



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Direitos coletivos e igualdade racial: resistências ideológicas e práticas às ações afirmativas no emprego

Collective rights and racial equality: ideological resistance and practices to affirmative actions on employment

Santiago Falluh Varella

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a primeira tentativa de reconhecimento jurídico das manifestações indiretas da discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro. Por reconhecimento jurídico entende-se a aceitação pelo Poder Judiciário da ilegalidade desses fenômenos, e também da legalidade das soluções apresentadas para remediá-los. Este artigo descreve os detalhes do Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos (PPIOT), formulado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), que, em setembro de 2005, ajuizou ações civis públicas (ACPs) contra empresas bancárias suspeitas de práticas de discriminação indireta no momento da contratação de seus funcionários. O principal conteúdo que sobressai do estudo é a resistência apresentada pelo Judiciário à tentativa de ampliação da consideração jurídica do conceito de discriminação. Por fim, o artigo conclui ressaltando os resultados práticos que podem ser extraídos da experiência em foco.

Palavras-chave: Discriminação racial indireta; Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos; ação civil pública.

Abstract: The object of this article is to analyze the first attempt of legal recognition of the indirect practices of racial discrimination in the labour Market in Brazil. The legal recognition is here interpreted as the acceptance by the Judicial Power of the illegality of these phenomena and also of the legality of the solutions presented to remediate them. Therefore this paper describes the details of the Program of Promotion of Equal Opportunities (PPIOT), created by the Public Ministry of Labour, that filed public civil actions against banking companies suspected of indirect discrimination practices when hiring employees. The main content that stands out from this study is the resistance presented by the Judiciary to the attempt of expanding the legal consideration of the concept of discrimination. Finally, the paper demonstrates the practical results that can be drawn from the experience in focus.

Keywords: Indirect discrimination of race; Program of Promotion of Equal Opportunities; public civil action.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n3p674-699>

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

DIREITOS COLETIVOS E IGUALDADE RACIAL: RESISTÊNCIAS IDEOLÓGICAS E PRÁTICAS ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS NO EMPREGO

Santiago Falluh VARELLA*

Sumário: 1 Introdução; 2 Discriminação indireta: a caracterização de um conceito; 3 O Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos do MPT; 3.1 Origens do PPIOT; 3.2 Repercussões do PPIOT; 3.3 A identificação da discriminação indireta pelo PPIOT; 3.4 A análise dos dados por parte do PPIOT; 3.5 O mérito como argumento favorável; 3.6 Inferências sobre a falta de transparência nos processos seletivos das empresas; 4. A Recepção do PPIOT pelo Poder Judiciário; 4.1 A perspectiva ideológica das resistências às ações afirmativas; 4.2 A perspectiva prática das resistências às ações afirmativas; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Questionamentos sobre a real existência de discriminação racial são muito comuns no Brasil. Associadas a tais questionamentos geralmente encontram-se opiniões que entendem as desigualdades raciais como reflexos de outros problemas sociais, como a pobreza. Nos últimos 30 anos, desde que estatísticas com a identificação racial passaram a ser publicadas, tais questionamentos têm sido contrapostos a evidências de que não haveria como imputar outras causas para desigualdades sistemáticas e tão flagrantes entre brancos e negros, se não houvesse algum componente de discriminação racial envolvido (OSORIO, 2008; 2004; COSTA, 2006; HOFBAUER, 2006; HASENBALG, 2005; GUIMARÃES, 2002).

Durante todo esse período, apenas na última década tal discussão contou com contribuições mais específicas sobre as possíveis soluções para diminuir as desigualdades raciais, quase sempre sob a alcunha das ações afirmativas (SANTOS, 2007; COSTA, 2006; GUIMARÃES, 2005; 2002; CARVALHO, 2005; HERINGER, 2005; 2001; FERES JR., 2004; RACUSEN, 2003; TELLES, 2003; JACCOUD, 2008; JACCOUD; BEGHIN, 2002; MOEHLECKE, 2000). Apesar de recente, é uma tônica desse debate a ênfase ora nas resistências para implementá-las, ora na pouca efetividade das limitadas iniciativas.

