

RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS NEGRAS EM EMPRESAS PRIVADAS: UMA POLÍTICA EMPRESARIAL LÍCITA À LUZ DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO

Igor Oliveira Costa*

RESUMO INFORMATIVO

O presente trabalho tem por objeto a investigação científica acerca da licitude da política empresarial de reserva de vagas para pessoas negras em empresas privadas, em um estudo à luz da Convenção Interamericana Contra o Racismo, que foi recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional. Apesar da resistência de determinados setores da sociedade às iniciativas dessa estirpe, muito em decorrência do racismo estrutural presente na cultura do Brasil, serão apresentadas justificativas jurídicas que atestam a legalidade da ação afirmativa das cotas para negros em empresas privadas.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Cotas para negros. Racismo estrutural. Convenção Interamericana contra o Racismo.

INTRODUÇÃO

A consolidação de um Estado democrático de direito perpassa pelo respeito à pluralidade da sua sociedade, com tratamento formal e materialmente igualitário de todos que se encontrem no seu território (art. 5º, *caput*, da CF/88), sem nenhuma distinção fundada em raça, cor ou origem. Esse grau de amadurecimento comunitário somente pode ser atingido a partir da valorização da dignidade do ser humano em todas as relações sociais (art. 1º, III, da CF), bem como mediante a adoção de um modelo político dual, alicerçado em dois pilares fundantes, quais sejam, a repressão às práticas discriminatórias ilícitas e a implementação de ações afirmativas.

* Pós-graduado em direito material e processual do trabalho pela Escola Superior da Advocacia/PB. Analista Judiciário do TRT da 2ª Região. Assessor de Desembargador.

A discriminação racial, que demanda enérgico rechaço estatal e de toda a sociedade, é a ação de qualquer espécie que, imbuída pelo critério injustamente desqualificante da cor/raça/origem, tem o efeito (discriminação indireta) ou o propósito (discriminação direta) de oprimir as vítimas e as tolher do usufruto equânime dos direitos fundamentais. Há vasta normatização que veda esse comportamento, a exemplo da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, da Proclamação de Teerã, do art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, dos arts. 2º e 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, do art. 11 do Protocolo de San Salvador, do art. 5º, XLII, da Constituição da República e do art. 39 do Estatuto da Igualdade Racial. Especificamente em relação às questões trabalhistas, cite-se a importante Convenção 111, da Organização Internacional do Trabalho.

A discriminação em razão da cor é corporificada a partir da exteriorização de preconceitos, estigmas ou estereótipos. No Brasil, ela é resultado do fato histórico do processo de escravização de povos africanos por mais de três séculos, cujos resquícios da inferiorização dos negros ainda permeiam o seio da sociedade, mantendo presente de forma inquestionável um racismo estrutural. Essa expressão é reservada ao enraizamento da discriminação de forma difusa na sociedade, gerando marginalizações automáticas e às vezes até involuntárias, mas que vilipendiam a dignidade das pessoas inseridas nesse grupo qualitativamente minoritário.

Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada no Brasil pelo IBGE exemplificam com clareza o racismo estrutural e a consequente sonegação de oportunidades aos negros em nossa sociedade. Segundo pesquisa divulgada pelo IPEA¹, detalhada pelas pesquisadoras Luana Pinheiro, Fernanda Lira, Marcela Rezende e Natália Fontoura em obra intitulada “Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI:

¹ PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. *Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua*. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990.

reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua”, em 2018 no Brasil 18,6% das mulheres negras eram empregadas domésticas, percentual que é quase o dobro das mulheres brancas empregadas nessa atividade (10%).

Ainda de acordo com os dados da PNAD, embora os negros e pardos representem 54,6% da população do Estado do Rio de Janeiro, 67,5% do total de pessoas desempregadas no território fluminense são negros e pardos, o que evidencia maior propensão à marginalização desse grupo em relação ao mercado de trabalho.

Diante desse cenário, é inegável a necessidade de discussão acerca da adoção de políticas inclusivas não somente pelo Estado, mas de forma coordenada por toda a sociedade.

SIMBOLISMO DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO COM STATUS CONSTITUCIONAL

Sem embargo de consistentes e robustas críticas, a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal consideram que o Brasil adota o sistema “dualista moderado” em relação à comunicabilidade entre o seu sistema jurídico e o ordenamento normativo internacional. Isso significa que as normas produzidas no âmbito nos organismos internacionais dos quais o Brasil faz parte não se incorporam automaticamente ao ordenamento interno, necessitando para isso de um procedimento específico.

No caso das normas que versem sobre Direitos Humanos, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o art. 5º, § 3º à Constituição da República, o STF reviu seu posicionamento a partir de julgamento de casos paradigmáticos, a exemplo do RE nº 80.004/SE, para estabelecer que os respectivos tratados internacionais que não forem aprovados de acordo com o quórum das emendas constitucionais terão natureza de norma supralegal e infraconstitucional. Ou seja, foi reconhecido um *status* superior ao das leis ordinárias, mas inferior à Constituição.

Dessa forma, para que o tratado internacional sobre direitos humanos ocupe a posição máxima da pirâmide kelseniana (natureza constitucional), é imprescindível a sua aprovação de acordo com o rito do art. 5º, § 3º, da CRFB. E foi exatamente isso o que ocorreu recentemente com a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

A incorporação da Convenção em epígrafe pelo rito especial das emendas constitucionais possui um simbolismo inquestionável, notadamente se considerarmos que, até o momento, apenas três tratados internacionais haviam sido incorporados com esta natureza (Convenção de Nova York e o seu protocolo facultativo e o Tratado de Marraqueche). Embora a Constituição da República de 1988, de caráter eminentemente democrático, já trouxesse em seu bojo previsões antirracistas, a exemplo do reconhecimento da inafiançabilidade do respectivo crime (art. 5º, XLII, da CRFB), o ato de alçar a Convenção da OEA ao nível hierárquico da Constituição representa um reforço deveras representativo ao propósito de expurgar a chaga histórica do racismo estrutural.

O Brasil demonstra, com isso, alinhamento à política internacional de combate à intolerância racial, o que ocorre, por exemplo, através da adoção de ações afirmativas.

AÇÕES AFIRMATIVAS

O princípio da igualdade possui pelo menos três facetas, cada uma delas surgida em um momento histórico e ligada a uma fase da evolução do constitucionalismo. A igualdade formal, que está conectada ao constitucionalismo liberal, significa a equiparação dos indivíduos perante a lei, ou seja, não é possível que a legislação e os poderes públicos e privados sujeitem pessoas a tratamento desigual, independente da condição ou características que ostentem.

A igualdade material, por outro lado, também nominada de igualdade aristotélica, é cunhada pela expressão “os iguais devem receber tratamento igual, enquanto os desiguais devem receber tratamento desigual na medida das suas desigualdades”. Essa vertente da igualdade está conectada com o Constitucionalismo Social, movimento político-jurídico que tem como diretriz a posição mais ativa dos Estados e das Organizações públicas e privadas, com o propósito de redistribuir riquezas e oportunidades para permitir uma igualdade efetiva, e não apenas formal.

Por fim, a “igualdade como reconhecimento” está alinhada com o Neoconstitucionalismo. Essa vertente reconhece que, por questões culturais e sociais, alguns grupos são marginalizados da sociedade e precisam de estímulos representativos para superar essa situação de exclusão. Portanto, além da igualdade formal e material, é necessário assegurar um reconhecimento efetivo e eficaz aos indivíduos inseridos nos

grupos qualitativamente minoritários, contexto que faz surgir as políticas de ações afirmativas.

As ações afirmativas, também denominadas de “discriminação positiva”, são políticas de reconhecimento, com natureza transitória, que se propõem a assegurar oportunidades aos socialmente marginalizados, para que, através de exemplo e representatividade, possam gerar um sentimento de poder nos demais indivíduos inseridos neste grupo, estimulando-os a buscarem objetivos semelhantes e, por vias próprias e sem mais auxílio da política pública, alcancem seus propósitos. Trata-se, portanto, de um primeiro passo para gerar um ciclo virtuoso de resgate do grupo da situação de marginalização, o qual, obviamente, não se esgota em si mesmo, devendo estar aliado a outras espécies de políticas públicas, a exemplo do fortalecimento da educação básica.

Exemplo esclarecedor de política de ação afirmativa para negros foi a iniciativa da Universidade de Brasília (UnB), em 2004, de reservar 20% das vagas para pessoas com essa origem. Após críticas e elogios, a iniciativa foi reputada constitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF 186, cuja transcrição da ementa se faz necessária pela riqueza da fundamentação:

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

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

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

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

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

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

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

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

Como já antecipado em linhas pretéritas, o resgate da situação de marginalização de grupos qualitativamente minoritários, notadamente por meio de ações afirmativas, deve ser um compromisso de toda a sociedade, e não apenas do Estado. Essa conclusão também se aplica às organizações privadas, com base no postulado constitucional da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III, da CF). Referido vetor axiológico constitucional significa que as empresas não podem mais ser analisadas sob uma ótica exclusivamente liberalista e individualista, devendo, ao contrário, engajar-se em compromissos sociais.

Saliente-se, por oportuno, que a diretriz supra não tem caráter apenas programático e recomendatório. Ao revés, essa regra tem normatividade suficiente para gerar uma responsabilidade jurídica por parte das empresas.

