



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0000790-37.2020.5.10.0015**

Relator: PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/06/2023

Valor da causa: R\$ 10.000.000,00

Partes:

RECORRENTE: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO NO DF - 1ª CATEGORIA

RECORRIDO: MAGAZINE LUIZA S/A

ADVOGADO: RODRIGO SEIZO TAKANO

ADVOGADO: RODRIGO MAIA RIBEIRO ESTRELLA ROLDAN

ADVOGADO: SARA ALVES BRANCO

TERCEIRO INTERESSADO: Ministério Público do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

PROCESSO n.º 0000790-37.2020.5.10.0015 ROT - ACÓRDÃO 3ª TURMA/2023

RELATOR: DESEMBARGADOR PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN

RECORRENTE: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO NO DF - 1ª CATEGORIA

RECORRIDO: MAGAZINE LUÍZA S/A

ADVOGADO: RODRIGO SEIZO TAKANO

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

EMENTA

1. NULIDADE DA DECISÃO POR CERCEAMENTO DE DEFESA E POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. Nos termos do art. 370, caput e parágrafo único, do CPC, cabe ao julgador decidir quais provas são necessárias à instrução do processo, sendo-lhe permitido indeferir a realização de diligências inúteis ou meramente protelatórias. Demonstrado que o conteúdo probatório produzido é suficiente para a solução da controvérsia (art. 443, I, do CPC), não há de se falar em cerceamento de produção de prova. Após analisados e sopesados os aspectos relevantes e controvertidos da demanda, o Juízo de origem emitiu tese explícita expressando o seu entendimento sobre as matérias ventiladas. O fato de o órgão julgante decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional. Não violado, portanto, o art. 93, IX, da Constituição Federal. Arguição de nulidade de sentença rejeitada.

2. AÇÃO AFIRMATIVA. PROGRAMA TRAINEE EXCLUSIVAMENTE PARA NEGROS. INICIATIVA PRIVADA. LICITUDE. A adoção de Programa Trainee por empresa privada exclusivamente para pessoas negras, com duração de 12 meses ou mais, atende plenamente aos requisitos da Convenção 169 da OIT e demais normas jurídicas aplicáveis ao tema, pois tratar de ação afirmativa que não configura a criação de direito injustificável para grupo historicamente discriminado, nem extrapola período razoável, já que infelizmente ainda está muito distante, no Brasil, atingir o objetivo das medidas afirmativas em benefício da população negra que seria a igualdade salarial, independentemente, da cor da pele do trabalhador contratado. **Recurso da parte demandante desprovido.**

RELATÓRIO

A Exma. Juíza Laura Ramos Moraes, atuando na 15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da sentença às fls. 1610/1625, complementada às fls. 1677/1679, decidiu julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Recurso ordinário, pela parte demandante, às fls. 1686/1730.



Contrarrazões, pela parte demandada às fls. 1739/1750 e pelo *amicus curiae* (Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCRAFRO), às fls. 1751/1755.

O MPT, representado pelo Procurador Sebastião Vieira Caixeta, reiterou os termos das manifestações anteriores da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidade e Eliminação da Discriminação no Trabalho (fls. 282/336 e 571/687), de lavra dos Procuradores do Trabalho constituídos em Grupo Especial de Atuação Finalista (GEAF), ratificando o entendimento pela manutenção da total improcedência dos pedidos deduzidos na petição inicial.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso da parte demandante.

RECURSO DA DPU

NULIDADE: CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DE PRAZO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A parte demandante, ora recorrente, sustenta nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão do indeferimento do requerimento para que a empresa/recorrida juntasse aos autos a relação de trabalhadores contratados por meio do procedimento seletivo objeto da presente ação, "*indicando, para cada um deles, se foi classificado como negro ou como pardo, além das informações pessoais (identificação, idade etc.), classificação ou colocação no processo seletivo e outras relevantes para o prosseguimento do feito*" (fl. 1317); bem como que a parte demandada informasse "*os percentuais de empregados em seus postos de comando oriundos de povos indígenas, asiáticos, refugiados, ciganos, apátridas, idosos, pessoas com deficiência, egressos dos sistemas de cotas sociais e*



de famílias pobres e outros de modo a tornar possível a comparação dos dados fornecidos ao MPT, possibilitando avaliar a medida de exclusão que o seletivo impugnado nos presentes autos tenha gerado ou potencialmente possa gerar;" (fl. 1318).

Afirma que os dados solicitados são essenciais para discussão proposta na análise da presente demanda que questiona os limites de qualquer medida que se pretenda ser considerada uma ação afirmativa, acrescentando:

"Tais informações seriam importantes para se avaliar se a empresa considerou os direitos de outros grupos de trabalhadores ao anunciar seus seletivos de trainees.

Sem esses documentos, ademais, questões relevantes se perdem, como a razoabilidade (ou a falta de razoabilidade) da exclusão completa de outros trabalhadores do certame, como os indígenas (ainda que ao arripio da disciplina estabelecida pela Convenção OIT 169, ratificada pelo Brasil).

É dizer que se houver desequilíbrio na contratação de indígenas pela empresa ré, por exemplo, seu argumento cai por terra, porquanto não haveria razão para discriminá-los para viabilizar a medida proposta.

Ainda assim, somente na sentença tais pedidos foram decididos, o que inclusive mudou a dinâmica da audiência de instrução, A parte demandada, ora recorrente, sustenta negativa de prestação jurisdicional pelo juízo de origem ao deixar de manifestar sobre questão levantada na defesa e reiterada nos embargos declaratórios concernente ao pedido de expedição de ofícios as empresas tomadoras de serviços com a finalidade de esclarecer o recebimento de valores para repasse ao sindicato demandante, considerando que a norma convencional prevê a isenção do pagamento da multa de 2% quando a empresa deixa de receber quantia destinada ao fundo odontológico.além de ter impedido que tais elementos fossem considerados quando da decisão proferida pelo juízo.

Na sentença, o juízo considerou que tais documentos/informações são "irrelevantes" para o deslinde da controvérsia. Contudo, a relevância de tais elementos é patente, como se constata." (fls. 1566/1567/)

Argui também nulidade da sentença por inobservância de prazo para apresentação das razões finais, sob o argumento de que o prazo para apresentação desta peça processual foi devolvido unicamente para conceder o prazo remanescente de 01 (um) dia. A par disso, aduz que *"não se pode exigir da parte que haja o aproveitamento do que se fez anteriormente. Em se tratando de Defensoria Pública tal raciocínio é ainda mais necessário, considerando-se o princípio da indivisibilidade (arts. 134,§ 4º, da Constituição da República e 3º da Lei Complementar 80/94),segundo o qual a instituição é apresentada em juízo por qualquer de seus membros."*

Suscita ainda nulidade por ausência de fundamentação o que configuraria negativa de prestação jurisdicional, já que, embora provocado pela DPU, o Juízo de origem, em afronta ao assegurado pelo art. 93, IX, da Constituição Republicana c/c artigos 489 e 1.022, do CPC, deixou de apresentar fundamentação específica, não reconhecendo a existência de omissões no julgado em relação as seguintes questões: a) pedidos de juntada de documentos; b) preliminar de perda superveniente do interesse de agir; c) limites de aplicação de normas utilizadas para referendar suposta ação afirmativa; d)



distinção entre ação afirmativa e prática discriminatória ilícita; e) violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; f) tese de adoção do programa de cotas como padrão de política públicas/ações afirmativas no Brasil; g) teor da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); h) inaplicabilidade ao caso da novel Convenção Interamericana contra o racismo; i) vedação de discriminação específica de indígenas (Estatuto do Índio e Convenção nº 169 da OIT).

Vejam os.

De forma diversa do quanto alegado, o Juízo de origem enfrentou os temas essenciais ao cerne da ação proposta, qual seja, se o Programa de Trainee 2021, destinados às pessoas negras, promovido pela parte demandada/recorrida, afronta o ordenamento jurídico vigente, notadamente, a Constituição Federal e as normas internacionais e infraconstitucionais que vedam a discriminação de trabalhadores, consoante é possível averiguar da fundamentação utilizada, *in verbis*:

"Como já relatado, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU em face de MAGAZINE LUIZA S.A., cujo objeto de impugnação é o programa "Trainee 2021" promovido pela ré, que oferece vagas exclusivas para pessoas negras. De acordo com a Defensoria, o referido procedimento seletivo viola o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o art. 7º, XXX, da CF/88, assim como as normas internacionais e infraconstitucionais que vedam a discriminação de trabalhadores. A autora, em sua petição inicial, aduz, em suma, que a contratação exclusiva de empregados de determinada raça ou etnia, em detrimento de outras, gera a exclusão de grupos de trabalhadores, como, por exemplo, os indígenas, os estrangeiros que podem trabalhar legalmente no Brasil (a DPU cita o caso dos Venezuelanos), os ciganos, os asiáticos, dentre outros; além de excluir mulheres fenotipicamente brancas, indígenas ou asiáticas ou qualquer outra pessoa pertencente a um grupo social excluído do processo seletivo. Acrescenta, ainda, que as ações afirmativas não podem ser transformadas em medidas arbitrárias de discriminação de trabalhadores; que a conduta da ré não é proporcional nem razoável e pode caracterizar crime de racismo, nos termos da Lei nº 7.716/1989. Aduz que "também do ponto de vista do direito internacional e das obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional nenhum procedimento tendente à admissão de trabalhadores pode ser conduzido a partir da discriminação de parcela dos trabalhadores, a qualquer título que seja". Prossegue explanando acerca do desemprego no Brasil e a capacidade da ré de influenciar as demais empresas com a adoção de programas de seleção nos mesmos moldes. Argumenta, por fim, que o programa de com candidatos trainee autodeclarados negros é uma estratégia de marketing empresarial, tecnicamente denominado "marketing de lacração", que tem por objetivo não só o ganho político, mas também a ampliação dos lucros e faixa de mercado da empresa.

Requer a concessão da tutela de urgência, impondo à ré a obrigação de "conduzir o programa de trainee em andamento sem restrições fundadas em raça, cor, etnia ou origem nacional, passando, com isso, a admitir inscrições de quaisquer candidatos que cumpram os demais requisitos, nos termos do art. 7º, XXX, da CR, devendo a ré, para tanto, reiniciar o período de inscrições, pelo seu prazo integral, dando iguais condições de inscrição para todos os trabalhadores interessados em participar de seu certame"; ou "subsidiariamente, suspender a seleção já iniciada até ulterior julgamento da presente ação".

No mérito, pede que a ré seja (i) compelida a deixar de limitar as inscrições para o Programa de Trainee em andamento por meio de critérios discriminatórios, mormente com base em raça, cor da pele ou etnia dos candidatos, conduzindo todo o processo de recrutamento com base em tal premissa; (ii) compelida a abster-se de condutas que discriminem o trabalhador, a qualquer título que seja, mormente nos termos do art. 7º, XXX, da Constituição da República, neste ou em futuros programas de seleção de trainees, estagiários, empregados e qualquer outro tipo de



trabalhadores; (iii) condenada a pagar "indenização por danos morais coletivos, em valor não inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a converter ao fundo de que trata o art. 13, § 2º, da Lei nº 7.347/85, considerando-se a violação de direitos de milhões de trabalhadores (discriminação por motivos de raça ou cor, inviabilizando o acesso ao mercado de trabalho), a extensão do dano, o porte econômico da reclamada e as funções inibidoras e restauradoras do instituto.

A ré, a seu turno, informa, inicialmente, que o Programa de Trainee da empresa foi alvo de denúncia perante o Ministério Público do Trabalho de São Paulo, que foi de plano indeferida ante a "inexistência de irregularidade no processo seletivo que reservou vagas do Programa de Trainee da denunciada". Aduz que a própria Defensoria Pública da União, representada pelo Defensor Público-Geral Federal, Jair Soares Júnior, emitiu "nota de esclarecimento sobre a política de cotas raciais", na qual afirma que a instituição defende a política de cotas e a adoção de ações positivas, dentre outras assertivas. Elenca as razões que levaram a empresa à criação do "Programa de Trainee" apenas para pessoas negras, ressaltando que o elemento balizador do processo seletivo é a diminuição das diferenças raciais existentes nas posições de liderança da empresa. Defende a obediência ao ordenamento jurídico, às normas constitucionais e às leis antirracismo, bem como a relevância das ações afirmativas e o respeito à política de cotas raciais e a constitucionalidade de legalidade do programa de trainee. Impugna o cabimento da tutela inibitória, assim como cada um dos pedidos formulados na petição inicial.

O Ministério Público do Trabalho emitiu parecer oficiando pela improcedência da ação.

As entidades admitidas como "amicus curiae" também se manifestaram nos autos pela improcedência dos pedidos.

Pois bem.

De início, importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a igualdade como fundamento do Estado Democrático de Direito (Constituição Federal de 1988, preâmbulo e artigos 3º, IV, 5º, caput e inciso I, 7º, XXX, e 170, VII).

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Igualdade (Lei 12.288 /2010), que concretiza a efetivação do princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88) e os direitos constantes na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto 65.810/1969), prevê a possibilidade de adoção de ações afirmativas pela iniciativa privada para a correção de desigualdades raciais.

De acordo com o art. 39 do Estatuto, "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" (grifei).

Em 26 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, definitivamente, a ADPF 186, considerando constitucionais as cotas como política de ação afirmativa no sistema de acesso à universidade pública, *in verbis*:

(...)

A decisão da Corte compatibilizou o princípio da igualdade material, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, com a possibilidade de aplicação de ações afirmativas implantadas com o objetivo de permitir a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares que gerou o chamado racismo estrutural e da mesma forma se manifestou a ADC 41 do STF.

Nessa vereda, em outubro de 2020, o STF, ao julgar a ADPF 738, firmou a constitucionalidade de medida positiva instituída pelo TSE, para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47.



Vale acrescentar que em 10 de janeiro de 2022, por meio do Decreto nº 10.932, o Brasil promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que ingressou no ordenamento jurídico nacional com status constitucional, pois aprovada conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

A Convenção Interamericana contra o Racismo define que "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" (grifei).

Pela referida Convenção, o Brasil se comprometeu a adotar "(...) as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo" (art. 5º).

Portanto, é incontroverso que o Brasil prevê a possibilidade de adoção das ações afirmativas, tanto pelo poder público, quanto pela iniciativa privada, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância. Sendo certo, também, que tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias.

No caso dos autos, a documentação juntada com a petição inicial, em especial o documento de id. 48a9c80 - Pág. 5/10, demonstram que a medida instituída pela ré encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio e internacional, estando de acordo com a Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, a Lei 12.288 /2010, assim como com o entendimento jurisprudencial do STF.

Pelo que se extrai do referido documento, o objetivo da ré, ao propor o Programa de Trainee exclusivo para candidatas negras (autodeclaradas negras ou pardas), teve por escopo garantir a participação de jovens negros nos cargos de liderança da empresa. De acordo com o referido documento, a demandada, muito embora seja composta por 53% de pessoas negras, somente possui 16% de líderes negros. A seleção proposta, portanto, de acordo com tal informação, teria por finalidade a correção dessa desigualdade, o que é totalmente válido perante o que propõe a Lei 12.288/2010 e demais normas que tratam da matéria.

Dessa premissa, resulta que o processo seletivo impugnado pela presente ação civil pública não configura qualquer tipo de discriminação na seleção de empregados. Ao contrário, demonstra iniciativa de inclusão social e promoção da igualdade de oportunidades decorrentes da responsabilidade social do empregador, nos termos do art. 5º, XXIII, e art. 170, III, da Constituição Federal, e está devidamente autorizado pelo art. 39 da Lei 12.288/2010." (fls. 1618/1624)

Assim, é possível concluir do trecho da sentença acima que o juízo primário enfrentou sim, os pedidos articulados da Ação Civil Pública, entendendo, após devida e proficiente fundamentação, diversamente do entendimento defendido pelo membro da DPU subscritor desta ação, que o Programa de Trainee, ora atacado, revela-se elogiável implementação de ação afirmativa da iniciativa privada proporcionadora de inclusão social e promoção de igualdade de



oportunidade decorrentes da responsabilidade social do empregador, em plena sintonia com Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e os ditames da Constituição da República (artigos 5º, XXIII e 170, III).