As ações afirmativas são destinadas a promover a igualdade racial a partir do tratamento preferencial dos integrantes de grupos específicos, como o grupo dos negros. Além das ações afirmativas, com objetivos mais voltados à reparação ou à prevenção da discriminação, há políticas de caráter repressivo, que servem para evitar e punir atitudes mais explícitas de discriminação, o que geralmente é feito por meio de leis, normas, regulamentos, etc. Enquanto tais medidas destinam-se a coibir manifestações orientadas a indivíduos e, portanto, diretas da discriminação, as ações afirmativas procuram evitar ou reverter manifestações indiretas que, mesmo de mais difícil observação, causam prejuízos ao grupo dos negros.

O objetivo desta pesquisa é analisar a primeira tentativa de reconhecimento jurídico dessas manifestações indiretas da discriminação racial no mercado de trabalho brasileiro. Por reconhecimento jurídico entende-se a aceitação pelo Poder Judiciário da ilegalidade desses fenômenos, e também da

* *Sociólogo com doutorado pela Universidade de Brasília (UnB), foi professor voluntário da UnB, consultor do IPEA e de organismos internacionais (UNESCO, OIT, Banco Mundial), assessor do Ministério Público do Trabalho (MPT) e pesquisador do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Atualmente é diretor de projetos do mesmo departamento do CNJ. Especialista em pesquisa empírica acadêmica e voltada ao planejamento e à avaliação de políticas públicas. Como acadêmico, proferiu palestras e publicou artigos diversos, tendo se dedicado, nos últimos onze anos às interseções entre a temática da desigualdade social e o mundo do direito.*

legalidade das soluções apresentadas para remediá-los. Para tanto, a pesquisa descreve os detalhes do Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos (PPIOT), formulado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), que, em setembro de 2005, ajuizou ações civis públicas (ACPs) em resposta à negativa de acordo por parte das empresas.

A iniciativa do MPT é o único exemplo que se tem notícia no Brasil de ação jurídica, cujo pedido é a condenação por danos morais coletivos causados por discriminação racial indireta nas relações de trabalho. Exatamente por isso, as principais questões em conflito nas cinco ações civis foram a identificação e a tipificação jurídica da discriminação racial indireta, já que foi esta a razão de terem sido declarados improcedentes os seus pedidos, reproduzindo a já clássica “falta de provas” nos casos de discriminação que chegam ao Judiciário brasileiro.

Por mais pontual que possa parecer a causa da improcedência das cinco ACPs, os discursos formulados durante a querela jurídica não se restringem apenas a este ponto. Apesar de a causa da improcedência das ações ter sido declarada como a insuficiência de provas, é parte das atribuições dos magistrados avaliar e justificar os demais argumentos de convencimento apresentados pelas partes. Por este motivo, mesmo detendo-se em um conjunto pequeno de casos judiciais, a pesquisa se concentra nas resistências às propostas de ação afirmativa contra a discriminação indireta apresentadas nos autos dos cinco processos.

Com efeito, a maior demanda dessas ações civis em relação ao Judiciário foi exigir dele uma atitude ativa de interpretação da igualdade como princípio a ser materialmente garantido, o que fez com que ele tivesse que considerar elementos incomuns, seja pela natureza coletiva dos fatos, seja pela forma de argumentação, comprovação e estratégias sugeridas para o restabelecimento dos direitos violados. Nada disso tem previsão explícita na legislação brasileira. Entretanto, existem defesas públicas de juristas brasileiros de grande destaque, como os ministros do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes (ONU, 2005; GOMES, 2003; 2001), Carmen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1996) e Marco Aurélio Mello (MELLO, 2006), Ellen Gracie Northfleet (ONU, 2005), além do ministro Luís Fux, do Superior Tribunal de Justiça (FUX, 2005).

Além das opiniões de magistrados célebres, há também juristas denominados “doutrinadores”, com posições favoráveis às ações afirmativas para negros (RIOS, 2008; SOUZA NETO; FERES JR., 2008; VIEIRA, 2006; PIOVESAN, 2006; BARROZO, 2004; SILVA JR., 2002; LIMA, 2006; NEVES 2001; 1997). Dentre os doutrinadores do Direito, também existem opiniões francamente contrárias à implementação das ações afirmativas para negros no Brasil, principalmente quando a discussão está assentada na concretização daquelas ações nas políticas de cotas para negros nas universidades públicas (KAUFMANN, 2007; BELLINTANI, 2006).

