

Blacks only: o caso dos trainees do Magazine Luiza

Eu sei que o ódio, o egoísmo, a hipocrisia, a ambição,
Almas escuras de grutas, onde não desce um clarão,
Peitos surdos às conquistas, olhos fechados às vistas, vistas fechadas à luz,
Do poeta solitário, lançam pedras ao calvário, lançam blasfêmias à cruz.
Castro Alves

Flávio da Costa Higa*

André Araújo Molina**

RESUMO

O artigo tem por objeto de investigação a extensão e os limites das “ações afirmativas”, taxonomia empregada para designar medidas temporárias com o objetivo de reduzir desigualdades historicamente acumuladas, garantir igualdade de oportunidades e compensar perdas provocadas pela discriminação por fatores odiosos. A partir da exploração empírica do “caso Magazine Luiza” – processo seletivo exclusivamente dirigido aos trabalhadores negros –, questiona a constitucionalidade de tal medida. Os fundamentos em prol das “ações positivas” monopolizadas por determinado grupo vulnerável são testados sob o prisma jurídico, epistêmico, deontológico e de razoabilidade/proporcionalidade, dentro do escopo de aferição de sua juridicidade. Assumido o pressuposto de que medidas compensatórias são legítimas, o texto instila dúvidas sobre o acerto das “cotas” de 100% – mediante escrutínio de suas premissas, conclusões, métodos e paradigmas estruturais –, a fim de concluir que o remédio que cura é o mesmo que mata, a depender da dose ministrada.

PALAVRAS-CHAVE

Ações afirmativas – Discriminação – Direito do Trabalho - Constitucionalidade

Na Divina Comédia, conta-se que ao atravessarem a porta do Inferno, Dante e Virgílio leram a epígrafe de seu frontispício, que assim dizia: “*lasciate ogni speranza voi ch'entrate*”,¹ impondo aos ingressantes a renúncia à esperança, porquanto a realidade inclemente não lhes permitiria tergiversar acerca do infausto destino.

A alegoria contada na peregrinação dos poetas é mimetizada – nos dias atuais – por qualquer cidadão não negro dentre os 13,8% de desempregados brasileiros² a postular uma vaga de *trainee* da Magalu: “abandone todas as suas esperanças antes mesmo de tentar!

* Juiz do Trabalho e Doutor em Direito pela USP.

** Juiz do Trabalho, Professor e Doutor em Direito pela PUC-SP, com estágio de pós-doutorado na USP.

¹ EMILIANI-GIUDICI, Paolo. *Dante - La Divina Commedia*. Firenze: Societa editrice fiorentina, 1845, p. 213.

² Fonte: <<https://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

Seu destino foi selado pela quantidade de melanina em sua pele”. Sob o louvável propósito de “trazer mais diversidade racial para os cargos de liderança da companhia”,³ a rede varejista lançou uma campanha de recrutamento exclusivamente dirigido aos negros, proscrevendo – *de antemão* – todas as demais cores.⁴

É impossível ignorar o quanto é trôpega a marcha civilizatória por uma sociedade que reduza desigualdades e promova o bem de todos (CF, 3º, III e IV). Até a edificação do postulado segundo o qual “*tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits*”,⁵ sociedades democráticas como a norte-americana tiveram uma Suprema Corte a chancelar a ideia de que negros não estavam protegidos pela Constituição e jamais poderiam se tornar cidadãos (*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857))⁶ e a declarar a constitucionalidade da segregação racial em locais públicos, sob a doutrina do “*separate but equal*” (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)).⁷ No Brasil, “a escravidão foi uma tragédia humanitária de proporções gigantescas”, uma “história de domínio e opressão de um grupo de seres humanos pelo outro, de muita dor e injustiça”.⁸

Diante dessa enorme dívida histórica com os afrodescendentes, soa mesmo antipático lançar questionamentos sobre um processo seletivo desse jaez, notadamente num contexto social polarizado em que muitos possuem convicções tão arraigadas que são absolutamente refratários ao diálogo construtivo. Conquanto o maniqueísmo fundamentalista não propicie um cenário auspicioso, a manifestação do pensamento deve resistir, sob a admoestação de Sófocles:⁹ “não carregues em ti só uma morada da verdade: o que tu dizes, nada mais que isso. Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. [...]. Do nauta que firma resolutamente o pé e não arreda um passo, o barco vira e a viagem termina com o casco ao vento”.

A contratação de trabalhadores tendo a cor como critério excludente de todos os demais candidatos é desafiada por um obstáculo constitucional, qual seja o inciso XXX, do art. 7º da CF, cujo teor é o seguinte:

³ Fonte: <<https://www.infomoney.com.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

⁴ Fonte: <<https://carreiras.magazineluiza.com.br>>. Acesso em: 8 out.2020.

