

AÇÕES AFIRMATIVAS NAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

AFFIRMATIVE ACTIONS IN BUSINESS: A CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda*

Silvia Teixeira do Vale**

RESUMO: O presente ensaio objetiva analisar a constitucionalidade das ações afirmativas adotadas voluntariamente pelas empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas. Princípio da Igualdade na Empresa.

ABSTRACT: This essay aims to analyze the constitutionality of affirmative actions voluntarily adopted by companies.

KEYWORDS: *Affirmative Actions. Principle of Equality in the Company.*

1 – Introdução

Recentemente, algumas empresas brasileiras causaram certa polêmica, sobretudo nas redes sociais e, em alguma medida no mundo jurídico, por publicarem programa de *treinee* exclusivo para pessoas negras. A prática adotada pelas empresas se constitui em ação afirmativa e, por ser adotada em ambiente privado e de forma voluntária, o debate sobre o alcance do princípio da igualdade nesse tipo de relação firmada entre empregador e empregado se impõe.

Com o único intuito de contribuir com algumas reflexões, o presente ensaio traz a análise de decisões da Suprema Corte estadunidense tratando

* Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região; professora adjunta da Universidade Federal da Bahia; mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo; professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, CERS, UCSAL, Unifacs e das Escolas Judiciais do TRT da 5ª, 6ª e 16ª Regiões.

** Juíza do trabalho no TRT da 5ª Região; mestra em Direito pela UFBA; doutora pela PUC-SP; pós-doutorado pela Universidade de Salamanca; professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, Ematra5, CERS, CEJAS, UCSAL e da Escola Judicial do TRT da 5ª, 6ª, 10ª e 16ª Regiões; diretora da Ematra5, biênio 2019/2021; membra do conselho editorial da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos Etc e do conselho acadêmico da Enamatra, órgão de docência da Anamatra; autora de livros e artigos jurídicos; ex-professora substituta da UFRN.

sobre o assunto, bem assim julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, para ao final estabelecer uma conclusão a respeito da observância do princípio da igualdade na relação de emprego.

2 – Sobre o princípio da igualdade

O princípio da igualdade tem assento constitucional, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, onde está insculpido que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo proibido o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, quando os critérios forem alheios ao texto constitucional (§ 1º do art. 5º). A Carta Política igualmente relembra, em diversos outros dispositivos, o princípio da igualdade, conforme se observa nos arts. 3º, incisos III e IV; 5º, inciso XLI; 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIV; 14, *caput*; 37, incisos I e VIII; 145, § 1º; 226, § 5º; 227, § 6º, que, no dizer de Cármen Lúcia Antunes Rocha, é “princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”¹.

Topograficamente localizado no título destinado aos direitos fundamentais, o princípio da igualdade deve ser assimilado sob duas dimensões, de modo a assegurar um direito subjetivo e uma ordem objetiva, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, vinculando entes públicos e privados, com aplicabilidade imediata, segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Analisando o princípio em comento, Robert Alexy² chegou às seguintes premissas: a) o princípio da igualdade não é uma norma que ordena, sempre, o tratamento igual ou proíbe, sempre, o tratamento desigual; b) a igualdade deve ser sempre analisada de forma relacional, redundando na comparação entre, pelo menos, dois entes, tendo-se a eleição de critérios estabelecidos previamente; c) o tratamento igual ou desigual é também definido por um objetivo que se almeja alcançar (como o art. 3º, incisos I e III, da Constituição Federal de 1988, respectivamente, que estabelece como objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Por outro lado, Wilson Steinmetz afirma que, do ponto de vista do conteúdo, o princípio da igualdade encerra um feixe de normas jurídicas. Assim, a norma presente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 figura como uma

1 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118.

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393-429.

cláusula geral de igualdade, abrindo-se em três outras normas: o mandamento de tratamento igual; o mandamento de tratamento desigual, segundo os critérios estabelecidos na própria Constituição; a proibição de tratamento discriminatório. As duas primeiras normas são assimilações positivas do princípio da igualdade, enquanto a terceira constitui a dimensão negativa de tal princípio³.