O contexto do conjunto dos discursos analisados também gerou grande curiosidade científica, já que eles tratam de acusação de grave teor, ainda mais para empresas de tamanha pujança econômica e visibilidade publicitária no Brasil. Exatamente por isso, são vultuosas as consequências financeiras em caso de condenação. Foram pedidos 30 milhões de reais de indenização por danos morais coletivos, o que levou a que fossem contratados advogados renomados e de altos honorários para a defesa dos bancos. Do outro lado, figuram o então vice-procurador geral do trabalho e outros dois procuradores do trabalho, com o sindicato dos bancários como assistente processual, articulados com entidades de movimentos sociais negros, organismos internacionais e instituições técnico-científicas de peso.

O presente artigo se divide em mais cinco partes. Além dessa introdução, o capítulo 2 se ocupa do marco teórico do conceito de discriminação indireta. Em seguida, um novo capítulo é dedicado a informar a

respeito do PPIOT, perpassando suas origens, repercussões e principais características. Como se trata de algo bastante inovador no meio jurídico brasileiro, ênfase é dada à forma de identificação da discriminação indireta nas empresas bancárias. Em seguida, o quarto capítulo apresenta como foi a recepção do PPIOT pelo Poder Judiciário Trabalhista. O principal conteúdo que sobressai do material empírico estudado é a resistência apresentada pelo Judiciário à tentativa de ampliação da consideração jurídica do conceito de discriminação. Por fim, o artigo conclui ressaltando os resultados práticos que podem ser extraídos da experiência em foco.

2. Discriminação indireta: a caracterização de um conceito

O caráter velado que o preconceito e os consequentes comportamentos racistas assumiram desde a ampliação dos mecanismos de proibição da discriminação racial levaram os especialistas a cunharem novos conceitos e métodos de identificação de atitudes prejudiciais aos grupos negros. É o caso do conceito de discriminação indireta. Tal tipo de discriminação não é oriundo de manifestações expressas de ódio ou segregação raciais, mas de práticas administrativas, empresariais, de leis, normas ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de potencial discriminatório, pois geram efeitos desproporcionais e injustos em prejuízo de grupos identificáveis por características adscritas, como o grupo de negros. Ao identificar tal discriminação, contempla-se espectro bem mais amplo de casos, já que para isso bastaria apontar desigualdades não explicadas por causas justas. A justificativa para a menor ênfase nas causas da discriminação frequentemente é atribuída às dificuldades de visualização que possuem determinados fatores que a provocam, geralmente de natureza psicológica e sociológica, como é o caso do preconceito racial.

Entre os defensores das ações afirmativas para negros no Brasil, poucos têm se ocupado de avaliar a discriminação racial indireta como conceito possível juridicamente e adequado para o contexto social brasileiro (RIOS, 2008; LIMA, 2006; SARMENTO, 2006; GOMES, 2003; 2001). Nesta literatura, esse tipo de discriminação é posto como alternativa às demonstradas ineficiências do processo judicial individual, sobretudo no âmbito criminal, em caracterizar o racismo e aplicar a legislação que prevê o seu combate. Para tanto, é comum o resgate das experiências do Judiciário norte-americano em identificar e punir casos de discriminações por impacto desproporcional em prejuízo de negros. Exaltando muitas vezes o valor das análises comparativas, a identificação da discriminação por impacto desproporcional geralmente é feita com base em estatísticas e análises com sensibilidade sociológica (GUIMARÃES, 2005; 2002; MEDEIROS, 2004; SKRENTNY, 1994; GOMES, 2001; LIPSET, 1993; ASHENFELTER; OAXACA, 1987).

Tal reconhecimento jurídico se insere em tendência internacional de ampliação dos direitos de cidadania a partir dos direitos coletivos, cujo marco se deu na década de 1960 nos Estados Unidos da América. A partir deste período, as soluções orientadas ao tratamento preferencial dado a grupos, ou as ações afirmativas, influenciaram diversos outros contextos nacionais, valendo a ênfase no Canadá (POTVIN, 2005; BAKAN; KOBAYASHI, 2000) e na União Europeia (TOBLER, 2005; WENGDAHL, 2001; CHALMERS, 2001).

