

AÇÕES AFIRMATIVAS NAS EMPRESAS

* No *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 figura como uma 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 princípio¹.

Ações afirmativas empresariais voluntárias e as decisões da Suprema Corte estadunidense

“caso Weber”, julgado em 1975 pela Suprema Corte estadunidense.

A querela judicial se deu em virtude de a empresa **Kaiser Aluminum Chemical Corp** ter firmado acordo coletivo com o sindicato representante da respectiva categoria dos empregados, no qual restava entabulado que **50% 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 aos 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% dos empregos mais qualificados na empresa, apesar de 39% da força de trabalho onde a indústria desenvolvia suas atividades fossem de pessoas negras.**

É evidente que uma das consequências quando uma medida de tal magnitude é implantada, é que pessoas brancas qualificadas deixem de ocupar temporariamente postos de trabalho com melhor

¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 235.

remuneração, enquanto empregados negros com menos tempo na empresa tenham preferência no processo seletivo. Como relata Joaquim Barbosa², isso ficou bem evidente já no primeiro ano de implantação do plano referido, pois **sete empregados negros e seis brancos alçaram promoção, embora o empregado negro com maior antiguidade tivesse menos tempo na empresa do que os empregados que haviam sido rejeitados no programa de *trainee*.**

Sentindo-se injustamente preterido pelos critérios adotados no programa, **Brian Weber ajuizou uma *class action***, sustentando que o aludido programa de *trainee* adotado pela empresa onde trabalhava atentava contra as normas que tratavam sobre a proibição da discriminação, sobretudo o Estatuto dos Direitos Civis de 1964³.

Brian Weber obteve êxito nas duas instâncias inferiores da Justiça Federal, mas a Suprema Corte modificou as decisões anteriores, declarando o programa empresarial voluntário legal, desprezando a interpretação literal do Estatuto dos Direitos Civis, para 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 utilizada até que a proporcionalidade de negros na empresa em relação à força laborativa local fosse alcançada.

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 203.

³ Isso porque, em tese, a ação afirmativa empresarial voluntária faz com que dois dispositivos do *Civil Rights Act* se confrontem, vez que 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, enquanto 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.

Comentando o julgado, Joaquim Barbosa Gomes assevera que a decisão em “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”⁴.

Em **1987** a Suprema Corte voltou a analisar litígio tratando sobre determinada ação afirmativa adotada espontaneamente por 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 agentes**⁵.

Na primeira oportunidade de promoção de agentes-empregados a partir da implantação do plano, para a **única vaga disponível a promoção**, concorreram dois agentes, Johnson, do sexo masculino, e Joyce, do sexo feminino. **Sendo ambos qualificados à promoção, após a avaliação, Johnson obteve 7.5 de pontuação, enquanto Joyce atingiu a pontuação de 72.5.** É dizer, 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, 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, Johnson ajuizou ação perante a Corte Federal, sustentando violação ao Título VII do Estatuto dos Direitos Civis.

⁴ Op. Cit. p. 207.

⁵ Resumo do caso disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1721&context=mulr>. Acesso em 06 jan. 2021.

A Suprema Corte, fazendo referência ao precedente estabelecido em “Weber”, voltou a afirmar que o plano de ação afirmativa da Agência era válido, pois o ato empresarial visava a corrigir o desequilíbrio observado no ambiente de trabalho, não impedindo a promoção de empregados do sexo masculino⁶.

Ações afirmativas no Direito brasileiro e as decisões do Supremo Tribunal Federal

A **Convenção nº 111 da OIT**, já ratificada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, em seu **artigo 5**, não considera discriminação qualquer medida positiva, deliberadamente adotada pelo empregador, com pretensão temporária para tentar corrigir distorções desproporcionais para grupos historicamente prejudicados. Em outras palavras, a norma internacional que, pela jurisprudência hodierna do Supremo Tribunal Federal, ingressa para o Ordenamento Jurídico interno com o patamar de norma supralegal, atribui validade aos atos empresariais e os considera não discriminatórios, quando tais 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”.

Julgando a **ADPF nº 186** restou decidido no Supremo Tribunal Federal que:

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

⁶ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/616/>. Acesso em 06 jan. 2021.

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 improcedente⁷.

A Corte constitucional brasileira também já se debruçou sobre litígio envolvendo o debate acerca da constitucionalidade do sistema de cotas raciais e sociais adotado por Universidade pública. No **RE nº 597.285-2**, com repercussão geral, o recorrente, preterido em seleção de alunos para o curso de Administração na Universidade do Rio Grande do Sul, apontou em seu recurso que a medida adotada pela instituição pública era inconstitucional, pois preferia candidatos negros e egressos do ensino público, com pontuação menor a por si auferida. A

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Órgão julgador: Plenário; Data de julgamento: 26.04.2012; Data de publicação: 20.10.2014.

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 nº 41**, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez atribuiu constitucionalidade ao sistema de cotas, 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 foi além para dizer que: **“é legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”**⁸.

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, a Corte constitucional brasileira 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, trans e com síndrome de down.

A constitucionalidade das ações afirmativas voluntárias adotadas pelas empresas

Como já frisado ao norte, as ações afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades, com destaque para as disparidades sociais raciais e decorrentes do sexo.

A igualdade, como valor fundamental, não é bipolar e muitas vezes é encontrada justamente na prática de tratar pessoas desiguais de

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Relator Ministro Roberto Barroso; Órgão julgador: Plenário; Data de julgamento: 08.06.2017; Data de publicação: 17.08.2017.

maneira desigual, para que a igualdade de condições e oportunidades seja observada. Para tanto, é necessário primeiramente que se reconheça que determinados grupos são historicamente preteridos.

É bastante observar, por exemplo, que determinadas empresas, a despeito de terem majoritariamente empregados negros contratados, possui 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 artigo 4º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Estatuto da Igualdade Racial, 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.

Seguindo, o artigo 39, caput, do mesmo diploma legal, 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.

É dizer, o referido Estatuto esmiúça o que vem a ser considerado ação afirmativa, materializando em um cenário infraconstitucional o princípio da igualdade.

Ao longo desta obra defendeu-se vigorosamente a vinculação das empresas aos direitos fundamentais e aqui toda a parte teórica alhures adotada deve ser revisada, para justificar a constitucionalidade da medida empresarial que reserva cota para pessoas historicamente preteridas.

Isso porque os direitos fundamentais, como ordem objetiva de valores, irradiam-se também para os setores privados da sociedade. Ou seja, para além das entidades públicas estarem vinculadas ao princípio da igualdade, sobretudo em relação à proibição da

discriminação, as entidades privadas não militam sob uma lógica diferenciada, alheia ao conteúdo presente no Texto Constitucional, razão pela qual figura absolutamente constitucional a medida empresarial que, transitoriamente, intenta preferir em processo seletivo, grupos historicamente discriminados.