A partir dessas premissas teóricas, é imperioso analisar até que ponto o empregador, por ser particular, está vinculado ao princípio da igualdade, sobretudo no que diz respeito à proibição de tratamento discriminatório. A resposta a essa indagação é encontrada em Canotilho e Moreira⁴, asseverando os referidos autores que, como ordem objetiva de valores, o princípio da igualdade se dimana por todo o ordenamento jurídico; todavia, como os entes privados também são detentores da autonomia privada, a irradiação daquele outro princípio há de ser feita com parcimônia, sendo inviável a transposição pura, como se o particular detivesse a mesma natureza jurídica da entidade estatal.

Os publicistas sugerem que os particulares estão vinculados ao princípio da igualdade, pelo menos, nas seguintes dimensões: a) proibição de discriminações, exceto em caso de diferenciações positivas previstas na Carta Magna; b) aplicação geral do princípio da igualdade, nos seus vários aspectos, “impondo um dever de tratamento igual por parte dos indivíduos ou organizações que sejam titulares de posições de *poder social* (empresas, associações profissionais, igrejas, fundações, etc.), vinculando, desde logo, os seus poderes normativos”; c) aplicação geral do princípio da igualdade, “mediante exigência de tratamento igual, nas relações com particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público”. E ainda arrematam, afirmando que, especificamente no campo do Direito do Trabalho, o princípio da igualdade redundando no ordenamento de que o empregador siga critérios claros e objetivos na contratação, de modo a assegurar a todos os candidatos o lícito acesso ao labor, bem assim durante o transcurso do contrato, quando das promoções e fixação das condições gerais de trabalho, além da necessidade de se deixar guiar pelo princípio da não discriminação. Nesse último aspecto, a doutrina de Canotilho e Vital Moreira está em consonância com o entendimento de Vieira de Andrade, para quem os particulares sempre estarão diretamente vinculados ao princípio da igualdade sob o viés da proibição de discriminação⁵.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 235.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 347-349. v. 1.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 262.

Assim, deve ser observado pelo empregador o princípio da igualdade na sua dimensão da necessária não discriminação quando da contratação e execução do contrato; nesse contexto, é de extrema relevância a análise da constitucionalidade das ações afirmativas voluntárias. *Prima facie*, urge frisar que, para além da ordem constitucional no sentido da não discriminação, é necessário refletir sobre ações que promovam e concretizem o princípio da igualdade, por meio de atos empresariais ou governamentais que permitam a igual oportunidade para todos.

Como define Robert Sedler, nas relações de emprego, a ação afirmativa significa o “uso deliberado pelos empregadores dos critérios de raça e gênero nas decisões de contratar e promover” e, nessa ordem de ideias, “a concessão de preferência a minorias e mulheres sobre homens brancos no local de trabalho”. Explica o referido autor que a preferência pode “se concretizar através da atenção prestada aos números nas decisões de contratação e de promoção, do uso da raça e do gênero como um fator positivo no processo de decisão ou através do estabelecimento de cotas”⁶.

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal do Brasil são confluentes quanto à admissibilidade das ações afirmativas, conquanto ainda não tenha sido submetida à apreciação do Pretório Excelso nacional a questão das ações afirmativas elaboradas e implementadas pelo setor privado da economia: os empregadores que não compõem a Administração Pública direta ou indireta.

3 – Normas internacionais. Discriminações legítima e ilegítima

É indene de dúvidas que o princípio da igualdade permeia as relações trabalhistas, desde a sua fase pré-contratual até após a rescisão.

As Convenções da Organização Internacional do Trabalho prodigalizam normas internacionais acerca da efetividade do direito à igualdade, a saber: Convenção nº 97, que explicita que não deve existir, entre nacionais e imigrantes, distinção de tratamento unicamente em razão de nacionalidade, raça, sexo ou religião; Convenção nº 100, que trata do princípio da não discriminação de remuneração da mão de obra, por um trabalho de igual valor, unicamente em razão do sexo; Convenção nº 117, que, em sua quinta parte, dispõe sobre a não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical, observando que a supressão da discriminação entre os trabalhadores

6 SEDLER, Robert. Race in America: employment equality, affirmative action, and the constitutional political consensus. *Michigan Law Review*, n. 90, p. 1.315, 1992.

é um dos fins da política social dos membros associados à OIT; Convenção nº 122, que dispõe sobre o direito de livre escolha de emprego pelo trabalhador, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; Convenção nº 142, que prevê que as políticas de recursos humanos devem encorajar e habilitar todas as pessoas, em bases iguais e sem qualquer tipo de discriminação, a desenvolver e utilizar suas capacidades para o trabalho em seus melhores interesses e da sociedade; Convenção nº 169, contra a discriminação sobre povos indígenas e tribais; e Convenção nº 159, contra a discriminação de pessoas com deficiência, tratando especificamente sobre reabilitação profissional e emprego.