Além desses contextos, não se pode olvidar a presença do conceito de discriminação indireta no arcabouço normativo internacional. Vale destacar a *Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (ONU, 1965), a *Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho* (OIT, 1958), conforme registrado por Christopher McCrudden (2001) e mencionado nos principais documentos institucionais dessas agências (OIT, 2006; 2004; 1996; 1988). Embora tal conceito apareça de modo implícito nos instrumentos normativos internacionais, nos documentos oficiais posteriores às Convenções e Recomendações da OIT, por exemplo, é possível observar indicações

inequívocas de que o significado pretendido para o conceito de discriminação definido em tais instrumentos abarcaria a sua definição indireta¹.

Para identificar esse tipo de discriminação se tornou comum atribuir ênfase à magnitude dos efeitos desproporcionais observados empiricamente no grupo dos negros em relação ao dos não-negros. Tais efeitos geralmente são ponderados pelas características produtivas dos grupos em comparação, de modo a evidenciar apenas os efeitos potencialmente injustos.

Da análise comparativa são extraídos indícios, por sua vez contrapostos a outras evidências. Uma fonte importante de outras evidências advém da observação de regras, normas ou práticas institucionais, de modo a presumir efeitos desiguais afetando determinados grupos. Tal análise, na prática, reduz a identificação da discriminação à demonstração do impacto desproporcional de uma ação (lei, norma, processo organizacional, política pública, etc.) ou omissão em um grupo, como o de negros, mulheres, pessoas com deficiências ou de determinada faixa etária.

Das duas formas há a redução da discriminação a uma desigualdade aparentemente não justificável e até certo ponto presumida. Com isso, o escopo dos significados para o conceito de discriminação se amplia porque dribla a complexidade dos fatores possíveis para explicar as desigualdades entre grupos.

O caráter realista e pragmático presente na noção de tratamento preferencial em nome da igualdade de resultados, enfocando a defesa da igualdade real ou material, alternativamente à limitada e ineficiente proibição da discriminação formalizada nos códigos penais, está presente em quase todas as formulações do conceito de ação afirmativa. Entre as diversas versões deste conceito, uma das mais citadas no contexto brasileiro recente o define como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 40).

O debate em torno da consideração de direitos coletivos pelo Estado e, mais especificamente, da formulação de ações afirmativas como um dos meios possíveis para tanto, desenvolve-se na fronteira de uma série de tensões. Entre elas, segundo informa Elizabeth Jelin (1996), podem ser destacadas as que se dão contrapondo-se direitos individuais *versus* coletivos; direitos universais *versus* perspectiva realista das relações sociais; direitos formais *versus* direitos materiais; além da própria “tensão entre o princípio de uma justiça cega e a personificação do impulso moral” (JELIN, 1996, p. 24) por parte do Estado.

John Skrentny propõe distinção bastante útil entre essas tensões ao contrapor os dois principais sentidos assumidos pelas políticas anti-discriminação nos Estados Unidos da América, a saber, a perspectiva cega para a raça (“*color blind*”) e a perspectiva racialmente consciente (“*race-conscious*”). Para contrapô-las, o autor parte da análise da maior ou menor presença de determinados entendimentos do que vêm a ser políticas pró-equidade. Na passagem a seguir, são expostos os entendimentos necessários para que uma política afirmativa seja classificada como racialmente consciente, tendo como realidade empírica o mercado de trabalho. Serão, portanto, racialmente conscientes, as políticas que apresentarem:

1 Os “Estudios Generales” (OIT, 1988) revelaram que as Convenções Nº 100 e Nº 111, ao enfatizarem o ‘efeito’ das distinções, exclusões ou preferências” (§ 28), direcionaram os Estados signatários a adotarem como critério “as consequências objetivas das medidas mencionadas” confirmando que “as discriminações indiretas e fenômenos tais como a segregação profissional fundada em sexo estão no âmbito da Convenção” (§ 28).

(1) empregadores que vejam nos seus processos cotidianos de contratação e ascensão funcional diferenças grupais e, especificamente, que vejam a raça como realidade (ao invés de algo irreal ou irrelevante); (2) empregadores que enfatizem levar em conta minorias anônimas na força de trabalho (ao invés de tratar cada indivíduo como um indivíduo); (3) empregadores que não enfatizem a intenção racista ou discriminatória como requisito para identificar vítimas da discriminação racial, assim como não enfatizem a identificação de vítimas individuais; (4) empregadores que não enfatizem, ou que reavaliem, os padrões de mérito previamente estabelecidos (geralmente com uma crítica do tradicional conceito de mérito laboral que valoriza o “branco” ou o indivíduo “de classe média”); e, (5) empregadores com uma preocupação predominante com a representação, utilização, o emprego de minorias, ao invés de apenas proibir atos discriminatórios sectários. (SKRENTNY, 1996, p. 7-8).

A partir de sua definição, fica evidente uma característica importante para a definição do que é ação afirmativa, a saber, a preferência por determinados grupos que sofrem discriminação. Outro traço importante é a necessidade de adotar parâmetros coletivos para orientar a ação, indo além do universo individual. A distinção entre comportamentos empresariais pró-equidade e a simples proibição de atitudes racistas individuais seria o terceiro ponto a ser destacado do que Skrentny apresenta em sua definição.

A despeito das situações práticas que podem informar sobre as diferenças relativas a um e outro modelo de política anti-discriminação racial, é importante compreender que tais controvérsias também devem ser vistas sob a perspectiva dos interesses. Isso porque a ampliação de direitos, a criação de deveres e a forma como as responsabilidades decorrentes serão distribuídas redundam, sem sombra de dúvidas, em fortes resistências às ações afirmativas que podem, como procura argumentar o presente estudo, ser operadas não apenas como decorrentes de disputas ideológicas, mas também como um conflito de interesses, seja de natureza política, seja de natureza econômica.

3. O Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos do MPT

3.1. Origens do PPIOT

O PPIOT foi criado no âmbito da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade) do MPT que, conforme o artigo 5º do seu regimento interno, tem o objetivo de “Discutir e deliberar sobre questões, temas e estratégias relativos à igualdade de oportunidades e à eliminação da discriminação no trabalho, para que a atuação da Instituição se dê de forma articulada e integrada.” (MPT, 2005, p. 59).

No relatório anual de 2005 do MPT (MPT, 2005), período de lançamento do PPIOT, consta que o programa foi criado “em razão de um verdadeiro clamor da sociedade, organizada ou não, além da evidência das estatísticas oficiais, que apontam há décadas desigualdades abissais que desfavorecem negros (pretos e pardos) e mulheres” (MPT, 2005, p. 62). O programa foi lançado oficialmente pela procuradora-geral do trabalho, Sandra Lia Simón, primeira mulher a ocupar este cargo, em abril de 2005. O lançamento contou com a presença do Ministro do Trabalho e Emprego, o Senador Abdias do Nascimento, um ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o presidente da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra). Também estava presente o presidente da Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Cultural (Afrobrás), entre outras autoridades e representantes da sociedade civil organizada.

O objetivo do PPIOT declarado no relatório de 2005 reforça a intenção de atuar ativamente na promoção da igualdade no mercado de trabalho, sobretudo pela via negocial. Conforme esse documento, a instituição pretendeu:

estabelecer estratégias continuadas de atuação do MPT na promoção da igualdade de oportunidades e eliminação da discriminação de gênero e raça, objetivando resultados efetivos, inclusive por meio da implementação das chamadas ‘medidas afirmativas’ por parte das empresas que estejam adotando práticas discriminatórias, de modo a contribuir para a alteração do quadro de desigualdades no mercado de trabalho que sejam fundadas tanto em raça/cor, como em sexo/gênero. (MPT, 2005, p. 62).

Para tanto, deixa evidente que consultou diversas instituições para compor a sua “estratégia de ação”. Entre elas, algumas se tornaram parceiras também na posterior execução do PPIOT, como o Ipea, no âmbito governamental, e as ONGs Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro) e a Afrobrás, no segmento das entidades da sociedade civil.

Ainda sobre a implementação do PPIOT, apesar de ter sido planejado para funcionar em nível nacional e em vários setores econômicos, no primeiro momento se preocupou em atuar em apenas um estado da Federação e somente em um segmento econômico. Foi o que o relatório anual denominou “projeto piloto” (MPT, 2005, p. 63), por sua vez implementado no Distrito Federal e enfocando inicialmente o setor bancário privado. Tal foco se deveu a denúncias já recebidas de entidades do Movimento Negro, além de estudos estatísticos prévios, como o relatório *O Rosto dos Bancários*, publicado pelo Dieese em 2001.

Sobre a concretização dessa atuação em forma de “projeto piloto” foram iniciadas cinco investigações, cada uma focalizando um dos cinco maiores bancos privados do Distrito Federal. Primeiramente foram pedidas as informações básicas de cada empresa, incluindo uma lista nominal dos empregados contendo seus dados socioeconômicos principais. Ao requisitá-los, o MPT se valeu de poderes advindos de legislação específica², incluindo responsabilizações civis e criminais para quem descumprir sua solicitação.

Após a abertura dos procedimentos investigatórios, inclusive com a realização de audiências informativas e inquisitivas, o intuito do piloto do PPIOT foi o de negociar com as empresas metas para aumentar os percentuais de negros nos quadros da empresa, bem como de negros e mulheres na ocupação dos cargos de chefia³. Além disso, estabeleceu que o aumento da representatividade nos cargos de chefia também deveria gerar níveis maiores de igualdade nas remunerações médias dos grupos sobreditos.

Conforme declaração do idealizador do PPIOT, o então vice-procurador-geral do MPT, o processo de apuração da discriminação nas empresas bancárias se deu a partir da:

verificação das diferenças entre brancos e negros, homens e mulheres em três âmbitos nos quais podem ocorrer discriminação: no âmbito da contratação ou admissão, no âmbito da ascensão a cargos de chefia, e no âmbito da remuneração. Nos dois primeiros âmbitos foram formulados indicadores para medir se há discrepâncias no quantitativo de funcionários considerando a diversidade racial e de gênero da localidade em que se situa a

² Lei complementar nº75, de 20.5.1993.

³ As empresas bancárias apresentaram paridade entre o número de homens e de mulheres, isso nos casos em que as mulheres não eram a maioria dos empregados.

empresa. No âmbito da remuneração, verificou-se se haviam desvantagens salariais entre negros e brancos e entre homens e mulheres⁴.

Em artigo mais recente, o procurador demonstra suas perspectivas de modo mais aprofundado, com visão política engajada em relação à questão da discriminação. Sobressai a visão do PPIOT como ação adequada para combater o racismo típico brasileiro. Afirma o artigo:

O pensamento equivocado de que negros estão, irrestritamente, em patamares inferiores da hierarquia social leva a que se naturalize, cada vez mais, que essa subalternidade deva ser o seu destino, sobretudo quando se trata dos espaços do mercado de trabalho. Ideias próximas a essa são comuns no dia-a-dia do brasileiro, gerando os mesmos efeitos há décadas, efeitos esses nunca combatidos com efetividade, apesar de sua perversidade. É exatamente para combater esses efeitos que a agenda recente do Ministério Público do Trabalho, por meio do Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, tem tentado implementar uma perspectiva mais ampla da discriminação racial e de gênero nas relações de trabalho, a partir da adoção do conceito de discriminação indireta para caracterização da prática discriminatória nas relações do trabalho. O interessante é que o caminho jurídico para tanto já está aberto desde 1968, ano em que o Brasil ratificou a Convenção nº 111 da OIT e que a Legislação ordinária passou a apontar especificamente que os efeitos indiretos de procedimentos de seleção de pessoal em empresas privadas e no serviço público poderiam resultar em discriminação, caminho esse que inequivocamente foi robustecido com a Constituição Federal de 1988⁵.

No desenrolar dos primeiros passos do PPIOT, conforme o citado relatório do MPT, “infelizmente, os Bancos não foram sensíveis aos apelos do MPT, sobretudo em razão da negativa em se estabelecer metas a serem cumpridas, das quais o Ministério Público do Trabalho não poderia abrir mão” (MPT, 2005, p. 63). Diante desta negativa, foram compiladas cinco ações civis públicas (ACPs), para requerer que tais metas fossem cumpridas nas empresas por determinação do Poder Judiciário.

