

# CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DA POLÍTICA DE COTAS NO CONTRATO DE TRABALHO

Paulo José Leite Farias<sup>†</sup>



## 1) A ADOÇÃO DA POLÍTICA DE COTAS FERRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA?

Essa indagação vem sendo objeto de intensos debates judiciais e doutrinários. Mostra-se, pois, relevante para o debate acadêmico. No presente artigo defende-se o argumento que a política de cotas não fere o princípio constitucional da isonomia utilizando-se do ordenamento jurídico brasileiro e analisando-se a experiência norte-americana sobre o tema.

O princípio da isonomia contém em seu enunciado não só a possibilidade, mas também a necessidade de tratamento distinto de pessoas com características distintas.<sup>1</sup>

---

<sup>†</sup> Promotor de Justiça. Mestre em Direito e Estado pela Unb. Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutor na Universidade de Boston (EUA). Professor do IDP em Brasília-DF.

<sup>1</sup> A crença de que as sociedades deveriam aspirar a tratar seus membros de maneira mais igualitária, no sentido tanto formal quanto material, ocupa uma posição central no pensamento desenvolvido no século XX. Nos séculos XVIII e XIX o ideal manifestou-se na exigência de direitos iguais diante da lei e direitos iguais de participação política. No século XX esses tipos de igualdade já eram dados como certos (na teoria, ainda que nem sempre na prática) em todas as sociedades avançadas, e a atenção concentrou-se numa nova exigência: a igualdade social. Por igualdade social entende-se a idéia de que as pessoas devem ser tratadas como iguais em todas as esferas institucionais que afetam suas oportunidades de vida: na educação, no trabalho, nas oportunidades de consumo, no acesso aos serviços sociais,

Conforme ensina PAULO MENEZES, o princípio jurídico da igualdade deixou de ser apenas um sustentáculo do Estado de Direito para ser um dos pilares do Estado Social (Menezes, 2001, p.20-26).

Uma das questões críticas em qualquer sociedade é o critério de alocação de bens e serviços à população em geral no que se refere ao emprego e à educação. Nesse aspecto, há outros critérios ao lado do mérito que podem influenciar o processo de alocação de vagas em Universidades e em Empresas.

A ação afirmativa (*affirmative action*) ou política de cotas constitui-se em uma política pública que adota a raça, a etnia, o gênero como critério de seleção dando preferência a um candidato em relação a outro para determinada vaga. A razão da utilização desse instrumento vincula-se exatamente há aspectos históricos de desigualdade entre diferentes cidadãos em razão de sua raça, etnia ou gênero.<sup>2</sup>

A desigualdade social é marca registrada da sociedade brasileira, desde os seus primórdios. A sociedade brasileira é heterogênea de diferentes modos. COMPARATO destaca que a persistência das profundas desigualdades sociais, entre os brasileiros, estaria associada ao desenvolvimento e reprodução de um caldo de cultura peculiar aos povos ibéricos, denominado por ele de “individualismo anárquico”. A característica principal desse individualismo anárquico seria o culto à pessoa em detrimento do grupo ou conjunto, impedindo

---

nas relações domésticas e assim por diante. Mas, que significa ser tratado com igualdade? Falando de maneira ampla, houve duas respostas a essa pergunta altamente controversa, que podemos rotular, respectivamente, de igualdade de oportunidades e igualdade de resultados (Outhwaite, Bottomore, 1996, p.372-373).

<sup>2</sup> A posição judicial favorável há adoção das ações afirmativas foi dada na Suprema Corte Americana pelo Ministro Marshall no caso *Regents of University of California v. Bakke* (438 U.S 265 (1978)). Nessa decisão, Marshall destacou que a existência histórica de um tratamento racial desigual entre os brancos e os negros ensejava a necessidade de levar em conta a raça na alocação das posições de influência e prestígio na sociedade americana.

formas de coesão social e de apreciação coletiva, em especial, de leis e normas jurídicas que pudessem orientar o conjunto da sociedade, *verbis*:

No fundo de cada brasileiro, de cada ibérico, se quiserem – isso herdamos dos nossos colonizadores –, existe esta convicção, de que nós somos “um”, indiscutivelmente um diferente dos demais, e que, portanto, não pode ser comparado e, se não pode ser comparado, não há como pensar em igualar” (Comparato, 1998, p. 49)

COMPARATO destaca dois tipos principais de geração de desigualdades sociais no Brasil: o primeiro: *a desigualdade entre ricos e pobres*, considerado para ele o mais importante; o segundo: *a desigualdade entre brancos e negros* (Comparato, 1998, p. 54). Assim, o segundo tipo de geração de desigualdades sociais no Brasil enseja um tratamento legislativo específico que passa pelo programa de cotas no Contrato de Trabalho.

