo com o PNUD²²

Relatório do IBGE, na Síntese de Indicadores Sociais 2007:

“As desigualdades raciais manifestas em todos os indicadores aqui analisados expressam a recorrente exclusão social à qual homens e mulheres, identificados como pretos ou pardos, são submetidos ao longo do percurso de suas vidas. Sistemáticamente desfavorecidos quanto às condições de moradia, assistência médico-sanitária, escolaridade, emprego e renda, para mencionar os mais importantes fatores de exclusão, este segmento populacional de ascendência africana e indígena também apresenta maiores níveis de mortalidade infantil, menores valores de esperança de vida ao nascer, maiores índices de mortalidade de jovens e maiores proporções de mortalidade de gestantes.”²³

É patente, que o Brasil foi construído sob o manto da opressão e escravização dos negros, pelos brancos ou, de forma mais abrangente, pelos não-negros, tal como rapidamente aqui repisado. É revelador verificar que praticamente 75% da história brasileira é forjada no modo de produção racista-escravo, ou seja, tão somente 25% de história é vivenciada fora da escravização. Portanto, foram longos anos – 350 (trezentos e cinquenta) produzindo e reproduzindo, tanto no mundo do trabalho como de resto nas demais estruturas da sociedade, aquelas condições de subalternidade e de subserviência para a população afro-descendente.

²¹ Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e suas Ações Afirmativas – 2007.

Disponível em:

<[http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?](http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortallBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=BFF94D4629AE04EB832574430047A237)

[temp=5&proj=PortallBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=BFF94D4629AE04EB832574430047A237](http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortallBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=BFF94D4629AE04EB832574430047A237)> Acesso em 20.05.2008.

²² PNUD, Relatório de Desenvolvimento Humano 2005, p. 46-49.

²³ IBGE. Síntese dos Indicadores Sociais 2007, p. 182.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Apagar o nefasto resultado da escravidão brasileira, não é tarefa fácil, tal como adverte Hélio Santos:

“(...) o Brasil postergou o fim do escravismo até a exaustão do regime. Enquanto nos Estados Unidos o fim da escravidão se dera em 1863, aqui, isso só viria a ocorrer 25 anos depois. Essa diferença de quase uma geração se faz sentir ainda hoje. Os primeiros escravos desembarcaram naquele país em 1619, na Virgínia. Aqui, essa chegada ocorrera 85 anos antes. Tem-se ao todo 110 anos de diferença a favor dos negros daquele país: 25(abolição) + 85 (chegada). A situação do negro nos Estados Unidos, hoje, não é tão satisfatória quanto a do branco, mas é bem superior à do negro brasileiro. Por outro lado, a situação do branco americano é extraordinariamente melhor que a do branco daqui. Uma das lições que podemos inferir dessa história: a sociedade americana se beneficiou (como um todo) por não retardar o fim da escravidão como ocorreu no Brasil. Ganhou mais ainda por não ter tido uma escravidão tão longa, lembra Helio Santos.”²⁴

Em três séculos de convívio e produção do que algumas correntes sociológicas denominam racismo oficial - racismo oficial na medida em que foi o Estado e o Direito que impingiram a subordinação jurídica e fática às pessoas de pele negra, e tão somente a elas – a que se soma o modo de como foi feita a transição do fim do modelo escravagista²⁵ para a do trabalho remunerado, tem-se como resultado e desdobramentos sociológicos, até hoje, fatores atuantes e sistemáticos no sentido de manutenção de uma elite branca e de uma pobreza negra determinando a configuração do que Helio Santos chama de Brasil branco e Brasil negro.

O Brasil branco, diz Hélio Santos²⁶ está entre as dez maiores economias mundiais, possui a segunda maior frota de jatos executivos do mundo, é o 4^a maior fabricante de aviões do planeta, tem um PIB anual de mais de 1 trilhão de reais e onde praticamente inexistem negros. Já o segundo Brasil é o Brasil negro, superpovoado por negros, onde a luta recorrente é conseguir fazer três refeições diárias, onde vivem os “sem tetos”, os trabalhadores informais, onde o Fundo das Nações Unidas para a Infância UNICEF classificou o Brasil na 105^a posição em um ranking com 191 países, haja vista a mortalidade infantil, a inexistência do direito a saúde, habitação e educação dignas.²⁷

Segundo Ricardo Henrique, em 1999 os negros²⁸ representavam 45% da população brasileira, mas correspondiam a 64% da população pobre e 69% da população

²⁴ SANTOS, Helio. **A Busca de Um Caminho para o Brasil**: a trilha do círculo vicioso. São Paulo: SENAC, 2001, p. 77

²⁵ As negras e negros escravizados eram impedidos pelo Estado de estudar e de se qualificar. Isto produziu gerações e gerações de trabalhadores sem maiores qualificações voltados tão somente para o trabalho ou doméstico ou de campo, conforme o interesse do não-negro ao qual estava subordinado. Esta realidade foi fruto do ordenamento jurídico vigente, bem como, da estrutura do modo de produção à época, no entanto, como não foi feita políticas públicas para instrumentalizar, instruir, apoiar e colocar os escravizados no novo modo de produção, estes não estavam preparados para a industrialização que se avizinhava. Helio Silva lembra que no dia 12 eram escravos e no dia seguintes jogados à margem da sociedade fazendo deles um exército de desempregados. Para melhor entendimento sobre a forma do fim do trabalho escravo ver Helio Santos. op. cit.

²⁶ SANTOS, 2001, p. 181 *et seq*

²⁷ ¹ *Ibid.*, p. 186 *et seq*.

²⁸ A pesquisa informa que negros correspondem à soma dos pretos e pardos. “Em 1999 de acordo com a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

indigente. Os brancos, por sua vez, eram 54% da população total, mas somente 36% dos pobres e 31% dos indigentes. Ou seja, dos 53 milhões de brasileiros pobres, 19 milhões são brancos, 33,7 milhões são negrodscendentes e entre os indigentes tem-se 6,8 milhões de brancos e 14,1 milhões de afro-brasileiros.²⁹

Esta é a composição racial da pobreza, onde os negros estão sub-representados no topo da pirâmide social e hiper-representados na base desta pirâmide, Ricardo Henriques diz que:

“O reconhecimento de que a maioria dos negros pertencente aos segmentos de menor renda per capita e que os negros ricos são menos ricos que os brancos ricos nos permitem derivar uma clivagem socioeconômica que pode traduzir-se em dois mundos um “Brasil branco” mais rico e mais desigual e um “Brasil negro” mais pobre e mais equânime. O “Brasil branco” é cerca de 2,5 vezes mais rico que o “Brasil negro”. A renda média entre os 10% mais pobres entre os brancos é superior à renda média dos 10% mais pobres entre os negros e esta diferença em favor dos brancos se repete até alcançarmos os indivíduos mais ricos das duas populações.”³⁰

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 1999, a população afro-descendente (preta e parda) correspondia a pouco mais de 45% do total. O que chama atenção nesses dados é que, enquanto o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil como um todo fazia o país ocupar a 74ª posição no ranking, 45% de sua população vivia 34 posições abaixo, isto é, os 73 milhões de negros e negras estavam, em termos de qualidade de vida, muitos pontos abaixo da média nacional.

Como se verifica, as condições de discriminação e de desigualdade se reproduzem no que Helio Santos se refere a sistema eficaz que ajuda na perpetuação de negros e negras na base da pirâmide social. O referido autor esquematizou este sistema chamando-o de “a trilha do círculo vicioso” a qual explicaremos resumidamente a seguir.

A denominada “trilha do Círculo Vicioso” apresenta três bases de sustentação:

- a) o fluxo a ser percorrido, tendo por orientação o racismo impondo necessária interação com as dificuldades simbólicas e materiais desta realidade;
- b) a retroalimentação entre os fatores que tende a manter o círculo vicioso, dificultando o passo seguinte,;
- c) as dificuldades estruturais e psicológicas destas relações entre o fluxo e a retroalimentação das dificuldades, pois a estrutura da trilha reflete-se na dimensão psicológica - ex: desmotivação, aceitação (in)consciente de inferioridade - e a tais resultados tanto servem para

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) entre os cerca de 160 milhões de indivíduos que compunham a população brasileira, 54% se declaravam brancos, 39,9% pardos, 5,4% pretos, 0,46% amarelos e 0,16% índios”. Ver: HENRIQUES, Ricardo. **Desigualdade Racial no Brasil**: evolução das condições de vida na década de 90. IPEA, 2001. Também disponibilizado no Site do IPEA, texto Nº 807.

²⁹ *Ibid.*, p. 9

³⁰ *Ibid.*, p. 20



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

realimentar as dificuldades e ajudar na imobilidade social como também contribui para a permanência e fortalecimento dos preconceitos raciais.

Percebe-se que, em larga medida, são práticas sociais calcadas em preconceito que dão sustentação ideológica para a discriminação racial e para as desigualdades sociais apoiada em fatores raciais. Foram tais práticas e o etnocentrismo enquanto ideologia que deram sustentação a 350 anos de escravização e que ainda hoje estão na base dos processos e fluxos sociais de reprodução dos estereótipos das pessoas negras e das relações de subjugação e desigualdade.

É com tais fundamentos que formulada a proposta da “trilha do círculo vicioso”, por Hélio Santos; o fluxo em seu novo momento com a abolição da escravatura, sendo importante ter-se sempre presente a forma como aconteceu, já sucintamente relatado. Veja-se que, ainda no dia 12 de maio de 1888, afrobrasileiros eram juridicamente considerados objetos, propriedade de seus donos. No dia seguinte, a Lei 3.353, - Lei Áurea -, em apenas dois artigos extingue a escravidão no Brasil. Como se observa, a escravidão foi extinta enquanto figura jurídica, mas prossegue enquanto prática social.

A partir desse primeiro momento, passa-se para o segundo momento na trilha que basicamente se constitui, de forma perversa, pela visão estigmatizante da sociedade : “negros são incapazes por natureza”. A falta de estudo, falta de profissionalização, falta de poder aquisitivo é vista pela sociedade como se tal realidade tivesse sido obra dos próprios negros e inerentes ao que seria uma característica de raça e não resultado do racismo e da escravização. Há, aqui, então, um processo de retroalimentação, vez que tal visão impele o fluxo a permanecer nesse primeiro estágio do ciclo.

Segundo vários estudos, os estereótipos de negros no Brasil são geralmente negativos e a sociedade desqualifica a população negrodscendente. No ano de 1995, a Pesquisa Nacional comprovou que 43% da população brasileira acreditava que “a única coisa que os negros sabem fazer bem são música e esportes”.³¹

O terceiro momento da “trilha” tem íntima ligação com os dois primeiros, pois a visão da sociedade é passada para os meios de comunicação. Nesse passo exsurgem os fenômenos da violência e da repressão policial, em larga medida configurando discriminação institucional direta e, até mesmo, sendo freqüente a aceitação psicológica por parte do grupo atingido, (alguns membros pertencentes ao grupo oprimido acredita nas ideias de inferioridade - reproduzidas de várias maneiras pela mídia) , fatores que cuja associação determina a desmotivação, que, a seu turno, realimenta os momentos anteriores do iter.

Um bom exemplo de que a massificação de estereótipos racistas acaba fazendo com que boa parte da população negra acredite ou reproduza os estereótipos negativos a ela anuído, foi comprovado pela Pesquisa Nacional de 1995 onde 23% dos brasileiros entrevistados confirmaram acreditar que “os negros quando não fazem na entrada, fazem na saída”³². Nesta pesquisa ficou demonstrado que um número muito próximo de negros e não-negros acreditam neste estereótipo, ou seja, os próprios negros acabam introjetando e reproduzindo os preconceitos estigmatizantes sobre si mesmos.

³¹ Pesquisa Nacional de 1995 apud TELLES, 2003, p. 237.

³² TELLES, 2003, p. 237.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

O quarto momento do ciclo tem uma relação psicossocial, que é a falta de identidade racial, a negação de suas origens e todo o desdobramento psicomocional e político de tal realidade. Novamente, esse momento, que é também já fruto das passagens anteriores, integra o processo de *feedback*.

