

Parecer ministerial em processo judicial. Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº 6.067, de 25 de outubro de 2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração indireta do Estado do Rio de Janeiro.

Veronica C. R. Antunes Zylberman*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Representação por Inconstitucionalidade

Relator: Desembargador Sidney Hartung

Representante: Exmo. Sr. Deputado Estadual Flavio Nantes Bolsonaro

Representada: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Processo n.: 0059568-59.2011.8.19.0000

Parecer do Ministério Público

Direito Constitucional. Representação por Inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei Estadual 6067/2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da administração indireta do Estado do Rio de Janeiro.

Ausência de qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia, visto que a igualdade nem sempre implica em tratamento formalmente igualitário; muitas vezes ela pressupõe justamente o reconhecimento de diferenças. A Lei 6067/2011 volta-se justamente ao alcance da igualdade material, implementando ação afirmativa em favor de negros e índios no que toca à sua participação em concursos públicos. Legislação que estabelece tratamento diferenciado como forma de minimizar a desigualdade decorrente de uma discriminação histórica sofrida por populações afrodescendentes e indígenas, ostentando legítimo objetivo voltado à própria promoção da igualdade em seu sentido material.

Improcedência da Representação.

* Promotor de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei Estadual nº 6067/2011, que dispõe sobre a *“reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do poder executivo e das entidades de administração indireta do Estado do Rio de Janeiro”*.

Como fundamento de seu pleito declaratório, alega o Representante, em síntese, que o diploma em questão viola o princípio da igualdade, previsto em sede constitucional. Saliencia que o parágrafo 1º do art. 9º da Constituição Fluminense determina que ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de etnia, raça ou cor. Ressalta, ainda, que o parágrafo 3º do mesmo dispositivo constitucional veda a estipulação de diferenças salariais e critérios de admissão discriminatórios em função de etnia, raça ou cor. Defende que a legislação em tela viabiliza manifesta discriminação entre os candidatos em concurso público. Alega que o diploma em tela também viola os princípios da impessoalidade, do mérito e do interesse coletivo. Argumenta que a norma em referência viola a meritocracia que deve prevalecer entre os candidatos no processo de seleção. Também ressalta a dificuldade em se determinar a raça do candidato, visto que a população brasileira é formada por sangue de índios, brancos e negros. Por fim, defende a inconstitucionalidade do diploma legal indicado na inicial.

Decisão às fls. 56/57 indeferindo o provimento liminar.

Manifestação do Exmo. Sr. Governador do Estado às fls. 59/70 salientando que a Lei 6067/2011 veicula programa de ação afirmativa voltado à concretização do ideal de igualdade material no que toca ao acesso ao mercado de trabalho, visto que a desigualdade racial impede a efetiva igualdade de oportunidades na disputa por uma vaga no serviço público. Defende que a ação afirmativa é um verdadeiro imperativo da Constituição e busca reparar a desigualdade em sua perspectiva histórica. Ainda, salienta que a cláusula genérica de proibição de discriminação contida no art. 9º da Constituição Estadual não impede que se adotem mecanismos voltados a remediar discriminações pretéritas sofridas por grupos afrodescendentes e indígenas.

Inconformado com a decisão de fls. 56/57, o Representante interpôs Agravo Regimental que foi desprovido conforme v. acórdão de fls. 89/92.

O órgão legislativo representado apresentou informações às fls. 104/116 alegando que o objetivo da norma em exame é reduzir a desigualdade existente entre negros e índios e o restante da população do Estado. Alega que a lei impugnada consagra importante mecanismo para concretizar o ideal de uma sociedade mais justa. Alega que o Representante realiza interpretação meramente literal do princípio da igualdade, desconsiderando que a ação afirmativa, em essência, concretiza a verdadeira igualdade.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Data venia, não assiste razão ao Representante. Vejamos.

A Lei 6067/2011/2012, impugnada através da presente, dispõe sobre a *“reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do poder executivo e das entidades de administração indireta do Estado do Rio de Janeiro”*.

Argumenta o Representante que o diploma em tela viola o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Carta Magna e reproduzido no art. 9º, *caput* e parágrafo 1º da Carta Constitucional Estadual.

Como de conhecimento, o ideário da igualdade vem sendo perseguido pela humanidade há muito tempo, sendo o seu alcance objetivo premente nas ordens constitucionais contemporâneas. De fato, a igualdade sempre foi buscada e identificada com a ideia da própria justiça, como um valor de extrema relevância social. Hoje, ao coibir privilégios e favorecimentos injustificados, a igualdade revela-se, ainda, um poderoso instrumento da democracia e do pluralismo.