Os dois princípios diplomáticos normativos, no âmbito da OIT, sobre a proibição da discriminação, são as Convenções ns. 100, sobre a igualdade de remuneração, e 111, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Em síntese, a atuação da OIT para coibir práticas discriminatórias é histórica e possui relevância social e política.

No âmbito da discriminação na relação do trabalho, as discriminações podem ser legítimas ou ilegítimas, utilizando os conceitos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o referido autor,

“Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis.”⁷

Uma discriminação será legítima se estiver fundamentada em motivo razoável e proporcional, relacionado à promoção de objetivos constitucionalmente legítimos. Aduz ainda Celso de Mello:

“As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.”⁸

Apenas a título exemplificativo, seria lícita a contratação somente de mulheres para o emprego de carcereiras em um presídio feminino, considerando as condições de restrição de liberdade e de intimidade e vida privada das detentas. O autor ainda ressalta um exemplo clássico de discriminação legíti-

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

8 *Ibid.*, p. 17.

ma no âmbito das relações de trabalho: se uma determinada localidade fosse assolada por uma epidemia, comprovando-se cientificamente que pessoas de determinada raça são naturalmente imunes à enfermidade, não haveria violação ao princípio da igualdade se somente fossem contratados agentes sanitários, médicos, enfermeiros e auxiliares de enfermagem daquela raça específica, para combate da epidemia e tratamento dos doentes⁹. Poderia ser considerada ainda uma hipótese de discriminação legítima se somente fossem contratadas médicas ginecologistas em um centro de acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica e violência sexual. Não se olvida, evidentemente, que a capacidade técnica de profissionais de ambos os sexos seja a mesma; entretanto, no caso de violência sexual, a vítima se sente mais confortável com um exame médico realizado por uma mulher, devido ao trauma físico e psicológico sofrido.

Na fase pré-contratual, a discriminação impede a contratação do candidato ao emprego; na fase contratual, impede a sua promoção ou o labor em setores para os quais estaria capacitado. A discriminação poderá ser ainda a causa da rescisão contratual, hipótese que recebeu especial atenção do legislador brasileiro com o advento da Lei nº 9.029/95.

4 – Ações afirmativas empresariais voluntárias e as decisões da Suprema Corte norte-americana

O debate sobre a constitucionalidade das ações afirmativas empresariais voluntárias teve início nos Estados Unidos da América, com o denominado “caso Weber”, julgado em 1975 pela Suprema Corte norte-americana. A controvérsia judicial foi originada a partir da celebração de acordo coletivo entre o sindicato representante da respectiva categoria e a empresa Kaiser Aluminum Chemical Corp, no qual ficou estabelecido que 50% (cinquenta por cento) das vagas do programa de treinamento da empresa, que figurava como um requisito para ascensão dos empregados aos cargos que remuneram de modo superior, seriam direcionadas a empregados negros. A medida transitória adotada pela empresa tinha por objetivo fazer com que o percentual de negros, devidamente qualificados e escolhidos dentro do quadro da instituição, alcançasse um patamar condizente à proporção de negros na sociedade local. Até a data em que a norma coletiva foi acordada, os empregados negros ocupavam 1,8% (um inteiro e oito décimos) dos empregos mais qualificados na empresa, apesar de 39% (trinta e nove por cento) da força de trabalho onde a indústria desenvolvia suas atividades fossem de pessoas negras.

9 *Ibid.*, p. 16.

Quando uma medida administrativa desta magnitude é implantada, a consequência quase imediata reside no fato de que pessoas brancas qualificadas deixem de ocupar temporariamente postos de trabalho com melhor remuneração, enquanto empregados negros com menos tempo na empresa tenham preferência no processo seletivo. Como relata Joaquim Barbosa¹⁰, esta circunstância ficou bastante evidente já no primeiro ano de implantação do plano referido, pois sete empregados negros e seis brancos alcançaram a promoção, embora o empregado negro com maior antiguidade tivesse menos tempo na empresa do que os empregados que haviam sido rejeitados no programa de *treinee*.

