



PARECER Nº 912/2021 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0119/2021.

Trata-se de projeto de lei de iniciativa da nobre Vereadora Erika Hilton, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas para ingresso de pessoas trans e travestis no serviço público municipal em cargos efetivos e em comissão.

Segundo a propositura, todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo ficam obrigados a disponibilizar, em seus quadros de cargos efetivos e em comissão, o limite mínimo de 2% (dois por cento) das vagas para as pessoas trans e travestis.

A justificativa esclarece que a propositura busca garantir a inserção de pessoas trans no mercado de trabalho de forma a aumentar sua inclusão social. A corroborar tal pretensão, o projeto faz referência ao Mapeamento das Pessoas Trans no Município de São Paulo pelo CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, divulgado em janeiro de 2021, cuja coleta de informações atesta o grau de vulnerabilidade social para a população trans e travesti do Município de São Paulo. (disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/AnexoB_Relatorio_Final_Mapeamento_Pessoas_Trans_Fase1.pdf)

Inicialmente cumpre observar o novo enfoque conferido ao princípio da igualdade que – afastando a igualdade meramente formal do Estado liberal, no qual todos deveriam ser tratados de forma igualitária perante a lei, sem qualquer distinção – busca o alcance de igualdade de chances ou oportunidades, prevalecendo a igualdade material ou substancial do Estado social.

E é justamente dentro desse contexto de busca da igualdade material que surgem as chamadas ações afirmativas, das quais a reserva de vagas em concursos públicos, como pretendido pelo presente projeto de lei, é uma de suas expressões.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia:

“Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade.

Na esteira desse pensamento, pois, é que a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado



segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade". (Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>)

Apenas para contextualizar brevemente, as ações afirmativas tiveram seu berço nos Estados Unidos e surgiram como uma forma de compensação aos afrodescendentes por todos os anos de discriminação institucionalizada que sofreram.

São duas, basicamente, as correntes filosóficas que as fundamentam: i) a da justiça compensatória, para a qual as ações afirmativas seriam uma forma de reparação ou ressarcimento dos danos causados pelas discriminações ocorridas no passado e; ii) a da justiça distributiva, para a qual as ações afirmativas teriam como finalidade viabilizar o acesso de minorias ou grupos sociais vulneráveis a determinadas posições, redistribuindo os ônus e bônus entre os membros da sociedade. Há ainda quem defenda um fundamento misto para as ações afirmativas de modo que elas se fundamentariam tanto na justiça distributiva quanto na justiça compensatória.

No Brasil a corrente predominante a fundamentar as ações afirmativas é a da justiça distributiva, baseada no Estado Social, razão pela qual podemos conceituá-las como um conjunto de medidas compulsórias ou voluntárias, de caráter excepcional e temporário, adotadas em benefício de grupos minoritários, assim entendidos não pelo aspecto quantitativo, mas por seu aspecto vulnerabilidade social, com o objetivo de eliminar as desigualdades a que são submetidos, conferindo-lhes igualdade de chances ou oportunidades.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha para quem as ações afirmativas são "uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias". (Ob. cit)

Outrossim, destaca-se que como as ações afirmativas surgem para dirimir desigualdades e estabelecer a igualdade de fato, elas perduram apenas até que a situação de desigualdade prevaleça. Além da temporariedade, a adoção de ações afirmativas necessita atender à proporcionalidade para que seja legítima. Assim, não basta que exista situação de desigualdades (justificável) para que as ações afirmativas sejam aplicadas, é imperioso que o elemento desigualdade seja conjugado com outros como por exemplo com a temporariedade e a proporcionalidade (Jensen. Geziela.



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015).

Ou seja, na busca da igualdade substancial ou material, as ações afirmativas devem ser tomadas por medidas excepcionais, baseadas em estudos detalhados e dados que justifiquem a sua adoção e devem ser adotadas na exata medida e tempo necessários para a correção da desigualdade presente, sob pena de, em se perpetuando, acarretar à criação de uma nova distorção.

Tecidas essas considerações iniciais, em que pese uma análise preliminar calcada no novo enfoque conferido ao princípio da isonomia sugerir a viabilidade jurídica da instituição de ações afirmativas em benefício da população trans, é certo que a definição de quais grupos serão objeto de ações afirmativas como a pretendida – que é a reserva de vagas em concursos públicos - é medida que extrapola a competência legislativa municipal, inserindo-se no âmbito da competência da União.

A corroborar esse entendimento de que a seleção de um grupo específico para ser inserido em uma política de ação afirmativa é matéria que transborda dos limites da competência municipal, podemos observar que todas as desequiparações a favor de minorias, entendidas estas não por seu critério numérico, mas de vulnerabilidade social, em detrimento do restante da população encontram fundamento em diplomas normativos de cunho nacional. Vejamos:

A desequiparação a favor das pessoas com deficiência e das mulheres foi prevista expressamente pela Constituição Federal em seus arts. 7º, inciso XX e 37, VIII que preconizam:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”

“Art. 37. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”



Nesse mesmo sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas e discriminação contra a Mulher, promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, e que em seu art. 4º, inciso I, dispõe da seguinte forma:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

No entendimento da Ministra Carmen Lúcia, apesar de algumas passagens da Lei Fundamental da República definir comportamentos específicos favorecedores de grupos desfavorecidos histórico-social e histórico-economicamente, não seriam eles os únicos que se poderiam considerar dotados ou dotáveis de condicionamentos especiais no Direito Positivo. (Ob. cit).