Ademais, nos termos do art. 370, caput e parágrafo único, do CPC, cabe ao julgador decidir quais provas são essenciais à instrução do processo, sendo-lhe permitido indeferir a realização de diligências inúteis ou meramente protelatórias. Neste contexto, tornou-se despiciendo para a instância *a quo*, a juntada, além da documentação jungidas aos autos, de mais documentos solicitados pela recorrente, tais como, a lista de trabalhadores contratados por meio do seletivo objeto desta ACP, indicando, para cada um deles, se foi classificado como negro ou como pardo, além das informações pessoais (identificação, idade etc.), classificação ou colocação no processo seletivo e outras relevantes para o prosseguimento do feito, bem como a informar também nos autos os percentuais de empregados em seus postos de comando oriundos de povos indígenas, asiáticos, refugiados, ciganos, apátridas, idosos, pessoas com deficiência, egressos dos sistemas de cotas sociais e de famílias pobres, pois com suporte no conjunto probante existente foi possível ao Juízo sentenciante concluir que, no processo seletivo questionado, não houve qualquer forma de discriminação, tudo em conformidade com entendimento dos integrantes do MPT e das entidades que manifestaram nos autos.

Também inexistem elementos plausíveis para declaração de nulidade da sentença por inobservância de prazo para apresentação de razões finais pela recorrente, já que, consoante confessado pela própria Defensor Público da União, subscritor do recurso ordinário, houve devolução do dia remanescente para juntada das razões finais que, considerando a contagem em dobro encerrou-se em 25/01/2023 (fl. 1607).

Contudo, o recorrente no dia 26/01/2023, após transcorrido o prazo concedido, por meio da petição de fls. 1595/1602 postulou a reconsideração da decisão do juízo de origem, requerendo a devolução integral do prazo para apresentação das razões finais, o que foi indeferido, sob os seguintes fundamentos:

"Como cediço, a manifestação em razões finais é uma faculdade conferida às partes para falarem nos autos antes da prolação da sentença. É o momento ideal para que os litigantes reforcem as teses apresentadas e relacionem os pleitos ao conjunto de provas produzidas nos autos.

No Processo do Trabalho, as razões finais estão previstas no art. 850 da CLT, de forma oral, no prazo de 10 (dez) minutos para cada parte. Entretanto, é comum, em alguns casos, o Juízo conceder às partes o prazo para a apresentação de razões finais em memoriais (por escrito), em 48 horas, 5, 10 ou 15 dias. De qualquer modo, a conversão das razões finais orais em memoriais é uma faculdade do Juiz, nos termos do art. 765 da CLT. Já no âmbito do Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), as razões finais orais poderão ser substituídas por memoriais quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito (art. 364, §2º, do CPC).



Na hipótese dos autos, ao contrário do alegado, não vislumbro qualquer espécie de prejuízo capaz de configurar cerceamento de defesa da autora.

O prazo para apresentação de razões finais foi devidamente concedido às partes, sendo que, no caso da autora, o prazo foi maior do que o de 10 (dez) dias originalmente concedido. Pela última decisão, a demandante teve 2 (dois) dias a mais e não apenas 1 (um) dia que faltava.

Registre-se que o encerramento da instrução processual ocorreu em 30/09/2022, conforme ata de audiência de id. 1095f9d, na qual se encontrava presente o i. Defensor Público, representante da autora. A partir dessa data, a autora poderia ter apresentado suas razões finais, pois a sentença somente foi prolatada mais de um mês depois, em 03/11/2022. Na decisão de id. 65d8b09 foram concedidos mais 2 (dois) dias e a autora teve novamente oportunidade de apresentação das razões finais, desta vez até 25/01/2023.

Note-se que a autora não comprovou que a concessão apenas do prazo faltante ocasionou-lhe algum tipo de prejuízo, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que o art. 794 da CLT disciplina que somente haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo à parte.

Ao contrário do que sugere a autora, todos os atos praticados nos autos revelam que o devido processo legal está sendo devidamente observado pelo Juízo. A demandante teve oportunidade de se manifestar plenamente acerca de todas as questões discutidas nos autos e poderia ter apresentado suas razões finais tão logo encerrada a instrução processual, como já ressaltado anteriormente.

Convém lembrar que a concessão do prazo restante para razões finais foi justamente para evitar prejuízos à demandante e foi assegurado, sobretudo, para impedir maiores delongas na presente Ação Civil Pública que já tramita nesta Vara por mais de 2 anos, ainda sem sentença de mérito.

Assim, inexistindo comprovação de qualquer prejuízo pela parte e tendo em vista que o prazo para manifestação em razões finais foi devidamente ofertado à autora, indefiro o pedido de devolução integral do prazo formulado pela DPU na petição de id. 7d04ddb." (fls. 1604/1606)

Neste cenário, irretocável o posicionamento supra da primeira instância, já que realmente nos termos do artigo 850 da CLT: *"Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão"*, desta maneira, a concessão do prazo faltante (mais dois dias, considerando a prerrogativa do prazo em dobro) que findou em 25/01/2023, não gera qualquer nulidade, especialmente, considerando que as demais partes já tinham apresentados suas razões finais até 07/10/2022.

Logo, é perfeitamente plausível concluir que as alegações da parte recorrente, no sentido de que as respostas e entendimentos expostos pelo juízo *a quo*, a respeito das questões e preliminares suscitadas foram respondidas ou decididas de forma insuficiente ou equivocada, na verdade, demonstram o inconformismo com o julgado, evidenciando não se tratar de omissões e/ou nulidades, mas sim posicionamentos contrários às teses sustentadas pela parte demandante/recorrente.

Ressalto que o dever constitucional de motivar a decisão exaure-se na adoção de tese explícita acerca de toda a matéria fática e jurídica imprescindível e controvertida entre as



partes, desobrigando-se o julgador, ao assim proceder, de rebater cada argumento expedido pela parte recorrente e de enfrentar cada dispositivo legal.

Nesse norte, a diretriz firmada na Súmula n.º 297 e na Orientação Jurisprudencial n.º 118 da SDI-1, ambas do C. Tribunal Superior do Trabalho.

No caso vertente, todos os aspectos relevantes e controvertidos da demanda restaram adequadamente analisados e sopesados, expressando a decisão de origem o entendimento do Juízo sobre as matérias ventiladas. O fato de o órgão judicante decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional. Não violado, portanto, o art. 93, IX, da Constituição Federal, nem tampouco os artigos 489 e 1.022, do CPC.

Assim, rejeito as arguições de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por inobservância de prazo para apresentação das razões finais, por ausência de fundamentação e negativa de prestação jurisdicional.

DO PROGRAMA DE SELEÇÃO DE TRAINEE EXCLUSIVAMENTE PARA CANDIDATOS NEGROS. AÇÃO AFIRMATIVA.

A sentença julgou improcedentes os pedidos articulados pela parte demandante, ora recorrente, conseqüentemente indeferindo a indenização por os danos morais coletivos postulados na exordial.

Nas razões recursais da parte demandante insurge-se contra o reconhecimento da perda do objeto a respeito do Programa Trainee de 2020/2021, reiterando a ilicitude deste certame e dos subsequentes realizados pela demandada, insistindo na condenação por dano moral coletivo.

Pois bem.

O MPT, por meio de seu parecer de fls. 1759/1770, defendeu a licitude do certamente, ora questionado, consoante argumentos abaixo colacionados:

"(...)

Primeiro, quanto à análise do processo de seleção objeto desta ACP, remetemos aos anteriores pareceres do MPT, que evidenciaram os fundamentos de fato e de direito que legitimam a ação afirmativa impugnada pelo Autor. Vale ressaltar que realizar o processo seletivo por 2 anos consecutivos não afeta a característica de temporalidade da ação afirmativa.

Segundo, quanto à Portaria MTP 620, de 2021, breve leitura da referida Portaria revela que se trata de ato normativo editado com especial objeto e finalidade, qual seja, validar a omissão das empresas em exigir de seus empregados comprovante de



vacinação contra o COVID 19. Bem por isso, os vários "considerandos" da referida portaria apenas repetem artigos da Constituição Federal, a exceção de um que transcrevemos, e que é a real justificativa da edição do ato normativo:

"Considerando que a não apresentação de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade não está inscrita como motivo de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo DecretoLei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, resolve:"

Praticamente todos os artigos e incisos da referida Portaria MPT 620/2011 tratam da exigência de comprovação de vacinação, a exceção do seu art. 1º, destacado pelo autor, e que apenas repete a literalidade o art. 1º da Lei 9.029, de 1995. Nesse contexto, e zelando pela boa técnica processual, a edição do ato normativo em verdade não merece qualquer destaque, já que se trata de mera repetição da legislação reproduzida agora em um ato normativo inferior.

Outrossim, quanto ao mencionado julgamento do C. STF, como amplamente noticiado, o Supremo somente analisou, em sede de liminar em ADPF, a constitucionalidade da necessidade ou não de cobrança de comprovação de vacinação pelos empregadores.

Por fim, a DPU reitera pedido de produção documental. Requer a Autora seja a ré intimada a apresentar dados acerca de suas contratações e da realidade de seus quadros funcionais, com o fim de demonstra "que não é possível discriminar outros trabalhadores, mormente aqueles que também se inserem em grupos considerados vulneráveis, da forma como ela vem fazendo, medida que ofende o ordenamento jurídico".

Quanto ao pedido de dilação probatória documental, em nosso entender a justificativa apresentada pela DPU não legitima o pedido feito, já que se trata de fato incontroverso no processo que o programa visa impulsionar a contratação de jovens negras e negros em vagas de trainee como forma de fomentar a presença desse público em cargos de liderança. E que é de amplo e notório conhecimento [reconhecimento] público a gravidade "das distorções históricas de acesso ao trabalho e ascensão no mercado laboral, decorrentes do vil passado escravocrata brasileiro, cujo processo abolicionista não foi capaz de, passados mais de 100 anos do fim da escravidão negra, promover uma real integração e inserção da pessoa negra na sociedade brasileira, especialmente no acesso ao trabalho digno e emancipador, etapa indispensável para afirmação de qualquer indivíduo como pessoa humana, dotada de dignidade e cidadania", nas palavras do i. colega Rafael Dias Marque, em análise juntada a estes autos no ID c69f594, diante do que se faz desnecessária produção probatória documental adicional, que apenas viria tumultuar o processo.

Apesar de saltar aos olhos de quem queira ver a pequena ou ausente representatividade de trabalhadoras e trabalhadores negros em cargos de liderança, chefia, direção, etc, retomamos as estatísticas do IBGE, também transcritas do doc de ID c69f594, não se tendo notícia de qualquer empresa no Brasil que tenha conseguido inverter e superar tais estatísticas:

"... Realmente, segundo o estudo "Desigualdades Sociais por Cor e Raça no Brasil", divulgado em 2019 pelo IBGE, a população negra representava a maior parte da força de trabalho no país (54,9%) em 2018. A proporção de pretos e pardos correspondiam a cerca de dois terços das pessoas desempregadas (64,2%) e das que trabalhavam menos horas do que gostariam ou poderiam (66,1%).

A pesquisa apontou que os negros são os que mais sofrem com a informalidade: em 2018, 47,3% das pessoas ocupadas pretas ou pardas estavam em trabalhos informais, enquanto que este percentual para os brancos era de 34,8%.

Ademais, em 2019, apenas 3,68% dos profissionais contratados para cargos em liderança eram negros (pardos ou pretos) no estado de São Paulo. O levantamento foi feito pelo Quero Bolsa, plataforma de vagas e bolsas de estudo no ensino superior, com base nos dados do Cadastro Geral de Empregado e Desempregados (Caged). Foram analisadas todas as contratações de ocupações de direção e gerência de pessoas com diploma de ensino superior. Ao todo, no estado, foram



58.083 admissões desse tipo. Dessas, 2.140 foram de negros (3,68%) e 41.042 (70,66%) de brancos.

Em complemento, ressalta-se que uma pesquisa do IBGE mais recente, de 2020, apontou que a população preta foi a que mais sofreu com a desocupação durante a pandemia de Covid-19 (17,8%).

Nessa mesma linha, a demonstrar que a população negra deve possuir um tratamento diferenciado no acesso ao emprego, remuneração e ascensão profissional, em razão da desigualdade real de oportunidades de formação e do racismo estrutural, em comparação com a população branca, fruto de um processo histórico de exclusão e os dos efeitos deletérios de um processo formal, frágil e mítico de abolição da escravidão, a pesquisa "Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas e suas Ações Afirmativas - 2010" (ETHOS, 2010) revelou que, nos cargos de direção, o número de brancos é 94,7%, apesar da maioria da população ser negra (censo 2010).

Aliás, o Instituto Ethos (ETHOS, 2010) confirmou que a discriminação racial e a baixa qualificação profissional estão na base do desemprego crônico. Quase 80% dos desempregados pertence a famílias de baixa renda e são, na maioria, negros (IPEA). Apesar da redução das desigualdades ao longo das últimas décadas, persistem diferenças significativas nas condições de trabalho, especialmente na remuneração, nas principais capitais do país e para as mulheres negras, cujos salários, em São Paulo e no Distrito Federal, não chegam à metade da do homem branco (DIEESE, 2013)

Não fosse isso, no tocante à empresa denunciada, vislumbra-se consistir em uma rede varejista de eletrônicos e móveis, fundada na década de 50, com mais de 1.000 lojas em 18 estados do País, e mais de 25.000 empregados (conforme dados do CAGED de 2019), tendo seu CEO, Sr. Frederico Trajano, se manifestado publicamente a respeito do caso, informando que, após efetuarem pesquisa interna, constataram um desequilíbrio entre o número de funcionários e o de lideranças negras dentro da empresa. Aduziu, inclusive, que "somos responsáveis por quem selecionamos e promovemos", e "claramente, se temos 53% da equipe negra e parda e só 16% de negros e pardos em cargos de liderança, há um problema para resolver com uma ação concreta."

A empresa ré já reconheceu publicamente, bem como expressamente nestes autos, que, apesar de ter 53% da equipe negra e parda, apenas 16% dos cargos de liderança são ocupados por este público, sendo estas informações suficientes para o julgamento do objeto da presente ação., o que se requer.

2) Promulgação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância A par de ratificar os pareceres do MPT de ID 92ac54d e ID d74ea0a, é imperativo mencionar que, muito recentemente, por meio do Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, o Brasil promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que, aprovada conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, ingressou no ordenamento jurídico nacional com status constitucional.

A Convenção Interamericana contra o Racismo conceitua que "discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes". (Artigo 1º, alínea 1); Uma das inovações da Convenção é reconhecer a discriminação indireta, como "aquela medida que - embora não pareça discriminatória - tem um efeito discriminatório quando implementada. A discriminação indireta se verifica quando são tratadas de forma igual pessoas em situação diversa e de forma diversa pessoas em igual situação", mas palavras de Flávia Piovesan (in Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF, 1. ed. p. 296), bem como enfatizar a discriminação múltipla ou agravada, que ocorre por dois ou mais fatores de discrimen, consoante conceitos que transcrevemos do art. 1:



"Art. 1º

2 - Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, pratica ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, pratica ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos." (Artigo 1º, alínea 2);

3 - discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada."

Dentre as formas de enfrentamento ao racismo e discriminação racial, a norma internacional, com status constitucional, define medidas especiais ou ação afirmativa como "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".

Além de definir as ações afirmativas e medidas especiais, a Convenção impõe ao Estado Parte, em seu artigo 5, o compromisso de "adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos" (art. 7).

Ressalta ainda o dispositivo de status constitucional que "tais medidas ou políticas NÃO serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo" (artigo 1º, alínea 5 e artigo 5).

Vale destacar, ainda, o disposto no Decreto 9.571/2018, que estabelece Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos; e o Estatuto da Juventude, Lei nº. 12.852/2013, dispõe sobre os direitos dos jovens e institui princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE, estipulando, em seu inciso I, art. 18, que cabe ao poder público atuar na efetivação do direito à diversidade e à igualdade adotando nos âmbitos federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, programas governamentais destinados a assegurar a igualdade de direitos aos jovens de todas as raças e etnias, independentemente de sua origem, relativamente à educação, à profissionalização, ao trabalho e renda, à cultura, à saúde, à segurança, à cidadania e ao acesso à justiça.

É nesse contexto normativo que o MPT tem promovido ações de divulgação das ações afirmativas na iniciativa privada, com o escopo de, em cumprimento ao art. 6 da convenção, "proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet", com destaque para o Projeto Nacional de Inclusão Social de Jovens Negras e Negros Universitários, atuação estratégica e prioritária do MPT, que se funda exatamente na promoção da adoção de políticas inclusivas por empresas em favor de universitários negras e negros (<https://mpt.mp.br/pgt/areas-deatuacao/bancoprojetos/projetos/afro-presenca>).



Por fim, destacamos o inegável o efeito prejudicial da ACP para além dos sujeitos envolvidos, ao infundir receio em outras empresas que, não obstante se sensibilizem para a temática, passam a temer serem rês em ações indenizatórias, para além dos demais desgastes envolvendo eventuais processos judiciais (despesas processuais, etc), exposição midiática, dentre outros.

Cite-se caso recentemente noticiado na imprensa e redes sociais, sobre a exclusão de anúncios, em plataformas digitais, de vagas de emprego/estágios destinadas a negros (as) e indígenas, embora sejam resultantes da autação de empresas harmônicas com os compromissos do Estado brasileiro.

O MPT pronunciou-se por meio da Notificação Recomendatória MPTSP n.º 95184.2022/PRT2, divulgada em 28.03.2022, ora anexada, usada pela plataforma LinkedIn, juntamente com outros argumentos, para a mudança da postura da empresa, que, já a partir de 29.03.2022, atualizou sua política de uso permitindo o anúncio de oportunidades afirmativas a populações desfavorecidas (<https://www.prt2.mpt.mp.br/955-linkedin-adequasua-conduta-as-recomendacoessobre-vagas-afirmativas>).

Com estes mesmos fundamentos, considerando que a Convenção Interamericana Contra o Racismo e o conjunto de normas brasileiras, que consagram as ações afirmativas, são aplicáveis a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego (art. 7º), é missão do Poder Judiciário reconhecer a improcedência dos pedidos da inicial, que, como comprovado, encontram intransponíveis entraves no âmbito do controle difuso de convencionalidade e constitucionalidade."

Cabe destacar que, em razão do encerramento do Programa Trainee de 2021, conforme informações constantes às fls. 60/67 que descreve a duração de 12 (doze) meses do programa, incólume a sentença na parte que julgou extinto a ação sem resolução do mérito, os pedidos diretamente relacionados ao referido certame.

Em relação aos certames subsequente, ao contrário do defendido pelo recorrente/demandante a iniciativa adotada pela empresa recorrida/demandada não afronta o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), consoante é possível aferir do artigo 4º da referida lei a seguir transcrita.

"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:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

(...)

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"

Nesse sentido, manifestou similarmente as entidades e órgãos que foram admitidos como *amicus curiae* da demandada/recorrida, *verbis*:

"(...) O Brasil. Promoção de políticas e ações de proteção aos afrodescendentes



Ações Afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades dentre as quais as raciais, 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.

A 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 (ou reversa).

A 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.

Isso equivale à necessidade de se promover e permitir uma interpretação mais ampla do instituto da igualdade jurídica.

Isto porque a própria história de formação da população brasileira traz, em seu bojo, a chaga ainda aberta do longo período da escravidão negra e a ausência absoluta e histórica de medidas efetivas de reparação ou promoção da inclusão econômica e social, por parte do Estado ou da iniciativa privada.

Desta feita, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, disposições importantes, na área de combate ao racismo e à discriminação racial, citemos algumas:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 7º - XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Art. 215. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

ADCT - Art. 68 - Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Ainda, regulamentando a disposição constitucional, foi promulgada a Lei nº 7.716 /89, mais conhecida como Lei Caó, em que são definidos os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.



A Lei nº 9.459/1997 ampliou a abrangência da Lei Caó, ao incluir, no artigo 1º, a punição pelos crimes resultantes de discriminação e preconceito de etnia, religião e procedência nacional. Também incluiu, em seu artigo 20ª, tipo penal mais genérico para o crime de preconceito e discriminação:

"Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Finalmente, em 20 de julho de 2010 foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial - Lei nº 12.288/2010.

Este dispositivo legal foi instituído com o principal objetivo de garantir à população negra a efetiva igualdade de oportunidades, a defesa dos seus direitos individuais e coletivos, além do combate à discriminação e às demais formas de intolerância.

Após quase 10 anos de tramitação no Congresso Nacional, o Estatuto é o principal marco legal para o enfrentamento da discriminação racial e das desigualdades estruturais de raça que afetam homens e mulheres afro-brasileiros.

Constitui-se, dessa forma, em um instrumento para garantia dos direitos fundamentais desse segmento, especialmente no que diz respeito a saúde, educação, cultura, esporte e lazer, comunicação, participação, trabalho, liberdade de consciência e de crença, acesso à terra e à moradia; além dos temas da proteção, do acesso à justiça e à segurança.

Em seu capítulo V, o Estatuto da Igualdade Racial, doutrina sobre a implementação de políticas voltada as TRABALHO, vejamos algumas:

CAPÍTULO V DO TRABALHO

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

I - o instituído neste Estatuto;

II - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção no 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da discriminação no emprego e na profissão;

IV - os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

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.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

Como não poderia deixar de ser, quando provocado entendeu, em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal:



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

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

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.

É importante frisar alguns Compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro:

- * Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
- * Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958);
- * Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965);
- * Convenção nº 100 sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (1951);
- * Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969);
- * Declaração e Plano de Ação de Durban (2001);
- * Documento Final da Conferência de Revisão de Durban (2009). (...) ." (Trechos da manifestação do Instituto Iniciativa Empresarial Pela Igualdade Racial - fls. 117/122)

(...) II - Da Defesa da promoção da educação, da igualdade racial e da relação estreita com a Empresa Magazine Luiza S/A

Nesse passo fica evidente a relação estreita da AFROBRAS com a empresa Magazine Luiza, na luta pela igualdade de condições para todos, e, especialmente para a população negra, que historicamente, sempre foi vilipendiada em sua inclusão no mercado de trabalho, e conseqüentemente, da ascensão nas grandes empresas.



Não é demais dizer que a AFROBRAS, atuou como *amicus curiae*, na ADF 186, julgada em 26.04.2012, junto ao Supremo Tribunal Federal, que por votação unânime de seus Ministros consolidou as ações afirmativas de reserva de cotas para negros na Universidade de Brasília, marco da história na luta e promoção da educação e reinserção da população afrodescendente nos bancos universitários.

Assim, as ações afirmativas, assim, como proposta pela empresa Magazine Luiza S/A, acena para um novo momento na vida da sociedade negra brasileira, em prol da igualdade de oportunidades para os seres humanos mais vulneráveis.

Está claro, portanto, que a AFROBRAS é entidade de reconhecidos e relevantes serviços prestados na área de promoção dos Direitos Humanos, assim como é a ré, de modo que sua atuação, mais uma vez como Amigo da Corte, evidencia seus objetivos em prol de um Estado mais igual e próspero à todos."

II - Dos fundamentos jurídicos que autorizam o ingresso da petionária como AMICUS CURIAE

De se ver que a pertinência temática da atuação da Petionária na presente ação civil pública cível decorre do fato da relevante contribuição da Empresa Magazine Luiza S/A na defesa da promoção da igualdade racial, em suas diversas frentes.

Isso mediante uma atuação voltado à combate ao racismo e a toda forma de discriminação, ressaltando que a Magazine Luiza atua justamente na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entre eles, a defesa da igualdade racial, dentro e fora de seu grupo empresarial.

De ressaltar que referida atuação da empresa na defesa da promoção da igualdade racial pode ser evidenciada por diversas ações, em especial a criação de vagas para jovens negros *trainees*, que por sua vez esta sofrendo vários ataques desmedidos, com o fim único de frear a reafirmação dos Direitos Humanos e inclusão social da população negra.

Por conseguinte, está evidenciado o interesse processual e, por consequência, a representatividade adequada da postulante para figurar como *Amicus Curiae* na presente Ação Civil Pública Cível, em razão da capacidade de fornecer subsídios necessários à adequada formação de convicção deste E. Tribunal a respeito do objeto da presente lide, em favor da igualdade e inclusão da população negra no mercado de trabalho, em especial na preparação de jovens para ocuparem cargos de Direção na empresa demandada. (...)

A repercussão social da controvérsia reside no fato de que envolve a atuação da maior empresa de varejo do Brasil, quiçá da América Latina, que atua na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, a demonstrar a evidente importância e relevância da lide e seu oportuno resultado. (...). (Trechos da manifestação da Sociedade Afro Brasileira de Desenvolvimento Sócio - Cultural - AFROBRAS - fls. 431/434)

"(...) A ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União se insurge contra a empresa "Magazine Luiza", que anunciou recentemente a abertura de processo seletivo para o seu programa de trainee voltado à contratação exclusiva de candidatos negros.

Sustenta o Defensor Federal subscritor da ação que tal medida adotada pela empresa, por não se tratar de programa de cotas, não configura ação afirmativa, sendo, portanto, desprovida de embasamento normativo. Conclui que o processo seletivo, se finalizado, configurará discriminação em desfavor de brancos, conduta proscrita pela Constituição da República.

A fim de rebater os frágeis argumentos contidos na inicial, cumpre traçar uma breve abordagem conceitual acerca do tema das "ações afirmativas", termo que tem origem nos anos 60, nos Estados Unidos.



Ao perceber que não bastava a adoção, pelo Estado, de medidas antissegregacionistas voltadas à destruição do regime de leis "Jim Crow" para fins de promoção da igualdade material entre negros e brancos, o movimento dos Direitos Civis passou a reivindicar a implementação de ações positivas voltadas, notadamente, a aumentar as oportunidades de acesso, permanência e promoção no mercado de trabalho, os índices de ingresso no ensino superior e os níveis de representação política dos afroamericanos, minoria historicamente excluída de postos de prestígio, riqueza e poder.

Embora, no Brasil, a população negra (pretos e pardos) seja majoritária, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde não ultrapassa 15% do total da população, e apesar de não ter sido instituído, em nosso país, um sistema de segregação racial legalizado, os indicadores socioeconômicos revelam a existência de uma linha abissal separando negros e brancos, é dizer, um *apartheid* de fato.

Nenhum país no continente americano praticou a escravidão em escala tão larga quanto o Brasil, o último país do mundo a aboli-la. Mesmo após a declaração da independência, formalmente inspirada no liberalismo burguês, o Estado Brasileiro preservou o anacrônico regime escravocrata, anuindo com o tráfico ilegal de africanos, inclusive posteriormente à edição da Lei Feijó (1831), que declarou livres todos os escravizados vindos de fora do Império e impôs penas aos seus importadores.

Essa mentalidade liberal-escravista, profundamente antidemocrática, está presente na gênese do Estado e das instituições imperiais brasileiras e se prorroga no período pós-abolição, ainda que sob nova roupagem, que será conferida pela convivência entre a afirmação da igualdade formal dos cidadãos no plano jurídico e uma sociedade racialmente estratificada.

A permanência dessa contradição é facilitada pela força ideológica do mito da democracia racial, que caracteriza a sociedade brasileira como uma sociedade mestiça que desconhecera, portanto, o preconceito de cor. Como ensina Adilson José Moreira, a igualdade formal e a pretensa homogeneidade racial decorrente do processo de miscigenação são os dois elementos centrais do "liberalismo racial brasileiro".

A população negra não é apenas herdeira do estigma da escravidão como continua a sofrer com o impacto combinado de processos excludentes, amparados no racismo estrutural e institucional, que conformam um quadro de desigualdade material profunda e tendencialmente permanente.

As ações afirmativas consubstanciam, nesse contexto, uma ferramenta de reparação histórica, de justiça distributiva e de reconhecimento.

Calcula-se que os custos das reparações individuais a que fariam *jus* os descendentes de africanos escravizados no Brasil - se tomadas como parâmetro as indenizações pagas pela Alemanha aos descendentes de judeus vitimados pela 2ª Guerra Mundial - alcançariam, de acordo com o economista Mário Theodoro, a cifra astronômica de 16 quadrilhões de reais, valor equivalente a mais de 600 vezes o PIB anual dos EUA.

Tais valores ilustram, ainda que assepticamente, a dimensão gigantesca do terror e da dor produzidos pelo empreendimento colonial brasileiro, responsável por escravizar, durante mais de três séculos, aproximadamente 5 milhões de seres humanos, traficados compulsoriamente do continente africano para o Brasil. Nesse processo, esteve implicada a destruição dos laços familiares, territoriais, étnicos e comunitários desses indivíduos; a imposição de uma língua, religião e cultura alienígenas; e, sobretudo, a destituição da sua condição de humanidade, legitimando o emprego de um cruel repertório de violência e tortura.

Todavia, o racismo não é apenas uma reminiscência cultural de um modo de produção ultrapassado, um legado ideológico da escravidão que precisa ser combatido, ele [...] consiste em uma estrutura de origem histórica, que desempenha funções benéficas para um grupo que, por meio dele constrói e mantém o poder hegemônico em relação ao restante da sociedade.



Esse grupo instrumentaliza o racismo através das instituições e organiza, por meio do imaginário social, uma teia de práticas de exclusão. Desse modo, preserva e amplia os privilégios sociais, o poder político e a supremacia total adquiridos historicamente e transferidos de geração a geração.

Em uma sociedade já multirracial e mestiçada, ele serviria para preservar o monopólio sobre os recursos, para o segmento racial dominante. Seria um sistema total que se articula desde o início mediante três instâncias operativas entrelaçadas, porém distintas: 1) as estruturas políticas, econômicas e jurídicas de comando da sociedade; 2) o imaginário social total, que controla a ordem simbólica; 3) os códigos de comportamento que regem a vida interpessoal dos indivíduos que fazem parte dessa comunidade".

Assim, o racismo organiza relações de poder que determinam a distribuição desigual de recursos entre os diferentes grupos racializados, conformando o que o Ministro Joaquim Barbosa denominou de "ciclo repetido de desvantagens competitivas" (ADPF nº 186) em desfavor da população negra. Tal ciclo apenas poderá ser superado a partir de medidas que cuidem de oferecer vantagens competitivas aos negros.

Nesse sentido, as ações afirmativas devem viabilizar a distribuição de recursos escassos de forma racialmente equitativa, adotando-se a premissa de que "no Brasil, sempre houve cotas, porém, até muito recentemente, eram de 100% em favor dos brancos" (Min. Roberto Barroso, ADC nº 41).

Ademais, as ações afirmativas também concretizam o direito ao reconhecimento. Os candidatos negros investidos em cargos públicos e privados e nas Universidades mais prestigiadas através de tais medidas passam a transitar em círculos até então reservados às elites brancas, o que lhes permite acumular capital cultural, social e econômico passível de ser transmitido aos seus descendentes.

A presença, em condições paritárias, de indivíduos negros em instâncias decisórias incrementa a eficiência da atividade desempenhada, à medida em que fomenta o pluralismo e a diversidade.

Considerando o mosaico de comunidades étnicas, raciais e culturais que compõem o nosso país e a especificidade das respectivas experiências, saberes e demandas de justiça, a possibilidade de oferecimento de um serviço público eficaz aumenta não apenas em função do conhecimento técnico acumulado pelos profissionais, mas também em razão da sua capacidade de se identificar com as vivências dos grupos historicamente inferiorizados e excluídos que buscam esses serviços.

No Brasil, as ações afirmativas tiveram inserção legislativa por meio do Decreto nº 65.810/69, que internalizou a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

De acordo com a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial da ONU a discriminação racial significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

O mesmo diploma estabelece que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Vale dizer: a Convenção para Eliminação da Discriminação da Discriminação Racial da ONU considera que ações afirmativas não configuram discriminação racial.



Relembre-se que o Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção n.º 111 da OIT, assumiu o compromisso de prevenir e combater toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça ou cor, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban - África do Sul - e firmada pelo Brasil insta os Estados a estabelecerem programas de ação afirmativa destinados aos afrodescendentes como forma de promover a igualdade de oportunidades no emprego.

O Estatuto da Igualdade Racial, por sua vez, estabelece, em seu art. 4º, que 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 da adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa (inciso II); da eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada (inciso V); da 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.

O referido diploma legal também esclarece que os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

O Poder Público, de acordo com o Estatuto, deverá 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.

Dentre as medidas especiais voltadas à promoção da igualdade de oportunidades no mundo do trabalho, o Estatuto menciona a adoção de programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

Portanto, as ações afirmativas possuem previsão supralegal e legal em nosso país, sendo obrigação do Poder Público adotá-las na esfera pública e incentivar a sua implementação na esfera privada. Além disso, elas dizem respeito a um conjunto diverso de medidas que podem ser adotadas, em caráter temporário e enquanto persistirem as iniquidades que se dedicam a combater, visando a promoção da igualdade de oportunidades em diversos campos da vida social.

O ex-ministro Joaquim Barbosa define as ações afirmativas como medidas que contemplam a promoção da igualdade material, fundada na igualdade de oportunidades fáticas, e neutralizadoras de qualquer forma de discriminação, tanto as mais flagrantes como aquelas arraigada na estrutura social, orientando transformações sociais e promovendo o respeito e consideração de todos os indivíduos:

"consistem em políticas públicas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano".



As ações afirmativas de recorte racial obrigam a sociedade a observar os lugares sociais que historicamente foram reservados aos brancos e aos não brancos, uma vez que o Estado passa a adotar critérios positivos para diferenciar e favorecer os historicamente excluídos (os não brancos).

Segundo Cida Bento, o embate público sobre as ações afirmativas fomenta não apenas o maior conhecimento acerca dos não brancos como dos brancos. Os primeiros passam a ter sua voz, experiência e demandas colocadas na esfera pública em condições mais equitativas, inclusive com maior visibilidade. Ao passo que os brancos pelo confronto com as denúncias produzidas tem a oportunidade de se ver como sujeito favorecido por um sistema de privilégios, ao qual nem sempre deu causa, e são chamados a tomar posição em relação a este lugar a partir da assunção de uma luta antirracista.

Essa conclusão de Maria Aparecida Silva Bento ajuda a desmitificar a ideia de que as ações afirmativas produziram prejuízos às vítimas brancas inocentes que seriam preteridas em relação aos negros. Segundo Roger Raupp Rios em sociedades onde a desigualdade racial apresenta-se profunda, disseminada e persistente, pode-se dizer, em verdade, que esses indivíduos são beneficiários, inconscientes ou não, da injustiça estrutural, que se pratica contra grupos minoritários. O próprio sistema racista lhes oferece proeminência. Dessa forma, as ações afirmativas funcionam como elemento de equalização de oportunidades, uma vez que conferem proteção especial aos indivíduos negros para concorrerem aos benefícios sociais de modo equânime.

O debate acerca das ações afirmativas se difundiu e se popularizou no Brasil a partir da adoção do sistema de cotas nas universidades públicas federais, modelo que foi considerado constitucional, por unanimidade, pelo STF, em maio de 2012 (ADPF nº 186), após questionamento do sistema adotado pela UNB desde 2004.

Em abril de 2018, foi julgada pelo STF a ADC nº 41, que reconheceu a constitucionalidade da Lei Federal nº 12.990 de 2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Entretanto, o conceito de ações afirmativas abrange um conjunto plural de medidas, dentre as quais o sistema de cotas corresponde a apenas uma das modalidades possíveis.

As cotas consistem em estabelecer um determinado número ou percentual a ser ocupado em área específica por grupo(s) definido(s), o que pode ocorrer de maneira proporcional ou não, com maior ou menor flexibilidade.

Entretanto, conforme explica Moehlecke, existem inúmeros outros desenhos possíveis de ações afirmativas passíveis de serem adotadas pela iniciativa pública ou privada, a exemplo de taxas e metas, que seriam basicamente um parâmetro estabelecido para a mensuração de progressos obtidos em relação aos objetivos propostos, e os cronogramas, como etapas a serem observadas em um planejamento a médio prazo.

Assim, o processo seletivo adotado pela Magazine Luiza para contratação de trainees negros corresponde a uma modalidade de ação afirmativa. O fato de o processo seletivo se destinar exclusivamente à contratação de candidatos (as) negros (as) em nada desnatura a ação afirmativa, possuindo ampla base supralegal, constitucional, legal e jurisprudencial. Note-se que ao adotar o processo seletivo exclusivamente para negros, a Magazine Luiza reconhece que trabalhadores(as) negros(as) estão subrepresentados em sua empresa, isto é, admite que, consciente ou inconscientemente, os processos seletivos que têm sido adotados pela empresa acabam por preterir pessoas negras, impedindo que elas estejam proporcionalmente representadas em seus quadros.

Nesse sentido, a adoção de processo seletivo exclusivo para trainees negros só pode ser considerada uma medida antirracista necessária e urgente, com impacto salutar direto para a empresa - haja vista os estudos que demonstram que a diversidade e a



inclusão são fatores de crescimento e evolução das empresas, com impacto na produtividade e na performance financeira -, e sobretudo para a sociedade brasileira, ao contribuir para que o acesso ao emprego opere de forma racialmente mais equitativa, o que contribui para mitigar, ainda que de forma insuficiente, a brutal concentração de renda que define a sociedade brasileira.

Conclui-se que a exordial comete um equívoco rudimentar ao identificar a política de cotas como única modalidade de ação afirmativa possível e juridicamente válida.

Ademais, inexistente a suposta discriminação praticada contra brancos, na medida em que eles são os beneficiários - quer queiram ou não - dos privilégios intergeracionais proporcionados por uma estrutura social fundada na escravidão e organizada em torno de relações de poder codificadas em termos de raça.

Assim, o preterimento de pessoas brancas nesse processo seletivo específico levado a cabo por Magazine Luiza não corresponde a medida discriminatória que atua para produzir a subalternização desse grupo social, mas em ferramenta destinada a mitigar seus privilégios históricos, decorrentes de uma ordem social injusta.

Aliás, a população negra, enquanto grupo social, sequer goza do status social, político e econômico que seria necessário para articular a inferiorização e subalternização sistêmica do grupo social dos brancos. Vale dizer: a população negra não goza dos privilégios estruturais e do poder que seriam indispensáveis para que conseguisse atribuir, com êxito, aos brancos predicados simbólicos negativos do ponto de vista estético, moral, intelectual, cultural etc tampouco para impedir sistematicamente o seu acesso às riquezas produzidas pela sociedade. Essa constatação fática nos leva a concluir pela inexistência, em termos sociológicos e jurídicos, daquilo que se convencionou denominar de "racismo reverso".

Portanto, a ação afirmativa adotada por Magazine Luiza está absolutamente em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estabelecidos pela nossa Constituição, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais - nas quais se inserem as desigualdades étnico-raciais - e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Relembre-se que o art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a partir da observância de princípios como a redução das desigualdades regionais e sociais e a garantia do pleno emprego.

Por tais razões, a adoção da ação afirmativa em debate pela Magazine Luiza não apenas é medida juridicamente válida como recomendável à luz dos princípios que regem a ordem econômica, cabendo ao Poder Público incentivá-la e respaldá-la enquanto o instrumento temporário voltado à promoção da equidade racial no mundo do trabalho.

Pelas razões acima expostas, é inarredável o indeferimento da tutela de urgência requerida e, mais amplamente, a total improcedência da ação civil pública formulada.

Ao contrário do alegado pela parte autora, resta evidente a contrariedade dos pedidos deduzidos com as normas constitucionais, convencionais e legais, o que desautoriza qualquer espécie de tutela de urgência.

Da mesma forma, ausente qualquer risco de dano grave ou de difícil reparação contra os trabalhadores não negros, vez que este grupo social é precisamente aquele que já desfruta de condições privilegiadas de acesso ao mercado de trabalho." (...). (Trecho da manifestação do Núcleo Especializado de Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Núcleo Contra Desigualdade Racial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - fls. 488 /497)



"(...) DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

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. 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.

A 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 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.

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"; Em relação à discriminação no mercado de trabalho, segundo Silvia Cari Tramontin Rios, ela pode ocorrer de forma direta (quando ela é intencional e consciente), indireta (quando há uma conduta velada), e oculta (similar à indireta, diferenciando-se quanto à intencionalidade, sendo nesta forma consciente). A autora ressalta, todavia, que estas duas últimas formas de discriminação (indireta e oculta) são as mais difíceis de comprovar quando assim as empresas estão agindo.

Diante deste cenário, medidas devem ser tomadas a fim de realizar a igualdade material das mulheres negras, inclusive no mercado de trabalho, validando, desta forma, os direitos humanos fundamentais que lhes são assegurados, seja na seara



internacional, já há algumas décadas, especialmente após a segunda grande Guerra, como internamente, onde garantias formais estão sendo consolidadas pelo ordenamento jurídico nacional.

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 já julgou pela constitucionalidade e a compatibilidade das ações afirmativas com o princípio da igualdade, previsto nos arts. 5º, caput e 7º, XXX, da Constituição da República.

A Defensoria Pública da União afirma que o processo seletivo inclusivo realizado pela Ré não se trata de programa de cotas, mas de ato discriminatório, por não permitir que parte das vagas sejam preenchidas por pessoas de outras etnias.

Como então fazer e implementar as ações afirmativas no âmbito da iniciativa privada? Alguns mecanismos são essenciais para atingir esse mister:

- 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 Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, por meio do Art. 3º-A, aponta quais são os objetivos do órgão, dentre os quais merecem destaque a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais.

No caso, a Defensoria Pública da União pondera que "a contratação exclusiva de trabalhadores de determinada raça ou etnia em detrimento de outras ao invés de promover igualdade de oportunidades gera exclusão de determinados (muitos, no caso) grupos de trabalhadores."

A Defensoria Pública da União tem se afastado de seus objetivos na presente Ação Civil Pública, pois, ao olhar a um determinado processo seletivo isoladamente, fecha os olhos à patente realidade do mercado de trabalho e especificamente da empresa ré, onde déficit de representação em postos laborais de negros ou outros segmentos notoriamente segregados.

Referido processo seletivo, inclusive, visa exatamente integrar e reduzir desigualdades sociais, efetivando direitos humanos e de cidadania.

A Lei nº 7716/89 (Lei do Racismo), que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor 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 supracitado, 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.

Como já ponderado, a pretensão da DPU afasta-se, sob qualquer perspectiva que se olhe, sequer de uma mínima possibilidade de atuação estatal na forma de atuação empresarial.

O direito do trabalho, embora seja despiciendo dizer o óbvio, é um sistema jurídico de proteção.

Pretender, como quer a inicial, acabar com o processo seletivo levado a cabo pela ré, sob o pálio de um suposto favorecimento aos candidatos de cor negra, é menoscabar e menosprezar o próprio regime de proteção que os direitos fundamentais visam garantir.

A restrição à liberdade de conformação empresarial deve, como salientado acima, encontrar supedâneo em elementos empíricos que indiquem sua absoluta necessidade e adequação para o atingimento do objetivo constitucionalmente legítimo.

Consubstancia ônus do proponente da medida embasá-la com informações - pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos etc. - que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia, algo que, nesses autos, em absoluto se fez. Ao contrário, lançam-se ideias e premissas absolutamente preconceituosas, como se a ré objetivasse privilegiar, a seleção de candidatos de raça negra." (...). (Trecho das razões finais da CRIOLA - Associação Civil Feminista, Anti-Rascista e Anti-Homofóbica - fls. 1144/1148)

"(...) 4.1 DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PROGRAMA DE TRAINEE PARA NEGROS E PARDOS.

Diversamente das alegações contidas na malsinada petição inicial, o programa de Trainee adotado pela empresa é estritamente coerente com os dispositivos Constitucionais invocados pelo Defensor Público.

Como já afirmado alhures, não há nenhum tipo de afronta à dignidade da pessoa humana prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Muito pelo contrário, trata-se de uma ação afirmativa com o objetivo de ampliar a tutela desses direitos ao inserir um seguimento historicamente vulnerável nos melhores postos do mercado de trabalho, assim como lhe ceder educação e treinamento.

Destaca-se que esse fundamento da República Brasileira consiste no valor-fonte de nosso ordenamento jurídico, devendo ser considerada a base de todos os direitos. Ele coloca o ser humano como objeto central a ser cuidado e tutelado pelo Estado Nacional, de tal forma que a proteção do indivíduo deve ser vista como um fim em si mesmo (CUNHA, 2018).

Observa-se assim a sua elevada densidade normativa, devendo ser utilizada como fundamento de decisão judicial em ações que tenham como objeto pessoas a margem desse conceito.

Ou seja, deve-se objetivar a sua preservação diante de situações ou conjunturas que ameçam a dignidade humana, da mesma forma que se deve aplicá-lo em situações de ausência de tutela diante de indivíduos vulneráveis, independentemente de haver ou não regulamentação sobre o fato.

Ressalta-se também que a sua eficácia é negativa, podendo invalidar qualquer norma com ele conflitante.



Trata-se de um direito e princípio que tem um caráter vinculativo ao poder público, devendo também ser compreendido na esfera privada, "impelindo-o a adotar políticas para sua total implementação" (CUNHA, 2018, p.5)

Esse tipo entendimento possui lastro jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, como afirma a ADI-4277/DF e a ADPF-132/DF:

"a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar". (E 477554 MG, DJe164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP00287.)

Sendo assim, o programa de Trainee para negros da MAGALU LUIZA tem como objetivo a inserção de grupos vulneráveis em cargos qualificados do mercado trabalho, não podendo falar-se em afronta a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se mais uma vez que o seguimento social que é foco dessa ação afirmativa encontra-se sub-representado nas taxas referentes a cargos de comando e rendimento salarial dentro de ossa sociedade, assim como super-representado nas esferas de pobreza extrema e difíceis materiais.

Em nenhuma hipótese existira qualquer possibilidade de violação ao inciso III do artigo ao 1º, da CF/88, diante de um seguimento da população que historicamente teve a sua dignidade negada, pela escravidão e, sucessivamente, pelo racismo estrutural.

O entendimento é claro, por meio de fundamentos histórico-sociais, elementos da doutrina, da jurisprudência e da Lei, pode-se afirmar que o programa de Trainee guarda total coerência com e estrutura do princípio de dignidade humana e com o ordenamento constitucional.

Dando sequência, para além da dignidade, o projeto implementado pelo grupo MAGALU LUIZA S/A corrobora com todos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos no artigo 3º da Carta Maior.

Isso deriva não apenas da consequência de sua aplicação, mas, também, dos fundamentos que a ação afirmativa busca alcançar, sendo eles a inserção de grupos negros e pardos dentro do mercado de trabalho especializado e a garantia de educação em nível competitivo dos altos postos conforme disposto na Carta Magna:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL, 1988)

Destacam-se todos os verbos iniciais do dispositivo que começam no infinitivo, como construir, garantir, erradicar e promover.

O valor gramatical dessa aplicação remete a ideia de uma ação a ser tomado, sem uma necessária implicação temporal, todavia sendo traduzida nos compromissos e objetivos que ainda não foram alcançados em sua plenitude no país.



Sendo assim compreendê-lo como um elemento estático a ser utilizado para desqualificar o programa de Trainee constitui outro equívoco na míope visão do i. Defensor.

Este dispositivo, entre outros, consagra a igualdade material, devendo o Estado promover o bem de todos a partir da compreensão de suas desigualdades.

Como já foi dito, não reconhecer a existência das desigualdades raciais no Brasil acaba por corroborar com a sua manutenção, sendo que é inegável que a população afro-brasileira encontra-se em situação desfavorável no mercado de trabalho como já foi explicado.

Dessa forma pode-se concluir que o programa questionado está estritamente de acordo com o artigo 3º da Constituição Federal.

Inclusive sustenta-se que a melhor interpretação do inciso IV do referido dispositivo Constitucional deve levar em consideração a igualdade em seu sentido material, de modo que os desiguais devem ter as suas diferenças observadas para que o tratamento entre eles gere equidade.

É inquestionável que os constituintes de 1987 visavam guiar a administração pública e privada para o combate à miséria e a desigualdade de renda quando elaboraram o artigo 3º da Constituição Federal. Para isso aplicaram ao dispositivo o seu efeito promocional, materializando assim os objetivos a serem perseguidos, inspirados inclusive nas melhores práticas internacionais. O inciso IV não tem nenhuma função jurídica de impedir o desenvolvimento de ações afirmativas para grupos marginalizados, que devido a sua condição se encontram em situação de desigualdade.

Nesse sentido o capítulo anterior já tratou dessas desigualdades, de tal modo que fica claro que uma interpretação de igualdade formal do inciso IV, como sustenta a inicial escrita com antolhos, em conflito com o próprio inciso III.

Ao se criar uma ação afirmativa com foco na redução dos indicadores apresentados, caminha-se para promover o bem de todos por meio do combate a pobreza e miséria. Não se pode erradicar a miséria no Brasil sem combater o racismo e as suas desigualdades.

Essa compreensão das ações afirmativas também possui lastro jurisprudencial, dessa vez no Superior Tribunal de Justiça:

"ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos" (REsp 1132476/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009) (Grifo do auto).

Para se pensar em uma igualdade formal entre os diferentes seguimentos raciais na atual conjuntura brasileira é necessário atingir uma igualação jurídica entre esses pares.

Em uma sociedade oriunda da escravidão, a onde o afro-brasileiro está sujeito ainda a uma estratificação racial, não se pode pensar que exista uma equiparação de situações.

A igualdade nesse caso deve ser posta em movimento, sem uma interpretação estática e provocada por uma compreensão meramente formal do ordenamento jurídico (ROCHA, 1996).

A visão de uma igualdade jurídica baseada apenas na vedação, sem reflexão, dos tratamentos discriminatórios faria de seu princípio constitucional elemento insuficiente para se atingir os objetivos fundamentais da República.



Tendo como destaque o inciso III do artigo 3º da CF/88, observa-se que uma igualdade apenas formal não consegue combater a pobreza, do qual apresenta a sua maior face na miséria absoluta

Da mesma forma, sem uma condição material que garanta a sobrevivência razoável não há o que se falar em dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da CF) como sugere a inicial.

Sem divisão de renda, sem acesso equitativo a oportunidades, sem o reconhecimento das desigualdades não se pode pensar em falar sobre dignidade.

A sua essência deriva das qualidades inerentes ao ser humano, que se traduz no direito através da proteção contra a degradação e discriminação histórica. Tem por natureza defender as condições mínimas de sobrevivência, inclusive por ações afirmativas, para que o miserável não se veja como uma subespécie.

Como se pode observar, a interpretação desses dois dispositivos se complementa em sua dimensão de defesa dos grupos sociais vulneráveis. Ela apresenta uma estrita conexão com as melhores práticas do direito constitucional comparado, levando em consideração países como Portugal. Não se pode falar em dignidade humana sem compensar grupos sociais que foram perseguidos por três séculos de escravidão, da mesma forma que não se irá conseguir atingir os objetivos fundamentais da república sem se levar em consideração as desigualdades raciais brasileiras.

Embora não seja o tema nuclear do direito constitucional suscitado na inicial do processo, é fundamental a compreensão desses dois primeiros dispositivos para que se possa adentrar no disposto pelos artigos 5º e 7º da Constituição.

A dimensão do direito de igualdade material deve sempre ser objeto de destaque quando se avalia grupos vulneráveis e ações afirmativas.

A partir desse prisma, nota-se que não ocorreu nenhuma obstrução ao princípio de igualdade e isonomia previsto no caput do Art. 5º da CF, assim como em seus incisos, visto que não se trata de nenhuma distinção ou discriminação entre pessoas que se encontram na mesma situação de igualdade, principalmente ao se observar os marcadores sociais. O que se busca com o projeto está na valorização educativa e social dos seguimentos envolvidos, sendo eles um dos grupos mais vulneráveis de nossa sociedade. Dessa forma é importante ressaltar as observações realizadas pelo Ministro Alexandre de Moraes, em sua obra Direito Constitucional.

Segundo ele o princípio de igualdade recai sobre o magistrado através do dever de se aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, sem nenhum tipo de distinção ou discriminação.

Todavia deve-se ter como objetivo a redução das desigualdades sociais, no caso em questão, do racismo estrutural que afeta as relações de trabalho (MORAES, 2002).

Dito isso observa-se que "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades".

Percebe-se assim que o artigo 5º, e seus incisos, asseguram a todos um tratamento igual perante a lei, independentemente de suas diferenças, como também e principalmente, igualdade em seu sentido material dentro de suas desproporcionalidades (NERY JÚNIOR, 1999, p. 42). É nesse sentido que a Constituição permite políticas e ações que façam um tratamento distinto a indivíduos que não se encontram em igualdade existencial. Levando sempre em consideração critérios que busquem a justiça social. "Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado". (MORAES, 2002, p. 58).

O tratamento igualitário entre todos os brasileiros, previsto no caput do artigo 5º da Constituição, pressupõe que não se pode utilizar-se de nenhum tipo de discriminação com o propósito de subjugação do indivíduo.



Entretanto deve-se lançar mão de um tratamento diferenciado com o objetivo de atenuar as desigualdades sociais históricas, no caso específico entre brancos e afro-brasileiros.

Principalmente quando se constata o intuito de gerar inserção social e ampliação da tutela da dignidade da pessoa humana através do trabalho.

Para conseguir legitimidade constitucional, a ação afirmativa ou ato normativo deve estar em conformidade com os objetivos fundamentais da República (artigo 3º CF/88), de tal forma que não basta o Estado e comunidade civil não discriminar, eles devem atuar positivamente no sentido de mitigar as desigualdades.

Como se observa, mais uma vez, no release da empresa-ré:

"Duas das causas mais importantes do Magalu são a igualdade de oportunidades e a inclusão. Por enxergar a equidade racial e de gênero como uma ponte para ambientes empresariais mais bem-sucedidos e para um país mais igualitário, a companhia desenvolveu o primeiro programa de trainee exclusivo para negros do Brasil. Atualmente, o Magalu tem em seu quadro de funcionários 53% de pretos e pardos.

Mas apenas 16% deles ocupam cargos de liderança. O alerta despertado por essa baixa participação fez com que o Magalu decidisse atuar, oferecendo oportunidades para quem ainda está começando a carreira." (MAGALU, 2020)

É importante destacar que o entendimento a respeito de igualdade e isonomia material presente no caput do Art. 5º possui lastro em nossa jurisprudência. Segundo julgamento da ADPF-186/DF:

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. (ADPF-186/DF, Rel. Ricardo Lewandowski, Pleno do Supremo, julgado em 26/04/2012, DJe 21/10/2014) (Grifo do auto).

A doutrina e a jurisprudência utilizada no decorrer desse trabalho servem de fundamento para introduzir a melhor hermenêutica jurídica possível a respeito do caso em questão.

O principal objeto constitucional desse processo está na compatibilidade do projeto da MAGALU LUIZA S/A com o inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal, entretanto para melhor entender a complexidade do caso concreto foi necessário apresentar a coerência que o programa de Trainee guarda com os dispositivos supracitados de nossa Carta Maior.

É sempre importante destacar que o princípio de igualdade veda as discriminações arbitrárias e os privilégios, que tem como vocação a manutenção das desigualdades. Uma interpretação apenas formal do tema não acarretará justiça social, de tal modo que só será lesado o princípio da igualdade, assim como o da isonomia, quando não estiver de acordo com os interesses previstos na Constituição Federal (MARTINEZ, 2012).



Nesse sentido, observam-se três fatores que podem ser utilizados para avaliar se uma discriminação com o intuito de igualação é viável diante do princípio de isonomia e igualdade, segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (MARTINEZ, 2012). São eles:

"a) o elemento tomado como fator de desigualação;

b) a correlação lógica abstrata existente entre o fator diferencial escolhido e a desigualdade de tratamento dispensada pela lei;

c) a consonância desta correlação lógica com os valores prestigiados no sistema constitucional" (MARTINEZ, 2012, p.2)

Tendo como exemplo o jurista e professor da Faculdade de Brasília, observa-se que o caso concreto guarda conexão com todos os requisitos necessários.

Com efeito, o elemento de desigualação é a própria desigualdade racial brasileira já descrita, essa possui relação estrita com a inserção digna no mercado de trabalho.

E por fim observa-se que esses elementos combinados inibem a busca pelos objetivos fundamentais da República previsto no artigo 3º da CF, assim como prejudicam a aplicação da dignidade humana do artigo 1º e a busca pela igualdade matéria do artigo 5º.

Observa-se, ainda, que a Constituição estipula o tratamento diferenciado nas relações de trabalho para mulheres em seu Art.7º, inc. XX, da mesma forma que reconhece as desvantagens no mercado laboral para os deficientes físicos no Art.37 da CF e no Art. 93 da Lei Nº 8.213/91.

Dessa forma a própria Carta já observa as desigualdades sociais nas questões físicas e de gênero da população brasileira, da mesma forma que reconhece as diferenças raciais através de um conjunto de acordos e tratados com peso constitucional.

Como disposto no artigo 5º da CF:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL, 1988).

Dito isso, deve-se levar em consideração, diante da igualdade material, A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Ela foi assinada enquadrando-se em 07 de março de 1966 e transformada no Decreto Nº 65.810 em 08 de dezembro de 1969, enquadrando-se nas hipóteses citadas acima. O objetivo desse documento está no combate às discriminações raciais e na ampliação dos direitos fundamentais a etnias que não se encontram em pé de igualdade com o resto da população.

Conservam-se dentro dessa Convenção os princípios pilares da dignidade humana e dos direitos fundamentais estipulados pela ONU, devendo servir de parâmetro pra a interpretação dos dispositivos constitucionais no que tangem a igualdade e a isonomia no seu sentido material.

Deve-se resgatar o princípio aristotélico de justiça distributiva, determinando um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade. Como afirma a Convenção:



"Artigo I

Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim:

(...)

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Artigo II

1. Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim:

(...)

e) Cada Estado Parte compromete-se a favorecer, quando for o caso as organizações e movimentos multi-raciais e outros meios próprios a eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a fortalecer a divisão racial.

2) Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

(...)

Artigo V

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...)

i) direitos ao trabalho, a livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória; (BRASIL, 1969, p. 1, 2, 3, 4)

Nesse sentido, observa-se que o programa de Trainee se enquadra, perfeitamente, nos principais dispositivos da Convenção.

O inciso 4 do artigo I que define as ações afirmativas como mecanismo de combate as desigualdades raciais, inclusive ratificando a sua aplicação até o momento em que forem alcançados os seus objetivos.

Da mesma forma compromete que os Estados signatários favoreçam a organizações e movimentos sociais a desenvolverem medidas que contribuam para o combate a discriminação racial na alínea e do Artigo II.



Por fim, nota-se a alínea i do Art. V que define o comprometimento dos integrantes no combate a discriminação racial dentro do direito ao trabalho. Fica expresso que os membros devem eliminar o racismo no meio laboral ao proporcionar condições equitativas e satisfatórias de trabalho.

Ressalta-se inclusive que o seguimento negro e pardo é sempre o mais afetado pelo desalento e desemprego, devendo ter a sua proteção atenuada em tempos de crise como os atuais.

A Convenção expressa à necessidade da aplicação de uma igualdade material em casos de desigualdade, dando destaque inclusive a busca por equidade.

Sendo assim, deve ser observado e aplicado esse acordo de modo a propiciar uma igualdade material diante do disposto no inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal/88, da mesma forma que se aplica à mulheres e aos portadores de deficiência física.

Cabe ainda mencionar, o reconhecimento pela OIT de que ações afirmativas são instrumentos legítimos de combate a desigualdade racial.

Portanto, não podem ser reconhecidas como atos discriminatórios, mas sim de igualação de oportunidade e de correção de injustiças passados como consigna a Convenção Nº 111 que versa sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão:

"1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação"

compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

Artigo 2º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Artigo 5º

1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação." (BRASIL, 1966).

Como afirmou o Ex-Ministro Joaquin Barbosa, a previsão legal de ações afirmativas, públicas ou privadas, deve guiar a sociedade e a administração pública para a materialização da igualdade substancial (material). Dessa forma deve-se abandonar uma suposta neutralidade proveniente de uma interpretação meramente formal do texto constitucional, e passar a atuar de forma ativa diante das desigualdades. "Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade" (BARBOSA GOMES, 2001, p.4)

Dito isso, reafirma-se que o princípio de igualdade em seu sentido material tem como finalidade concretizar o princípio maior da dignidade humana do inciso III do artigo 1º da Constituição.

Para que isso ocorra os seguimentos mais vulneráveis de nossa sociedade devem ter tratamento diferenciado em suas carências, no caso concreto, por meio do acesso de pessoas negras e pardas aos níveis especializados do mercado de trabalho.



Sendo assim, conclui-se que programa de Trainee instituído pelo grupo Magalu Luíza S/A guarda total coerência com o que se busca dentro da Constituição, por meio do princípio de igualdade material prevista no artigo 5º, do reconhecimento constitucional das ações afirmativas pra seguimentos racialmente desiguais e da própria interpretação substancial do inciso XXX do artigo 7º.

Data venia, os objetivos do programa visam a preservação e ampliação da dignidade humana (Art. 1º, Inc. III), da mesma forma que pretende alcançar e contribuir para os objetivos fundamentais da República (Art.3º), e dar cumprimento dentro do âmbito privado ao que foi estipulado pela Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e das medidas estipuladas e pela OIT sobre o tema.

A livre iniciativa do grupo Magalu Luiza cumpre também com o que se busca por meio dos princípios laborais, isso ocorre por meio da inserção de um grupo a tanto tempo marginalizado dentro das melhores perspectivas dos valores sociais do trabalho previsto no Art. 1º, Inc. IV da Constituição Federal.

Contata-se que a inserção racial pretendida ressalta o caráter valorativo que se tem no trabalho, em seu sentido amplo e existencial, não apenas o como um mecanismo de aplicar mais valia a produção, mas por propiciar o desenvolvimento pessoal e material que perdura por gerações.

Observa-se, também, a compatibilidade do Programa com o disposto no artigo 170 da Constituição Federal no que tange a elevação do trabalho humana para garantir a subsistência, em perspectiva menos ampla, e a justiça social, sob óptica mais abrangente. Confira-se:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;" (BRASIL, 1988, p.98 e 99)

Sendo assim, e antes de se adentrar na análise infraconstitucional, pode-se concluir que não se trata de um programa de emprego com a única função social de venda e compra de mão obra, seu sentido societário é muito maior.

A busca pelos reparos históricos e a inserção de negros e pardos no mercado de trabalho especializado reduz a desigualdades sociais, auxilia na busca pelo emprego do seguimento mais afetado pela crise e propicia para os seus filhos justiça social e dignidade humana, na medida em que gera ascensão econômica.