Sentindo-se injustamente preterido pelos critérios adotados no programa, Brian Weber ajuizou uma *class action* sustentando que o aludido programa de *treinee* adotado pela empresa onde trabalhava atentava contra as normas que tratavam sobre a proibição da discriminação, sobretudo o Estatuto dos Direitos Civis de 1964¹¹. O autor obteve êxito nas duas instâncias inferiores da Justiça Federal; entretanto, a Suprema Corte reformou as decisões anteriores, declarando o programa empresarial voluntário legal, desprezando a interpretação literal do Estatuto dos Direitos Civis, com o escopo de enaltecer o seu conteúdo teleológico e justificar as ações afirmativas desta natureza.

A Corte utilizou como argumento o fato de o programa seletivo ter sido respaldado em norma coletiva, bem assim a circunstância de a medida adotada ser temporária e somente utilizada até que a proporcionalidade de negros na empresa em relação à força laborativa local fosse alcançada. Comentando o julgado, Joaquim Barbosa Gomes assevera que a decisão no caso Weber mudou o rumo da jurisprudência da Suprema Corte em relação às ações afirmativas, pois julgou-se que o Estatuto apenas condenaria o “*discrimen* maligno, arbitrário, que visa especificamente a prejudicar uma raça”¹².

10 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 203.

11 Em tese, a ação afirmativa empresarial voluntária faz com que dois dispositivos do *Civil Rights Act* se confrontem. No item 42 *USC* 2000e – 5 há a previsão de que, se o tribunal verificar que a ré incorreu intencionalmente numa prática empregatícia ilegal, o tribunal pode emitir injunção inibindo a ré de prosseguir na prática empregatícia ilícita e ordenar a ação afirmativa; por outro lado, o item *USC* 2000E-2 do mesmo diploma legal prevê que o empregador não pode conceder tratamento preferencial a uma pessoa ou grupo por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional dessa pessoa ou grupo, em função do desequilíbrio que possa existir em relação ao número total ou à percentagem de pessoas de uma só raça, cor, religião, sexo ou origem nacional admitidas pelo empregador, em comparação com o número total ou com a percentagem de pessoas dessa raça, cor, religião, sexo ou origem nacional existente em uma dada comunidade, Estado, circunscrição, ou outra área, ou na força de trabalho disponível em uma determinada comunidade.

12 GOMES, *op. cit.*, p. 207.

Em 1987, a Suprema Corte voltou a analisar litígio tratando sobre determinada ação afirmativa adotada espontaneamente por uma empresa. No caso submetido a julgamento pela Corte, a Santa Clara County Transportation Agency, agência governamental responsável pelo serviço de transportes do Condado de Santa Clara, entendeu viável estabelecer um plano para a promoção de mulheres, por ter observado que estas não se mostravam representadas estatisticamente na empresa. Na época, em uma das cinco categorias especializadas, mais especificamente no setor dos empregados altamente qualificados, não havia uma só mulher, em um total de 238 agentes¹³.

Na primeira oportunidade de promoção de agentes-empregados a partir da implantação do plano, para a única vaga disponível a promoção, concorreram dois agentes: Paul Johnson, do sexo masculino, e Diane Joyce, do sexo feminino. Sendo ambos qualificados à promoção, após a avaliação, Johnson obteve 7.5 de pontuação, enquanto Joyce atingiu a pontuação de 7.3, o que significava que os candidatos estavam tecnicamente empatados, mas o escolhido para a promoção foi Johnson, pela decisão de uma comissão composta exclusivamente por pessoas do sexo masculino. Sentindo-se preterida, Diane Joyce apresentou uma queixa perante o departamento responsável por implementar o plano de ação afirmativa e obteve êxito, tendo sido posteriormente recomendada à promoção. Por seu turno, insatisfeito com a decisão interna, Paul Johnson ajuizou ação perante a Corte Federal, sustentando violação ao Título VII do Estatuto dos Direitos Civis.

A Suprema Corte, fazendo referência ao precedente estabelecido no caso Weber, voltou a afirmar que o plano de ação afirmativa da agência era válido, pois o ato empresarial visava a corrigir desequilíbrio observado no ambiente de trabalho, não impedindo a promoção de empregados do sexo masculino¹⁴. Em outras palavras, era preciso levar em consideração a baixa representatividade feminina na empresa, temporariamente, a fim de resguardar o proclamado direito à igualdade, não se configurando a alegada violação a dispositivos legais.

