



PARECER Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E
LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0119/21.

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 acostada ao projeto 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. (disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LGBT/AnexoB_Relatorio_Final_Mapeamento_Pessoas_Trans_Fase1.pdf)

Sob o ponto de vista jurídico, a propositura reúne condições para prosseguir em tramitação, consoante será demonstrado.

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



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

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)

Bem ilustra esse contexto o julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, em 26.04.2012.

O Ministro Cezar Peluso afirmou em seu voto *que é fato histórico incontroverso o déficit educacional e cultural dos negros, em razão de barreiras institucionais de acesso às fontes da educação. Assim, concluiu que existe um dever, não apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição e da República, por conta do artigo 3º da Constituição Federal. Esse dispositivo preconiza uma sociedade solidária, a*



erradicação da situação de marginalidade e de desigualdade, além da promoção do bem de todos, sem preconceito de cor.
(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>)

Também ilustra a mudança do enfoque dado ao princípio da igualdade o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330/DF:

Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da Lex Máxima, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos. (disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3330CB.pdf>, grifamos, acesso em 17/04/17)

E, ainda, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41, onde restou consignado o seguinte em voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso:

“[A]s ações afirmativas em geral e a reserva de vagas para ingresso no serviço público em particular são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade. A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequilibradas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento.”

Mais especificamente, sobre a reserva de vagas em concursos públicos, assim concluiu o relator na já referenciada ADC 41:

“Diante desses múltiplos fatores, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos atua no sentido de promover a superação dos estereótipos, a valorização da diferença e o pluralismo, em linha com os objetivos constitucionais de alcançar a igualdade material, não somente no



campo da distribuição de bens sociais, mas também no campo do reconhecimento.”

Sobre eventual iniciativa legislativa privativa para projetos de lei dispondo sobre reserva de vagas em concursos públicos, nessa mesma ADC 41 o Ministro Edson Fachin afastou essa tese em seu voto por entender que leis com tal conteúdo não tratam, propriamente, de questão relativa ao provimento de cargos públicos.

Nesse sentido, cumpre registrar que o Órgão Especial do TJSP, fundamentado nas razões esposadas no julgamento da ADC 41 pelo E. STF, alterou o seu entendimento anterior exarado na ADI nº 0015852-16.2013.8.26.0000, em 24/07/2013, no qual sustentava que a reserva de cotas em concursos públicos invadia competência privativa do Executivo para tratar de regime jurídico dos servidores públicos, tendo se manifestado mais recentemente nos seguintes termos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 4.063/19, do Município de Poá, que **“dispõe sobre a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de empregos públicos**, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo do Município.” **Vício de iniciativa. Não ocorrência.** Oriunda de iniciativa parlamentar, a lei questionada na presente ação direta trata da instituição da **política afirmativa de reserva de vagas baseada em critérios étnicos, dando concretude ao direito fundamental da igualdade, que possui aplicabilidade imediata.** Inteligência do art. 5º, caput, e §1º, da CF. Diploma que decorre diretamente do ordenamento constitucional e, portanto, não se sujeita à regra de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 24, §2º, item 04, aplicável aos Municípios por força do art. 144, ambos da CE. Entendimento fixado no julgamento da ADC 41/DF, pelo STF. Precedente reafirmado em caso análogo ao presente, também julgado pela Suprema Corte. Ato normativo compatível com o ordenamento constitucional vigente. Improcedência do pedido. (ADI Nº 2088553-28.2019.8.26.0000, Órgão Especial do TJSP, Rel. Márcio Bartoli, j. 28.08.19). Destacamos.

Assim, tendo em vista a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da interpretação do princípio da igualdade e, também, sobre a iniciativa da propositura de projetos de lei sobre a matéria, nada obsta o prosseguimento da proposta, como demonstrado.

No entanto, 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.



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.

Dito isso, proposituras que tenham por enfoque a criação de cotas precisam vir embasadas em estudos detalhados e dados que justifiquem a sua adoção para o fim a que se destinam, **competindo às D. Comissões de mérito e, eventualmente, ao Plenário a análise mais a fundo da matéria para perquirir acerca da adequação da ação afirmativa proposta, ressaltando-se que as ações afirmativas devem ser excepcionais e adotadas na exata medida e pelo menor tempo possível, sob pena de criarem distorções que possam gerar novas violações ao princípio da igualdade.**

Ressalte-se que também competirá às D. Comissões de mérito, em razão do seu escopo de atuação, perquirir sobre eventual adequação do mecanismo da heteroidentificação.

A aprovação da proposta depende do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, conforme art. 40, § 3º, inciso XII, da Lei Orgânica do Município.

Ante o exposto, somos **PELA LEGALIDADE**.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa,

CARLOS ALBERTO BEZERRA JR.

ALESSANDRO GUEDES

FARIA DE SÁ

GILBERTO NASCIMENTO JR.

RUBINHO NUNES



SANDRA TADEU

SANSÃO PEREIRA

THAMMY MIRANDA

TONINHO VESPOLI