



## **CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**

Secretaria Geral Parlamentar  
Secretaria de Documentação  
Equipe de Documentação do Legislativo

### **PARECER Nº 415/2022 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0019/21**

Trata-se de projeto de lei, de autoria do nobre Vereador Aurélio Nomura, que dispõe sobre a igualdade de gênero na composição das diretorias e conselhos administrativos das autarquias, fundações, empresas municipais, conselhos municipais, cargos de confiança das Secretarias Municipais e demais órgãos municipais e empresas controladas pelo Município, compreendendo toda a Administração Pública Municipal.

Sob o aspecto 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.

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)

Bem ilustra esse contexto 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)

Diante desse panorama, o Plenário do Supremo Tribunal Federal 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.

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 desequiparações infundadas, 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."

Sobre eventual iniciativa legislativa privativa para projetos de lei dispendo 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.

Não obstante o recente entendimento firmado pelo Órgão Especial do TJ/SP de que não há reserva de iniciativa para projetos que proponham ações afirmativas voltadas a conferir concretude ao direito fundamental da igualdade, é certo que a seleção de um grupo específico para ser inserido em uma política de ação afirmativa é matéria de interesse nacional e, portanto, quaisquer ações afirmativas que visem discriminar positivamente minorias, precisam ser fundamentadas em diplomas normativos de caráter nacional.

Especificamente sobre ações afirmativas voltadas às mulheres, como é o que se pretende com o presente projeto de lei, cumpre observar que elas encontram fundamento de validade no próprio texto constitucional:

"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;"

Ou seja, a própria Constituição Federal selecionou esse grupo como passível de ser favorecido por uma política de ação afirmativa.

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.

E ainda a Lei Federal nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que "estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996 e, em seu art. 11, § 3º, preconiza:

"Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

...

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres".

No entanto, importante considerar o caráter de excepcionalidade e temporalidade das ações afirmativas que propugnam pelo estabelecimento de cotas. Ou seja, na busca da igualdade substancial ou material, as ações afirmativas devem ser tomadas por medidas excepcionais que devem ser adotadas na exata proporção 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.

Embora a justificativa acostada ao projeto não traga dados ou estudos que fundamentem a sua pretensão, podemos citar artigo da Valor Econômico em 10/07/2020, disponível em <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2020/07/10/cotas-de-genero-aumentam-diversidade-nos-conselhos.ghtml>, o qual faz referência à estudo conduzido pela City Business School que constatou que a política de cotas para diversidade de gênero teria aumentado a representatividade e presença de mulheres em conselhos na França, no Reino Unido e na Itália.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, as mulheres representam 11,5% do total de conselheiros no Brasil e há, em média, uma mulher para cada 7,4 homens nos conselhos de administração de empresas brasileiras. A sub representatividade aumenta ainda mais se considerados os cargos de presidente ou vice-presidentes nos boards das empresas nacionais, onde as mulheres ocupam apenas 11 dessas posições.<sup>2</sup>

Especificamente sobre a promoção da igualdade de gênero no Setor Público, corrobora o quanto pretendido pela propositura o trabalho "Desafios da Promoção de Igualdade de Gênero no Setor Público: os aprendizados do Programa de Diversidade do Vetor Brasil" apresentado à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas por Tâmara Karoline Barros de Andrade, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Gestão e Políticas Públicas.<sup>3</sup>

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.

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, em 27/04/2022.

Sandra Santana (PSDB) - Presidente

Alessandro Guedes (PT)

Cris Monteiro (NOVO)

Edir Sales (PSD)

Professor Toninho Vespoli (PSOL) - Relator

Rubinho Nunes (UNIÃO) - Contrário

Sandra Tadeu (UNIÃO)

Sansão Pereira (REPUBLICANOS)

Thammy Miranda (PL)

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 28/04/2022, p. 98

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site [www.saopaulo.sp.leg.br](http://www.saopaulo.sp.leg.br).