Diferente do que defende o Sr. Defensor Público, esse programa de trabalho não possui nenhum tipo de inconstitucionalidade, muito pelo contrário ele está de acordo com todos os principais preceitos de nossa Carta Maior.

4.2 DA COMPATIBILIDADE COM A LEI INFRACONSTITUCIONAL.

Assim como a legitimidade constitucional, o programa de Trainee do grupo Magalu Luíza guarda total coerência com o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro.

A Defensoria parte de uma análise de igualdade estática e equivocada diante da situação, realizando uma interpretação minimante errada do Estatuto da Igualdade Racial.

Esse está expresso na Lei 12.888/10, tendo como base a concepção de igualdade material e objetivando a superação das desigualdades raciais através do reconhecimento das diferenças dos seguimentos étnicos do país.



A maior prova de que o princípio de igualdade material norteia essa Lei deriva dos seus fundamentos legislativos.

Nesse sentido é importante ressaltar a justificativa do deputado Paulo Paim, do Partido dos Trabalhadores, ao propor o projeto dessa Lei. Segundo ele, "na realidade a sociedade não é igual e tratar pessoas de fato desiguais como iguais só amplia a distância inicial entre elas, mascarando e justificando a perpetuação de iniquidades." (SENADO FEDERAL, 2009, p.33)

Sendo que o relatório do projeto de lei no Senado continua a afirmar:

"Acreditamos que a transformação da sociedade começa com uma legislação que defenda os direitos à cidadania igualitária sem qualquer subterfúgio e vá além dela, vá ao coração de cada cidadão na escola, nas universidades, no mercado de trabalho, nas ruas, na sociedade como um todo." (SENADO FEDERAL, 2009, p.34)

A essência da igualdade material, assim como a isonomia, já foi muito bem explicada na parte de compatibilidade constitucional. O que nos importa agora está na compreensão da compensação econômica que rege a Estatuto em questão, por isso ele prevê e incentiva ações afirmativas e políticas públicas compensatórias em questão de emprego, propriedade e renda.

Isso não ocorre apenas com o intuito de se alterar os marcadores sociais, mas como bem fala Paulo Paim, existe um interesse em um reparo histórico a comunidade negra sendo em síntese uma questão de justiça.

A legitimidade de se criar ações afirmativas, de cunho privado, para a inserção no mercado de trabalho da população afro-brasileira é inquestionável, além de ser permitida e incentivada em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto a Defensoria alega se tratar de um ato discriminatório por ter como único objeto o público negro e pardo do Brasil, afirma ainda que o projeto configura-se como um tipo de "racismo reverso" sem ao menos explicar direito qual seguimento social ela está tutelando dentro da Ação Civil Pública.

Vale a pena ressaltar, novamente, o item I. 4 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais." (BRASIL, 1967)

Observado o valor constitucional da Convenção, constata-se que o programa da MAGALU LUIZA S/A não se trata de um ato discriminatório, mas sim compensatório em nossa já provada dívida histórica com esse seguimento marginalizado da população brasileira. Esse raciocínio também possui lastro no Estatuto da igualdade racial, Lei 12.288/10, como afirma seu Art.1º:

Destarte, o projeto questionado pela defensoria tem como objetivo corrigir a desigualdade racial do quadro de funcionários especializados da empresa.

Essa meta tem respaldo na supracitada Lei, tanto na questão que regulamenta a ação afirmativa, tanto no grupo alvo dela.

Alegar que se trata de um gesto discriminatório, sem explicitar diretamente qual grupo é afetado, tem como resultado a salva guarda dos privilégios do seguimento dominante de nossa população, que de fato não necessitam da tutela do Estado nesses assuntos.

Nesse sentido também se observa que o Estatuto direciona a administração pública para a preservação e incentivo desse tipo de ação afirmativa. Ele define em seu Art. 4º ser dever do Estado estimular iniciativas da sociedade civil na direção da igualdade material, além de criar mecanismos fáticos para a sua implementação:



"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:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

(...)

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

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.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País." (BRASIL, 2010)

Dentro dessa perspectiva também fica regulamentada a promoção de iniciativas privadas para inserção do seguimento negro no mercado de trabalho.

Nos termos do disposto no artigo 39, estipula-se que o poder público deve realizar isso através de medidas como políticas públicas que tenham como foco a contratação dessas pessoas, a capacitação profissional e a geração de renda. Tendo como objetivo a alteração de uma realidade estratificada e desigual.

"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.

§ 1o. A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§3º. O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado". (BRASIL, 2010)

Algumas peculiaridades devem ser levadas em consideração diante da crítica da defensoria em afirmar que o projeto trata de um ato discriminatório, é muito importante destacar, que assim como na lei de cotas, não existe nenhuma regulamentação na norma 12.288/10 que estipule um percentual quantitativo para cargos destinados a grupos vulneráveis em ações afirmativas de iniciativa privada. Da mesma forma que salienta ser dever do Estado promover iguais medidas no combate a desigualdade racial, e não ações iguais no sentido de modelo, dando liberdade a esfera privada em sua elaboração.

Isso ocorre porque o legislador observou corretamente que natureza da iniciativa pública é diferente da cívica Destaca-se que a Magalu Luiza S/A, por se tratar de um ente privado, somente é obrigada a realizar uma ação em virtude de lei, segundo o Princípio da legalidade presente no Art.5º, Inc.II da Constituição Federal.

Como será apresentado, a lei de cotas demarca 20% das vagas de trabalho para o âmbito da esfera de administração pública, sendo extremamente necessário fazer uma distinção entre ela e a esfera privada.



O que se defende nesse caso está no fato de que não se pode pedir que a iniciativa privada trate da questão de sua contratação como o Estado a realiza. Isso iria de encontro com o princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da Constituição, ressaltando sempre que a sua estrela guia deve estar focada no sentido de justiça social e boa-fé de suas ações. Elemento esse plenamente observado no projeto de Trainee, diante do intuito de inserção e democratização do quadro racial dos funcionários especializados.

Tendo em vista que o princípio da livre iniciativa, quando observado nesse caso concreto, encontra conformidade com o valor social da ação afirmativa e de outros preceitos de nosso ordenamento jurídico, chega-se a um equilíbrio do ato na busca de seus objetivos. De forma que foi respeitado tanto os dispositivos quanto os princípios de justiça e igualdade material, de dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais. Sendo assim deve-se observar a legalidade de um programa temporário e exclusivo para negros, tendo em seu horizonte a finalidade da construção de uma sociedade mais justa e livre através da iniciativa civil.

Destaca-se que as estruturas de trabalho entre o público e privado divergem pelo tráfego de funcionários que se aposentam ao ano e pela capacidade de contratação, que é muito maior na primeira esfera. Se fosse imposto seguir a taxa de 20% da lei de cotas, ocorreria uma total desvitalização dos objetivos iniciais, tendo em vista que o número de vagas corresponde a 18 e que apenas 3 estariam garantidas para o seguimento em questão, acabaria por tornar o processo de transformação muito mais lento, sujeito inclusive a nunca ser alcançado.

Da mesma forma o ato distintivo de contratação apenas para afro-brasileiros não acarreta a redução de igualdade plena de oportunidades da população branca em geral, constatado a intensificação dos processos internos de promoção, como afirmou o preposto. Sendo assim deve-se analisar o que a lei 12.990/2014, referente as cotas no serviço público, afirma sobre o tema.

"Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis." (BRASIL, 2014)



A lei é clara ao afirmar que se trata de uma norma regulamentadora do serviço público, demarcando esse fator do seu preâmbulo até o último artigo. Fazer uma analogia jurídica entre a esfera pública e privada nesse caso acabaria por desconsiderar as suas capacidades de atuação dentro do mercado de trabalho. Da mesma forma que inibiria os objetivos do programa de Trainee, tendo em vista a quantidade de vagas que foram abertas.

Ressalta-se mais uma vez que a durabilidade do emprego privado e capacidade de contratação do setor não permitem que a aplicação da reserva de 20% das vagas gere, a longo ou curto prazo, uma democratização razoável do quadro de empregados especializados. Permitir que a empresa elabore ações afirmativas exclusivas garante uma maior eficiência nos resultados de inserção, sendo esse um elemento vital para a criação de ambiente de trabalho mais democrático e saudável.

Apenas por amor ao debate, e salientando que em nenhum momento a DPU especificou qual seguimento social está tutelando, nada impede que a empresa MAGALU LUIZA S/A elabore um programa similar para outros grupos da nossa sociedade.

4.3. DA AUSÊNCIA DE RACISMO E TIPIFICAÇÃO PENAL.

No decorrer da inicial, a Defensoria alega a existência de crime de racismo pela empresa ré diante da ação afirmativa desenvolvida. Essa alegação beira o absurdo, de tal forma que para desconstruí-la é necessário elaborar uma breve análise do significado da própria palavra utilizada, "racismo".

Segundo o dicionário Michaelis, racismo é a "teoria ou crença que estabelece uma hierarquia entre as raças (etnias)", ou o "preconceito exagerado contra pessoas pertencentes a uma raça (etnia) diferente, geralmente considerada inferior".

Já o dicionário Priberam define como a "teoria que defende a superioridade de um grupo sobre outros, baseada num conceito de raça, preconizando, particularmente, a separação destes dentro de um país ou região (segregação racial) ou mesmo visando o extermínio de uma minoria"

Ambas as definições vinculam o conceito com o fundamento de hierarquia ou estratificação racial, ou seja, uma dita sociedade dividida verticalmente pela cor de seus integrantes.

No mesmo sentido nosso ordenamento jurídico define o crime de racismo como uma ofensa abrangente, que atinge a um número indeterminado de indivíduos, discriminando integralmente uma raça a partir de uma segregação. No plano político, o termo remete a uma doutrina que fundamenta o direito de uma raça, vista como pura e superior, de dominar outras.

Dessa forma não basta apenas à existência de uma discriminação ou ofensa, isso se chama injúria racial, é preciso de um contexto histórico ou de uma situação de subjugação social de amplo seguimento da sociedade perante a sua cor ou origem que acarrete uma hierarquia social.

Como já exposto, a hierarquização de nossa sociedade marginaliza o fenótipo negro e não o contrário.

Acreditar que existe "racismo reverso" é um erro, tendo em vista que só seria viável se ocorresse uma inversão da estratificação racial em nossa sociedade.

Como exemplo observa-se que chamar um "branco de azedo" é diferente de chamar um afrobrasileiro de "crioulo", tendo em vista que essa última nomenclatura remonta a ideia de cativo nacional.

Sendo assim observa-se que a própria configuração social do Brasil veda a existência de "racismo reverso". Esse conceito só passou a ser utilizado devido à concepção que alguns grupos dominantes têm de se sentirem lesados diante de ações afirmativas que visam a redução dos privilégios de nossa configuração societária, para eles é muito conveniente chamar de "racismo reverso" o combate as desigualdades.



Para além da etimologia, destaca-se uma vez mais a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL, 1969).

Sem discriminação racial não existe crime de racismo segundo a Lei 7.716/86, não há que se falar nisso, a lei é clara e tem peso constitucional.

Merece destaque a sentença proferida pelo Juiz Federal João Moreira Pessoa de Azambuja nos autos do processo 0003466-46.2019.4.01.3500:

"...O racismo no Brasil é fato histórico - pretérito e presente - social, decorrente, principalmente, da adoção do regime escravocrata como modo econômico de produção.

A escravidão formal no Brasil ocorreu entre os séculos XVI e XIX, perdurando cerca de trezentos anos, e se caracterizou como forma de exploração da força de trabalho de homens e mulheres negros, oriundos da África, sustentada pelo tráfico negreiro.

Durante esse longo período, o homem negro, por não ser titular de direitos, não era tratado como ser humano, mas como coisa.

(...)

A perversidade do sistema escravocrata no Brasil não escapou à observação de nosso maior escritor. Extrai-se do Capítulo XI (O Menino é Pai do Homem) do livro Memórias Póstumas de Brás Cubas, de Machado de Assis, o excerto abaixo:

"Desde os cinco anos merecera eu a alcunha de "menino diabo"; e verdadeiramente não era outra coisa; fui dos mais malignos do meu tempo, arguto, indiscreto, traquinas e voluntarioso. Por exemplo, um dia quebrei a cabeça de uma escrava, porque me negara uma colher do doce de coco que estava fazendo, e, não contente com o malefício, deitei um punhado de cinza ao tacho, e, não satisfeito da travessura, fui dizer à minha mãe que a escrava é que estragara o doce "por pirraça"; e eu tinha apenas seis anos. Prudêncio, um moleque de casa, era o meu cavalo de todos os dias; punha as mãos no chão, recebia um cordel nos queixos, à guisa de freio, eu trepava-lhe ao dorso, com uma varinha na mão, fustigava-o, dava mil voltas a um e outro lado, e ele obedecia, - algumas vezes gemendo, - mas obedecia sem dizer palavra, ou, quando muito, um - "ai, nhonhô!" - ao que eu retorquia: - "Cala a boca, besta! "

(...) Na sociedade brasileira, a pessoa branca nunca foi discriminada em razão da cor de sua pele. É dizer, jamais existiu, como fato histórico, a situação de uma pessoa branca ter sido impedida de ingressar em restaurantes, clubes, igrejas, ônibus, elevadores etc.

Nenhuma religião de matriz europeia sofreu discriminação no Brasil, a ponto de seus praticantes serem perseguidos e presos pela Polícia, ou terem seus locais de culto depredados e destruídos por pessoas de crenças compartilhadas pela maioria da população, tal como se deu com as religiões de matriz africanas.

Foram as crenças europeias que subjugarão não somente as religiões de matriz africanas, como também os valores culturais e religiosos dos povos indígenas.

Nunca se fez necessária a adoção de políticas de ações afirmativas para as pessoas brancas, por não existir quadro de discriminação histórica reversa deste grupo social nem necessidade de superação de desigualdades históricas sofridas por pessoas brancas (ADPF 186).



Diante de tal cenário histórico e social, o conceito de racismo reverso constitui evidente equívoco interpretativo.

Não existe racismo reverso, dentre outras razões, pelo fato de que nunca houve escravidão reversa, nem imposição de valores culturais e religiosos dos povos africanos e indígenas ao homem branco, tampouco o genocídio da população branca, como ocorre até hoje o genocídio do jovem negro brasileiro. O dominado nada pode impor ao dominante.

Destarte, é insofismável que o fim último da proteção instituída pela Lei 7.716/89, com a criação de tipos penais como o do art. 20, é de proteger as minorias, especialmente negros e índios, contra a discriminação proveniente dos grupos sociais dominantes.

Não faz sentido postular que a lei 7.716/89 teria a finalidade de proteger os grupos majoritariamente brancos contra discriminação, até porque, contra esse grupo, a discriminação que existe no Brasil sempre foi positiva, ou seja, a esse grupo foram reservados os melhores empregos, hospitais, escolas, cargos públicos etc."

Na Justiça do Trabalho também há precedente recente esposando esse mesmo entendimento:

"...Já a testemunha da reclamada narrou "que quando o reclamante foi contratado já possuía apelido de Xuxa e Alemão; que o reclamante se apresentava com esses apelidos e ao ser contratado chegou a dizer que na vila onde morava ninguém o conhecia como Anderson mas sim pelos apelidos" (ID - 6423365).