No quinto momento, de forma mais específica, é demonstrado o grande desdobramento político: a imobilização política, ou negação da realidade de opressão, preconceito, discriminação e exclusão racial. Já o momento subsequente é a manutenção das dificuldades, oriundas da imobilidade política do anterior; é o retorno aos processos ou momentos iniciais da trilha - dificuldades econômicas e educacionais - , iniciando um novo círculo e assim infinitamente.

A denominada “trilha do círculo vicioso” de Hélio Santos é uma abordagem que busca minimamente demonstrar alguns dos processos sociais mais importantes que se reproduzem e retroalimentam, tendo como uma das principais consequências a imobilidade social de grande parte da população negra.

Propondo alternativas para enfrentar os fatores de desigualdade e discriminação ciclicamente reproduzidos, o autor aponta a necessidade de intervenções por parte do Estado através de políticas públicas de recorte étnico-racial que possam atuar como instrumentos de interrupção da exclusão e discriminação racial, de forma a contribuir efetivamente na democratização dos espaços de poder e prestígio como as universidades e serviços públicos. Um desses instrumentos é a ação afirmativa³³, cujos aspectos e implicações jurídicas é o que se passa a enfrentar mais de perto.

³³ “(...)a ação afirmativa é uma iniciativa pública cujo objetivo principal é adotar medidas que reparem e compensem os grupos que sofreram no passado perdas em razão de abusos de quaisquer tipos. São exemplos de abusos: exploração, discriminação, violência, preterição, tratamento degradante e impedimento sistemático ao desenvolvimento do indivíduo. Portanto, AA cuida de reparar prejuízos acumulados ao longo do tempo. Isso se dá mediante o estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidades; o que já sabemos ser possível somente pela adoção da equidade, sob pena de operarmos com um sofisma. Para que nossos parceiros de viagem tenham uma visão mais completa, vamos explicar, por partes os diversos aspectos que envolvem a AA: (1) Esse tipo de medida não cuida só dos efeitos da discriminação racial. Ela pode contemplar as demais diferentes categorias: mulheres, idosos, etc. (2) AA não é “política de cotas”, como ficou conhecida no Brasil. A expressão “cotas” sinaliza um percentual -10% a 20%, etc. - e passa uma idéia de obrigação, espécie de “reserva de mercado”. Isso se dá com o fito de desqualificar no nascedouro uma iniciativa que não deixa de levar em conta o mérito (i verdadeiro) do indivíduo. Quando se cuida de deixar um dado percentual na adoção de uma política de preferência é porque se está trabalhando com a idéia de metas, a qual nada tem a ver com a odiosa tese da reserva de mercado. Entretanto, existem inúmeras áreas do país em que a ausência negra é absoluta. Referimo-nos a determinados espaços e concursos ainda proibidos para os descendentes daqueles que, com o suor e sangue (sem o sentido figurado mesmo), morreram de tanto trabalhar, mas que nenhum recurso material puderam deixar para os seus. Ora, nem o militante negro mais sectário – e há alguns poucos – reivindicaria uma “cota” que reservasse todas as vagas para os negros. No entanto, em muitos espaços da sociedade brasileira existem cotas de até 100% para brancos. São reservas de mercado absolutas que só são eternas. A reparação que se busca fazer deve cumprir um tempo suficiente para que as oportunidades passem a ter um curso de efetiva igualdade.” (SANTOS, Hélio. *A Busca de Um Caminho para o Brasil: a trilha do círculo vicioso*. São Paulo: SENAC, 2001, p 336-337



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

2 - Abordagem jurídica do problema nos planos constitucionais e infraconstitucionais

Conforme já assinalado, a matéria vem, de forma crescente, sendo objeto de atenção tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência e tem implicações com diversas disposições constitucionais, especialmente de caráter principiológico, assim como também com disposições constantes de instrumentos internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário. Esses últimos compreendendo a Declaração Universal de Direitos Humanos, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais bem como, e de forma ainda mais próxima à questão ora posta, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.³⁴ Diz respeito, ainda, a disposições legais no plano infraconstitucional, principalmente a legislação federal que trata da matéria, a começar pela Lei Federal n.º 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial – e o Plano Nacional de Direitos Humanos, atualmente em sua terceira versão – PNDH 3 – objeto do Decreto Federal n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009, especificamente no que dispõe em sua Diretriz 9, Objetivo estratégico I, e Lei Estadual n.º 13.694/2011 que institui o Estatuto Estadual da Igualdade Racial.

Demonstrada, à saciedade, a permanência de condições de desigualdade fundadas em condições fáticas - sociais e culturais - de discriminação baseadas em preconceitos raciais desde suas origens históricas no Brasil e que redundam em condicionantes importantes de desigualdade que se reproduzem das mais diversas formas, cumpre agora, ao adentrar-se no plano jurídico, enfrentar a matéria a partir de seus elementos centrais: o preconceito e a discriminação. Cabe, neste momento, identificar-se e demonstrar-se como tais elementos, traduzidos nas práticas sociais e nos discursos hegemônicos, estabelecem um estado de coisas que agride os diversos princípios constitucionais já sinalizados e com especial relevo ao da igualdade, afrontam fundamentos do Estado Democrático de Direito e consolidam situações de iniquidade. Feito isso, buscar-se-á demonstrar que, dentre as providências necessárias e/ou possíveis para a superação de tal realidade, as ações afirmativas, em especial a política de cotas, se constituem em instrumentos não somente válidos como importantes que, ao contrário de malferir disposições de fundamentos constitucionais, em verdade os afirmam e lhes dão concretude.

O que se pretende demonstrar é que no sistema jurídico brasileiro, hoje, as ações afirmativas encontram tanto fundamentos constitucionais suficientes para serem contempladas, independentemente de disposição legal, quanto, se assim não fosse, *ad argumentandum tantum*, fundamentos legais, tendo por base as legislações federal e estadual sem que se queira afirmar que haja qualquer incompatibilidade entre o que a

³⁴ A Declaração Universal data de 10/12/1948; o PIDCP foi adotado pela Resolução n.º 2200 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966 ratificada pelo Brasil em 24/01/1992; o PIDESC também adotado pela mesma Resolução da ONU de n.º 2200, foi adotada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226 de 12/12/1991 e Decreto Executivo n.º 591 de julho de 1992; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi adotada pela Resolução n.º 2106 A (XX), da Assembleia Geral da ONU em 21/12/1965 e ratificada pelo Brasil em 27/3/1968 e integrada ao sistema jurídica pátrio pelo Decreto Presidencial n.º 65.810 de dezembro de 1969.



legislação ordinária dispõe e o que a Constituição determina; antes ao contrário, encontram-se em perfeita sintonia.

2.1 Do direito da antidiscriminação e o princípio da igualdade

O direito da antidiscriminação, tendo por base a preocupação central com as abordagens ao princípio da igualdade em sua dupla dimensão – formal e substancial – busca fixar conteúdos pertinentes e deles extrair consequências jurídicas de forma a dar concretude a tal princípio tanto no plano formal, enfrentando situações de tratamentos não isonômicos tendo, no plano formal a perspectiva da antidiferenciação e, no plano substancial, buscar soluções jurídicas que resolvam situações de desigualdade – e de iniquidade – no plano material, orientadas pela perspectiva da antissubordinação.³⁵

Elementos sobre os quais se debruça o direito da antidiscriminação são o preconceito e o estigma, que se constituem em leituras da realidade de forma a permear relações interpessoais e sociais em que pessoas ou grupos são vistos e tomados depreciativamente e com menor consideração a partir de suas características comportamentais, raciais, culturais, de gênero ou outras que, em não sendo contidas ou admitidas, redundam, não raro, no fenômeno da discriminação, seja ela de forma direta, quando regras e comportamentos são intencionalmente adotados de forma a excluir ou subjugar ou, de forma indireta, quando regras e comportamentos, ainda que não intencionalmente adotados, trazem como consequência efeitos idênticos ou similares àqueles.

No campo do direito antidiscriminação, aponta Roger Raupp Rios, duas grandes vertentes teóricas se debruçam sobre o princípio da igualdade, quais sejam, uma de caráter procedimentalista, que centralmente se orienta na perspectiva de que o princípio deve situar-se no âmbito do princípio majoritário como central na democracia, e outra de caráter substancialista que aponta a preocupação nuclear com efetivas desvantagens que são suportadas por determinados grupos sociais e busca soluções calcadas em abordagens libertas de condicionamentos fundados em preconceitos, objetivando combater tais situações de desigualdades³⁶. Assim, para além mesmo da vedação a atos e critérios discriminatórios que restringem direitos, o princípio da igualdade de proteção – *equal protection doctrine* norte americana – tem por escopo evitar situações de subjugação de pessoas, comunidades ou populações.

Tal como assevera Roger R. Rios:

“A *equal protection doctrine* é compreendida como combate contra medidas estatais que tratam certa classe de pessoas de forma subordinada, sob pena de se consagrar a existência de cidadãos de segunda categoria. A seu ver³⁷, o objetivo da XIV Emenda, ao vedar a diferenciação de tratamento, é evitar que

³⁵ RIOS, Roger Raupp. **Direito Antidiscriminação**, discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p 23 ss.

³⁶ RIOS, op. cit. p24/27

³⁷ O autor aqui está se referindo à doutrina do constitucionalista Laurence Tribe.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

alguns se tornem “mais iguais” que outros, sendo de rigor a afirmar que a garantia da igualdade, nesta tradição, contém mandamento de eliminação das condições que subjagam certos indivíduos e grupos diante dos demais.”³⁸

O indigitado autor adverte, ainda, que o direito antidiscriminação, em que pese buscar soluções jurídicas para o enfrentamento à realidade da discriminação, tendo por centro uma perspectiva jurídico-dogmática, acaba permeado por importantes contribuições de outras ciências que se debruçam sobre o mesmo fenômeno.³⁹

Efetivamente, a compreensão do humano definitivamente não deve compadecer-se de construções que elidam ou busquem elidir aspectos discriminatórios da realidade social e que restam cobertos pelo véu de discursos que objetivam colocar na invisibilidade diversas dessas facetas da sociedade, calcados em uma perspectiva anacrônica que tende a legitimar e a perpetuar práticas e condições afrontosas à dignidade da pessoa humana. Aqui, mais especificamente, condições de desigualdade às pessoas negras, calcadas no preconceito e na discriminação racial, em franca contradição com a amplitude e alcance dos princípios constitucionais fundantes de um Estado de Direito Democrático. Nesse sentido, cumpre repisar o que já asseverado no Parecer nº 15.494 desta Procuradoria-Geral do Estado:

“(...)Conforme doutrina de J.J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem com quatro funções essenciais, dentre elas a de direitos de defesa e de não discriminação, e que dá suporte a toda uma nova abordagem constitucional denominada direito antidiscriminação:

“Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é que se pode chamar **função de não discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex. não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). (...) É ainda com uma acentualização-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães/solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”)⁴⁰

Impõe-se, pois, ter-se claro que o conteúdo de texto normativo constitucional deve, em termos de interpretação de direitos fundamentais, ser compreendido da forma o mais abrangente possível – interpretação extensiva – orientação esta que também se aplica aos estatutos normativos internacionais que devem ser integrados ao sistema interno. De outro lado, esse conteúdo deve corresponder, sempre e tanto

³⁸ Rios, op, cit., p. 29

³⁹ Idem, ibidem, p.32

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 4ª Ed, p. 403/404



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

quanto possível, à realidade posta em cada momento histórico, de forma que a densidade normativa da constituição se desenvolva de forma segura e firme, especialmente quando se tem em consideração tal catálogo de direitos e, mais especialmente, quando está em questão a dignidade da pessoa humana.

Konrad Hesse, nesse sentido, adverte:

“Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada justa, o apoio e a defesa da consciência geral.”⁴¹

A necessidade de permanente atualização da realidade social diante da Constituição é de fundamental importância na perspectiva de a vida de milhões de pessoas que vinham sendo deixadas à margem da proteção jurídica relativamente a diversos direitos foram finalmente resgatadas em sua plenitude de cidadania, superando insustentável restrição de direitos fundamentais que se fundara em iníqua discriminação, sob todos os aspectos insustentáveis, devendo a ordem jurídica, em consonância com os ditames constitucionais garantir respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à igualdade, ao pluralismo, à intimidade, à busca da felicidade, o que somente é possível com obediência aos respectivos princípios, especialmente o da igualdade e o da não-discriminação.(...)”

O dever de igualdade alberga, em verdade, dois imperativos apenas aparentemente contraditórios, quais sejam, o do tratamento igual, expresso no mandamento de “dever de tratamento igual” e o do tratamento desigual, este expresso no “dever de tratamento desigual”. O fundamento para um e outro se encontra na existência de uma razão suficiente que aponte para a aplicação de um ou outro imperativo, o que acarreta, sempre, um “ônus argumentativo”, tal como preleciona Alexi, reportando-se à sua Teoria da Argumentação Jurídica:

“O conceito de razão suficiente é, assim, relacionado ao êxito de uma fundamentação, o qual depende da decisão sobre se todas as razões relevantes devem ser consideradas como insuficientes, ou não. Isso significa que uma razão suficiente deve ser decidida em um discurso racional. Mesmo quando racionais, os discursos jurídicos não conduzem a apenas um resultado, e mesmo que, em determinado momento, conduzam a um único resultado, o seu resultado poderá ser outro em outro momento. Por presença ou existência de uma razão suficiente para uma diferenciação não se compreende, portanto, uma presença

⁴¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio A. Frabis Editor, 1991, p. 20.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

ou existência em si mesmas, mas uma presença ou existência para interlocutores concretos e racionais.”⁴²

Isso considerado, tem-se, então, para além da igualdade formal, impende que se leve em consideração, também, o princípio da igualdade em sua dimensão material segundo o qual igualdade deve levar em consideração os desiguais na mesma medida em que se desiguam. Devendo, todavia, ter-se presente que as desigualdades a serem consideradas para adequada aplicação do princípio da igualdade material devem ser aquelas que demandam tratamento diferenciado orientado por outro princípio, o da proporcionalidade. Trata-se de igualdade *na lei* segundo a qual o tratamento igual deve se dar, pois, entre iguais e diferentemente para hipóteses distintas, do que decorre a necessidade de delimitar-se quais critérios podem ou devem ser considerados de forma a justificar tratamentos distintos.

De fato, o princípio da igualdade material é um dos orientadores do direito constitucional e é com base neste que se coloca o compromisso de corrigir as situações de desigualdade social e não mantê-las ou simplesmente ignorá-las a pretexto de fidelidade ao princípio da igualdade perante a lei. Menos ainda, discriminar negativamente em afronta, aí sim, ao princípio maior da igualdade formal, dado que a igualdade material não pode desviar-se da justa busca de consideração diversa na relação entre situações diversas para redundar em arbítrio. O critério para tratamento das desigualdades tem de repousar em fundamentos que levem em conta aspectos que, efetivamente, racional e razoavelmente sejam compreensíveis e sustentáveis.

Disso resulta ser exigível um fundamento suficiente para o tratamento diferenciado, ou seja, o ônus de uma argumentação racional e suficiente, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, tal como adverte Alexi:

“Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual”⁴³

A argumentação para justificar tratamento desigual passa, pois, por juízos jurídico-valorativos racionais, não se revelando aceitáveis, portanto, quaisquer valorações que não se sustentem racionalmente e adentrem no campo da arbitrariedade. Indo para além disso, o princípio da igualdade material – ou igualdade fática - não se compadece com qualquer realidade que coloque ou mantenha grupos de pessoas em patamares ou condições de subordinação, de exclusão social ou de vulnerabilidade em decorrência de discriminação, seja ela direta ou indireta constituindo-se em verdadeiro imperativo no enfrentamento a tais situações.

⁴² ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, nota n.º 39 p. 408/409

⁴³ ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 408/409



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Nesse sentido, cumpre ter-se presente que, enquanto a discriminação direta - *disparate treatment* - se constitui naquela em que existe um desiderato, uma orientação intencional no sentido de condicionar ou estabelecer situações ou relações de diferenciação para prejudicar valendo-se portanto, de um *discrimen* não admitido juridicamente, a discriminação indireta - *disparate impact* - decorre de práticas ou de medidas onde não existe tal conteúdo de intencionalidade mas cujos efeitos redundam em discriminação proibida ou em desigualdade, ainda que tais medidas se demonstrem, *prima facie*, neutras ou isentas de conteúdo intencionalmente discriminatório⁴⁴. Cumpre assinalar, que, nesse campo, a discriminação tanto pode se dar por medidas efetivas quanto por omissões que neutras, ignorando situações de desigualdade fática, como as das pessoas negras, realidade essa aqui já demonstrada, traduzem-se no aprofundamento ou, quando menos, na perpetuação das situações de discriminação ou de desigualdade. Para os fins aqui perseguidos, interessa, mais especificamente, a compreensão da relação entre o princípio da igualdade material e as situações de discriminação indireta.

Na seara da discriminação indireta, a realidade brasileira ainda comporta situações em que, ainda não sem dificuldades de reconhecimento, os impactos sociais são profundamente injustos e agridem a exigência de igual proteção e de respeito ao princípio da dignidade humana. Os dados históricos e sociológicos aqui apresentados são eloquentes o suficiente para deixar estreme de dúvidas o quanto as pessoas negras padecem, há séculos, as mais variadas situações e tratamentos, incluídas aqui as de negligência para com tal realidade, que tendem a perpetuar as francas condições de subordinação e desigualdade em relação às pessoas brancas. Tal como assevera Rios:

“As representações nacionais da democracia racial e o ideal do branqueamento são realidades que criam enormes resistências ao reconhecimento de discriminação direta nesta seara. Todavia, elas fazem com que mecanismos de discriminação indireta em desfavor da população negra atuem de modo forte e constante. Situações em que medidas neutras facilmente acabam por onerar diferentemente negros e brancos podem ser investigadas e enfrentadas, desde que a realidade de discriminação indireta seja levada a sério. Doutro modo, por que razões os índices sociais entre as porções branca e negra da sociedade brasileira apresentar-se-iam tão díspares, dada a muito menor incidência de discriminação direta racial entre nós, se compararmos a situação brasileira com a estadunidense?”⁴⁵

Nessa esteira, há que se atentar que, não raro, discursos centram-se na negação da existência de desigualdades fundadas em recorte racial e invocam o princípio igualdade em sua dimensão formal objetivando uma legitimação incondicional de tal estado de coisas. Há, então, a necessidade de se enfrentar tais argumentos para dar concretude ao princípio da igualdade em sua dimensão material. Para isso, disposições e tratamentos jurídicos diferenciados são imprescindíveis, naquilo que, inicialmente, foi abordado pela doutrina como “discriminações positivas”⁴⁶ e, mais recentemente, tem sido tratado no

⁴⁴ V. RIOS, Roger Raupp, op. cit, p.89/115; 119/153.

⁴⁵ RIOS, Roger Raupp, op. cit., p. 152.

⁴⁶ As políticas constituídas pelas hoje denominadas ações afirmativas em verdade sempre resultam de uma análise anterior que permita a definição e delimitação das situações e de seus destinatários para as quais se destinarão. Evidentemente que esse processo implica em um *discrimen*, operação se constitui por procedimentos de diferenciar, distinguir; discernir, especificar. Ocorre que o termo “discriminação” acabou por



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

campo das “ações afirmativas”, sem que tais providências ofendam o princípio da igualdade em sua dimensão formal. Ao contrário, há que ser considerado o princípio da igualdade tanto em sua dimensão formal quanto em sua dimensão material, não sendo tolerável o sacrifício a priori da igualdade material em nome da igualdade formal.

A consagração da igualdade é compatível com medidas que apontem para a igualdade material, ainda que com algum sacrifício temporário e delimitado da igualdade formal. O tratamento a ser dispensado deverá fundamentar-se em razão suficiente que o torne permitido, afastando-se do arbítrio, perdurando apenas pelo tempo em que se fizerem necessário para o atingimento das metas estabelecidas, que deve se dar quando do equacionamento definitivo das situações de discriminação de desigualdades e, ainda, na justa medida do estritamente necessário para tanto. Esse o motivo pelo qual a razão suficiente se submete, então, a pelo menos dois outros princípios, já aqui tangenciados, quais sejam, os da razoabilidade e da proporcionalidade. É o que aponta Alexi, reportando-se a decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha (*BVerfGE 56,139 (143 ess)* e (*367BVerfGE 12,354 (367)*):

“Promover determinados grupos já significa tratar outros de forma desigual. Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas.”⁴⁷

Estabelecidas tais bases, é possível afirmar que o princípio da igualdade fática já se constitui, pois, em um dos pilares que permitem sustentação a quaisquer medidas que busquem o combate à discriminação e às desigualdades ao criar condições outras que alterem a realidade social, reconfigurando as condições postas de forma a permitir não somente um melhor equacionamento distributivo como também a superação de preconceitos que estão na base de muitas das condutas discriminatórias.

O STF já enfrentou o tema acerca do princípio da igualdade diante de legislação com suporte fático consistente em aspectos da realidade social em que se verificam concretas diferenças que autorizam a aplicação do princípio com critério de proporcionalidade e não como “igualdade civil” traduzida como “igualdade matemática ou paritária”. É nesse sentido o voto do Ministro Octávio Galotti quando da apreciação de

incorporar ,com peso significativamente maior, muito por condicionantes ideológicas e políticas, a conotação de “segregação” que permitiu fosse forjada a ideia de ‘discriminação negativa’ que traduz a conotação segregacional. Por contraposição, então, forjou-se o conceito de “discriminação positiva” na exata perspectiva de operar o inverso, ou seja, ao invés de segregar, incluir. Sem embargo, a carga simbólica com que acabou se revestindo o conceito de discriminação sobrepôs-se de tal forma que, mesmo no discurso jurídico, discriminação restou reservado para referir esta e não aquela conotação. Por outro lado, as políticas voltas o equacionamento daquelas situações de segregação e de desigualdade vão, a toda evidência, para além de procedimentos de delimitação e definição das situações e das vítimas de tais processos, precisando *agir* concretamente tanto nos planos jurídicos quanto sociais de forma a incidir efetivamente objetivando a alteração da realidade focada nos aspectos eleitos. Disso decorreu a transição que vai do abandono do conceito de “discriminação positiva” tanto por se prestar a confusões e disputas nos campos sociológico e jurídico que se demonstraram tanto improdutivas como até mesmo nefastas para o avanço na elaboração daquelas políticas, como também por ser incompleta o não evidenciar a dimensão ou o momento de efetiva incidência sobre as realidades a desafiarem correção.

⁴⁷ ALEXI, op. cit, p. 417



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade em que foi arguida a inconstitucionalidade, dentre outras, de dispositivo de lei do Estado de São Paulo – Lei n.º 9.085/1995 – que oferecia incentivos fiscais a empresas que tivessem ao menos 30% de empregados com idade superior a quarenta anos, ponto para o qual a liminar foi indeferida, sob o argumento, dentre outros, citando San Thiago Dantas (Igualdade Perante a Lei, *in* “Problemas de Direito Positivo”, Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1953) que:

“Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos, as circunstâncias. O *princípio da igualdade* jurídica, não traduz, no campo do direito, - como uma opinião atrasada e tendenciosa quer fazer crer – o desconhecimento dessa desigualdade natural. É antes um esforço para balanceá-la, compensado o jogo das inferioridades e das superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica, pois é certo que os ônus e as recompensas, o bom e o mau êxito, acompanharão com maior ou menor regularidade, as variações naturais, mas não é desejável que fique sob a mesma influência a distribuição da justiça.”⁴⁸

A relação, então, dos direitos de defesa e de não discriminação com o princípio da igualdade é umbilical constituindo-se tal princípio em pedra angular nas bases sobre a qual o direito da antidiscriminação se constrói, campo em que se encontram as ações afirmativas. Sem embargo, as ações afirmativas apóiam-se, também, em outros pilares em sede constitucional, assim como na seara infraconstitucional, conforme se passa a analisar.

2.2 A constitucionalidade das ações afirmativas e do sistema de cotas raciais. Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A legislação ordinária federal e estadual que tratam da matéria.