3.2 Repercussões do PPIOT

Além das diversas repercussões na imprensa, sobretudo na semana em que houve o ajuizamento das cinco ações civis públicas, é importante ressaltar a repercussão do PPIOT nos espaços de discussão especializada. Uma das principais repercussões do Programa se deu em várias edições do Boletim de Políticas Sociais (BPS) do Ipea (2007a; 2007b; 2006; 2005). A referência mais recente, também do Ipea, é o livro *As políticas públicas e a desigualdade racial – 120 anos após a abolição* (THEODORO *et. al.*, 2008), que comenta que: “o MPT vem contribuindo para que novas formas de intervenção na área [das ações afirmativas] comecem a ser pensadas” (JACCOUD, 2008, p. 154). Conforme avalia o texto do Ipea:

A promoção da igualdade racial no mercado do trabalho passa pela busca de soluções negociadas, mas também pela possibilidade de mobilizar instrumentos jurídicos em defesa da equidade. Esse é o caminho que vem buscando trilhar a iniciativa do MPT, e cujas lições podem ser expandidas para outras áreas de defesa dos direitos coletivos. (JACCOUD, 2008, p. 159).

⁴Entrevista publicada na revista *Afirmativa Plural*, Ano II, nº 7, de Maio/Junho de 2005.

⁵Artigo publicado na revista *Afirmativa Plural* Ano IV, nº XX, de maio/junho de 2007.

Em outra menção, feita pelo Ipea no *Boletim de Políticas Sociais*, afirma que das iniciativas de promoção da igualdade racial na última década “destaca-se o MPT, cujas ações em favor da inclusão da população negra no mercado de trabalho (...) representam inovações promissoras no combate à desigualdade racial de cunho institucional.” (IPEA, 2007a, p. 318).

Ainda que essas repercussões sejam importantes, a mais relevante se deu com a menção do PPIOT no relatório sobre a missão no Brasil do relator especial da ONU sobre Formas Contemporâneas de Racismo e Discriminação Racial, Doudou Diène (ONU, 2005). Conforme o relator, referindo-se a duas das principais autoridades do Poder Judiciário brasileiro, a vice-presidenta (na época) do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie Northfleet, e Joaquim Barbosa, o primeiro ministro negro do STF: “Os dois juízes enaltecem o importante trabalho feito pelo MPT concernente às ações civis públicas” (ONU, 2005, § 27). Em outro trecho do relatório, ainda sobre a visita feita ao MPT, toma-se ciência que:

O Ministério Público do Trabalho está fazendo um trabalho muito interessante no campo da discriminação racial no emprego. Baseado no fato da dificuldade de provar os numerosos casos de recusas de admissão racialmente motivadas (na história dos tribunais do trabalho existem até hoje apenas cinco condenações por racismo), o MPT lançou um projeto para sensibilizar os cinco maiores bancos brasileiros acerca dessa questão (...). Portanto, tendo falhado a conciliação, o MPT iniciou ações civis públicas contra os bancos, as primeiras das quais se tem notícia, em defesa de uma coletividade. Mesmo tendo tais bancos contratado os mais caros advogados brasileiros nessa área, o MPT continuará sua luta e planeja estender essas ações para outros setores de atividade econômica. (ONU, 2005, § 30-31).

Tão importantes quanto as menções elogiosas de Doudou Diène, foram as manifestações dos dois ministros da Suprema Corte Brasileira (STF) registradas em seu relatório. Isso porque, até o presente momento, a questão das ações afirmativas para negros no ensino superior (cotas nas universidades e corte racial nos critérios para a concessão de bolsas do Programa Universidade para Todos – Prouni) não fora enfrentada diretamente pelo STF, não tendo havido ainda a concretização de precedente sobre a constitucionalidade dessas políticas no Brasil⁶.

3.3 A identificação da discriminação indireta pelo PPIOT

A introdução do conceito de discriminação indireta no meio jurídico brasileiro como o objeto principal em litígio fez com que o PPIOT se dedicasse em grande monta à possibilidade de identificação desse tipo de discriminação. A metodologia apresentada pelo MPT, apesar de conter elementos bastante inovadores no contexto brasileiro, valeu-se de uma série de fatores propícios para que essa tarefa fosse possível, dentre eles: i) os muitos exemplos internacionais de ações jurídicas coletivas que identificavam efeitos também coletivos advindos da discriminação racial; ii) a demanda social de boa parte das organizações do movimento negro; e, em consequência, iii) maior legitimidade alcançada pelas ações judiciais do MPT; iv) o apoio político dessas entidades e de órgãos governamentais, organismos internacionais; e, finalmente, v) o aconselhamento e consultoria técnica sobre a questão da identificação dos fenômenos discriminatórios raciais por parte do Ipea.

