



NOTA TÉCNICA GT DE RAÇA Nº 001/2018

COORDIGUALDADE-MPT

Assunto: A possibilidade de contratação específica de trabalhadores oriundos da população negra bem como possibilidade de anúncios específicos e bancos de dados e/ou plataformas virtuais de forma a concretizar o Princípio da Igualdade insculpido na Constituição Federal de 1988.

1. O Princípio da igualdade e da não discriminação e o trabalho como garantidor de cidadania e dignidade da pessoa humana

O princípio da isonomia inaugura o capítulo reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, dispondo o art. 5º, caput, da Carta Maior, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e inciso XLI do mesmo dispositivo estabelece que **“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”**.

Por sua vez, o artigo 7º inciso XXX da Constituição da República dispõe sobre a **proibição** de diferença de salários, de exercício de funções e de **critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil**.

Ainda, o disposto na Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), segundo a qual a **discriminação** consiste em 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Como se verifica, os normativos constitucionais e tratados internacionais consagram, textualmente, o Princípio da Igualdade bem como o repúdio a toda e qualquer forma de discriminação.

Por outro lado, no mundo moderno, o direito ao trabalho é um direito fundamental e promovedor da dignidade da pessoa humana. No Brasil, ele encontra-se garantido no art. 1º da Carta Magna, segundo o qual a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, **a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa**.

Continua a Constituição afirmando que temos como princípios fundamentais, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, visando à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades

sociais e regionais, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Ao mesmo tempo em que elege a livre iniciativa (art. 1º) e a propriedade privada como princípios, a Constituição mitiga esses conceitos, ao afirmar que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inc. XXIII), que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades regionais e sociais, e a busca do pleno emprego (art. 170).

No entanto, a despeito de todas estas normas que garantem a igualdade material e a não discriminação, a realidade é bem diferente. Com efeito, consoante dados oficiais oriundos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, relativos ao terceiro trimestre de 2017, 54,9% da população brasileira é composta de pretos ou pardos. Por outro lado, conforme dados da PNAD divulgados em 17.11.2017, 63,7% dos desempregados são oriundos da população negra. Além disso, os dados da síntese de indicadores sociais, divulgados pelo IBGE em 15.12.2017, mostram que, entre os 10 % mais pobres da população brasileira, quase 80 % eram pretos ou pardos.

Além do elevado desemprego entre as pessoas oriundas da população negra, merece destaque o fato da desigualdade social latente entre a população branca e a população negra, sendo certo que um dos objetivos da nossa República é justamente o compromisso com a redução das referidas desigualdades e a promoção da igualdade material.

2. Discriminação positiva e Discriminação negativa

Discriminação positiva é um tipo de **discriminação** que tem como finalidade selecionar pessoas que estejam em situação de desvantagem tratando-as desigualmente e favorecendo-as com alguma medida que as tornem menos desfavorecidas. A cota racial, por exemplo, é um caso clássico de discriminação positiva.

No entanto, para que houvesse a concisa orientação de se discriminar positivamente, garantindo concessões para determinados segmentos da sociedade perante outros, foi necessário admitir que tais parcelas da coletividade se situavam há tempos num patamar de evidente desarmonia em relação à pretensão de se ter um universo igualitário de indivíduos.

Isso equivale à necessidade de se promover e permitir uma interpretação mais ampla do instituto da igualdade jurídica, ao suplantando a mera igualdade formal prevista no caput do art. 5º, daí criando um diapasão real entre os direitos e as garantias.

Isto porque a própria história de formação da população brasileira traz, em seu bojo, a chaga ainda aberta do longo período de escravidão negra e a ausência absoluta de reparação histórica por parte do Estado. Esta revisitação histórico-social é, portanto, essencial para se apurar o real significado do Princípio da Igualdade uma vez que não é possível falar em

igualdade material partindo-se de pressupostos de oportunidades fáticas, históricas e sociais completamente desiguais.

Necessário também, para entender o alcance das normas constitucionais e internacionais que buscam efetivar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, conceituar a discriminação negativa como uma distinção baseada num estigma a ela atrelado. É instrumento que se contrapõe à inclusão, favorecendo a exclusão por meio da premissa de que algumas características possuem menos valor que outras.

O racismo, portanto, é um exemplo clássico e típico de discriminação negativa. E, para combater tais posturas discriminatórias é que a Lei e a Constituição trazem em seu bojo uma série de artigos disciplinando o tema.

Não obstante, a lei que busca, portanto, a inclusão não pode ser utilizada contra o seu próprio propósito de modo que tal interpretação atinja o absurdo. Assim, há que se fazer a distinção entre discriminação positiva e discriminação negativa de forma a compreender e efetivar o direito à igualdade, não como retórica, mas como uma realidade.

3. A possibilidade de ações afirmativas

Ações afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades dentre as quais as raciais, objeto desta nota técnica, presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos. Com efeito, uma ação afirmativa busca oferecer igualdade material de oportunidade a todos. E, em assim sendo, é um caso clássico de exemplificação de uma discriminação positiva e, portanto, legítima.

Existe previsão específica de ação afirmativa no nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o artigo 4º da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Estatuto da Igualdade Racial, assim dispõe: *“a participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: I- inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social e II- 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.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade e a compatibilidade das ações afirmativas com o princípio da igualdade, previsto nos arts. 5º, caput e 7º, XXX, da Constituição da República.