Não há que se olvidar que o esforço de ponderação voltado à promoção da igualdade material se amolda a outros comandos constitucionais que devem ser considerados, de tal forma a consubstanciar o princípio da igualdade fática expresso, em concreto, através de ações afirmativas, dando efetividade àquele princípio e respondendo efetivamente a comandos constitucionais que determinam enfrentamento e eliminação de desigualdades sociais, realidades estas que, pela sua dimensão, são incompatíveis com os fundamentos e com os objetivos fundamentais da República, insertos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, que, dentre os demais previstos, consubstanciam os princípios fundamentais, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁴⁸ Medida Cautelar na ADI 1.276-2/SP. Rel. Ministro Octávio Galotti, DJU 15.12.1995



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

(...)
III - a dignidade da pessoa humana;
(...)

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

Os princípios fundamentais albergam carga normativa plena e cumprem com papel central no direito constitucional contemporâneo, tal como sustentado pela jurisprudência dos valores – ou jurisprudência dos princípios – a que se associa a jurisprudência dos problemas e são centrais para todo o sistema jurídico. Não são meras declarações, mas proposições que irradiam força normativa, superando as posições positivistas que sustentavam o caráter programático de determinados princípios. É o que assevera Paulo Bonavides:

“A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como norma-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”⁴⁹

Assim, os princípios fundamentais, enquanto tal, operam com carga normativa e orientam toda a ordem jurídica, a começar pelo próprio plano constitucional, condicionando todo o sistema, conferindo-lhe sentido e conteúdo. Alcança tanto a lei quanto o ato administrativo, constituindo-se em fonte material e primária com preponderância hierárquica suprema⁵⁰.

Dentre tais princípios, há que se debruçar, por primeiro, para os fins aqui perseguidos, ainda que de forma muito resumida, o da dignidade da pessoa humana. Em que pesem as dificuldades conceituais acerca da dignidade da pessoa humana, acompanha-se, aqui, os aportes doutrinários que a enfocam como uma noção multidimensional, que vai desde a concepção kantiana de um atributo a priori do ser humano relacionado à autonomia de vontade e racionalidade e passa pelas concepções que apontam o aspecto relacional no campo intersubjetivo. Exatamente pelo relevo e pela posição que ocupa, se agrega a compreensão da necessidade de proteção com foco na dignidade da pessoa humana, seja por parte da sociedade, seja por parte do Estado, tanto que, e não por menos, tal princípio é albergado em sede constitucional como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Considerando a dignidade da pessoa humana em sua dimensão jurídica, há que ter-se claro que se constitui princípio dotado de normatividade, de hierarquia

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros. 22ª Ed., p. 286.

⁵⁰ BONAVIDES, op,cit., p. 288.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

constitucional e, mais do que isso, em núcleo irradiador de sentido e significado aos demais princípios e aos direitos constitucionalmente assegurados. Tendo, pois, caráter normativo, constitui-se em “*princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-normativa*”⁵¹

O princípio da igualdade, então, tem direta correlação com o da dignidade da pessoa que lhe confere também conteúdo e sentido e, em se considerando sua dimensão material – igualdade fática – resta claro que nas situações de discriminação e de desigualdade, o malferimento ao princípio da igualdade é também, senão antes, malferimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A contrário sensu, atender ao princípio da igualdade fática é também dar concretude àquele princípio fundamental. Isso significa também atender não somente ao catálogo dos direitos fundamentais expressos na Constituição, como também àqueles previstos nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos na forma do §2º do art. 5º da Constituição Federal.

Conforme sustenta Ingo Sarlet:

“Um dos setores onde se manifesta a transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.(...) Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais de direitos humanos”⁵²

Dessa forma, todo o tratamento adotado pelo Estado a situações concretas buscando a eliminação de discriminações – sejam elas diretas ou indiretas – e de redução de desigualdades, seja de que recorte for, constituirá sempre providência que se coaduna com os mandamentos constitucionais, uma vez que atendem ao princípio da dignidade da pessoa humana ao dar concretude à igualdade fática através de ações, incidindo sobre os fatores discriminatórios ou de desigualdade social não tolerável, fatores estes juridicamente proibidos. Desde que tais ações estejam sempre sustentadas por argumentos de ponderação racional e suficientemente sustentados, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, se constituem em tratamento legítimo e constitucionalmente suportado.

É em tais bases que as ações afirmativas encontram fundamentos e podem se revestir das mais diversas formas de atuação e, dentre elas, pela adoção das denominadas políticas de cotas.

Considerando que as ações afirmativas visam combater fatores de discriminação, bem como alterar as condições de vida onde se verificam situações de desigualdade material que redundam em desproporcional sacrifício de determinados segmentos sociais em relação a outros, como o que ocorre com as pessoas negras em relação às brancas, podem tais ações operar justificadamente com base em critérios de

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang in **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (coord). Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2011, p. 53

⁵² SARLET, idem, ibidem, p.56.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

diferenciação de tratamento jurídico criando condições mais favoráveis àquelas pessoas que se encontram em situação de desvantagem e de subordinação, sem que, com isso, esteja sendo ferido de morte o princípio da igualdade jurídica formal, vez que, como já dito, os fatores de discriminação social negativos estão a autorizar uma resposta jurídica a mandamentos constitucionais primeiros.

Efetivamente, não há como garantir a construção de uma sociedade pautada pela justiça e pela solidariedade, nem tampouco erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – incisos I e III do art. 3º da CF/88 – e, menos ainda, assegurar observância ao princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CF/88 - sem operar com o princípio da igualdade fática na forma e com as cautelas exigíveis, valendo-se sempre de juízos de razoabilidade e de proporcionalidade, conforme já apontado.

Não existe, pois, qualquer inconstitucionalidade na instituição de ações afirmativas como a política de cotas, devidamente demonstrados os fatores de discriminação e/ou de desigualdade, bem como fixados critérios proporcionais e razoáveis na aplicação de medidas assim fundamentadas. Ao contrário, há na constituição autorização para as ações afirmativas, seja pelos fundamentos aqui esposados, seja de forma explícita como ocorre na previsão de reserva de vagas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência na forma do inciso VIII do art. 37 da CF/88 e art. 19, inciso V⁵³ da CE/89.

Nesse ponto, cumprem importantes considerações.

Primeiramente, não utilize, valendo-se da expressa previsão constitucional de sistema de cotas para as pessoas com deficiência, como argumento, que a adoção de ações afirmativas e, ainda mais especificamente do sistema de cotas, somente são possíveis se expressamente determinadas pela constituição em raciocínio a *contrario sensu*. Nada mais equivocado.

Ocorre que a introdução, em sede constitucional, de previsão de cotas para pessoas com deficiência, se deu por força da aplicação do §3º do artigo 5º da CF/88, introduzido pela EC n.º 45 de 2004, vez que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007 foi aprovada através do rito ali previsto, o que lhe deu o *status* de equiparação a emenda constitucional, na forma do Decreto Legislativo n.º 186 de 9 de julho de 2008 e posterior Decreto 6.949 da Presidência da República de 25 de agosto de 2009. Mas o fato de tal convenção ter sido assim aprovada e tendo adentrado no sistema jurídico pátrio com hierarquia constitucional não pode se constituir em argumento para afirmar que não existe assento constitucional para a adoção do sistema de cotas para outras realidades de desigualdade material. Muito antes ao contrário, pode-se afirmar, isto sim, antes de qualquer outra coisa, que se tem uma convenção internacional de direitos humanos adotada formalmente com rito de emenda constitucional, não podendo ser afastada nem mitigada em sua eficácia por legislação hierarquicamente inferior e que, pelo seu conteúdo, está conforme àqueles princípios constitucionais aqui invocados, evidenciando, ainda, o conteúdo constitucional do princípio da igualdade em sua dimensão material.

Dito isso, há que se levar em consideração que as ações afirmativas voltadas ao combate a discriminações e desigualdades de conteúdo racial também tem

⁵³

O dispositivo constitucional estadual foi regulamentado pela Lei n.º 10.228, de 06 de junho de 1994.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

previsão em Convenção Internacional de direitos humanos, na qual há a mesma previsão que a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e, assim como esta, também se correlaciona com outras normas de direitos humanos que estão na base do sistema internacional de direitos humanos, tendo-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 seu marco fundamental.

Efetivamente, dispõe a Declaração Universal:

“Artigo 1

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo 2

I) Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) *omissis*

Artigo 3

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

(...)

“Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O artigo 2,I, da Declaração, constitui um avanço da maior importância no enfrentamento às situações configuradoras de discriminação e de desigualdade fundamentadas em argumentos de raça ou de etnia, e foi a base para que, mais adiante, se traduzisse em fundamento para disposições mais específicas na luta contra as discriminações e desigualdades raciais em outros documentos da ONU, tal como se deu nos dois Pactos Internacionais – PIDCP e PIDESC – e ainda, com especial relevo, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD, em inglês) que dispõe:

“Artigo 1º

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

(...)

4. Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

(...)

Artigo 2º

1. Os Estados-partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças, e para este fim:

a) Cada Estado-parte compromete-se a abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e zelar para que as autoridades públicas nacionais ou locais atuem em conformidade com esta obrigação;

b) Cada Estado-parte compromete-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer;

c) Cada Estado-parte deverá tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e modificar, abrogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetuá-la onde já existir;

d) Cada Estado-parte deverá tomar todas as medidas apropriadas, inclusive, se as circunstâncias o exigirem, medidas de natureza legislativa, para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por quaisquer pessoas, grupo ou organização;

e) Cada Estado-parte compromete-se a favorecer, quando for o caso, as organizações e movimentos multiraciais, bem como outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tenda a fortalecer a divisão racial.

2. Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.

(...)"



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Veja-se que a disposição do seu artigo 1º, item 4, é expressa e de forma quase idêntica ao que consta da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no sentido de que medidas adotadas objetivando garantir condições efetivas de progresso pessoal de grupos submetidos a condições de desigualdade não se constitui em discriminação.⁵⁴ Atente-se, ainda, que tal disposição contida na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial antecede em mais de 40 anos o que agora consta da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência.

Cumprе sublinhar ainda que a importância e urgência no enfrentamento ao racismo expresso em todas as suas inúmeras maneiras de discriminações e de preconceitos por ocasião do advento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial se deu em dezembro de 1965, pela Resolução n.º 2106 A (XX) da Assembleia Geral do ONU, ou seja, antes mesmo dos dois Pactos – adotados em dezembro de 1966⁵⁵ - e buscou dar mais efetividade ao exercício dos direitos previstos pela Declaração Universal de 1948 por todas as pessoas independentemente de suas origens étnicas ou raciais. Aliás, é de se ressaltar que a luta contra o racismo no pós-guerra tem visceral ligação com o esforço de construção da própria ONU e da consolidação de uma ordem internacional de direitos humanos.

“De fato, no pós-II Guerra Mundial, o esforço da comunidade internacional em prol da erradicação do racismo e da discriminação racial está intimamente relacionado à criação da Organização das Nações Unidas e ao desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.(...) a tradução da Declaração Universal em instrumentos internacionais de caráter obrigatório revelou-se um exercício político-diplomático mais complexo. Envolta no ambiente gerado pela Guerra Fria, a Organização das Nações Unidas levaria 17 anos (1948 a 1965) para elaborar um tratado destinado a assegurar a milhões de pessoas o desfrute dos direitos e das liberdades previstas nos 30 artigos de Declaração Universal, sem distinção de raça, cor, descendência, e origem nacional e étnica. Isto somente veio a ocorrer em 21 de dezembro de 1965, quando – como reflexo do peso político dos novos Estados-membros não ocidentais que passaram a integrá-la – a Assembleia Geral da Organização adotaria a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial (ICERD).”⁵⁶

Tendo por base a ICERD, a ONU, agora já nos anos 2000, vendo-se diante de novas e duras realidades de discriminação racial na Europa, para além do prosseguimento de outras discriminações e desigualdades raciais, em que pesem os

⁵⁴ A Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe: “Artigo 5º (...) 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.”

⁵⁵ A convenção foi ratificada pelo Brasil em março de 1968, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23 de 21 de junho de 1967 adotada pelo Decreto Presidencial n.º 65.810 de Dezembro de 1969.