No entanto, há que se observar que mesmo as cotas para afrodescendentes nos concursos públicos, instituída em âmbito federal através da Lei Federal nº 12.990, de 2014 e em âmbito municipal através da Lei 15.939, de 23 de dezembro de 2013, também elas vieram a partir da legitimação das ações afirmativas para esse grupo da população em âmbito nacional, vez que há toda uma base normativa legal, de conteúdo nacional, que já autorizava o uso de ações afirmativas baseadas no critério étnico-racial.

Nesse sentido, vale destacar as razões trazidas pelo voto condutor do acórdão objeto do RE 597.285/RS, razões estas acolhidas como fundamentação no julgamento proferido pelo E. STF, onde se apreciou a legalidade e constitucionalidade do sistema de cotas raciais para o ingresso em universidade pública:

“(…)

A alegação de que não existe base legal, no ordenamento pátrio, é equivocada. É que desde o Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, elaborado pelo governo Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto nº 1.904/1996, a questão das políticas afirmativas já estava incluída, restando reafirmada pelo governo brasileiro, quando participou da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban (31/08 a 08/09/2001). A Declaração de Durban, de 2001, da qual o Brasil foi um dos signatários, reconheceu, no texto final (disponível no site <http://www.mulheresnegras.org/doc/Declafinal.pdf>) que o combate ao racismo é ‘responsabilidade primordial dos Estados’ (parágrafo 99), instando os governos a adotar inclusive ‘programas de ações afirmativas ou medidas de ação



positivas, para promoverem o acesso de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo ensino fundamental' (parágrafo 100) e tomar medidas que capacitem estudantes 'independente de raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional' a frequentarem 'instituições de ensino superior' (parágrafo 123, item 'g'), além de assegurar ambiente escolar seguro e livre de racismo (parágrafo 123, item 'f'). Esta endossou, nos parágrafos 107 e 108, a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlata.

Não sendo nova, pois, a questão, ela se encontra internamente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, desde que o Decreto nº 65.810, de 08-12-1969, internalizou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que previu, no art. 1º, parágrafo 4º, a adoção de 'discriminação positiva', no sentido de que medidas especiais sejam 'tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.

O marco normativo, pois, do conceito de 'discriminação' está balizado pelos parâmetros fixados naquela Convenção Internacional".

Cabe considerar ainda o Estatuto da Igualdade Racial, aprovado pela Lei Federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que reconhece as ações afirmativas como legítimo instrumento de correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Assim, para que não paire dúvida do que se está querendo dizer:

- 1) estabelecer cotas nos concursos públicos é da competência do respectivo ente federativo, como demonstram a edição dos já citados diplomas normativos da União, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, tendo o Órgão Especial do TJ/SP recentemente alterado o seu entendimento para concluir não haver vício de iniciativa em leis de origem parlamentar que disponham sobre reserva de vagas em concursos públicos (ADI Nº 2088553-28.2019.8.26.0000, Órgão Especial do TJSP, Rel. Márcio Bartoli, j. 28.08.19).



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

- 2) No entanto, perquirir acerca de um determinado grupo da população para inseri-lo em uma política de ação afirmativa de reserva de cotas – como o que pretende fazer a proposta com a população trans - é matéria de interesse nacional e, portanto, extrapola do âmbito da competência municipal, a quem coube, por força da distribuição das competências da Carta Magna, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, incisos I e II)

Nesse aspecto cumpre observar que a expressão interesse local é vaga e fluida propositadamente porque seria passível de muitas falhas tentar se fazer um rol exaustivo e taxativo das competências municipais. Assim, optou o legislador em adotar a citada expressão.

Não obstante, para elucidar se determinada matéria se conforma aos limites do interesse local é sempre muito valiosa a lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles para quem “o interesse local se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município em relação ao do Estado e da União”. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância”. (cf. in Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 2014, p. 136).

Concluindo, diferentemente das pessoas com deficiência e das mulheres, cujo critério desequiparador consta do próprio texto constitucional (arts. 37, VIII e 7º, XX, respectivamente) ou dos afrodescendentes, cujas ações afirmativas encontram fundamento em toda uma base normativa legal de caráter nacional que autoriza o uso de ações afirmativas baseadas no critério étnico-racial, no tocante aos transgêneros, por mais vulneráveis que sejam, não há ainda nenhuma política de âmbito nacional que valide a desequiparação pretendida, razão pela qual, por entendermos que a matéria extrapola a competência legislativa do Município, somos

PELA ILEGALIDADE. sem prejuízo do prosseguimento deste projeto na hipótese de recurso provido pelo Plenário desta Casa, nos termos do art. 79 do Regimento Interno.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 25/08/2021.

Ver. Gilberto Nascimento (PSC) - Autor do voto vencedor