Do exame do art. 5º da Carta Política, e também do art. 9º *caput* e parágrafo 1º da Carta Fluminense, percebe-se que o direito à igualdade não foi disciplinado de forma rígida no texto constitucional, sendo tratado pelo constituinte como um valor que permeia todo o sistema dos direitos fundamentais. A ausência de rigidez em se tratando de valor extremamente complexo e significativo mostra-se indispensável na medida em que permite flexibilização e uma maior proximidade com a realidade social, a ser aferida no momento da edição, aplicação e interpretação das leis

Neste ponto, deve-se alertar para o fato de que o princípio da igualdade nem sempre implica em tratamento igualitário; muitas vezes, ele pressupõe justamente o reconhecimento de diferenças. Neste momento, quando se precisa recorrer ao reconhecimento de diferenças, é que entra em cena o princípio da proporcionalidade, como instrumental para justificação e aferição da legitimidade da diferenciação que se deve fazer para promover a verdadeira isonomia, em respeito às peculiaridades de dada situação concreta. O princípio da proporcionalidade funciona, assim, como instrumento de controle do tratamento igual e do tratamento desigual dispensado a determinada situação.

A diferenciação eleita pelo legislador, ou pelo aplicador do Direito, deve voltar-se para o alcance da *“igualdade no caso concreto”*, da *“realização prática”* da igualdade.

Na hipótese vertente, a Lei 6067/2011 volta-se justamente ao alcance da igualdade material, implementando ação afirmativa em favor de negros e índios no que toca à sua participação em concursos públicos.

A legislação impugnada estabelece tratamento diferenciado como forma de minimizar a desigualdade decorrente de uma discriminação histórica sofrida por populações afrodescendentes e indígenas.

Vale dizer, a norma em referência ostenta objetivo legítimo, voltado à própria promoção da igualdade em seu sentido material e social. Frise-se, o fator de diferenciação estabelecido na norma se presta a uma finalidade abraçada pelo direito, qual seja, a própria implementação prática da igualdade.

Neste ponto, colacionamos a lição de **Alexandre de Moraes**:

“O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”¹.

Ou seja, deve-se examinar a existência de uma *igualdade proporcional* na situação criada com o tratamento diferenciado imposto pela norma, sendo oportuno frisar que a Lei 6067/2011 apresenta objetivo absolutamente pertinente e justificado no que toca à necessidade de reparação da discriminação histórica sofrida pelas populações afrodescendentes e indígenas.

De fato, o momento contemporâneo impõe que a igualdade seja pensada e almejada levando-se em conta o respeito irrestrito à diversidade, pois, como já salientado, muitas vezes a isonomia se revela justamente no tratamento desigual,

¹ “Direito Constitucional”, São Paulo: Editora Atlas S.A., 7ª edição.

ou seja, no reconhecimento expresso da diferença. Nesta perspectiva, colacionamos o seguinte magistério:

“Exatamente porque o termo identidade e igualdade não são sinônimos, a discriminação não é necessariamente atentatória da igualdade. Discriminar significa diferenciar, a diferença é termo que se liga, como antônimo, à identidade (e não à igualdade). A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade. Tendo em vista toda a minha argumentação desenvolvida ao longo do livro, creio que a discriminação pode ser legitimamente entendida como um critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas”².

Ademais, é importante notar que o constituinte de 1988, atento às novas exigências da igualdade, atreladas ao reconhecimento da diferença, fez constar no texto constitucional capítulos dedicados a grupos específicos, como aqueles que tratam dos direitos da criança e do adolescente, do idoso e do índio. A Carta de 1988 traz um exemplo típico de especificação como forma de reconhecimento da diferença e alcance da igualdade material.

Neste cenário, a ação afirmativa surge como mecanismo de política compensatória, que busca acelerar a efetiva igualdade no plano material.

De fato, para garantia da verdadeira igualdade não basta apenas a proibição da discriminação mediante legislação repressiva; é indispensável a implementação de políticas compensatórias.

Nesta linha de combate à discriminação e de busca pela inclusão social, surge como poderoso mecanismo a chamada ação afirmativa (*affirmative action*) oriunda da tradição norte-americana, que mantém íntima relação com o princípio da igualdade em sua vertente material.

O desenvolvimento das ações afirmativas, como implementado através da Lei 6067/2011, foi impulsionado pelo sentimento de que a simples garantia da igualdade nos textos solenes e Constituições não promove, por si só, a igualdade social daqueles considerados cultural e historicamente desiguais e excluídos.

Verifica-se, pois, uma mudança significativa na matiz dada ao princípio da igualdade, que passou de um conceito negativo de vedação de condutas

² Marcelo Campos Galuppo. “Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas”, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

discriminatórias para um aspecto positivo de condutas promotoras da igualdade material.

Mais uma vez, destacamos que o constituinte de 1988 inseriu no texto da Carta Política dois dispositivos que concretizam a chamada ação afirmativa, ao proteger o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) e determinar a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII). Vê-se, portanto, que o constituinte pátrio preocupou-se com o alcance da igualdade de fato.

Desta forma, *data venia*, não vislumbramos do diploma legal impugnado qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ao revés, a legislação em tela veicula ação afirmativa implementando a vertente mais democrática e contemporânea do princípio da igualdade que hoje impõe uma obrigação política positiva por parte do Poder Público em busca de uma efetiva mudança social.

III - CONCLUSÃO

Isto posto, o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO é no sentido da improcedência do pedido, com a declaração de constitucionalidade da Lei Estadual n. 6067/2011.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais