

## UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO IMPLEMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS POR EMPRESAS PRIVADAS

Felipe França Pereira (IC) e Profª. Dra. Ana Claudia Ruy Cardia Atchabahian (Orientadora)

**Apoio: PIBIC Mackenzie**

### RESUMO

Tendo em vista o vertiginoso aumento de implantação de ações afirmativas por empresas privadas, sobretudo no que tange aos programas de recrutamento e seleção de colaboradores(as), tem se aquecido o debate se essas medidas seriam legítimas, legais e constitucionais. O presente artigo trata da constitucionalidade, legalidade e legitimidade da iniciativa privada em promover ações afirmativas, sobretudo no que tange à implementação da chamada discriminação positiva nos recrutamentos para postos de trabalho. Tendo em vista que as discussões sobre o tema da discriminação positiva no Brasil são muito recentes, o que se percebe é que as lacunas sobre o tema geram insegurança jurídica, o que pode desestimular que as corporações tomem tais medidas para combater a desigualdade dentro das empresas. É plenamente perceptível que, apesar da total recepção das ações afirmativas como lícitas no arcabouço jurídico brasileiro, pouca coisa é mencionada acerca da possibilidade e/ou legalidade da adoção de ações afirmativas pela iniciativa privada. Para que se chegue à resposta do problema apresentado, esse artigo buscou encontrar conclusões gerais e universais terão como princípio dados particulares e constatados. Como não há uma definição jurisprudencial ou legislativa acerca do assunto, esse método mostrou-se extremamente eficaz a partir do momento em que a pesquisa de pequenos espaços de evidências da constitucionalidade ou não das ações afirmativas implementadas pela iniciativa privada darão um direcionamento mais universal e geral. Foram coletadas maiores informações sobre o fenômeno social do aumento de políticas governamentais de empresas privadas que visam o aumento da diversidade no seu corpo de funcionários. Vale ressaltar que esse levantamento foi importante não só para a descoberta das razões da implementação, mas também os impactos sociais que são originados a partir disso, e a partir daí, a análise da constitucionalidade dessas ações será mais completa.

**Palavras-chave:** Discriminação; Igualdade; Ações Afirmativas; Empresas e Direitos Humanos; Diversidade e Inclusão.

### ABSTRACT

In view of the vertiginous increase in the implementation of affirmative actions by private companies, especially with regard to employee recruitment and selection programs, the debate has heated up as to whether these measures would be legitimate, legal and constitutional.

This article deals with the constitutionality, legality and legitimacy of the private sector in promoting affirmative action, especially with regard to the implementation of the so-called positive discrimination in recruitment for jobs. Considering that the discussions on the subject of positive discrimination in Brazil are very recent, what can be seen is that the gaps on the subject generate legal uncertainty, which can discourage corporations from taking such measures to combat inequality within companies. It is fully noticeable that, despite the total reception of affirmative actions as legal in the Brazilian legal framework, little is mentioned about the possibility and/or legality of adopting affirmative actions by the private sector. In order to arrive at the answer to the problem presented, this article sought to find general and universal conclusions based on particular and verified data. As there is no jurisprudential or legislative definition on the subject, this method proved to be extremely effective from the moment that the research of small spaces of evidence of the constitutionality or not of affirmative actions implemented by the private sector will give a more universal and general direction. More information was collected on the social phenomenon of the increase in government policies of private companies aimed at increasing diversity in their workforce. It is worth mentioning that this survey was important not only to discover the reasons for the implementation, but also the social impacts that are originated from it, and from there, the analysis of the constitutionality of these actions will be more complete.

**Keywords:** Discrimination; Equality; Affirmative Actions; Business and Human Rights; Diversity and Inclusion.

## 1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, apesar de várias menções expressas da Constituição Federal de 1988 às ações afirmativas (e até a menção expressa de uma espécie de ação afirmativa, que é o caso das cotas para deficientes físicos em concursos públicos), o debate acerca do tema se tornou mais relevante no Brasil no início do século XXI com a temática das cotas raciais como forma de ingresso nas universidades públicas.

A partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a constitucionalidade das cotas raciais para ingresso em universidades públicas em 2012 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186), ganhou corpo o debate sobre a maior diversidade em espaços públicos e privados no Brasil. Dessa maneira, o número de empresas privadas que promovem alguma forma de ação afirmativa e programa de diversidade e inclusão, que podem ser definidos como o estabelecimento de critérios raciais, étnicos ou sexuais para beneficiar grupos discriminados e em situação de vulnerabilidade e desvantagem em razão dos fenótipos raciais étnicos ou sexuais cresceu vertiginosamente. Segundo levantamento da Associação Brasileira de Comunicação Empresarial, 63% das empresas participantes possuem esse tipo de ação, sendo que 80% das empresas participantes possuem treinamento de funcionários com o objetivo de melhora no respeito às diferenças no ambiente de trabalho.

Ou seja, há em empresas privadas atualmente uma ampla implementação de diversas ações afirmativas e de ampliação da diversidade, seja no recrutamento de novos funcionários ou na preservação e proteção de empregados pertencentes a grupos minoritários. **Não obstante, não há nem legislação específica nem jurisprudência dominante acerca da constitucionalidade da implementação de ações afirmativas por empresas privadas.**

Um exemplo disso é o Plano Nacional de Direitos Humanos de 2010 (Decreto nº 7037), editado pela União, que prevê que os entes da federação devem ser estimulados a promover ações afirmativas; no entanto, tal política não menciona se a iniciativa privada seria competente para a realização de tais atos, como se vê no artigo:

***“191. Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.”***

Um exemplo do que essa falta de diretrizes à iniciativa privada quanto à diversidade e inclusão ocasiona ocorreu em outubro de 2020, quando a empresa “Magazine Luiza” abriu um processo de seleção de trainees destinado somente a pessoas negras. Referido processo

seletivo foi motivo de abertura de uma Ação Civil Pública (ACPCiv 0000790-37.2020.5.10.0015, em trâmite perante a 15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF) pela Defensoria Geral da União que visava impugnar os moldes da seleção e pagamento de danos morais pela empresa. Um dos argumentos utilizados pelo defensor público Jovino Bento Júnior é que a empresa estaria utilizando o programa não para auxiliar nos ditames da justiça social, mas sim como um método de domínio de mercado e aumento dos lucros, o que o defensor denominou pejorativamente de “Marketing da Lacração”.

Há autores(as) que defendem que o setor empresarial não possui apenas o dever negativo de não discriminar, mas também um dever positivo de promover a igualdade fática, tendo em vista que, segundo os ditames da Constituição de 1988, a ordem econômica está submetida ao preceito da justiça social. Deste modo, tendo também em vista a perspectiva horizontal dos direitos fundamentais, o dever de não discriminar não basta para que a iniciativa privada cumpra com a sua função social perante a sociedade, também é preciso que moldes de atuação positiva sejam estabelecidos (MOREIRA, 2020, p. 667).

Além disso, apesar da dissensão sobre o que seria responsabilidade social da empresa, é necessária a consideração de que os atos dos entes empresariais não devem apenas visar a manutenção da atividade econômica, ou seja, como um mero instrumento de produção de riquezas. Dada a submissão das atividades econômicas à justiça social e dignidade da pessoa humana, é necessário que a responsabilidade corporativa tenha olhares também para possíveis intervenções desse setor a fim de garantir uma maior concretude da justiça social.

Dessa maneira, o presente trabalho objetiva verificar se a introdução medidas voltadas à diversidade e inclusão no universo corporativo a partir de grupos específicos são constitucionais. Para o alcance das principais conclusões, será utilizado o método indutivo a partir de pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias e jurisprudencial.

## **2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **2.1. O que é discriminação?**

O conceito de discriminação talvez mereça um artigo à parte e um estudo mais aprofundado. No entanto, para qualquer discussão sobre ações afirmativas, mesmo para que se verifique quem são os grupos que serão destinadas tais ações, é fundamental a análise do que é a discriminação.

Pode-se afirmar que discriminação é atribuir tratamento diferenciado a um determinado grupo racial, étnico ou sexual (ALMEIDA, 2020, p. 32). Vale também dizer que a

discriminação pode ser: (i) direta ou (ii) indireta. A discriminação indireta é marcada pela intencionalidade e pela voluntariedade, ou seja, o indivíduo tem a intenção de tratar de forma desvantajosa um outro indivíduo com uma característica específica (MOREIRA, 2020, p. 102).

Na discriminação indireta, que não é marcada pela intencionalidade de desfavorecer grupos vulnerabilizados, há um processo de ignorar as situações fáticas enfrentadas por grupos discriminados, todas as pessoas são tratadas de forma neutra (ALMEIDA, 2020, p. 33).

Como consequência, ambas as espécies de discriminação promovem a estratificação social, de modo que todas as relações sociais na vida de uma pessoa que integra um grupo vulnerável são afetadas, sobretudo no que tange às chances de ascensão social e ingresso no mercado de trabalho (DESOTI, 2022).

## 2.2. Princípio da Igualdade e Recepção das Ações Afirmativas pelo Direito Brasileiro

Para que seja possível a análise de qualquer tema relacionado ao instituto das ações afirmativas, é fundamental que haja um estudo prévio sobre o conteúdo e eficácia do princípio constitucional da igualdade. Este princípio se encontra em um patamar constitucional muito elevado, isso porque representa um objetivo da República Brasileira (art. 3º, IV da CF/88) e um direito fundamental de primeira ordem (*caput* do art. 5º da CF/88).

Num primeiro momento, a leitura mais sumária destes dispositivos constitucionais pode oferecer a conclusão de que é vedada a discriminação de indivíduos em qualquer âmbito e circunstância. No entanto, além de garantir a proibição de privilégios e discriminações subjetivas e injustificadas (sentido negativo do princípio), o conteúdo do direito à igualdade também tem um aspecto positivo, ou seja, a Constituição outorga ao Estado (e a todos os cidadãos) o dever de compensar uma desigualdade fática, eliminando assim as desigualdades (SARLET, 2022, p. 272-284), garantindo a igualdade material, e não meramente formal.

Sendo assim, respeitando o conteúdo clássico do conceito de isonomia, é possível afirmar que todos serão tratados de maneira igual na medida de sua igualdade, e desigual na medida de sua desigualdade. Ou seja, as instituições devem procurar garantir oportunidades para membros de todos os grupos, levando em consideração as diferenças de status entre eles:

Assim, políticas públicas não devem ser apenas universalistas; elas devem ser elaboradas de tal forma a garantir a inclusão social de grupos vulneráveis em todos os espaços sociais. Ao lado do ideal da igualdade de oportunidades, deve estar a igualdade de resultados: medidas que visam que diferentes setores sociais poderão alcançar o mesmo status material (LEWANDOWSKI, 2009, p. 22).

“As políticas estatais baseadas em discriminações positivas serão legítimas quando presentes finalidades razoavelmente proporcionais ao fins visados, devendo conter demonstração empírica de que a neutralidade do ordenamento jurídico produz resultados prejudiciais a determinados grupos de indivíduos, reduzindo-lhes as oportunidades de realização pessoal (viabilidade fática); bem como vantagem jurídica idônea proposta pelo ato normativo para reverter o quadro de exclusão verificado na realidade social, gerando mais consequências positivas do que negativas (viabilidade prática).” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2022, p. 53)

Desse modo, a atual noção de igualdade permite a utilização de categorização de grupos sociais para que pessoas pertencentes a grupos vulneráveis recebam proteção especial (MOREIRA, 2020, p. 211-239).

Ato contínuo, a fim de que seja concretizada a inclusão social de grupos vulneráveis, nos Estados Unidos das décadas de 50 e 60, a sociedade norte americana percebeu que a mera proibição da discriminação racial e o estabelecimento da igualdade formal não foram suficientes para a formação de uma igualdade fática entre negros e brancos, tendo restado ainda um abismo gigantesco nas experiências sociais de um indivíduo branco em face a um indivíduo negro (RIOS, 2008, p. 158-167).

Desse modo, naquela sociedade, aos poucos foi se desenvolvendo o instituto da ação afirmativa. Conforme definição mais aceita pela doutrina especializada, pode-se dizer que ação afirmativa nada mais é do que “o uso *deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais, com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual.*” (RIOS, 2008, p. 158)

Ou seja, as ações afirmativas (ou discriminação positiva) fazem com que pessoas de grupos vulneráveis sejam deliberadamente beneficiadas. É importante dizer que essa espécie de discriminação é justificada, sobretudo, por três aspectos: (i) reparação histórica; (ii) justiça distributiva e (iii) diversidade (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 346). Também defende essa ideia o Min. Alexandre de Moraes, que também inclui a ideia da promoção do prestígio, autoestima e reconhecimento dos grupos vulneráveis como justificativa das ações afirmativas:

“O sistema de cotas é, portanto, compatível com o princípio da igualdade, pois na presente hipótese tem por finalidade a produção de inúmeros resultados positivos, promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil (*ideia de reparação*), viabilizando acesso preferencial a uma plataforma importante para subsidiar o rearranjo das condições de funcionamento do processo social (*ideia de redistribuição*), atenuando, por meio do exemplo positivo, o maléfico sentimento de inferiorização causado pela rarefeita presença de pessoas **negras em posições sociais de prestígio (ideia de reconhecimento)** e qualificando o ambiente universitário pela incorporação de corpo discente com experiências de vida plurais (*ideia de diversidade*).”

(MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2022, p. 53)

É importante salientar que o auge do debate da constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil (sobretudo da utilização das cotas raciais por universidades públicas) teve o seu auge no julgamento do ADPF 186, quando o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o estabelecimento de sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior.

A tese jurisprudencial utilizada majoritariamente pela Suprema Corte foi a de que atos como o das ações afirmativas que visam garantir o Princípio da Igualdade (garantido constitucionalmente) não podem ser considerados inconstitucionais. Nesse sentido foi o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que defendeu a tese de que o constituinte de 1988 não buscou apenas garantir a isonomia no plano formal, mas também a máxima concreção desse princípio (Lewandowski, 2009, p. 4). Isso inclui também a garantia da igualdade material, princípio baseado na noção de justiça distributiva. As instituições estatais devem procurar garantir oportunidades para membros de todos os grupos, levando em consideração as diferenças de status entre eles.

## 2.2. A miscigenação e a diversidade dos espaços de poder como ideal constitucional

Em continuidade, é importante salientar que as ações afirmativas são constitucionais não só por fomentar à igualdade material, mas também porque a construção de uma sociedade igualitária requer a adoção de iniciativas que garantam a representação adequada de diferentes grupos raciais nas diversas instituições públicas e privadas.

Ou seja, a partir do momento em que a Constituição visa garantir uma sociedade mais democrática, é relevante que as instituições espelhem o pluralismo presente do corpo social, ou seja, que diferentes grupos participem de processos decisórios, fato que legitima a democracia.

Isso ocorre pois, caso os espaços de poder públicos ou privados estejam tomados apenas por pessoas de um grupo social, a tomada de decisão será viciada por não ter refletido as consequências que a deliberação terá para os demais grupos. Ou seja, a participação de membros de todos os grupos é um interesse social legítimo. A diversidade é um valor constitucional pois permite a cooperação entre grupos raciais e o processo decisório estará atento à experiência dos diversos segmentos sociais. Assim é o entendimento da doutrina mais especializada:

***“Entende-se por integração a possibilidade de membros dos diversos segmentos poderem participar de forma equitativa nas principais atividades sociais e políticas. O alcance desse ideal exige a utilização de medidas racialmente conscientes, para que a realidade multirracial da população possa ser refletida nas diversas instituições que existem***

**em uma dada sociedade.** Não se procura apenas garantir uma mera representação, mas sim fazer com que os diferentes grupos possam efetivamente participar do processo decisório, condição para a realização de uma democracia participativa. Assim, os que justificam ações afirmativas a partir dessa perspectiva acreditam que a equidade em uma sociedade multirracial só pode ser alcançada por meio da presença de todos os grupos que formam a sociedade nas diversas organizações públicas e privadas.” (MOREIRA, Adilson José. Daniel Amorim Assumpção. *Miscigenando o Círculo do Poder: Ações Afirmativas, Diversidade Racial e Sociedade Democrática*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR: Volume 61. Curitiba, 2016, p. 133)

Se as ações afirmativas auxiliam no processo de misnigenação do ciclo de poder, fazendo assim com que as deliberações de instituições públicas ou privadas sejam legitimadas, elas também fazem com que a democracia também seja legitimada, concretizando assim um dos princípios da República.

### 2.3. Direitos fundamentais horizontais: a responsabilidade social das empresas

Passada a análise da justificação, constitucionalidade e benefícios das ações afirmativas e espaços de poder, para que se realize um estudo sobre a constitucionalidade do implemento de ações afirmativas por empresas privadas, é importante que se analise quais entes são responsáveis por promoverem direitos fundamentais.

Num primeiro momento, os direitos fundamentais foram pensados e formatados para que o Poder Público não invadisse e violasse a esfera individual do cidadão, ou seja, o Estado tem o dever negativo de não ferir direitos fundamentais básicos como o da vida e o da dignidade da pessoa humana. (BULOS, 2020, p. 529)

No entanto, com o advento do constitucionalismo social e do estado de bem-estar social, o Poder Público passa a ter um dever positivo de promover certos direitos fundamentais, como o acesso à educação e à saúde. (BULOS, 2020, p. 529)

Resumidamente, pode-se dizer que, quando o Estado promove e não fere direitos fundamentais, se está diante da eficácia vertical das garantias fundamentais, ou seja, o sujeito passivo que arcará com a responsabilidade de satisfazer os direitos do particular é o Estado (BULOS, 2020, p. 541).

No entanto, cada vez mais a doutrina constitucionalista defende que não é só nas relações entre Estado e particular que devem ser respeitados e promovidos os direitos fundamentais, mas também nas relações entre os particulares (BULOS, 2020, p. 541).

Em outros termos, pode-se afirmar que os direitos fundamentais devem ser garantidos também nas relações entre particulares, a aplicação das liberdades públicas deve ocorrer

também quando dois cidadãos interagem entre si. Essa espécie de respeito e garantia das liberdades denomina-se de eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

*“A eficácia e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais atua em dois planos distintos e complementares – eficácia vertical (Estado-indivíduo) e horizontal (indivíduo-indivíduo), de maneira a evitar abusos e excessos inconstitucionais tanto na atuação estatal quanto nas relações privadas e sociais.*

(...)

***A eficácia horizontal garante sua incidência protetiva no âmbito das relações privadas, vinculando a atuação particular ao absoluto e irrestrito respeito aos direitos fundamentais em todas as dimensões da vida social, vedando que, em suas relações privadas e sociais, os particulares pratiquem condutas discriminatórias, preconceituosas, racistas, homofóbicas, sob pena de responsabilização civil e criminal.***  
(MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2022, p. 39)

Para ilustrar melhor como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se manifesta no mundo concreto, citemos caso julgado no STF, em que se concluiu que, mesmo em relações entre privados, deve ser garantido o direito fundamental à ampla defesa. Ou seja, conforme decidido pela Suprema Corte, não é crível que um sócio (privado) seja excluído de uma empresa (privado) sem que tenha se garantido direito ao contraditório e ampla defesa:

***“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito***

*de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.” (STF – RE 201819 – 2ª Turma - rel. Min. Ellen Gracie - j. 11/10/2005)*

Ou seja, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fica evidente a necessidade mandatória dos particulares também promoverem as garantias constitucionais em relações privadas.

Desse modo, o mandatório constitucional de que os entes privados promovam os direitos fundamentais originam o debate sobre o papel das empresas na garantia dos direitos fundamentais, sobretudo o da igualdade. E é importante mencionar que o debate não é só como as empresas devem tratar a todos igualmente, mas também sobre como elas podem e devem promover ações positivas para que pessoas de grupos vulneráveis sejam integrados. Deste modo, as empresas também contribuíram para a realização dos objetivos políticos do sistema imposto pela Constituição.

E na realidade, essa prestação positiva das empresas não é uma mera liberalidade. Isso porque a Constituição Federal, em seu art. 170, subordina a ordem econômica à dignidade da pessoa humana e à justiça social. Nesse sentido, a doutrina mais abalizada defende que a dignidade da pessoa humana será plena quando os cidadãos alcançarem as liberdades e direitos reais (materiais) que nosso sistema oferece, e que é um mandatório constitucional que a iniciativa privada esteja comprometida com a concretização desses princípios (GRAU, 2007, p. 197).

Dito isso, é possível que se parta da premissa de que atores privados não devem tão somente estar engajados nas atividades que lhe geram lucros, mas que a sua atuação deve estar submetida à garantia de direitos fundamentais (prestação negativa e positiva), dentre elas, a integração e a justiça social. Sendo assim, a livre iniciativa deve ser um meio de concretização de liberdades por meio da inclusão de grupos vulneráveis.

Além disso, há de se salientar que os interesses das empresas podem ser os mesmos do interesse coletivo. Isso porque a sociedade e as empresas possuem uma relação de mutualismo, logo, os interesses de um não são opostos ao do outro, podendo haver uma harmonização, já que as sociedades empresárias não atuam num vácuo.

Também há de se falar que as empresas possuem um papel muito relevante e influente na sociedade capitalista, dado que são os vetores do mundo econômico e das fontes de trabalho. Por isso, as ações das empresas influenciam a vida social como um todo, logo, as corporações devem observar os impactos (positivos ou negativos) que suas atividades ocasionam. E essa preocupação das companhias com esses impactos que a sua operação causa (dado a relevância social e econômica que têm) se denomina responsabilidade social das empresas (MOREIRA, 2020, p. 666-723).

Dado isso, pode-se afirmar que a responsabilidade corporativa advém do poder social e influência dos empresários ou empresárias, e segundo os preceitos da ordem econômica, as empresas não podem ser submetidas ao interesse de um grupo social.

Desse modo, conforme mencionado, as ações afirmativas promovem a igualdade material, a integração social, a justiça distributiva e a democracia. Sendo assim, tendo em vista os preceitos da ordem econômica e da iniciativa privada, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não pode ser uma empresa punida por fazer cumprir a sua função social.

### 2.3. Parâmetros para a adoção de ações afirmativas pela iniciativa privada

Em artigo que ratifica a constitucionalidade das ações afirmativas como gênero, Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior estabelecem alguns parâmetros para a verificação da constitucionalidade dessas medidas nos casos concretos, dentre eles, os autores estabelecem que, quando o Poder Público adota tais ações, *“as vagas reservadas, somando-se as cotas étnicas e sociais, não podem chegar ao ponto de tornarem tendencialmente impossível o ingresso de candidatos não cotistas”* (SOUZA NETO; FERES JÚNIOR, 2008, p. 361).

Ou seja, a abertura de programas da empresa “Magazine Luiza” destinada tão somente à candidatos negros (objeto da ACPCiv nº 0000790-37.2020.5.10.0015) pode ser considerada constitucional dado que exclui candidatos brancos?

No caso em concreto, conforme já mencionado, após abertura de programa seletivo de treinees destinado somente a pessoas negras pela Magazine Luiza, tal recrutamento foi objeto da citada Ação Civil Pública. No processo, a Defensoria Pública da União requereu que: (i) a empresa conduza o processo seletivo sem qualquer espécie de discriminação positiva e que, ao final, (ii) a empresa fosse condenada a indenização por danos morais coletivos de um total de R\$ 10.000.000,00.

Um dos argumentos utilizados pelo defensor público Jovino Bento Júnior é que a empresa estaria utilizando o programa não para auxiliar nos ditames da justiça social, mas sim como um método de domínio de mercado e aumento dos lucros, o que o defensor chamou de “Marketing da Lacração”.

Em parecer juntado àqueles autos, o professor Eros Roberto Grau defendeu que o programa promovido pela Magazine Luiza: (i) está adequado aos ditames da Constituição, sobretudo no que tange ao papel das empresas no contexto da proteção social; (ii) está aderente à Lei de Igualdade Racial; e (ii) não fere nenhum dispositivo do Código Penal, sobretudo se lidos à luz da Constituição (GRAU, 2020, p. 1-20)

Primeiramente, há de se mencionar que, naquele caso concreto, a decisão da empresa se deu pela verificação de que apenas 16% dos funcionários de liderança são negros. Ou seja, naquele caso, quase a totalidade dos postos de direção da empresa eram tomados por pessoas de um único grupo social e étnico. Portanto, não se pode afirmar que a adoção de um processo seletivo que inclui somente pessoas negras à empresa impeça o ingresso de indivíduos brancos na empresa. Dessa forma, a “Magazine Luiza” nesse caso se utilizou desse programa para combater a desigualdade dentro da empresa.

Além disso, não há nenhuma lei que proíba que as empresas adotem programas específicos e pontuais que abarquem apenas grupos vulneráveis.

E aqui vale a máxima de que os entes privados (pessoas naturais ou jurídicas) podem fazer tudo que não é vedado em lei (CAMILLO, 2019, p. 217-222), ou seja, em casos específicos e pontuais as empresas podem forjar suas ações afirmativas para a inclusão de grupos vulneráveis conforme a sua necessidade, contanto que a forma não seja proibida por lei.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo tudo o que foi discutido em vista, a conclusão mais crível da discussão é a de que a adoção de ações afirmativas por empresas privadas é constitucional, encontrando parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme discutido, a constitucionalidade de tais medidas encontra amparo em diversos princípios constitucionais, dentre eles: (i) a concretude da igualdade material; (ii) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (iii) a submissão da ordem econômica à dignidade da pessoa humana.

Outrossim, não é vedado em lei que empresas adotem ações afirmativas, sobretudo quando percebem que no seu quadro funcional há uma ausência de diversidade. Ora, se realizando ações afirmativas as empresas auxiliam no combate à discriminação, na concretização da igualdade fática, na integração social e na justiça distributiva, não há dúvidas de que a sua responsabilidade social está sendo cumprida, já que os impactos do seu funcionamento são positivos para a sociedade como um todo.

Ou seja, a insegurança jurídica para empresas que realizam tais atos não se justifica, ao contrário, elas devem ser incentivadas a integrar pessoas de grupos vulneráveis. Isso porque, como visto, as corporações têm o mandatório constitucional de não só não discriminar e não ferir direitos fundamentais, mas também promovê-los, concretizando assim os preceitos constitucionais.

Ato contínuo, também não é crível que empresas que implementam ações afirmativas sejam punidas de alguma forma, dado que tais medidas são absolutamente constitucionais e benéficas.

Dito isso, fica evidente que a falta de legislação pertinente e de uma jurisprudência sobre a constitucionalidade do implemento de ações afirmativas por empresas privadas resulta em insegurança jurídica para os as corporações, que devem ser entes que promovem positivamente a justiça social, podendo casos como o da empresa “Magazine Luiza” se multiplicarem cada vez mais.