⁵ FRANÇA. *La Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948). *Article 1^{er}*.

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*.

⁷ Idem.

⁸ GOMES. Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 34.

⁹ SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016, p. 51.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ao esmiuçar a regra, a Lei nº 9.029/1995 reafirma ser “proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, [...] por motivo de [...] cor” (Art. 1º). As Convenções 111 (Art. 1.1 “a”)¹⁰ e 117 (Art. 14. 1. “b”)¹¹ da OIT igualmente censuram tais atos.

Nos limites normativos destacados, é necessário – no mínimo – discutir a constitucionalidade da exclusão de todas as demais cores de uma oferta de emprego, haja vista a Suprema Corte afirmar que o “nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da CF, qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil” (STF, *RE 161.243*, 2ª T, DJ de 19-12-1997).

O primeiro impulso de justificação da medida adotada é o recurso à ideia de isonomia (CF, 5º, *caput*) enquanto fator de distinção positiva, pois é correta a ideia de ARISTÓTELES segundo a qual “a igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais”.¹² RUI BARBOSA refinou o conceito ao explicar que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.¹³

A questão é que a medida não promove “condições de igualdade de acesso”, mas sim exclusão peremptória de não-negros. Ela é flagrantemente desproporcional, na medida em que falha ao sopesar possibilidades as jurídicas,¹⁴ impondo – aos demais membros

¹⁰ “Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (SUÍÇA. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção nº 111).

¹¹ Art. XIV — 1. Um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, em matéria de: [...] b) admissões aos empregos, tanto públicos quanto privados (SUÍÇA. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção nº 117).

¹² ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 7 out. 2020.

¹³ RUI BARBOSA. *Oração aos Moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116-120.

da geração atual – o pagamento, à vista, do débito multissecular que a sociedade contraiu com os afrodescendentes, e à custa de sua cidadania. O indivíduo alijado da chance de ser admitido em um emprego não poderá desfrutar dos demais benefícios do art. 7º da CF, tendo, assim, usurpadas as possibilidades de afirmar a sua dignidade por meio do trabalho.

Malgrado a tentativa de justificação pela isonomia, podem-se empregar conceitos de textura mais dúctil, como os da dignidade humana, solidariedade, redução de desigualdades, proteção de grupos vulneráveis etc., para construir um discurso de legitimação. Não se questiona, por óbvio, que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988” (STF, *RMS 26.071*, 1ª T., DJ de 01-02-2008).

Igualmente veraz a premissa de que as ações afirmativas promovem “a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária” (STF, *Pet 3.388*, Plenário, DJE de 1º.7.2010). A Suprema Corte brasileira, a propósito, já declarou – em duas ocasiões – a constitucionalidade de tais ações, fundadas “na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira” (STF, *ADC 41*, Pleno, DJe 7.5.2019) e endereçadas a “grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” (STF, *ADPF 186*, DJe 20.10.2014).

Há, entretanto, duas falhas no processo seletivo do Magalu: **I.** Conforme alhures mencionado, a oferta de empregos exclusivamente ao público negro aniquila o direito fundamental ao trabalho (e todos que dele dependam) de não-negros (CF, 6º) e, **II.** A providência não protege (as) “minorias”, antes pelo contrário, elege uma (única) “minorias de ocasião” em detrimento de todas as demais. O monopólio de promessas de emprego aos negros esquece que indígenas não podem ser discriminados em relação a outros trabalhadores (Lei n. 6.001/1973, 14), menoscaba o dever de a sociedade assegurar, com absoluta prioridade, aos idosos, o direito ao trabalho (Lei n. 10.741/2003, 3º e 26), e despreza idêntica obrigação em relação às pessoas com deficiência (Lei n. 13.146/2015, 4º, 8º e 34).

Deontologicamente, também pode-se testar a validade das regras especiais do certame de acordo com o imperativo categórico, assim proposto por KANT: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal. [...] Qualquer

máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral”.¹⁵ Assim, se boa é a proposta, ela deveria (poderia) ser universalizada, de modo que todos os postos de trabalho, tanto no serviço público quanto no privado, passem a ser – doravante – privativos de negros, até atingir o fim colimado. Todavia, se a generalização da política de contratação exclusivista soar exagerada, é possível concluir que é socialmente indesejável a reserva de 100% das vagas de emprego para negros e, se ela não é interessante como um todo, também não é adequada nos limites de uma determinada empresa ou para um certame específico.

A falha não está no fomento à contratação de indivíduos pertencentes aos grupos vulneráveis – diretriz consentânea com os escopos constitucionais. O defeito reside em destinar-lhes todas as vagas, uma vez que a diferença entre o remédio e o veneno está na dose – *Dosis sola facit venenum* –, conforme sentenciado por Paracelso. É esse o ponto nevrálgico. Consoante escólio de HEGEL, a alteração na quantidade (no caso, de um percentual “X” para o de 100%) implicará mudança na qualidade:¹⁶ de distinção positiva e desejável (ação afirmativa) para a violação do direito fundamental ao trabalho de todos os demais cidadãos, a ponto de transmutar seu *status* e demandar resposta jurídica distinta.