⁵⁶ SILVA, Silvio José Albuquerque e. **As Nações Unidas e a Luta Internacional Contra o Racismo**. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2ª Ed., 2011, p.35



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

avanços verificados como o na África do Sul pós *apartheid*, viu-se diante da necessidade de aprofundamento do debate e do avanço na luta contra as discriminações de desigualdades raciais, lançando, dentre outras medidas, a realização da Conferência de Durban. Conferência na qual o Brasil não somente assumiu compromisso como teve papel protagonista importante, especialmente no âmbito da realização da conferência Regional das Américas, de caráter preparatório, realizada de 5 a 7 de dezembro de 2000 em Santiago do Chile, onde houve, inclusive, participação do Canadá e dos Estados Unidos.⁵⁷

O Brasil se fez representar por uma delegação composta por integrantes do Estado e da Sociedade Civil, esta última formada tanto por negros quanto indígenas, e formulou plataforma de propostas as mais diversas que restaram, posteriormente, contempladas pela Declaração de Durban.

Importa destacar, aqui, dentre as diversas propostas apresentadas pela delegação brasileira, já desde a Conferência Preparatória, as que contemplam e reconhecem as condicionantes históricas como ainda responsáveis pelas realidades de discriminação e de desigualdades e a importância das ações afirmativas como um dos instrumentos importantes de reparação e de enfrentamento às desigualdades.

Efetivamente, consta da Declaração de Durban, dentre outras:

“12. Reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo, incluindo o tráfico de escravos transatlântico, foram tragédias terríveis na história da humanidade, não apenas por sua barbárie abominável, mas também em termos de sua magnitude, natureza de organização e, especialmente, pela negação da essência das vítimas; ainda reconhecemos que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e que os Africanos e afrodescendentes, Asiáticos e povos de origem asiática, bem como os povos indígenas foram e continuam a ser vítimas destes atos e de suas conseqüências;”

“Africanos e Afrodescendentes

4. Insta os Estados a facilitarem a participação de pessoas de descendência africana em todos os aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais da sociedade, no avanço e no desenvolvimento econômico de seus países e a promoverem um maior conhecimento e um maior respeito pela sua herança e cultura;

5. Solicita que os Estados, apoiados pela cooperação internacional, considerem positivamente a concentração de investimentos adicionais nos serviços de saúde, educação, saúde pública, energia elétrica, água potável e controle ambiental, bem como outras iniciativas de ações afirmativas ou de ações positivas, principalmente, nas comunidades de origem africana;”

⁵⁷ As demais conferências preparatórias foram a Conferência Regional Européia, realizada em Estrasburgo de 11 a 13 de outubro de 2000; a Conferência Regional Africana, ocorrida em Dacar, de 22 a 24 de janeiro de 2001 e a Conferência Regional Asiática, realizada em Teerã, de 19 a 21 de fevereiro de 2001.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Como se observa, o Brasil se fez representar com posição de relevo em todo o processo que envolveu a realização da Conferência de Durban e, mais do que isso, atuou com protagonismo, demonstrando sério e profundo compromisso com a eliminação das discriminações étnico-raciais e com a redução das desigualdades sociais com o recorte racial.

A ICERD adentrou no sistema jurídico nacional, como visto, em 1969 e foi recepcionada pela Constituição de 1988 junto com as demais convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil na forma do §2º do artigo 5º da CF/88.

Todavia, o debate sobre o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico pátrio ainda se submete a controvérsias, sendo certo, no entanto, que houve evolução no posicionamento do STF sobre a matéria, dado que, sem sombra de dúvidas, seja por força da EC 45/2004, seja pelas novas posições defendidas naquela Corte, resta hoje superado o antigo posicionamento no sentido de que os tratados internacionais, inclusive os que versam sobre direitos humanos, teriam status de lei ordinária.

Nesse tema, constituem marcos importantes os julgamentos do HC 72.131, tendo como Relator para Acórdão o Ministro Moreira Alves, em julgamento ocorrido em 23/11/1995 e o do RE 466343/SP tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, julgamento ocorrido em 03/12/2008, em que foi apreciada, em ambos, matéria sobre prisão civil, tendo em vista as disposições constitucionais em confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Daquele primeiro julgamento restou a seguinte Ementa:

EMENTA: "Habeas Corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

Em tal julgamento, o Ministro Moreira Alves expressamente assume a posição de que os tratados internacionais, especificamente o Pacto de San Jose, teriam sido recepcionados tal como adentraram no sistema jurídico brasileiro, ou seja, na condição hierárquica de lei ordinária. Tal era a posição do STF em relação aos tratados internacionais, inclusive os que dispõem sobre direitos humanos.

Já o segundo julgamento constitui-se em marco importante, vez que nele se opera importante mudança de posicionamento do STF sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, agora levando em consideração a Convenção Americana de Direitos Humanos em outro patamar, suficiente para alterar substancialmente o tratamento até então conferido, restando o julgado com a seguinte Ementa:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes desenvolve longo voto no sentido de reconhecer que a própria EC 45/2004 está a apontar que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil merecem tratamento diverso dos demais. Tanto que o agasalhamento da matéria se deu com sua introdução no âmbito do capítulo dos direitos fundamentais, podendo, os tratados e convenções que versam sobre tal matéria, na dicção do então novel §3º acrescentado ao artigo 5º da CF/88, adquirirem hierarquia equivalente à de emenda constitucional, atendidos os requisitos de processo legislativo ali fixados. Conclui o Ministro Gilmar Mendes que dessa forma não se sustenta mais a antiga jurisprudência por décadas firmada pelo STF de dar-lhes eficácia de lei ordinária, dada a importância dos direitos humanos. Embora não adquiram status constitucional senão apenas na forma do §3º do art. 5º, tais disposições fixadas em sede de tais tratados albergam força supralegal, tendo sido essa a posição majoritariamente firmada no julgamento em foco.

Sem embargo da forte tendência da jurisprudência e parte significativa da doutrina adotando a tese da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, há outras vozes que defendem o status constitucional dos direitos e princípios fixados no âmbito desses instrumentos quando adentram no sistema jurídico brasileiro, como consta do voto vencido do Ministro Celso de Mello, no mesmo julgamento, que, em resumo, foi conduzido da seguinte forma:

“O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343); Informativo 498.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Considerando as diversas posições doutrinárias, ainda que a posição majoritária, hoje, do STF seja a de adoção da tese da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, adota-se, aqui, a posição firmada pelo Ministro Celso de Mello, que foi acompanhada pela Ministra Ellen Gracie e pelos Ministros Cezar Peluzo e Eros Grau, conferindo status constitucional a todos os tratados de direitos humanos, pelos seus próprios fundamentos. A estes, ainda se acrescentaria que a disposição do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não pode alterar o status constitucional já adquirido pelos tratados e convenções albergados antes da EC 45/2004. Mais ainda, a abertura de possibilidade de status diferenciados a tratados internacionais de direitos humanos segundo o rito legislativo atenta contra o princípio da unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos segundo a Declaração de Viena de 1993⁵⁸, sendo impossível a observância de tal princípio ao admitir-se que tais ou quais direitos humanos terão força constitucional enquanto outros não o terão, o que redundaria em cisão do princípio.

Assim colocada a questão, tem-se que a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, porque devidamente introduzida no sistema jurídico pátrio na forma de Decreto Legislativo e de Decreto, não se tratando também de *soft law* como eventualmente há quem argumente, goza de status constitucional ou, quando menos, de força supralegal, na esteira do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, restando superada a posição que conferia apenas força de lei ordinária.

Considerando tal posição, resta incontroverso então que as ações afirmativas consistentes na fixação de cotas raciais têm suporte constitucional ou quando menos supralegal. Tem ainda sede constitucional, como também demonstrado, porque dão concretude ao princípio da igualdade, bem como àqueles princípios fundamentais, centralmente o da dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais, dado que se constituem em instrumentos efetivos de combate à discriminação e minimização das desigualdades raciais.

Diga-se, ainda, que as cotas raciais se por um lado não são incompatíveis com as denominadas cotas sociais, por outro lado não as substituem nem por elas podem ser substituídas, sendo possível, isto sim, associação de critérios entre estas e aquelas. Mas há que se advertir que as cotas étnico-raciais, especialmente as dirigidas às pessoas negras, se justificam mesmo diante da possibilidade de adoção do critério de cotas sociais. Pois como demonstram os dados estatísticos e demais estudos sociológicos aqui trazidos ou referidos, há, na realidade de exclusão e de desigualdade sociais, uma perversa tônica em desfavor das pessoas negras. Mesmo dentro das margens de maiores desigualdades em que também pessoas brancas são abarcadas, as pessoas negras são as mais inferiorizadas, as mais discriminadas e as que estão submetidas às maiores desigualdades.

Por outro lado, as cotas raciais não têm objetivo único de atacar as desigualdades sofridas por negros e negras apenas em seu viés econômico, senão que para além disso, buscam também sanar os aspectos culturais mórbidos de discriminação

⁵⁸ Conforme consta da Declaração e Programa de Ação de Viena “5. Todos os direitos humanos são universais, **indivisíveis interdependentes e inter-relacionados**. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, **em pé de igualdade e com a mesma ênfase**. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”(grifou-se)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

fundados no preconceito de cor, que é onde residem muitas das determinantes da própria desigualdade social e econômica. Pode-se afirmar, em verdade, que as cotas raciais têm ainda efeitos importantes tanto para pessoas negras como para pessoa brancas. É que em uma sociedade embranquecida à força, tornar o negro e a negra visíveis e retirá-los da condição de subordinação colocando-os nos patamares da igualdade é contribuir para que a visão míope de um mundo predominante branco seja superada. É construir um novo patamar de humanidade não somente para as pessoas negras, senão também para as pessoas brancas e, em sendo assim, um eventual sacrifício da igualdade formal em nome da igualdade material, apenas e tão somente até atingir-se tal patamar, mais do que plenamente justificado, é de rigor. Resta desta forma, satisfeita a estrutura normativa da desigualdade *“se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório”*⁵⁹

Assim sendo, pois, o tratamento desigual em tais bases, quando do estabelecimento de ações afirmativas como a da política de cotas, não ofende a cláusula da igual proteção, uma vez que tal cláusula não aponta no sentido de que a todos se garante gozar das mesmas consequências – positivas ou negativas – das políticas públicas, mas sim que tenham tratamento com igual consideração quando das motivações e tendo em conta os resultados para um contexto mais abrangente e socialmente mais importante. Tal como observa Dworkin:

“(…) O governo precisa decidir qual pesquisa médica apoiar, quais artes subsidiar, quais ramos de atividades ou produtos proteger por meio de tarifas ou outras políticas comerciais, quais empresas regulamentar por motivos ambientais, onde criar nova base militar, aeroporto ou local para depósito de lixo nuclear, e milhares de outros assuntos que afetarão o destino e a sorte de cada cidadão de maneira bem diversa. As autoridades tomam tais decisões por inúmeros motivos. Em tese, deveriam concentrar-se em decisões que, embora beneficiem alguns cidadãos e prejudiquem outros, sejam do interesse geral da comunidade.”

(…)

“Não há transgressão à cláusula da igual proteção quando algum grupo perde uma decisão importante sobre os méritos do caso ou por intermédio de uma política, mas quando sua perda resulta de sua vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua consequente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política. A cláusula não garante que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas; ela lhes garante somente o tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões.”⁶⁰

É com base em tais argumentos que resta claro apontar que a adoção de ações afirmativas, seja ela sob a forma de política de cotas raciais ou sob qualquer outra modalidade, em havendo, como efetivamente há, motivos e fundamentos racionalmente demonstrados e defendidos para implementá-las, vez que inequívocas as condições extremamente desfavoráveis que os/as afro-descendentes suportam e os evidentes benefícios sociais que promovem – não somente para estes mas para toda sociedade, que

⁵⁹ ALEXI, Teoria dos Direitos Fundamentais...p.410.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana – A teoria e a prática da igualdade**. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p.583/584



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

dessa forma se movimenta em direção a “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” prevista no Preâmbulo da CF/88 – é providência que se harmoniza com a justiça e com a igualdade, valores supremos, assim definidos pelas mesmas disposições preambulares da Constituição vigente.

2.3 A força normativa da Constituição e o princípio da legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade insculpido na CF/88, em seu art. 37, como um dos que balizam a Administração Pública e que se constitui em um dos mais caros para o Direito Administrativo não pode ser confundido com subserviência à literalidade legal e, menos ainda, que a sua observância alije ou restrinja esforço interpretativo.