Esclareça-se, ainda, serem infundadas as alegações de que tratavam-se de apelidos racistas. O chamado racismo reverso, que designaria supostos casos de preconceito contra brancos não existe e configura-se como uma forma de desvirtuar o foco do efetivo enfrentamento à desigualdade racial no país, que assola negros, indígenas e outros grupos..." (TRT-2 10002920320215020502 SP, Relator: LIANE MARTINS CASARIN, 3ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 12/11/2021)

Claramente, o que se busca com a ação afirmativa é a inserção social e o combate ao racismo estrutural, e não a manutenção dos privilégios e desigualdades." (...) (Trechos das razões finais do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA - fls. 1509/1525)

"(...) II - RELAÇÕES RACIAIS E TRABALHO - HISTÓRICO E PANORAMA CONSTITUCIONAL

A importância de um Programa de Trainee destinado exclusivamente a trabalhadores negros é veemente diante do contexto histórico brasileiro, cujas pessoas negras - maioria da população - se encontram nas piores condições sociais e econômicas.

A Abolição formal da escravidão no Brasil, decretada pela Lei Áurea de 13 de maio de 1888, é considerada inacabada, pois, apesar de ter mudado o status jurídico das pessoas negras (deixaram de ser consideradas propriedade), não criou nenhuma política pública que assegurasse sua inserção na sociedade:

[...] a Lei Áurea - com seu módico texto normativo - não incumbiu ninguém, nem os ex-senhores, nem mesmo o próprio Estado, da tarefa de preparar os ex-cativos para o novo regime de trabalho. Não reservou nenhuma de suas poucas linhas para tratar do "dia seguinte" dos ex-escravizados; o que, quem sabe, os possibilitaria uma condição inicial minimamente "comum" aos demais grupos étnico-raciais. Com a Lei Áurea houve a derrubada, de boa parte, das barreiras formais que impediam os negros de competir com os brancos pelas posições sociais mais altas, sendo-lhes facultada a entrada na corrida, ocorre, entretanto, que quando os portões se abriram os negros perceberam que os brancos já se encontravam a milhares de quilômetros dali. Essa condição inicial desigual, produz efeitos constatáveis até os dias de hoje" (grifos nossos).



Impende destacar que um dos principais motivos que estimularam a exclusão das pessoas negras nos anos seguintes foi o pensamento Eugênista, criado por Francis Galton, em 1880. Segundo ele, a eugenia "(...) seria a melhora de uma determinada espécie através da seleção artificial". Ainda, ao explicar o conceito de eugenia a partir da teoria da Evolução, ele defendia que:

A miséria era uma dessas características inatas. E que a fórmula para a eliminar era simples: bastava que os ricos deixassem mais descendentes que os pobres. Com o tempo, todos os londrinos teriam o que ele chamava de "boa linhagem". E nunca mais haveria gente pobre, doente, alcoólatra.

No entanto, esse pensamento se tornou referência no período pós-abolição, em que parte expressiva da população era negra, uma vez que a importação dessa ideologia racista servia aos interesses de um determinado projeto de nação hegemônico de transformar o Brasil em uma nação moderna, avançada social e economicamente, e para isso era preciso extinguir pessoas negras, judias, ciganas, árabes e pertencentes aos demais grupos que não fossem considerados brancos. Nessa nação, permeada pelos ideais de branquitude, o negro representava o atraso e um impeditivo para o desenvolvimento social do país.

Para isso, o Estado brasileiro implementou políticas públicas de embranquecimento, como o incentivo da imigração europeia, com o intuito de atrair trabalhadores brancos:

A política de branqueamento patrocinada pelo Estado brasileiro manifestava-se, então, de diversas formas, cabendo citar, à guisa de exemplo, o Decreto 528 de 1890, que previu a livre entrada de migrantes em portos brasileiros, excetuando asiáticos e africanos, os quais só podiam ingressar no país mediante autorização do congresso nacional, além da lei n. 28 de 1884 do estado de São Paulo que garantia recursos para financiar a entrada de imigrantes, expressamente destinada a trabalhadores europeus e suas famílias. No mesmo ano de 1884, foram editadas as leis paulistas n. 25 e n. 26 que direcionavam impostos incidentes sobre importação de escravizados de outras províncias para custear a imigração europeia.

São os imigrantes brancos europeus, portanto, os privilegiados pela política imigrantista e trabalhista brasileira prevista no artigo 121 da Constituição Federal de 1934:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

[...]

A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

Além disso, no artigo 138, a mesma Constituição Federal institucionalizou a Eugenia no Brasil, ao determinar que à União, aos Estados e Municípios caberia, nos termos das respectivas leis, "estimular a educação eugênica".

Desde a abolição inacabada, o racismo tem sido o critério balizador para a marginalização do povo negro e para a reprodução das desigualdades sociais, em especial, demarcando uma seletividade no mercado de trabalho. Isso se demonstra por uma simples análise de dados, consoante pesquisa publicada pelo portal G1 em 2018, segundo a qual é possível perceber que, no Brasil, existe uma relação direta entre a profissão exercida e a cor da pele: (...)

Segundo a Síntese de Indicadores Sociais publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2021, a população ocupada de cor ou raça branca recebia rendimento-hora superior à população de cor ou raça preta ou parda, qualquer que fosse o nível de instrução, sendo a maior discrepância encontrada na categoria superior completo, com diferença salarial de 44,2% (R\$



33,80 contra R\$ 23,40). Em média, a diferença foi de 69,5% em favor da população branca. Nota-se, portanto, que essas desigualdades decorrem da perpetuação do racismo e dos Pactos Narcísicos da Branquitude, os quais reforçam que, independentemente da qualificação, pessoas negras seguem enfrentando o racismo estrutural e institucional no mundo do trabalho, de modo que as consequências disso marcam significativamente suas existências.

Diante de todo o exposto, não se pode olvidar os efeitos históricos que atravessam relações de trabalho e racismo. Esses efeitos são expressivos e são vivenciados na pele de quem permanece à margem das possibilidades de desenvolvimento e de reconhecimento profissional. Dito isso, a iniciativa da empresa Requerida se mostra não só compatível com a tentativa de promover o mínimo de equidade em seu quadro de funcionários, como também com a expectativa de colaborar com o avanço das políticas de justiça racial para além das instâncias públicas, tendo em vista que estas configuram apenas uma parcela ínfima de toda a dívida histórica brasileira para com a população negra.

É certo que as ações afirmativas implementadas no âmbito de vagas para universidades e para concursos públicos configuram marco histórico relevante no processo de promoção de justiça racial. Contudo, impende elucidar que, isoladamente, não são suficientes para saldar todas as desigualdades proliferadas ao longo do tempo, conforme já demonstradas previamente. Sendo assim, tais medidas precisam estar acompanhadas de iniciativas diversas - inclusive no âmbito privado - para que possam ser efetivas quanto à garantia dos direitos fundamentais da população negra.

Com efeito, não se pode ignorar o âmbito de proteção constitucional relativo à erradicação das desigualdades e aos aspectos inerentes à efetivação do direito ao trabalho. Isto é, essas matérias são de tal modo significativas no texto constitucional que estão presentes em seus dispositivos mais elementares: aqueles que versam sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do Título I da Carta Magna.

O artigo 1º da CR enumera os fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído em nosso país. Especialmente em seus incisos II, III e IV, aludem à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Assim, constata-se que tais fundamentos são centrais na discussão desta ACP. Isto porque não se pode falar em pleno exercício da cidadania e do respeito à dignidade da população negra sem que tais eixos estejam atrelados aos valores sociais do trabalho, uma vez que estes são os meios possíveis e lícitos para garantir a subsistência e - sobretudo - a existência digna dos cidadãos e cidadãs brasileiros. Ressalta-se que, na ordem constitucional brasileira, os valores sociais do trabalho estão conectados diretamente aos da livre iniciativa. É dizer: o direito ao trabalho perpassa por dimensões sociais e também da livre iniciativa, devendo ser ambos fundamentos que sustentam o Estado brasileiro e que viabilizam o exercício pleno dos direitos que contemplam a noção de cidadania. Nesta senda, fica nítida a complementaridade entre a esfera pública e a privada diante do ônus constitucional quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Em sentido complementar, o artigo 3º da CR elenca seus objetivos fundamentais, dentre os quais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais e da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Muito embora se tratem de normas de caráter programático, é certo que, por serem objetivos da República, não podem ser ignorados. Ao revés, precisam ser efetivados mediante a implementação de políticas públicas - por parte dos entes da Administração Pública - e também, mediante a realização de iniciativas privadas com o mesmo escopo.

O trabalho é um direito social, contemplado nos artigos 6º e 7º da Constituição, sendo um dos direitos fundamentais mais basilares do Estado Democrático de



Direito. Em vista do disposto no §1º do artigo 5º da Carta Magna, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Desse modo, os modernos sistemas constitucionais buscam mecanismos de assegurar que os preceitos constitucionais - sobretudo aqueles que tangenciam seus pilares normativos - não passem de retórica, ou que permaneçam em constante dependência da atuação legislativa para que tenham eficácia.

Apesar de os direitos sociais geralmente terem sua plena eficácia condicionada a uma complementação legislativa ou a atuações estatais, por meio de políticas públicas, os movimentos neoconstitucionalistas têm enfatizado não apenas a dimensão vertical entre Estado e particulares para a efetivação de direitos fundamentais, mas sobretudo a eficácia horizontal de tais direitos. Isto é, também incide sobre as relações entre particulares o dever de efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso do direito ao trabalho.

Deste modo, considerando todo o histórico brasileiro acima denunciado acerca de sistemáticas violações de direitos das pessoas negras, há que se reconhecer que a tentativa de reduzir, ou mesmo, de reverter tais prejuízos concretos cristalizados ao longo dos anos, perpassa, imprescindivelmente pelas iniciativas do setor privado, a fim de consagrar a transversalidade dos direitos fundamentais e o reconhecimento de sua eficácia horizontal nas relações entre particulares.

Por essas razões - de direito e simbólicas - a improcedência desta ação importa no reconhecimento de que a promoção de justiça racial não se limita ao âmbito estatal, mas é inerente também às esferas privadas. (...)

Assim como a Magazine Luiza, outras 43 grandes empresas (Ambev, Coca-Cola, Carrefour, Gerdau, Renner etc.) investiram em torno de 15 milhões com vistas a gerar 10 mil novas posições ocupadas por pessoas negras, objetivando reduzir as desigualdades raciais.

É de se observar, ainda, que a iniciativa da Magazine Luiza atende ao preceito constitucional delineado no artigo 170 da Constituição Federal, sob o qual "[A] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

A busca pela justiça social trata-se de iniciativa necessária não somente ao Estado, mas também à Sociedade.

III. DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE 1988.

A iniciativa da requerida Magazine Luiza em realizar programa de trainees direcionado a pessoas negras atribui concretude ao artigo 170 da vigente Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

VII. redução das desigualdades regionais e sociais".

No entanto, nosso foco não é apenas no dispositivo supracitado, pois seu fundamento e objetivo fundamental envolvem o valor social do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/88), além da missão de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, IV, CF /88), conforme previamente demonstrado.

Pautada na busca pela igualdade substancial, não meramente formal, é que a Constituição aplica a discriminação positiva para garantir aos desiguais o tratamento na medida de suas desigualdades.

A discriminação positiva é preceituada pela nossa Constituição em previsões como as do artigo 7º, que apresenta, diversas hipóteses de formas de discriminar /distinguir os direitos de homens e mulheres na relação de trabalho: ao prever a licença maternidade de cento e vinte dias (inciso XVIII) e parâmetro diferente



quanto à licença paternidade a ser definido em lei (inciso XIX), e ao tratar de proteger o mercado de trabalho da mulher (inciso XX). Isso porque são notáveis a disparidade e a desigualdade substancial de gênero, por mais que o texto afirme uma igualdade formal. O que veda o texto constitucional é a discriminação que cria disparidades e entaves na vida do sujeito de direitos.

Conforme a chamada "jurisprudência dos interesses", o direito precisa ser interpretado à luz das relações sociais que deve regular e dos conflitos de interesse que deve dirimir. Nesse sentido, a discriminação positiva da qual são imbuídas as ações afirmativas não é vedada, mas necessária para atingir as supramencionadas normas constitucionais. Ou seja, a discriminação positiva promove direitos. De resto, o texto constitucional proíbe, coerentemente, apenas discriminações que sejam atentatórias a direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLI).

Eis a importância de políticas de ações afirmativas para se conseguir a igualdade substancial. Assim, é necessário asseverar que tal conceito não se finda apenas em reserva de vagas, como se verá adiante.

IV. DAS POLÍTICAS DE EQUIDADE - AÇÕES AFIRMATIVAS.

As ações afirmativas são políticas talhadas para a abertura de oportunidades para os segmentos historicamente prejudicados, valorizando esses segmentos como grupo, proporcionando a ascensão social. Apesar do termo ter sua origem nos Estados Unidos, a Índia tem a mais duradoura experiência com ações afirmativas de que se tem registro, de forma que "[...] ação afirmativa no país não se restringe às cotas no ensino superior, mas também é aplicada nas legislaturas, educação, serviços públicos e promoções no emprego".

Maria Aparecida da Silva Bento, ao discorrer sobre a promoção da diversidade nas empresas e igualdade racial, afirma que:

No Brasil, quando se fala em ação afirmativa para negros e mulheres, logo surge a pergunta: "E os outros discriminados?". Muitas vezes essa pergunta surge para paralisar e esvaziar a luta por ações afirmativas e cotas. O subtexto desse questionamento é a falsa premissa segundo a qual todos somos discriminados, todos somos contra a discriminação e, portanto, precisamos de políticas para todos. Ou seja, a diversidade no Brasil é frequentemente utilizada para relativizar o peso da luta contra a discriminação racial e pela promoção da igualdade de direitos. Numa resposta instigante, alguns grupos excluídos vêm ressignificando a expressão diversidade e utilizando-a como força aglutinadora no caminho pela democratização das relações sociais. Dessa forma, os movimentos sociais usam a expressão diversidade de outra maneira, como manifestação de resistência.

Ainda no mesmo artigo:

É um reconhecimento de que brancos e negros, homens e mulheres, heterossexuais e LGBTs, pessoas com e sem deficiência vivenciaram trajetórias muito diferenciadas, herdaram benefícios e prejuízos (concretos e simbólicos) de um mesmo processo histórico. E essa herança se reflete objetivamente nas diferentes condições dos diversos segmentos e também subjetivamente, na maneira como se vêem ou são vistos, na maneira como se sentem com relação a si próprios e aos outros, impactando sua identidade.

Como bem explicitado, nenhum outro grupo foi, e ainda é, tão vulnerabilizado, no Brasil, visto que as pessoas negras carregam na cor da pele estereótipos ligados à violência, à miséria e à falta de capacidade intelectual. O programa de trainee da requerida Magazine Luiza, conforme esta defende, é uma ação afirmativa que objetiva transformar essa realidade.

Nesse sentido, em seu artigo "Equidade Racial nas Empresas não é nada mais do que obrigação", publicado no Jornal UOL Economia, o advogado e Diretor Executivo do CEERT, Daniel Bento Teixeira, também subscritor da presente peça, declara que, infelizmente, não se surpreende com:

[...] os levantes reacionários contra um programa de trainees que busca tão somente dar cumprimento a uma obrigação prevista no Estatuto da Igualdade Racial, em



tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção 111 da OIT e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, bem como na própria Constituição, cujo artigo 170, inciso VII, relaciona entre outros princípios que devem reger a ordem econômica no Brasil, a redução das desigualdades sociais, o que, no caso brasileiro, não pode ser feito sem programas que combatam o racismo, em sua estrutura, e promovam a equidade racial." (Trechos das razões finais da Associação Direito Humanos em Rede - CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Estudo das Relações de Trabalho e Desigualdades - CEERT, Comissão de Jornalistas Pela Igualdade Racial - COJIRA, Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa - GEMAA - do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - IESP-UERJ e Mulheres Negras Decidem - MND - fls. 1536/1547)

"(...) A parte recorrente alegou, em síntese, que (a) não houve perda do objeto da ação, tendo em vista que o certame só foi concluído "porque o juízo a quo indeferiu o pedido liminar formulado pela Defensoria Pública"; (b) ocorreu violação ao princípio da igualdade, "porquanto exclui discriminatoriamente e *ab initio* os indígenas, além de outros grupos sociais vulneráveis"; (c) é cabível a condenação de indenização por danos morais coletivos.