5 – Ações afirmativas e as decisões do Supremo Tribunal Federal

O artigo 5 da Convenção nº 111 da OIT não considera discriminatória a adoção de qualquer medida positiva, deliberadamente adotada pelo empregador, com pretensão temporária para tentar corrigir distorções desproporcionais para

13 KRAETSCH, Barbara J. Book review: a conflict of rights: the Supreme Court and affirmative action. *Marquette Law Review*, v. 74, n. 3, p. 513-523, 1991.

14 *Ibid.*

grupos historicamente prejudicados. Em outras palavras, a norma internacional que, pela jurisprudência atual do Pretório Excelso, ingressa no ordenamento jurídico pátrio interno com o patamar de norma supralegal, atribui validade aos atos empresariais e os considera não discriminatórios, quando adotarem “quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária”, tendo como motivos exemplificativos “o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural”.

Tratando de ações afirmativas realizadas pelo poder público, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186, decidiu:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contrária – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão, seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-

DOCTRINA

raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.”¹⁵

Em síntese, a Corte Constitucional brasileira já apreciou litígio envolvendo o debate acerca da constitucionalidade do sistema de cotas raciais e sociais adotado por universidades públicas. No Recurso Extraordinário 597.285-2, com repercussão geral, o recorrente, preterido na seleção de alunos para o curso de Administração na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apontou em seu recurso que a medida adotada pela instituição pública era inconstitucional, pois conferia preferência a candidatos negros e egressos do ensino público com pontuação menor àquela que havia alcançado. A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ratificou que “é constitucional o uso de ações afirmativas, tal como a utilização do sistema de reserva de vagas (‘cotas’) por critério étnico-racial, na seleção para ingresso no ensino superior público”.

Em 2017, julgando a ADC 41, o Supremo Tribunal Federal também considerou constitucional o sistema de cotas na Administração Pública, fixando a seguinte tese: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta”. E, ainda, aduziu que “é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 26.04.2012, publ. 20.10.2014.

heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa¹⁶.

Como se pode observar, a Excelsa Corte possui precedentes bem claros ratificando a constitucionalidade do regime de cotas raciais e/ou sociais adotado pelos entes públicos, com reserva de vagas nos certames. No entanto, o Pretório Excelso ainda não logrou analisar a constitucionalidade de ações afirmativas implantadas espontaneamente por empresas, apesar de algumas instituições privadas já estarem adotando processo seletivo diferenciado para a contratação de mais pessoas negras, transexuais ou com síndrome de Down.

6 – Constitucionalidade das ações afirmativas voluntárias adotadas pelas empresas

Como já frisado, as ações afirmativas são políticas públicas elaboradas e implementadas pelo poder estatal ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades, com destaque para as disparidades sociais raciais e decorrentes do gênero. A isonomia, como valor fundamental, pode ser concretizada, muitas vezes, na prática do tratamento desigual para pessoas desiguais, a fim de que sejam equalizadas materialmente as condições e oportunidades. Todavia, é necessário reconhecer, primordialmente, que determinados grupos são historicamente preteridos.

É bastante observar, por exemplo, que determinadas empresas, a despeito de terem majoritariamente empregados negros contratados, possuem pequeno percentual destes nos cargos que remuneram melhor, criando o que se costuma chamar de teto de vidro, já que os critérios para seleção de empregados para cargos mais altos são neutros, embora na prática tais requisitos desfavoreçam grupos étnicos historicamente prejudicados.

O art. 4º da Lei nº 12.288/2010 dispõe especificamente sobre o tema, atribuindo validade às ações de inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social e adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa, dentre outras. De outra parte, o art. 39, *caput*, do mesmo diploma legal, dispõe que cabe ao Poder Público promover ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. Por conseguinte, é forçoso concluir que o

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 08.06.2017, publ. 17.08.2017.

Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) esmiúça o que vem a ser considerada ação afirmativa, materializando em um cenário infraconstitucional o princípio da igualdade.

7 – Notas conclusivas

Se é certo que, em relação a todas as normas constitucionais, pende a presunção de máxima eficácia, justamente em face do princípio de terminologia idêntica, em se tratando de direitos fundamentais (e aqui se destaca o princípio da igualdade), a presunção de plena e imediata eficácia é ainda maior, sendo ainda mais correto afirmar que tais possuem um *plus* eficaz capaz de gerar tal presunção, por força do princípio presente no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição. Mas tal afirmação, por si só, não resolve o problema, sendo certo que somente a análise tópico-sistemática das normas jusfundamentais aplicáveis ao caso concreto, atrelada à interpretação evolutiva e à observância da densidade normativa de cada específico direito fundamental, será hábil a ensejar o seu real alcance.