Transcrevem-se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 186 e na ADC 41:

ADPF 186:

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.

(ADPF 186; Relator Min. Ricardo Lewandowski; j. em 26/04/2012)

ADC 41:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos

para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “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. 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”.

(ADC 41; Relator Min. Roberto Barroso; j. em 08/06/2017)

4. Instrumentalização das ações afirmativas – anúncios específicos, plataformas virtuais, contratações específicas

Considerando superada a discussão havida sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, mister se faz agora garantir a sua efetiva instrumentalização. No que diz respeito às cotas raciais e no serviço público, tal separação se faz pela autodeclaração quando da inscrição no certame. Obviamente a autodeclaração deve se seguir de avaliação por uma comissão de forma a garantir que a finalidade da norma seja atingida.

No entanto, como fazer e implementar as ações afirmativas no âmbito da iniciativa privada? Obviamente, a mesma forma utilizada no âmbito público, deve ser feita no âmbito privado. Para tanto, pois, alguns mecanismos são essenciais para atingir esse desiderato. Assim, necessário se faz: a) a contratação específica de trabalhadores oriundos da população negra; b) anúncios específicos; c) triagem específica via plataformas digitais desde que fique expresso que tal iniciativa visa garantir a concretude do princípio da igualdade tratando-se de uma ação afirmativa no âmbito da iniciativa privada.

A Lei 7716/89, Lei do Racismo, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor e etc, estabelece no parágrafo 2º do artigo 4º que : *“ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”*. No entanto, o objetivo do referido parágrafo é justamente impedir comportamentos discriminatórios (**discriminação negativa, frise-se**), o que não impede, em absoluto, a possibilidade de instrumentalização das ações afirmativas (**discriminação positiva**) – obviamente desde que devidamente fundamentada.

Interpretar o artigo supra citado, pois, isolado dos outros artigos do Estatuto da Igualdade Racial, da Constituição Federal e das decisões do Supremo Tribunal Federal é inviabilizar a possibilidade de alcance da própria norma (Lei 7716/89) e dos próprios objetivos da República Federativa do Brasil. A interpretação deve ser sistêmica de forma que não se perpetue os desequilíbrios nas oportunidades de emprego à população negra e de forma a contribuir para garantir dignidade a todos e para reduzir as desigualdades sociais.

5. Conclusão

Há no ordenamento jurídico brasileiro regras acerca das ações afirmativas no sentido da contratação de pessoas negras. Além dos fatores apresentados em epígrafe, relativos à necessidade de dar concretude ao princípio da igualdade material, há o argumento de necessidade de instrumentalização das ações afirmativas. Argumento último que corrobora a tese supramencionada no sentido de que para garantir a igualdade material, necessário se faz a possibilidade de instrumentalização das ações afirmativas. E assim o é mediante a contratação específica de trabalhadores oriundos da população negra. E, para tanto, revela-se premente a possibilidade de anúncios específicos, plataformas com possibilidade de tais reservas, garantia de vagas específicas. Com efeito, a norma que prevê as ações afirmativas para a população constitui, na verdade, instrumentos para a efetivação de políticas públicas de inclusão social.

Da mesma forma que temos indicadores oficiais no sentido de que a população negra é mais pobre, a taxa de uma maior inserção de pessoas oriundas da população negra é

indicador da eficiência das políticas de Estado direcionadas à promoção do trabalho decente e da economia solidária. Isto é, o contexto de trabalho digno que se pretende alcançar em território nacional pressupõe a possibilidade de que pessoas oriundas da população negra tenham efetivamente oportunidades de trabalho.

Assim sendo, as normas que asseguram a igualdade material extrapolam os limites do Direito do Trabalho, representando também instrumentos de políticas de Estado que precisam ser efetivadas. Os objetivos elencados no âmbito da constituição e com vista à manutenção de um modelo estatal inclusivo, não podem ser inviabilizados pela interpretação restritiva, não sistêmica e não teleológica de um artigo que foi criado justamente para inviabilizar a discriminação.

Não se pode esquecer que a existência de um núcleo mínimo de hierarquia entre as normas é pressuposto da existência do Estado de Direito, e não mera formalidade. E o Princípio da Igualdade e o da não discriminação, insculpidos na Constituição Federal, são cogentes e inderrogáveis por protegerem os interesses da sociedade e a própria existência das políticas de Estado. Não restam dúvidas de que as normas que instituem o princípio da igualdade material são normas cogentes, que vão muito além dos limites trabalhistas, representando instrumentos importantes para a consecução das políticas públicas do Estado Brasileiro.

Com efeito, verifica-se que anúncios específicos, plataformas específicas, dentre outros, desde que expressamente assim o indiquem, são condições *sine qua non* de efetivação da igualdade material, que deve permear um Estado Democrático de Direito, já que são instrumentos necessários para promover as ações afirmativas e, portanto, compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio.

Brasília, 6 de agosto de 2018

Procuradora do Trabalho e Coordenadora do GT
Elisiane dos Santos

Procuradora do Trabalho e Coordenadora da Coordigualdade
Valdirene Silva de Assis

Procuradora do Trabalho
Ludmila Reis Brito Lopes



Rafael Dias Marques

Procurador do Trabalho e Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Trabalho

Rafael Dias Marques



Procuradora do Trabalho

Luciana Tostes de Guadalupe e Silva



Procurador do Trabalho

Honorato Gomes de Gouveia Neto