No que tange à alegação de violação do princípio da isonomia, registra-se que tal princípio não significa tratar a todos da mesma forma (o que, de fato, promoveria a injustiça) mas sim, "tratar os desiguais na medida de sua desigualdade", como melhor descrito desde as saudosas lições de Ruy Barbosa e Aristóteles.

Conforme já exposto em manifestações anteriores, o racismo pode se apresentar de diferentes formas, muitas das quais não precisam ser declaradas, expressas (e obviamente criminosas), mas insidiosas e apresentadas por vezes como "algo natural, sem maldade" ou até "tradicional", ou resultado aleatório do cotidiano quando, de fato, é estruturante e serve à perpetuação de distinções ilícitas, que ferem o princípio maior da Constituição da República (art. 1º, III) a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, não há, num país majoritariamente negro e pardo, nenhuma quebra à isonomia no fato de uma empregadora como é a Magazine Luiza, cujos cargos e em especial os cargos de direção, são ampla e quase totalmente ocupados por brancos, promover a inserção de trainees negros em medida afirmativa privada, consentânea com o que já decidido pelo STF em mais de uma oportunidade, como, por exemplo, na ADPF 186 (acesso a cotas raciais em universidade pública); e no julgamento da ADC 41 que afirmou a constitucionalidade da Lei 12.990/2014 - cotas raciais no serviço público, admitindo a política como proporcional, e reconhecendo na *ratio decidendi* da decisão o racismo estrutural como realidade jurídica neste país.

O que a Magazine Luiza fez, ao contrário, e é um exemplo positivo para demais grandes companhias, foi reconhecer que o racismo estrutural estava presente em sua estrutura interna, notadamente na formação do seu quadro de pessoal, fazendo um esforço para ampliar a isonomia em suas fileiras, e não reduzi-la, como querem fazer crer a exordial e o recurso da ação em debate.

Destaque-se que a reserva de vagas para pessoas negras (que engloba pessoas pretas ou pardas - aqui adotando classificação do IBGE) foi admitida pela Corte Suprema em todos os certames públicos, inclusive de entes de direito privado e mesmo em concursos militares (em posteriores embargos de declaração), pelo que a política afirmativa de oferta de vagas à população negra não encontra, no viés jurídico, qualquer restrição para que possa ser implementada por entes privados, ademais diante do brocardo conhecido de que à Administração Pública só é lícito agir como a Lei (em sentido amplo) permita, mas ao particular é permitido agir de qualquer forma que a Lei não vede.

Além disso, como bem pondera o ministro do STF Luís Roberto Barroso, "A cota racial é mecanismo emergencial e paliativo de promover ascensão social e, sobretudo, de propiciar à próxima geração - os filhos dos cotistas - maiores chances de romper o cerco e de ter acesso a bens sociais e valores culturais que fazem a vida ser melhor e maior" (Cotas e Justiça Racial: de que lado você está? Artigo



publicado no site <https://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luisroberto-barroso-justica-racial-ladovoce> acessado em 11/04/2019).

No caso em tela, a empresa Magazine Luiza, a qual tem maioria branca em seus quadros, optou por conduzir política afirmativa na contratação de pessoas negras com o objeto de reduzir as desigualdades sociais e combater o racismo estrutural que por décadas insiste em permear a sociedade brasileira. A polêmica gerada em torno dessa ação afirmativa reside apenas no fato de poucas empresas hoje adotarem postura semelhante a louvável ação afirmativa acima referida, valendo lembrar que polêmicas igualmente foram geradas pelas primeiras ações coletivas sobre o tema de cotas étnicas e ações afirmativas que hoje são legal e constitucionalmente consolidadas no Brasil.

Assentadas essas premissas, tem-se que a posição externada pelo referido membro da DPU signatário da petição inicial não reflete a missão e posição institucional da Defensoria Pública da União quanto a defesa dos direitos dos necessitados. Mais que isso, contraria os direitos do grupo vulnerável cuja DPU tem o dever irrenunciável de defender.

Assim, se toda esfera pública brasileira pode e deve prever vagas em sua estrutura que são de exclusivo acesso a negros, pretos ou pardos, igual medida pode adotar a demandada na presente ação, sem ofensa a qualquer postulado constitucional ou legal, na verdade promovendo-os em sentido material e equânime.

Ademais, diferentemente do alegado no recurso apresentado pela autora, a presente ação já perdeu o objeto, como já foi inclusive reconhecido pelo MM. Juízo.

A contratação por meio do processo seletivo em tela já se operou, o que aponta pela inadequação e desnecessidade de eventual desfazimento por ordem judicial ante o fato consumado que se verifica.

Consequentemente, não há relevância fática em futura decisão a respeito da contratação já finalizada, motivo pelo qual mostra-se inadequada a continuação do feito.

Ainda que fosse verdadeira a alegação autoral de ilegalidade das cotas raciais aplicadas pela empresa Magazine Luiza e fosse possível o desfazimento do feito com retorno ao status quo ante acarretaria uma situação mais afastada da constitucionalidade do que manter o status quo, eis que a referida empresa não é literalmente obrigada a aplicar o regime de cotas pretendido pelo autor, podendo inclusive deixar de aplicar qualquer cota racial/social, de sorte que o prejuízo para a sociedade seria muito maior do que o suposto benefício que a parte autora pretende obter. Em outras palavras: não se admite a declaração de ilegalidade/inconstitucionalidade quando essa declaração produzir uma situação concreta ainda mais apartada da legalidade/constitucionalidade, que é o que precisamente aconteceria se acolhida a pretensão autoral.

Portanto, não mais subsiste a pretensão da parte recorrente com relação às obrigações de fazer, de não fazer e de pagar pleiteadas na presente ação.

Nessa ordem de ideias, desnecessária é aprofundar a análise concernente à pleiteada condenação em danos morais coletivos, porquanto inexistente ato ilícito (conduta) praticada pela empresa que tenha causado lesão a quaisquer direitos fundamentais/humanos.

Entender o contrário, com máxima vênia e respeito, seria dizer que todo certame público dos inúmeros realizados com previsões de reserva de vagas para pessoas pretas que não tivessem idêntica previsão a outras minorias deveriam igualmente ser objeto de indenização, o que fere toda a lógica do sistema de ações afirmativas.

Pelo contrário, a empresa cumpriu sua obrigação constitucional e legal de buscar diminuir com fins futuros a eliminar as reconhecidas desigualdades raciais em seu quadro funcional, espontaneamente, adotando ação afirmativa objetivando a contratação de pessoas negras (pretos e pardos) em seu quadro funcional, sem obstar que outras minorias ou outras ações afirmativas sejam também adotadas, já que segue, como inclusive demonstrado no processo em tela, contratando por outros



meios que não o programa vergastado na presente ação, ou seja, e aqui pensamos estar sepultada qualquer dúvida sobre a higidez do procedimento da Magazine Luiza, jamais se adotou apenas o programa de trainees em debate como única ou exclusiva forma de contratação/promoção, seguindo a empresa com contratações, promoções e medidas de escolha e seleção de pessoal em sua preá de recursos humanos que contemplaram por todo esse período empregados de diferentes espectros sociais, econômicos, raciais e culturais." (Trecho das contrarrazões da Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes - EDUCAFRO e do Movimento Negro Unificado - MNU - fls. 1753/1755)

Com efeito, na trilha do posicionamento adotado pelo *Parquet* e das demais entidades supra mencionadas, constata-se com clareza que, não obstante a garantia da independência funcional assegurada aos membros da DPU, a linha de entendimento adotado pelo subscritor da presente ação é tão peculiar e em total desalinhamento à compreensão dos membros do Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais e da Defensoria Regional de Direito Humanos da própria DPU que, em tese, deveria pautar a atuação dos Defensores Públicos da União nas demandadas relacionadas a discriminação racial.

Aqui chama atenção que treze membros da DPU, a maioria atuantes na área de Direitos Humanos e quatorze membros das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Sergipe, de Goiás, do Pará, da Paraíba, da Bahia, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, atuantes nos núcleos, coordenações e grupos de trabalho especializados na temática racial, subscreveram a petição solicitando o ingresso, respectivamente, da Educação e Cidadania e Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO) e dos mencionados órgãos defensoriais intervenientes como *ami cus curiae* da empresa demandada/recorrida.

Outro ponto que destaca a licitude do inovador Programa Trainee exclusivamente para trabalhadores negros é a Nota Técnica nº 3 da DPU (fl. 240), na qual, onze Defensores Públicos da União do Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais da DPU manifestam:

"(...) Nos termos do art. 4º, XI, da Lei Complementar n. 80/94 (Alterada pela LC n. 132/2009), é função da Defensoria Pública '*exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado*' e certamente entre os grupos que merecem proteção especial do Estado está a população negra, na medida em que o próprio Estado, visando reduzir as desigualdades sociais e combater o racismo estrutural que assola a sociedade brasileira, lhes reconhece o direito de concorrer aos cargos e empregos públicos também através de vagas reservadas a estes grupos, no ensino superior e no serviço público.

Além disso, como bem pondera o ministro do STF Luís Roberto Barroso, "a cota racial e mecanismo emergencial e paliativo de promover ascensão social e, sobretudo, de propiciar à próxima geração - os filhos dos cotistas - maiores chances de romper o cerco e de ter acesso a bens sociais e valores culturais que fazem a vida ser melhor e maior" (Cotas e Justiça Racial: de que lado você está? Artigo publicado no site <https://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luisroberto-barroso-justica-racial-lado-voce> acessado em 11/04/2019).

No caso em tela, a empresa Magazine Luiza, a qual tem maioria branca em seus quadros, optou por conduzir política afirmativa na contratação de pessoas negras com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e combater o racismo estrutural



e institucional que por décadas insiste em permear a sociedade brasileira. A polêmica gerada em torno dessa ação afirmativa reside apenas no fato de poucas empresas hoje adotarem postura semelhante a louvável ação afirmativa acima referida, valendo lembrar que polêmicas igualmente foram geradas pelas primeiras ações coletivas sobre o tema de cotas étnicas e ações afirmativas que hoje são legal e constitucionalmente consolidadas no Brasil.

Assentadas essas premissas, tem-se que a posição externada pelo referido membro da DPU não reflete a missão e posição institucional da Defensoria Pública da União quanto a defesa dos direitos dos necessitados. Mais que isso, contraria os direitos do grupo vulnerável cuja DPU tem o dever irrenunciável de defender. (...) " (fl. 240)

Neste cenário, segundo a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas (ONU), ratificada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 65.810 de, 08/12/1969, a discriminação racial traduz em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por escopo ou efeito eliminar ou limitar o reconhecimento, fruição ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Esta mesma norma prescreve que as providências especiais adotadas com a única finalidade de garantir melhorias apropriadas de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que carecem de amparo indispensável para assegurar a referidos grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, não serão consideradas discriminação racial, desde que tais medidas não levem à preservação de direitos diferentes para grupos raciais distintos e não continuem após terem sido atingidos os seus objetivos.

Assim, levando em consideração o prazo anual fixado no Programa Trainee questionado e os dados do último Censo Demográfico realizado pelo IBGE apontando que a *"renda média de trabalhador branco é 75,7% maior do que de pretos"*, *"Branco também são menos afetados pelo desemprego e pela informalidade"* e que *"Entre pessoas com nível superior completo, o rendimento médio por hora dos brancos foi cerca de 50% superior ao dos pretos e cerca de 40% superior ao dos pardos. Além disso, os negros (pretos e pardos) representam 53,8% dos trabalhadores, mas ocupam apenas 29,5% dos cargos gerenciais no Brasil."* (<https://www.infomoney.com.br/carreira/renda-media-de-trabalhador-branco-e-757-maior-do-que-de-pretos-diz-ibge/https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html/>), cai por terra os argumentos do recorrente no sentido de que as medidas adotadas pela empresa demandante extrapolou período razoável, já que somente é possível falar em atingimento de objetivos quando os dados estatísticos no Brasil demonstrarem que não há mais diferenciação salarial e de nível de emprego em razão da cor da pele do trabalhador.

O questionamento renovado no recurso de que o Programa Trainee implementado pela recorrida não se trata de ação afirmativa, não passa por uma simples análise crítica já



que inexistente fundada dúvida da natureza deste certame inovador e elogiado pelas entidades e órgãos representativos no combate ao racismo que manifestaram à sociedade nestes autos, demonstrando que a empresa demandada adotou sim programa de ação afirmativa destinado a reparar distorções e desigualdades sociais históricas e práticas discriminatórias adotadas também nas esferas privadas, tanto é que a própria Magazine Luiza informou que em seu quadro de empregados existe 53% de pretos e pardos, mas somente 16% deles ocupam cargos de liderança. Dados estes que estão em consonância as informações disponibilizadas pelo IBGE, logo, em razão disso, o juízo de origem considerou desnecessário solicitar mais dados à empresa demandada/recorrida.

Igualmente, sem qualquer respaldo lógico-jurídico a insistência do membro da DPU que promoveu a presente ação, em interpretar o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT, no sentido de exigir como condição indispensável para implementação de Programa Trainee realizada por uma empresa privada, destinado exclusivamente a trabalhadores negros, a contemplação também de outros grupos vulneráveis, exemplo dos indígenas.

Tal exigência, na verdade, dificultaria sobremaneira a implementação de qualquer iniciativa na esfera privada de ação afirmativa, o que praticamente esvaziaria o sentido da norma, pois, caso houvesse a obrigação de atender outros grupos vulneráveis, tornariam inviável para qualquer empresa adotar medida afirmativa, já que necessitaria contemplar todos os grupos vulneráveis (índios, transgêneros, homossexuais, mulheres, etc).

Dessa maneira, a adoção de Programa Trainee por empresa privada exclusivamente para pessoas negras, com duração de 12 meses ou mais, atende plenamente aos requisitos da Convenção 169 da OIT e demais normas jurídicas aplicáveis ao tema, pois trata de ação afirmativa que não configura a criação de direito injustificável para grupo historicamente discriminado, nem extrapola período razoável, já que infelizmente ainda está muito distante, no Brasil, atingir o objetivo das medidas afirmativas em benefício da população negra que seria a igualdade salarial, independentemente, da cor da pele do trabalhador contratado.

Por fim, levando em consideração as manifestações do MPT, das entidades e dos órgãos e dos membros da DPU e das Defensoria Pública Estaduais e do Distrito Federal atuantes em áreas temáticas relacionadas às questões raciais, revelaram que o ponto de vista do signatário da presente ação destoava do entendimento da doutrina e da jurisprudência predominante que autoriza a possibilidade de adoção de ações afirmativas na iniciativa privada, como a implementada pela empresa demandada/recorrida.

Dessa maneira, irretocável os termos da sentença, ora atacada, inclusive, quanto ao indeferimento do pleito de reparação por danos morais coletivos.



Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso, rejeito as arguições de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, inobservância de prazo, ausência de fundamentação e negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, nego-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento, aprovar o relatório, conhecer do recurso, rejeitar as arguições de nulidade da sentença e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), sala de sessões.

Julgamento ocorrido à unanimidade de votos, estando presentes os Desembargadores Ricardo Alencar Machado (Presidente), Pedro Luís Vicentin Foltran, Brasilino Santos Ramos e José Leone Cordeiro Leite.

Ausente a Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos, com causa justificada, em razão de compromisso institucional.

Representando o Ministério Público do Trabalho o Procurador Regional do Trabalho Alessandro Santos de Miranda.

Fez-se presente em plenário, fazendo uso da tribuna para sustentações, o advogado Rodrigo Seizo Takano representando a parte Magazine Luiza S/A.

Secretário da Turma, o Sr. Luiz Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno.

Secretaria da 3a Turma.



Brasília/DF, 22 de novembro de 2023 (data do julgamento).

PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN
Desembargador Relator

eqf