Apesar da sedutora tese de que o art. 5º, § 1º, da Constituição pátria contém determinação no sentido de se considerarem todas as normas que tratam de direitos fundamentais já autoaplicáveis, o aludido dispositivo constitucional encerra conteúdo principiológico no sentido proposto por Robert Alexy, sendo mandamento de otimização, devendo o aplicador do Direito e todos os órgãos estatais, quando em dúvida acerca do alcance do direito fundamental, dar-lhe a maior eficácia possível, pois o “postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas, de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”¹⁷, ou, em outras palavras, pela técnica da ponderação de interesses constitucionalmente assegurados.

A relação de emprego é, antes de tudo, uma relação de poder, constituída em torno da assimetria firmada na contratação entabulada entre empregado e empregador, e tal realidade justifica a aplicação forte dos direitos fundamentais nesse tipo de relação havida entre particulares.

Vale dizer, diante da concepção dos direitos fundamentais como ordem de valores, que há irradiação de efeitos desses direitos para todos os âmbitos da sociedade, inclusive para as relações travadas entre particulares “iguais”, e no caso da relação de emprego, o poder social e econômico que lhe é próprio

17 ALEXY, *op. cit.*, p. 270.

justifica e estimula a aplicação dos aludidos direitos de forma direta e imediata, embora se reconheça que o problema não é assim tão facilmente resolvido, tendo-se que na relação de emprego ambos os pactuantes são titulares de direitos fundamentais (normalmente a “colisão” é firmada da seguinte forma: autonomia privada *versus* direito à cidadania ou personalidade), e essa questão somente poderá ser resolvida, concretamente, segundo a técnica da ponderação de princípios constitucionais, com os olhos do examinador voltados para a concordância prática entre eles, elaborando-se um juízo de ponderação, constituído na análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Se é certo que o poder social próprio da relação de emprego justifica a penetração de todos os direitos fundamentais nesse tipo de relação privada, não menos correto é afirmar que essa mesma assimetria serve como peso para definir o alcance ou limitação da autonomia do empregador na supressão ou diminuição dos direitos fundamentais do empregado.

O grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se limita à filiação à tese da eficácia mediata ou imediata, já que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, § 1º, assegurou o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, não discriminando se tal eficácia seria em desfavor do Estado ou dos particulares, ou se estes seriam vinculados de forma negativa ou positiva aos aludidos Direitos. Assim, toda a problemática da dita eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares é questão de colisão de interesses constitucionalmente assegurados, pois, topicamente, o problema será o contraponto entre dois princípios fundamentais que, no fim, garantem ou se elevam com o próprio princípio constitucional da autonomia privada¹⁸.

Ao longo deste ensaio, defendeu-se vigorosamente a vinculação das empresas aos direitos fundamentais, máxime ao princípio da igualdade, de modo a sustentar e justificar a constitucionalidade da medida empresarial que reserva cota para minorias, porquanto a pauta axiológica constitucional, como ordem objetiva de valores, irradia-se também para os setores privados da sociedade.

Por conseguinte, para além das entidades públicas estarem vinculadas ao princípio da igualdade, sobretudo em relação à proibição da discriminação, as

18 Desse raciocínio discrepa Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 158 e ss.), por acreditar que o princípio da autonomia privada não é sopesado com Direitos Fundamentais, pois aquele é mero princípio formal e estes, como princípios – mandamentos de otimização, portanto – que são, devem sempre ser tidos em sua máxima eficácia, não havendo razão para a não sua observância no âmbito privado.

entidades privadas não militam sob uma lógica diferenciada, alheia ao conteúdo presente no Texto Constitucional. Destarte, configura-se absolutamente lúdima e constitucional a medida do empregador que, transitoriamente, intenta preferir, em processo seletivo, grupos historicamente discriminados.

8 – Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 26.04.2012, publ. 20.10.2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 08.06.2017, publ. 17.08.2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- KRAETSCH, Barbara J. Book review: a conflict of rights: the Supreme Court and affirmative action. *Marquette Law Review*, v. 74, n. 3, p. 513-523, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.
- SEDLER, Robert. Race in America: employment equality, affirmative action, and the constitutional political consensus. *Michigan Law Review*, n. 90, p. 1315, 1992.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Recebido em: 16/01/2021

Aprovado em: 01/02/2021