Portanto, é indubitável que o debate acerca da constitucionalidade da adoção de ações afirmativas pela iniciativa privada se torna cada vez mais fundamental e importante não só para o aumento da segurança jurídica das empresas, mas também para a determinação de limites e ditames dessa forma que se tornou um dos meios que a sociedade vislumbrou para a conquista da igualdade fática.

Portanto, há de se concluir que a implementação de ações afirmativas, é, além de constitucional, um novo modelo de como as empresas e os empresários podem se utilizar do seu poder e influência para impactar positivamente a sociedade, promovendo direitos e

auxiliando na formação de um país mais igualitário e com menos desigualdades e discriminação.

#### 4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Editora Pólen, 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- CAMILLO, Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Almedina, 2019.
- DESOTI, Carol. IDados do G1: **Diferença salarial entre homens e mulheres**. Idados, 2022. Disponível em: <https://blog.idados.id/idados-do-g1-os-cargos-com-maior-diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres/#:~:text=No%20Brasil%2C%20as%20mulheres%20ganham,uma%20reportagem%20publicada%20pelo%20G1>. Acesso em: 02 de maio de 2022.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Parecer enviado aos autos da Ação Civil Pública nº 0000790-37.2020.5.10.0015**. São Paulo, 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2022.
- MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Editora Livramento, 2017.
- MOREIRA, Adilson José. **Miscigenando o Círculo do Poder: Ações Afirmativas, Diversidade Racial e Sociedade Democrática**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR: Volume 61. Curitiba, 2016.
- MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: Discriminação Direta, Indireta e Ações Afirmativas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. FERES JÚNIOR, João. **Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coords.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- STF** – ADPF 186 – Tribunal Pleno - rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 26/04/2012.
- STF** – RE 201819 – 2ª Turma - rel. Min. Ellen Gracie - j. 11/10/2005.

**Contatos:**

Aluno: Felipe França Pereira

[felipefrancape85@gmail.com](mailto:felipefrancape85@gmail.com)

Orientadora: Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian

[ana.cardia@mackenzie.br](mailto:ana.cardia@mackenzie.br)

**TERMO DE ANUÊNCIA PARA EXECUÇÃO DO ARTIGO – REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

Eu, Ana Claudia Ruy Cardia Atchabahian, visando a finalização do projeto de pesquisa intitulado **UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO IMPLEMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS POR EMPRESAS PRIVADAS**, desenvolvido pelo(a) aluno(a) Felipe França Pereira, sob minha orientação, informo que revisei o artigo conforme os itens abaixo:

**Estrutura do artigo – itens obrigatórios**

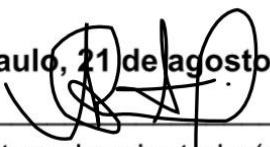
- ☒ Título
- ☒ Autores
- ☒ Apoio
- ☒ Resumo
- ☒ Palavras-chave
- ☒ Abstract
- ☒ Keywords
- ☒ Introdução (problema de pesquisa, justificativa e objetivo);
- ☒ Desenvolvimento do argumento;
- ☒ Considerações finais;
- ☒ Referências de acordo com as normas ABNT.
- ☒ Contatos (e-mails) aluno e orientador

**Formatação do artigo**

- ☒ Mínimo de 15 e máximo de 20 páginas em folha tamanho A4;
- ☒ Margens: superior e esquerda 3,0 cm; inferior e direita 2,0 cm
- ☒ Formatação de parágrafo: alinhamento **justificado**, espaço **entre linhas de 1,5** e espaçamento **depois do parágrafo de 6 pt**;
- ☒ Título do projeto - fonte Arial tamanho 11, negrito, maiúscula;
- ☒ Corpo do texto - fonte Arial tamanho 11;
- ☒ **SEM** os elementos pré-textuais (capa, folha de rosto etc);

- ☒ Li as normas e orientei o(a) aluno(a) na elaboração do artigo.

**São Paulo, 21 de agosto de 2022**

  
\_\_\_\_\_  
Assinatura do orientador(a)