Em verdade, o princípio da legalidade, hoje, não tem mais os contornos que já foram antes fixados, reduzido a estreitos limites da lei formal – estrita legalidade – e tal aspecto tem estreita relação com os novos contornos que o Estado Democrático de Direito vem adquirindo, onde a própria repartição das funções do Poder Político se submete a redimensionamentos significativos. Isso determina consequências importantes, já que os papéis dos denominados Poderes do Estado assumem, da mesma forma, novas conformações.

O sistema jurídico brasileiro não tem como pressuposto a superioridade ou primazia da lei formal como critério para a realização do Direito. Sem prejuízo das alternativas hermenêuticas de interpretação e de preenchimento de lacunas quando da falta de disposição legal ou para composição de antinomias, é assente hoje que o processo de interpretação deve observar o já apontado princípio da supremacia constitucional, pelo qual há que se ter presente a irradiação das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico de forma que a concretização normativa do sistema se dê a partir de regras e de princípios orientados sempre pelas disposições constitucionais.

Nessa esteira, há que se considerar, tendo-se em conta a carga normativa dos princípios constitucionais aqui enfocados, aos quais se somam as disposições das convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil e albergadas no sistema jurídico doméstico, que a Administração, ainda que não existisse a legislação federal e estadual que tratam expressamente das questões raciais que envolvem as pessoas negras, poderia adotar políticas de cotas no serviço público, dando concretude à própria constituição, dentro da visão hoje fundada no poder normativo constitucional e a nova perspectiva do princípio da legalidade.

A Administração Pública não pode ser encarada mais na posição de absolutamente condicionada às disposições do legislador ordinário nem tampouco reduzida a mera executora das disposições legais. Ela tem papel fundamental na implementação de políticas que dêem efetividade aos direitos e princípios constitucionais, sem que com isso esteja subvertendo o princípio da divisão das funções do Poder Político. Há isto sim, uma transformação importante das competências tradicionais dos poderes do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Estado na perspectiva de também legitimada para dar concretude à Constituição. Nesse sentido, preleciona Paulo Otero:

“6.1.4. Em termos normativo-constitucionais, a distinção entre órgão legislativo e órgão executivo continua a ser a pedra angular das estruturas do poder político, traduzindo a expressão orgânica e funcional do princípio da separação de poderes.”

(...)

“Na realidade, bem ao contrário das concepções subjacentes à filosofia das luzes, o órgão executivo central não é mais uma simples estrutura secundária e subordinada à vontade geral expressa pelo parlamento, antes se assume como o motor dinamizador de todo o sistema político: o executivo já não é o mero instrumento de que se serve o parlamento para serem implementadas as grandes linhas político-legislativas por si definidas, devendo ser visto, ao invés, como o verdadeiro autor e realizador das grandes políticas nacionais que são apresentadas à apreciação do parlamento.”⁶¹

Assim, o Poder Executivo, como também ator e legítimo intérprete da Constituição, tanto quanto todos os destinatários da norma constitucional, tal como assevera Peter Häberle, mais do que pode, deve direcionar a Administração Pública de forma a orientar-se por uma atuação consentânea com a máxima amplitude dos princípios constitucionais, conferindo congruência ao princípio da legalidade de forma a considerar a necessidade de permanente atenção à Constituição aos instrumentos internacionais dos quais o País é signatário.

Importante frisar que a responsabilidade por traduzir a Constituição na sua concretude, ou, de outra forma, concretizar a Constituição, é dever de todos os responsáveis pela ordem constitucional, o que sem dúvida inclui todos os Poderes de Estado – ou, mais precisamente, todas as funções de Poder do Estado. O que, como adverte Konrad Hesse, vai para além da tradução da “vontade de poder”, mas deve contemplar a “vontade de constituição”, originada na compreensão acerca da necessidade de uma ordem jurídica firme como proteção contra o arbítrio, na clareza de que tal ordem jurídica está em permanente processo de legitimação que exsurge da própria dinâmica da vida em sociedade e que tal se dá pelo concurso da vontade humana⁶², entendida sempre como vontade de um ser humano complexo e permanentemente contextualizado em seu devir histórico.

A toda evidência, não se está, aqui, subvertendo a harmonia entre os Poderes, de tal sorte que resta intangível também a competência do Poder Judiciário como aquele que sempre dará a última palavra acerca de qualquer matéria a ele submetida, nos exatos termos dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, ambos da CF/88, especialmente no que concerne a toda e qualquer questão que envolva constitucionalidade e interpretação das Constituições Estadual e Federal.

Sem embargo, considerando sempre os limites aqui frisados, o Poder Executivo, orientado pelo seu órgão competente, a Procuradoria-Geral do Estado, forte no artigo 115 da Constituição do Estado e artigo 2º da LC 11.742 de janeiro de 2002, é também intérprete da Constituição, tal como rigorosamente deve sê-lo de forma a

⁶¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. - 2ª Reimpressão da edição de Maio/2003”. Coimbra: Almedina, 2011, p. 144 – 145.

⁶² HESSE, Konrad, op. cit, p. 19/20.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

consubstanciar a legalidade estrita aos comandos constitucionais que precedem e fundamentam todo o ordenamento jurídico.

Conforme aponta Peter Häberle:

“Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos, grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra, sobre a interpretação, com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.”⁶³

Sendo legítimo, pois, também ao Poder Executivo, pelo seu órgão competente, Procuradoria-Geral do Estado⁶⁴, a interpretação ou, quando menos, a pré-interpretação a que se refere Häberle, está ele então, nada mais fazendo do que dar concretude às normas constitucionais, uma vez que, hoje, a lei não concentra exclusividade de certeza na concretização constitucional:

“Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional (v. supra, n.º 6.4.3.), torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

Por esta via, remetendo-se para o aplicador administrativo do Direito um poder suplementar de proceder a ponderações de interesses e de bens alicerçados em princípios constitucionais, além de se conferir à Administração Pública um impensável protagonismo na realização do Direito, reforçando o já mencionado “activismo” constitucional da Administração (v. supra, n.º 2.2.), observa-se que a lei deixou aí de servir de instrumento de certeza e segurança jurídicas na actuação administrativa.”⁶⁵

⁶³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Ed. 2002, p.14.

⁶⁴ Conforme dispõe a LC 11.742/2002: “Art. 2º - São funções institucionais da Advocacia de Estado: (...); II – prestar consultoria jurídica à administração pública estadual direta e indireta; III - zelar pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como pelos preceitos fundamentais delas decorrentes; IV - zelar pela constitucionalidade dos atos de governo e pela observância dos princípios inerentes à administração pública; (...) VII - desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos; (...) X - propor orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual direta e indireta; (...) XII - contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas nacionais e estaduais, bem como dos serviços públicos estaduais e municipais;(...)”

⁶⁵ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública..., p.165.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Nessa esteira, o Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH III –, aprovado pelo Decreto Federal n.º 7.037, de 21 dezembro de 2009, em seu Eixo Orientador III, Diretriz 9, Objetivo Estratégico I trata expressamente dos direitos relativos à matéria de forma harmônica com a Constituição e em consonância com tais instrumentos internacionais bem como com a legislação ordinária, sabidamente o Estatuto da Igualdade Racial. Já o anterior PNDH II, tocante às garantias relativamente ao direito a igualdade fixou:

“122. Apoiar a adoção, pelo poder público e pela iniciativa privada, de políticas de ação afirmativa como forma de combater a desigualdade.”

No que se refere especificamente aos afrodescendentes, o PNDH II dispôs:

“189. Apoiar o reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, de que a escravidão e o tráfico transatlântico de escravos constituíram violações graves e sistemáticas dos direitos humanos, que hoje seriam consideradas crimes contra a humanidade.

190. Apoiar o reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, da marginalização econômica, social e política a que foram submetidos os afrodescendentes em decorrência da escravidão.

191. Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.

192. Criar bancos de dados sobre a situação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais dos afrodescendentes na sociedade brasileira, com a finalidade de orientar a adoção de políticas públicas afirmativas.

193. Estudar a viabilidade da criação de fundos de reparação social destinados a financiar políticas de ação afirmativa e de promoção da igualdade de oportunidades.

194. Apoiar as ações da iniciativa privada no campo da discriminação positiva e da promoção da diversidade no ambiente de trabalho.

195. Implementar a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativa à discriminação em matéria de emprego e ocupação, e a Convenção Contra a Discriminação no Ensino.

(...)”(grifou-se)

Já no campo da legislação ordinária, com o advento da Lei Federal n.º 12.288/2010, que estabeleceu o Estatuto da Igualdade Racial, foi dada efetividade, no plano infraconstitucional, àqueles direitos constitucionais também especificados pelo PNDHII. Dispõe a lei em foco:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. **Para efeito deste Estatuto, considera-se:**

I - **discriminação racial ou étnico-racial:** toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - **desigualdade racial:** toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - **ações afirmativas:** os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

(...)

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - **adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;**

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

(...)Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Art. 5o Para a consecução dos objetivos desta Lei, é instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), conforme estabelecido no Título III. (grifou-se; sublinhou-se)

Para garantir que tais disposições tenham observância e para que, de forma efetiva, haja integração de todas as esferas da federação – união, estados e municípios – nos esforços para superação da desigualdade racial, inclusive com a adoção de políticas e ações afirmativas, de forma descentralizada e integrada, a Lei Federal n.º 12.288/2010 adota a perspectiva sistêmica e, para isso, cria, também, a SINAPIR, conforme segue:

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.

§ 1o Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.

(...)

Art. 48. **São objetivos do Sinapir:**

I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

Exatamente em tal esteira, buscando adotar medidas que enfrentem a desigualdade racial no Estado, o Estado do Rio Grande do Sul aprovou, no ano de 2011, a Lei Estadual n.º 13.694, de 19 de janeiro de 2011 – Estatuto Estadual da Igualdade Racial – que estabelece, a seu turno:

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto Estadual da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa contra quaisquer religiões, como ação estadual de desenvolvimento do Rio Grande do Sul, objetivando a superação do preconceito, da discriminação e das desigualdades raciais.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

§ 1º - Para efeito deste Estatuto, considerar-se-á discriminação racial toda distinção, exclusão ou restrição baseada em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica que tenha por objetivo cercear o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública ou privada, asseguradas as disposições contidas nas legislações pertinentes à matéria.

§ 2º - Para efeito deste Estatuto, considerar-se-á desigualdade racial toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica.

§ 3º - Para beneficiar-se do amparo deste Estatuto, considerar-se-á negro aquele que se declare, expressamente, como negro, pardo, mestiço de ascendência africana, ou através de palavra ou expressão equivalente que o caracterize negro.

§ 4º - Para efeito deste Estatuto, serão consideradas as ações afirmativas os programas e as medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

(...)

Art. 2º - O Estatuto Estadual da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa orientará as políticas públicas, os programas e as ações implementadas no Estado, visando a:

I - medidas reparatórias e compensatórias para os negros pelas sequelas e consequências advindas do período da escravidão e das práticas institucionais e sociais que contribuíram para aprofundar as desigualdades raciais presentes na sociedade;

(...)

Art. 3º - A **participação dos negros em igualdade de condições na vida social, econômica e cultural do Estado do Rio Grande do Sul será promovida através de medidas que assegurem:**

(...)

IV - o adequado enfrentamento e superação das desigualdades raciais pelas estruturas institucionais do Estado, com a implementação de programas especiais de ação afirmativa na esfera pública, visando ao enfrentamento emergencial das desigualdades raciais;

(...)

Art. 17 - O Poder Público deverá promover políticas afirmativas que assegurem igualdade de oportunidades aos negros no acesso aos cargos públicos, proporcionalmente a sua parcela na composição da população do Estado, e incentivará a uma maior equidade para os negros nos empregos oferecidos na iniciativa privada. (grifou-se; sublinhou-se)

Como se verifica, ainda que já pudesse, a Administração Pública, implementar ações afirmativas, dentre outras como o sistema de cotas para admissão no serviço público por força das próprias disposições constitucionais, tal como demonstrado, o próprio legislador ordinário também dispôs sobre a matéria, estabelecendo seus contornos mais precisos e explicitando aspectos de relevo para a implementação de ações



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

afirmativas voltadas à eliminação das discriminações e de redução das desigualdades raciais.

Cumpr, então, operar-se a interpretação da legislação à luz das disposições constitucionais, que compreende as que constam também da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação Racial de maneira a garantir que a implementação da ação afirmativa de sistema de cotas no serviço público estadual se dê de forma harmônica com as disposições constitucionais e legais implicadas, através de esforço interpretativo.

Para tanto, há que se levar em consideração a necessidade de compatibilizar as diversas possibilidades no campo hermenêutico, que na realidade não se excluem mutuamente, mas antes se complementam, de forma a estabelecer uma atuação interpretativa coerente, aproximando os métodos da hermenêutica clássica e da hermenêutica constitucional, dando máxima consequência a uma interpretação sistemática do direito, tal como sustentado por Carlos Maximiliano⁶⁶ e, ainda, na esteira do que assevera Konrad Hesse:

“O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.”⁶⁷

Por outro lado, identicamente à interpretação constitucional, todo o esforço hermenêutico da legislação infraconstitucional também deve atentar tanto para os termos da lei quanto para os fatos da vida, de forma que, sob risco de absoluta discrepância com a realidade social, não se dar o correto tratamento a aspectos sociais da mais alta relevância.

Em tal processo, insta se leve em consideração que os avanços jurídicos devem ser sempre tradução permanente do avanço da cidadania como expressão das lutas tanto no campo da liberdade como no da igualdade, não se podendo jamais perder de vista que cada momento histórico compreende lutas próprias de seu tempo e a liberdade, tanto quanto a igualdade, tem dimensão de cada tempo, do que decorre que a conquista de direitos constitui dinamicamente o patrimônio jurídico de cada sociedade em seu contexto e avançar na cidadania significa ampliar o espaço jurídico a todas as pessoas.

O processo de interpretação no plano infraconstitucional deve, então, tanto quanto se exige na interpretação constitucional e de forma harmônica com esta, buscar o resultado hermenêutico que mais se afine com a realidade social e traduza incremento de direitos que permitam que o âmbito de cidadania traduza o que Maximiliano denomina “ideias vitoriosas de um povo” e de forma compatível com o bem de toda sociedade. Diz o autor:

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁶⁷ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2009, p.103.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

“Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entram em função de exegese os dados da Sociologia, como resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quando possível evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direitos sujeitas a exame”⁶⁸

Como se verifica, a política ou sistema de cotas encontra fundamento na Constituição Federal, na Convenção Internacional já referida, bem como na legislação ordinária tanto federal quanto estadual. No cotejo da legislação, resta patente que as expressas previsões acerca da implementação de tal política, tanto na esfera federal quanto na esfera estadual, encontram-se em harmonia com as disposições constitucionais já apreciadas, de sorte que resta estreme de dúvidas a constitucionalidade da legislação em foco bem como de todo e qualquer ato administrativo que implemente política de cota, em especial para efeito de ingresso no serviço público estadual.

O STF, julgando matéria atinente a vaga para deficiente visual em concurso público, explicita que ação afirmativa se insere na perspectiva de uma sociedade fraterna conforme prevista pela Constituição, tal como consta no item 3 da Ementa:

“(…) 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui ação afirmativa que se inscreve nos quadros de uma sociedade fraterna que se lê no preâmbulo da Constituição de 1988”⁶⁹

Importante frisar que a decisão em tela vai para além da previsão do item VIII do art. 37 da CF/88, uma vez que explicita que a compensação de fatores de desigualdade fática com ações afirmativas se amolda à sociedade prevista pela Constituição; trata-se de um fundamento, pois, que sustenta toda e qualquer ação afirmativa que busque compensar fatores de desigualdade material clara e inequivocamente verificados. A política de cotas raciais repousa sobre idêntico fundamento.

Aliás, o TJRS já apreciou a matéria em reexame necessário em sede de mandado de segurança que apreciou legislação municipal de São Leopoldo/RS que fixou sistema de cotas para ingresso no serviço público daquele Município, julgada inconstitucional pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul sob argumento de se tratar de lei com caráter discriminatório.

Afastando a tese de inconstitucionalidade, o Acórdão restou assim lavrado:

“APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO. RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-BRASILEIROS.

⁶⁸ Op.cit, p 153.

⁶⁹ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 26.071-1/DF, j. 13/11/2007. Relator Ministro Carlos Britto.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

A regra editalícia que regula o certame, contemplando vagas para afro-brasileiros, está em sintonia com a constituição e a Lei Municipal, haja vista que equânime em termos de razoabilidade e proporcionalidade dos percentuais assegurados.

APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.⁷⁰

Atente-se que o julgamento se deu ainda antes do advento dos Estatutos de Igualdade Racial federal e estadual, com supedâneo nas disposições constitucionais e na legislação internacional de Direitos Humanos, concluindo pela constitucionalidade daquela lei municipal ao instituir cotas para ingresso no serviço público do Município.

O voto condutor, de lavra do Relator, Des. Gesta Leal, sustentou:

“No que tange ao mérito, de pronto quero lembrar que a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 3º, elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Deste mandamento constitucional retiram-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, aqui entendidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefício em favor de um determinado número de pessoas, dentro de um contexto sócio-econômico em que se encontram em desvantagens por razões sociais.”

(...)

“Veja-se que desde o Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, veiculado pelos termos do Decreto Federal nº1.904/1996, a questão das políticas afirmativas já se encontra normatizada de forma mais pontual no país, ratificada quando participou da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban, nos dias 31 de agosto a 08 de setembro de 2001, a qual endossou (§§107 e 108) a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlata.”

(...)

De outro lado, no plano ainda normativo, tem-se no Brasil, no mínimo desde o Decreto nº 65.810, de 08-12-1969, a internalização da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que previu, no art. 1º, parágrafo4º, a adoção de "discriminação positiva", no sentido de que medidas especiais fossem

tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos

⁷⁰ APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO Nº 70023237878. Terceira Câmara Cível do TJRS.. J.10/7/2008. Rel. Des. Rogério Gesta Leal.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.”

(...)

“O ponto de vista jurídico da matéria aqui invocada, não é outro senão o de garantir tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. É nessa esteira de raciocínio que a igualdade está prevista de forma fluída e dispersa ao longo da CF/88, de forma expressa, como no preâmbulo, nos arts. 1º, II e III; 3º, III e IV; 5º, XLI, XLII; art. 7º, XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher) e no art. 37, inciso VIII (percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência), entre outros. Infere-se, pois, naquilo que há uma desigualdade entre partes, é necessário restabelecer o ponto de equilíbrio”

Como resta evidente, é estreme de dúvidas a constitucionalidade das políticas de cotas e, não bastando, a matéria já encontra agora, tanto no plano federal quanto no estadual, legislação pertinente que contribui no sentido de explicitar e pormenorizar aqueles comandos constitucionais.

As ações afirmativas com recorte racial, como se vê, para além da Convenção Internacional sobre o racismo, estão expressamente previstas tanto na Lei Federal n.º 12.288/2010, em seus artigos 1º, VI; 3º; 4º, II e parágrafo único, e Lei Estadual 13.694/2011, artigos 1º, §4º; 2º, I; 3º, IV e 17, todos já transcritos acima.

Importante assinalar, aliás, que política de cotas no Brasil tem como marco fundamental a edição da Lei Federal n.º 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que implementou o Programa Universidade para Todos (PROUNI) e constitui-se em experiência que vem trazendo importantes resultados, robustecendo a pertinência da implementação de política de cotas raciais⁷¹, sendo de atentar-se que tal se implementou ainda antes mesmo, pois, da edição da Lei Federal n.º 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial -, sem que com isso tenha havido qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Resta, por fim, apontar que a política de cotas no serviço público, assim como todas as ações afirmativas, deve obedecer também ao princípio da proporcionalidade, tal como já sinalizado, sob pena de extrapolar limites e adentrar no campo da arbitrariedade, comprometendo, nesse caso, sua constitucionalidade e legalidade, vez que a própria legislação ordinária aqui apontada normatiza os limites para a implementação de tal política.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade há que considerar a adequação e necessidade da medida a ser adotada, impondo-se, uma vez demonstrada a necessidade, como visto, que seja procedida a devida ponderação entre o princípio do qual se deriva a medida com os princípios eventualmente colidentes.

⁷¹ “(...) Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao Prouni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias: I - proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 5º desta Lei; II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros. § 1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (...)”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Aqui analisa-se a proporcionalidade da adoção das cotas de forma a explicitar o papel fundamental de tal princípio, que deve ser sempre observado quando da implementação das ações afirmativas.

A política de cotas tem como uma de suas finalidades, dentre outras, a da busca de igualdade de oportunidades e isso impõe-se partir do fato já demonstrado que a realidade social brasileira apresenta desigualdade de oportunidades em vários campos, com acento no campo racial como ficou evidente quando da apresentação dos resultados de diversas pesquisas e dados estatístico coletados ao longo de várias décadas, conforma visto.

Veja-se que a igualdade de oportunidades constitui finalidade que vai ao encontro de diversos outros princípios constitucionais para além do da igualdade, tais como os da vedação de discriminação da dignidade da pessoa humana. Encontra-se, ainda, respaldada, para além das disposições constitucionais específicas invocadas, também pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e pela legislação ordinária dos dois Estatutos de Igualdade Racial. A implantação de sistema de cotas raciais no serviço público estadual constitui, pois, medida adequada uma vez que garante mais oportunidades de acesso ao trabalho no serviço público aos grupos beneficiados.

Vencido tal aspecto, resta, ainda, a análise da necessidade e, depois, da sua amplitude. Uma medida não é necessária caso existam outras medidas que de alcance similar com menor impacto nos direitos de terceiros, hipótese então em que não se recomenda a implantação de tal ação afirmativa.

Todavia, dados os argumentos aqui esposados, resta claro que o sistema de cotas constitui-se em medida adequada e proporcional na busca da redução das desigualdades raciais, até porque se trata de medida que não poderá ter duração para além daquela necessária para consecução de seus fins, sendo pois, ainda que de longo prazo, de caráter transitório, tal como expressamente aponta a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Por fim, a política de cotas para reserva de vagas de acesso aos cargos públicos da Administração Estadual, para que o respeito o princípio da proporcionalidade seja preservado, deve fixar percentual proporcional à composição étnico-racial da população, conforme os percentuais verificados pelos censos ou outros dados estatísticos suficientemente embasados e cientificamente demonstrados, podendo, assim, variar conforme variarem essas mesmas informações, de modo a manter permanentemente o critério de proporcionalidade das cotas no serviço público em relação à composição racial da população, preservando, assim, tal ação afirmativa, de vício de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Cabe, por derradeiro, apontar que os prejuízos apontados pelas vertentes doutrinárias contrárias às cotas não encontram comprovação ou um mínimo de probabilidade que venham a acontecer.

Primeiramente, não há qualquer dado ou estudo que comprove o aumento do racismo na sociedade em que as cotas foram implantadas; tratam-se de argumentos inconsistentes que centram-se mais em argumentos de forte conteúdo ideológico sem respaldo na realidade social.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

Argumento frequente, também, é conhecido pelo sacrifício de vítimas inocentes a que se associa o de desconsideração do mérito individual, em afronta ao artigo 208, inciso V da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, por primeiro, o critério do mérito somente se sustenta com a abstração completa dos fatores sócio-econômicos que disponibilizam condições de desenvolvimento das potencialidades individuais que se pode expressar como mérito pessoal. É exatamente pela profunda desigualdade no acesso a condições de estímulo ao desenvolvimento individual que os méritos a serem auferidos apontam as disparidades entre negros e brancos e é sobre tais fatores que a política de cotas busca incidir. De outro lado, a política de cotas não ataca vítimas inocentes, tanto quando não cria qualquer privilégio; ao contrário, busca compensar privilégios historicamente conferidos a determinado segmento da população em detrimento de outros⁷²

Por fim, os argumentos no sentido de que as cotas revitimizam os negros e agridem a dignidade da pessoa humana ao reforçar esterótipos de inferioridade e de incapacidade é, mais uma vez, ignorar que efetivamente os negros foram e são vítimas da discriminação e da desigualdade social fundada em conteúdo de preconceito de cor. De outro lado, tais fatores discriminatórios é que agridem a dignidade da pessoa humana das pessoas negras e é também na perspectiva de proteger essa dignidade que as ações afirmativas como o sistema de cotas podem ser implementadas.

3. Conclusão

É, então, ao fim e ao cabo, na esteira de tais entendimentos, especialmente que: a) resta claramente demonstrada a existência de profundas discriminações e desigualdade em desfavor das pessoas negras; b) os princípios constitucionais claramente autorizam ações afirmativas como forma de combater as tais discriminações e desigualdades de recorte racial; c) que o princípio da igualdade fática dá sustentação a medidas que buscam eliminar desigualdades, d) na perspectiva de fazer valer radicalmente princípios constitucionais tão caros, especialmente os da igualdade e da não discriminação, insculpidos no *caput* do artigo 5º e no inciso IV do artigo 3º, respectivamente, ambos da CF/88; e) na compreensão de que a Administração Pública tem o dever-poder precípuo de permanentemente buscar as condições de bem-estar dos administrados e no compromisso de dar concretude aos Direitos Humanos plasmados na Constituição vigente e nos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário; e) as ações afirmativas encontram consonância, ainda, com a legislação ordinária, com especial relevo à Lei Federal 12.288/2010 e Lei Estadual n.º 13.694/2011; f) as ações afirmativas de cotas raciais se constituem em instrumentos importantes tanto para negros quanto para não-negros na construção de uma sociedade que supere preconceitos, discriminações e desigualdades étnico-raciais, que se conclui :

As ações afirmativas consistentes na implementação de políticas de cotas encontram amparo tanto constitucional quanto legal e se constituem em instrumentos legítimos na busca da eliminação das discriminações e da redução das desigualdades de recorte racial podendo ser adotadas, respeitados os pressupostos, os limites e atendidas as condições aqui fixadas.

⁷² V. RIOS,. Op, cit. P. 203



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos

É o parecer.

À elevada consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado

Porto Alegre, 16 de março de 2012.

Carlos César D'Elia,
Procurador do Estado,
Coordenador da Comissão de Direitos Humanos
da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Processo n.º 8350-10.00/12-0

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.703/12, da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado, de autoria do Procurador do Estado Doutor CARLOS CÉSAR D'ELIA.

Em 20 de março de 2012.

**Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.**

De acordo.

Encaminhe-se ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, com proposição de aprovação na forma do inciso XV do artigo 82 da Constituição Estadual, tendo em vista a conveniência de atribuição de caráter jurídico-normativo ao Parecer.

Em 20 de março de 2012.

**Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO GOVERNADOR

Processo nº 8350-10.00/12-0

APROVO as conclusões do Parecer nº 15.703/12, da Procuradoria-Geral do Estado, dando orientação jurídico-normativa à administração pública estadual, em face do contido no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

À Procuradoria-Geral do Estado para as anotações de praxe e providências que entender necessárias.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 20 de março de 2012.

TARSO GENRO,
GOVERNADOR DO ESTADO.

Procuradoria-Geral do Estado

Procuradoria-Geral do Estado - PGE

Procurador-Geral: Carlos Henrique Kaipper
End: Avenida Borges de Medeiros, 1555
Porto Alegre/RS - 90110-150

BOLETINS

BOLETIM N.º 045/2012

Foram registrados, neste Departamento, para os devidos e correspondentes efeitos, os seguintes atos:

- do Senhor Governador do Estado:

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de suas atribuições, nos termos do Parecer Disciplinar n.º 15.685/12, da Procuradoria-Geral do Estado, e tendo em vista o que consta do expediente administrativo n.º 06995-19.00/07-0:

1) em preliminar, CONHECE DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, formulado pela servidora GILDETE DE LIMA FERNANDES, professora, identidade funcional n.º 1321340/01, lotada na Secretaria da Educação, como PEDIDO DE REVISÃO, e, no mérito, NEGA-LHE PROVIMENTO, mantendo a penalidade aplicada através do ato inserido no Boletim n.º 070/2011, publicado no DOE de 09.05.11;

2) em preliminar, CONHECE DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, formulado pela servidora CLEMIR TERESINHA VALE FORTES, professora aposentada, identidade funcional n.º 1065785/01, como PEDIDO DE REVISÃO, e, no mérito, NEGA-LHE PROVIMENTO, mantendo a penalidade aplicada através do ato inserido no Boletim n.º 070/2011, publicado no DOE de 09.05.11, retificando o referido ato para que conste que a pena de CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA, convertida em 70 (setenta) dias-multa, dar-se-á com base em 50% (cinquenta por cento) da remuneração, na forma do artigo 195, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de suas atribuições, nos termos do Parecer Disciplinar n.º 15.686/12, da Procuradoria-Geral do Estado, tendo em vista o que consta do Processo Administrativo-Disciplinar n.º 92817-19.00/08-9, aplica pena de DEMISSÃO ao servidor CARLOS JOSÉ FERNANDES RAMOS, Professor, identidade funcional/vínculo n.º 1825143/01, em relação à falta disciplinar de abandono de cargo, artigo 26, c/c, artigo 191, inciso IV, da LC n.º 10.098/94, punição que segue comutada pela pena de SUSPENSÃO por 90 (noventa) dias, artigo 189, inciso IV, da LC n.º 10.098/94.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de suas atribuições, nos termos do Parecer Disciplinar n.º 15.687/12, da Procuradoria-Geral do Estado, tendo em vista o que consta do Processo Administrativo-Disciplinar n.º 72615-19.00/09-2, ABSOLVE a servidora SÍLVIA ADRIANA RAUBER, Agente Educacional I - Alimentação, identidade funcional n.º 2797615, vínculo 01, em relação às imputações contidas nos artigos 178, incisos XXIV e XXV, 191, incisos IV, VII, IX e XVII, ambos da Lei Complementar n.º 10.098/94, c/c os artigos 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de suas atribuições, nos termos do Parecer Disciplinar n.º 15.688/12, da Procuradoria-Geral do Estado, tendo em vista o que consta do Processo Administrativo-Disciplinar n.º 36940-1900/07-6, DEMITE a servidora CAROLINE MARÇAL GARCIA, Agente Educacional I – Alimentação, identidade funcional n.º 2740702, vínculo 01, em relação à falta disciplinar prevista no artigo 191, inciso IV, combinado com o artigo 187, parágrafo 1.º, e com o artigo 189, inciso IV, todos da Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94, punição que segue convertida pela pena de SUSPENSÃO por 90 (noventa) dias, artigo 189, inciso IV, da LC n.º 10.098/94.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 12 de março de 2012.

PARECER N.º 15.703/12 (Processo n.º 8350-10.00/12-0).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Direitos Humanos. Ações afirmativas. Cotas raciais. Reservas de vagas no serviço público. Incidência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da não-discriminação, da não-subjugação, da segurança jurídica e do pluralismo. Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial. Precedentes no âmbito da Administração Pública. Lei Federal n.º 12.288/2010. Decreto Federal n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009 – PNDH III – Lei Estadual n.º 13.694/2011 – Estatuto da Igualdade Racial do RS. Precedentes judiciais. Posicionamento da doutrina majoritária. APROVO as conclusões do Parecer n.º 15.703/12, da Procuradoria-Geral do Estado, dando orientação jurídico-normativa à administração pública estadual, em face do contido no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 20 de março de 2012.

Tarso Genro,
Governador do Estado.

- do senhor Procurador-Geral do Estado:

PORTARIA N.º 125, DE 20 DE MARÇO DE 2012.

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso de suas atribuições e de conformidade com o disposto no artigo 18 da Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, PRORROGA, por mais 15 (quinze) dias, o prazo fixado para a posse dos servidores do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado, nomeados em 06-03-2012 e 07-03-2012, em razão da inviabilidade do cumprimento da apresentação dos documentos previstos para o provimento dos cargos.

Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.

Eloisa Agra Hassen,
Diretora do Departamento de Administração.

Código: 942794

Defensoria Pública do Estado

Defensoria Pública do Estado

Defensora Pública-Geral: JUSSARA MARIA BARBOSA ACOSTA
End: Rua Sete de Setembro, 666 - 6º Andar
Porto Alegre/RS - 90010-190

Gabinete

JUSSARA MARIA BARBOSA ACOSTA
End: Rua Sete de Setembro 666 - 6º andar
Porto Alegre / RS / 90010-190
Fone: (51)3211-2233

RECURSOS HUMANOS

Assunto: Afastamento
Expediente: 000725-3000/12-0
Nome: José Patrício dos Santos Teixeira
Id.Func./Vínculo: 2791870/01
Tipo Vínculo: efetivo
Cargo/Função: Defensor Público - Final
Lotação: DPE - Coordenadoria das Casas Prisionais

AUTORIZA o afastamento do Defensor Público:

Localidade de destino: Salvador - BA

Período de afastamento: 19/03/12 a 20/03/12

Evento e justificativa: Participar do 2º Seminário Regional do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Condição: Com ônus

Código: 942801

Assunto: Aposentadoria
Expediente: 000577-3000/12-8
Nome: Mara Teresinha Vargas da Silva
Id.Func./Vínculo: 1408291/01
Tipo Vínculo: efetivo
Cargo/Função: Defensor Público - Especial
Lotação: DPE - 1ª DEFPUB Especializada Cível do Foro Central

APOSENTA, de conformidade com o artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/03, combinado com o artigo 44, inciso II da LC 11.795/02, § 9º do artigo 40 da Constituição Federal e Lei 13.301/09, devendo perceber na inatividade proventos integrais e mensais correspondentes ao subsídio fixado em Lei.

Código: 942802

SÚMULAS

Contrato de Adesão nº 006/2012. Defensoria Pública do Estado e Andaluz Indústria e Comércio de Artigos de Decorações Ltda. Cláusula Primeira – Do Objeto: O Contrato tem por objeto conferir a autorização à contratante para, querendo, adquirir o objeto aprovado pela entidade gerenciadora da Ata de Registro de Preço, mediante empenhos e justificativas. Cláusula Segunda – Do preço: O valor do bem perfaz o valor total de R\$ 53.070,00, podendo o Contratante adquirir o que lhe for necessário e na quantidade que necessitar durante a vigência da Ata de Registro de Preços. Cláusula Quarta – Da Vigência: O presente contrato vigorará a partir da data da publicação da súmula no DOE, findando em 05/12/2012. Cláusula Décima Segunda – Da Dotação Orçamentária: U.O.: 30.01 e/ou 30.88; Projeto: 6391 e/ou 8112; Recurso: 0011 e/ou 0162; N.A.D.: 3.3.90.30.3032 – Conservação de Bens Imóveis. Expediente: 447-3000/12-4.

Terceiro Aditivo ao Contrato de Locação nº 008/2008 - Defensoria Pública e Luiz Cláudio Costa. Cláusula Primeira: O presente Primeiro Aditivo tem por objeto alterar a Cláusula Segunda - Da Vigência e da Prorrogação, que passa a ter a seguinte redação: O prazo de vigência do presente aditivo será de 12 meses. Cláusula Segunda: Permanecem inalteradas as demais cláusulas do contrato original firmado em 03 de março de 2009. Expediente nº 2401-3000/08-7.

FLÁVIO HENRIQUES FULGINITI,
Diretor Administrativo.

1. DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE

Dando cumprimento ao que dispõe o artigo 26 da Lei n.º 8.666/93, declaro **INEXIGÍVEL à LICITAÇÃO**, para empenhar a despesa com o Jornal do Comércio, detentora exclusivo desse serviço, estando enquadrado nas situações de inexigibilidade previstas no artigo 25, I da mencionada Lei:

JUSSARA MARIA BARBOSA ACOSTA,
Defensora Pública-Geral do Estado.

Código: 942795

COORDENAÇÃO

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA PGE-RS (CDH)

PROCURADORIA DE INFORMAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PROFISSIONAL - PIDAP

Centro Administrativo Fernando Ferrari - CAFF - Av. Borges de
Medeiros, 1501, 13º andar, Centro, Porto Alegre, RS
CEP: 90119-900

<http://www.pge.rs.gov.br>

conselho-editorial@pge.rs.gov.br



2 2 3 7 9 6 9 X