A legislação deve ser feita para tratar de forma adequada essas diferenças. O Legislador e o Juiz são convocados a estabelecer distinções entre pessoas e grupos de forma adequada. De acordo com CELSO BANDEIRA DE MELLO há necessidade de uma correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida:

Exemplificando para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si

mesmo, fato insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrimen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente.

(...)

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. (Celso de Mello, 1995, p.38-39)

No caso da política de cotas, há uma correlação lógica entre o favorecimento de determinada raça, etnia ou gênero e a busca de reparação de um tratamento discriminatório pretérito (justiça reparatória distributiva) ou a busca de uma sociedade com maior diversidade.

Conforme assinala RONALD DWORKIN (1977) o uso da raça na política de cotas no ingresso em universidades não viola direitos de outras pessoas. Ademais, assinala de forma genérica que a leitura da Constituição Americana impede não só a discriminação subjetiva, mas também a discriminação estrutural (padrões socioeconômicos díspares entre as pessoas decorrentes de preconceitos) (DWORKIN (1996, 1985)).

## 2) A ADOÇÃO DA POLÍTICA DE COTAS PODE TER O EFEITO REVERSO DE GERAR MAIS DISCRIMINAÇÃO?

No âmbito das políticas públicas indaga-se : a adoção da política de cotas seria a melhor solução para a discriminação racial? Aqui se defende que a resposta depende da forma de implementação, se a política for implementada corretamente não haverá o efeito reverso de gerar mais discriminação.

Assim, se for dotada de cuidados na sua implementação e se for utilizada concomitante com outras políticas públicas não gera mais discriminação. Há limites para a atividade legislativa de promoção da inclusão de minorias. Racismo, machismo e outras formas de discriminação não podem ser eliminadas só por meio de leis.

Por outro lado, a adoção da política de cotas pode ser um mecanismo válido de diminuição do abismo existente entre o *mundo do dever-ser* e o *mundo do ser*.

A política de quotas, entretanto tem suas desvantagens. No âmbito americano, foi usada a expressão *reverse discrimination* para destacar que a ação afirmativa pode muitas vezes ensejar a discriminação da maioria pela minoria (discriminação invertida), desse modo exacerbando aquilo que queria evitar (discriminação). Assim, usa-se em contraponto a expressão *color blind* para incentivar políticas sociais contrárias às que usam as cotas raciais.

A resposta, pois será *depende da forma como essa política é implementada e da coexistência de outras políticas públicas correlacionadas em resgatar a igualdade material*.

## 3. A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS: EXEMPLO PARA A IMPLEMENTAÇÃO ADEQUADA DA POLÍTICA DE COTAS

MARTIN LUTHER KING JÚNIOR (1981, p. 37) afirmava que: “*Morality can not be legislated, but behavior can be regulated. Judicial decrees and laws may not change the heart, but they can restrain the heartless*”. Esse foi o espírito da *affirmative action* americana que poderia ser adaptado, *mutatis mutandi*, à realidade brasileira tendo em vista a experiência americana na matéria.

A política pública americana de cotas idealiza que uma empresa privada, especialmente aquelas que prestam serviços para o Governo Federal, deve ter a preocupação em diminuir as diferenças sociais. Assim, a empresa ideal deve adotar uma política de cotas de emprego, de modo que a estrutura de sua força de trabalho reflita a estrutura racial existente no local aonde o serviço é prestado. A empresa também deveria apresentar um plano de metas para prevenir as desigualdades existentes com relação aos salários, promoções e benefícios empregatícios sob a ótica das minorias raciais, étnicas ou de gênero. Assim, a empresa deveria contratar e promover empregados oriundos de minorias sociais, bem como evitar a demissão de empregados pertencentes às minorias.

Para concretização desse objetivo, foi criado pelo Congresso Americano uma legislação inclusiva e antidiscriminatória: O Estatuto dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*). Esse diploma legislativo é o principal instrumento de combate à discriminação. Divide-se em inúmeros títulos, cada um deles dedicado a uma forma específica de discriminação. Assim, trata da discriminação no emprego, no acesso à educação, à moradia, dentre outras normas que visam implementar a liberdade religiosa e a proteção do deficiente físico.

HUGH DAVIS GRAHAM, em livro que se concentra na implementação da política pública de cotas americanas no âmbito do movimento do *Civil Rights* (1960-1972), destaca que o Presidente Lyndon Johnson exigia que todas as empresas

contratadas pelo Governo Federal deveriam empreender ação afirmativa para que a igualdade não fosse somente uma teoria mas sim um fato social.<sup>3</sup>

O Título VII deste Estatuto lida com a discriminação no emprego em razão de raça, sexo e outros critérios que enumera. Essa norma junto com a cláusula constitucional americana de isonomia (*equal protection clause*) constituem o arcabouço jurídico sob o qual foram construídas inúmeras decisões da Suprema Corte que buscam ponderar a política de cotas com a proteção de outros valores constitucionais. Essas decisões podem ser agrupadas e delas sintetizados paradigmas de boa aplicação da política de cotas no Contrato de Trabalho.