Ações afirmativas são constitucionais – aprioristicamente –, pois mitigam desigualdades. A Constituição argentina incumbe o Congresso de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato*” (Art. 75, item 23).¹⁷ Na Índia, o mesmo dispositivo que estabelece a igualdade, ressalva que nada nele obsta o estabelecimento de provisões especiais em favor de minorias de castas e tribos (Art. 15 (3)). Na África do Sul, a Lei Maior afirma que “*to promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken*” (Art. 9º, (2)).¹⁸ A Itália, na cláusula que assegura igualdade e dignidade social paritária, outorga à República o dever de “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini [...] e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*” (Art. 3º).¹⁹ Poder-se-ia acrescentar a

¹⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003, p. 67-68.

¹⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1, p. 214.

¹⁷ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Ley nº 24.430/1994.

¹⁸ ÁFRICA DO SUL. *The Constitution of the Republic of South Africa (1996)*.

¹⁹ ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana (1948)*.

Constituição da Espanha (Art. 9.2),²⁰ o Código do Trabalho de Portugal (Art. 27)²¹ e tantos outros diplomas, todos a ratificar tanto a legalidade quanto a tendência civilizatória de adoção de distinções positivas.

Porém, o excesso quantitativo/percentual contamina tais programas, porquanto não passam no teste de proporcionalidade em sentido estrito.²² *In medio stat virtus*. Distribuir todas as vagas aos negros fará aumentar a tensão racial, porque os demais serão oficialmente preteridos em função da cor, e promoverá ilegítima discriminação aos não-negros (índios, asiáticos, refugiados, ciganos, apátridas, idosos, pessoas com deficiência etc.), como se em nossa sociedade já não abundassem expressões de ódio, preconceito e discriminação.

A Suprema Corte norte-americana, em *United Steelworkers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979), considerou que o Título VII do *Civil Rights Act – 1964* não impedia os empregadores de favorecerem mulheres e minorias. Um dos argumentos em prol da ação afirmativa foi justamente o de ela – além de temporária – não atrapalhar direitos dos brancos, porque eles representariam metade dos selecionados. Em sua decisão, Justice Brennan consignou que “*the plan does not unnecessarily trammel the interests of the white employees [...]. Nor does the plan create an absolute bar to the advancement of white employees; half of those trained in the program will be white. Moreover, the plan is a temporary measure*”.²³

Na mesma trilha, **o guia de ações afirmativas da *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*** – agência federal dos EUA que administra e aplica as leis contra a discriminação no local de trabalho – **desaprova e reputa desarrazoadas as restrições desnecessárias à força de trabalho como um todo, como aquelas que criam barreiras absolutas aos que não pertençam ao grupo minoritário contemplado.**²⁴

²⁰ “Artículo 9. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” (ESPAÑA. Constitución española de 1978)

²¹ “Artigo 27.º Medida de acção positiva. Para os efeitos deste Código, não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de factor de discriminação, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social.” (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro)

²² MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*.

²⁴ “CM-607 *Affirmative Action. 607.15 Unapproved Plans: Reasonable Action. (a) General Standards; (5) An affirmative action plan must avoid unnecessary restrictions on opportunities for the workforce as a whole. (e) Unreasonable Actions - (2) Plans that create an absolute bar to the employment or advancement of persons not covered by the affirmative action plan (e.g., a training program that admits women and minorities only)*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. *Equal Employment Opportunity Commission*)

Não há, pois, equidade – ora empregada na acepção de razoabilidade – no modelo de contratação examinado. “A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes”.²⁵ O tributo a determinado grupo minoritário em detrção dos demais não é senão a erosão do Estado de Direito e a bancarrota do projeto de sociedade “*democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidade humana, en el trabajo y la solidaridade de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”.²⁶

Como sentenciou Mandela ao sair da prisão, desejo um lugar “onde as pessoas vivam em harmonia, com oportunidades iguais. É um ideal pelo qual desejo viver e atingir. Mas se for preciso, é um ideal pelo qual estou disposto a morrer”. Portanto, as políticas de cotas, ações afirmativas e outras ferramentas de equalização de desigualdades devem ser mantidas e/ou ampliadas, superando mazelas sociais, mas sem que se transformem, pelo excesso, em fontes de exclusão. Afinal, bem advertiu Martin Luther King que “*we may have all come on different ships, but we're in the same boat now*”. Se o mundo não for para todos, também não será para ninguém.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

²⁶ COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia 1991*. Artículo 1.