Com o propósito de cumprir esse dever social, em 2020 uma grande empresa brasileira do ramo varejista divulgou processo seletivo para *trainees* exclusivo para candidatos negros. A iniciativa gerou grande repercussão na mídia, com polarização entre entusiastas e críticos. Após encaminhamento de denúncia ao Ministério Público de Trabalho (Procuradoria Regional de São Paulo), o *parquet* arquivou o procedimento, concluindo que não havia irregularidade na campanha empresarial. Eis trecho de notícia veiculada no sítio eletrônico do órgão ministerial:

O Ministério Público do Trabalho em São Paulo indeferiu na última semana uma série de denúncias recebidas contra o Magazine Luiza S/A relatando discriminação por parte da empresa em processo de seleção para *trainees* voltado para pessoas negras. Para o MPT, o caso concreto não se trata de violação trabalhista, mas sim de uma ação afirmativa de reparação histórica. Disponível em: <https://www.prt2.mpt.mp.br/825-mpt-rejeita-denuncias-de-supostoracismo-contra-empresa>.

A decisão de arquivamento da denúncia seguiu a mesma linha interpretativa encampada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186, concluindo que as ações afirmativas destinadas aos negros buscam reparar/mitigar dívida histórica com esse grupo. Tratando-se de empresas privadas, além da já citada função social da propriedade, há um vasto plexo normativo justificador dessa política inclusiva.

PLEXO NORMATIVO JUSTIFICADOR DA POLÍTICA INCLUSIVA NO ÂMBITO DE EMPRESAS PRIVADAS: FUNÇÃO DAS EMPRESAS NO SÉCULO XXI

Conforme analisado em tópico anterior, o Constitucionalismo Social e o Neoconstitucionalismo são as fontes justificadoras das políticas inclusivas. Uma das primeiras Constituições promulgadas de acordo com essas diretrizes foi a Carta Alemã de 1919, também chamada de “Constituição de Weimar”. O art. 153 desta Constituição já dispunha que “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu esta mesma linha, referindo-se à necessidade de salvaguardar o bem de todos (art. 3º, IV, da CF) por meio de justiça social (art. 193, da CF). Não se trata de obstar a desejável prosperidade econômica, que está inclusive constitucionalmente amparada pelo primado da livre iniciativa (art. 170, da CF), mas sim de associar a busca pelo lucro à justiça social e à função social da propriedade, promovendo um ciclo virtuoso de desenvolvimento com responsabilidade social. Esse é, sem dúvidas, o papel das corporações privadas no século XXI.

Densificando essas diretrizes constitucionais, o Decreto 9.571/2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, dispõe de forma explícita que:

Art. 8º Caberá às empresas **combater a discriminação nas relações de trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade** em suas áreas e hierarquias, com ênfase em:

[...]

II - **adotar políticas de metas percentuais crescentes de preenchimento de vagas e de promoção hierárquica para essas pessoas, contempladas a diversidade e a pluralidade**, ainda que para o preenchimento dessas vagas seja necessário proporcionar cursos e treinamentos específicos;

[...]

VI - **respeitar e promover o direito de grupos populacionais que tiveram dificuldades de acesso ao emprego em função de práticas discriminatórias**.

Referidas normas são expressas ao reconhecer o dever empresarial em promover inclusão de grupos populacionais marginalizados, do qual é exemplo a população negra e parda. Essa política está alinhada com a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que estabelece que as ações afirmativas são legítimas e que a composição de todas as organizações deve refletir adequadamente a diversidade da sociedade:

Artigo 1.5: As medidas especiais ou de **ação afirmativa** adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção **não constituirão discriminação racial**, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

[...]

Artigo 9: Os Estados Partes comprometem-se a garantir que seus sistemas políticos e jurídicos **reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades**, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.

Seguindo esta mesma ideia, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) corrobora a legitimidade das ações afirmativas no âmbito das empresas privadas:

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:

VII - **implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à** educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, **trabalho**, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

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

Vê-se, portanto, que a responsabilidade social e jurídica das empresas em promover a inclusão de grupos marginalizados não decorre apenas de vagos e imprecisos princípios constitucionais abstratos, mas sim de um robusto arsenal normativo específico, composto por diplomas dos mais variados *status*.

CONCLUSÃO

Com supedâneo na compreensão de que as corporações privadas possuem uma responsabilidade jurídica de associar a busca pelo lucro à justiça social e à função social da propriedade, com o propósito de promover um ciclo virtuoso de desenvolvimento com compromisso social, é inarredável a conclusão acerca da legitimidade das iniciativas empresariais de promoção de ações afirmativas com reserva de vagas de emprego exclusivas para negros e pardos.

A recente incorporação da Convenção Interamericana contra o Racismo ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* constitucional, além de simbolizar a intenção do país expurgar a chaga histórica do racismo estrutural, demonstra alinhamento da política interna em relação à agenda internacional de combate à intolerância racial.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*: de acordo com a reforma trabalhista. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália.

Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea , 1990.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas (org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. 4. ed. ampl. São Paulo: LTr, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.