Inicialmente, observa-se que no âmbito do contrato de trabalho a aplicação das quotas ocorre de forma mais aceitável no âmbito da contratação e da promoção do que no da demissão. Se quero aumentar o número de afro-brasileiros em uma empresa, não posso demitir os empregados já existentes que não pertencerem a esse grupo social.<sup>4</sup>

Além disso, é aferido se *a política de cotas tem caráter temporário ou permanente*, bem como *qual o peso dela para influenciar a decisão do empregador*. O empregador tem uma margem de flexibilidade na aplicação das cotas? É a política de cotas uma opção de contratação ao lado de outros ou é ela a única opção do empregador?<sup>5</sup>

Ademais, busca-se saber se *a inclusão deve ser vista como um gol a ser atingido em um determinado prazo* (plano

---

<sup>3</sup> “A year later, in a speech at Howard University, President Lyndon B. Johnson inaugurated the era’s second phase by declaring, “we seek not just ... equality as a right and a theory but equality as a fact and as a result”. Given “the scars of centuries”. (GRAHAM, 1990, p.6).

<sup>4</sup> O caso *Wygant v. Jackson Board of Education* (476 U.S. 267 (1986)) afirmou que a aplicação da política de cotas na demissão de empregados é de mais difícil aceitação do que a sua utilização no contexto de contratação e promoção de empregados..

<sup>5</sup> *Local 28 of the Sheet Metal Workers’International Ass’n v. EEOC* (478 U.S. 421 (1986)).

de metas a serem atingidas) ou se é uma camisa de força imediata e inflexível.

Exemplificando, em *United States v. Paradise*<sup>6</sup>, a Suprema Corte americana validou a política de contratação por cotas que determinava que o estado-membro do Alabama contratasse um policial rodoviário negro para cada policial rodoviário branco contratado até que 25% dos empregados fossem negros. *Essa política surgiu a partir da constatação de que os negros vinham sendo excluídos até então da contratação pelo Departamento de Segurança Rodoviária daquele estado* (o caráter reparatório da política tinha sido comprovado!). O Ministro Brennan destacou que havia clara discriminação pretérita que determinava essa política pública, *bem como havia a existência de empregados negros qualificados* para o exercício da atividade de policial rodoviário.

Outro aspecto que deve ser destacado é que a política de quotas deve ser vista no contexto dos outros critérios de contratação. Em outras palavras, a qualificação do candidato à contratação não pode ficar em segundo plano em razão da adoção da política de cotas. Aqui, de forma semelhante, ao que aconteceu no caso de cotas universitárias americanas (*Bakke case*), *o sistema de cotas deve ser visto como um elemento dentre outros ponderáveis na contratação*. Tal ocorreu no caso *Johnson v. Transportation Agency*<sup>7</sup>, a política de cotas baseada no gênero foi aprovada pelo fato de que apesar de 76% dos trabalhadores da Agência serem mulheres, só 10% ocupavam posição de chefia e, também, segundo Brennan, como no caso *Bakke*,<sup>8</sup> *o critério de gênero não era o único fator utilizado*

---

<sup>6</sup> 480 U.S. 149 (1987).

<sup>7</sup> 480 U.S. 616 (1987)

<sup>8</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265 (1978)). Nesse caso, a Suprema Corte Americana invalidou a adoção exclusiva do sistema de cotas para a admissão de estudantes em Universidades americanas, não obstante tenha destacado a constitucionalidade do sistema de implementação de cotas na educação de nível



*para a promoção do candidato.* Era um elemento ao lado de outros!

Em síntese, a política de cotas não deve ter um caráter permanente, devendo ser aplicada por um determinado período na contratação e promoção até que seja alcançada determinada proporção entre os empregados de diferentes grupos sociais. Deve ser evitada sua aplicação na demissão, é política de incentivo e não de prejuízo as situações já existentes. Ela não deve ser o único requisito para a contratação, a qualificação profissional precede a aplicação da política de cotas, o elemento cotas não deve ser o único utilizado para a contratação ou promoção dos candidatos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COMPARATO, Fábio Konder. *O princípio da igualdade e a escola. Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.104, p.47-57, jul. 1998.
- DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *As Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. "Why Bakke has no case". *New York Review of Books*, vol. 24, November 10, 1977.
- GOMES, J. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social; a experiência dos EUA*. Rio de

Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

GRAHAM, Hugh Davis. *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*. New York and Oxford University Press, 1990.

KING Jr., Martin Luther. *Strength to Love*. Cleveland: Collins, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENEZES, Paulo Lucena de. A. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. (eds.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.