⁶ ADI - 3330 e a ADI - 3379, de outubro e dezembro de 2004, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem), e pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (Fenafisp).

Para inferir sobre as realidades de discriminação racial nas empresas enfocadas pelo Programa, o MPT apresentou estatísticas advindas do processamento de informações requisitadas por ele às empresas. Não houve informações incomuns quando comparadas a outras fontes, a não ser pela identificação das empresas e dos empregados e também pela atualidade das informações à época da requisição e da análise. Houve a plena identificação dos trabalhadores, inclusive com a requisição dos seus nomes próprios e dos números dos PIS, permitindo que esses registros fossem auditados tendo como parâmetro outras fontes, como a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) do MTE.

Entre as informações socioeconômicas requisitadas pelo MPT, outra novidade em relação aos dados da empresa é a requisição da descrição do cargo ocupado por cada trabalhador das empresas, conforme nomenclatura própria utilizada. Isto foi útil para permitir a estratificação dos trabalhadores em níveis ainda mais específicos que aquele presente na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO).

3.4 A análise dos dados por parte do PPIOPT

O principal argumento utilizado nas análises das informações advindas das empresas bancárias assegura que não seria possível verificar desigualdades raciais generalizadas no mercado de trabalho, se não houvesse responsáveis individuais (empresas) contribuindo para isso. A partir desse argumento procurou vincular as análises genéricas da presença de desigualdades raciais e de gênero no mercado de trabalho àquela proveniente das informações das próprias empresas. Desta forma, investigou os quadros funcionais das principais empresas bancárias do DF de modo a responder às seguintes perguntas:

Considerados os pré-requisitos exigidos pela empresa para admissão, qual seria o percentual esperado de negros com esses requisitos trabalhando nelas?

Considerados os atributos produtivos dos negros já empregados nessas empresas, qual seria o percentual esperado deste grupo ocupando cargos de chefia?

Considerados os atributos produtivos dos negros já empregados nessas empresas, deveria haver diferenciais salariais elevados?

Para responder à primeira questão, o MPT indagou em audiência às empresas quais seriam os requisitos considerados nos candidatos para que fossem admitidos. Verificou que o nível escolar mínimo seria o segundo grau (ensino médio) incompleto para duas das empresas, e completo para as demais. Quanto à escolaridade, recebeu invariavelmente a resposta de que não seria algo determinante, dado que a empresa contratava também pessoal com nível escolar menor que o estabelecido como requisito. Essas perguntas foram feitas ainda nas etapas de investigação, em audiências de instrução dos procedimentos investigatórios, cujas atas foram publicadas como anexo das peças iniciais das ACPs.

Quanto às exigências educacionais, todos os bancos disseram não se tratar de dimensão que de maneira rígida determinasse a admissão para os cargos iniciais das empresas. Conforme declararam as empresas nas audiências, registradas nas atas anexadas nas ações judiciais: “Atualmente exige-se apenas o 2º grau completo podendo essa regra ser flexibilizada com a contratação de trabalhadores que estejam cursando o 2º grau.” (Anexo ACP, f. 152).

Talvez para transparecer que não possuíam processos seletivos rígidos demais para ocupações de “Técnicos em operações e serviços bancários”, cujo nível de complexidade não pode ser considerado tão grande, todas as empresas também declararam que admitiam novos empregados a despeito de terem experiência de trabalho prévia. Conforme os depoimentos analisados: “O banco oportuniza o primeiro emprego, não exigindo experiência, desde que preenchidos os requisitos para o cargo” (Anexo ACP, f.

144). “O banco funciona, na prática, como primeiro emprego de um grande contingente de trabalhadores, os quais buscam uma experiência profissional inicial, uma formação prática.” (Anexo ACP, f. 172).

Para levar em consideração os requisitos mínimos declarados nas audiências de investigação, o MPT calculou a oferta de negros considerando tais requisitos na seleção da população economicamente ativa (PEA) do DF apta a ingressar no mercado de trabalho bancário. Para aproximar as duas realidades, selecionou apenas as pessoas pretas e pardas da PEA, com mais de 16 anos de idade⁷ e com os requisitos educacionais exigidos (doravante “PEA reduzida”). Ao comparar as duas cifras (empresa e PEA reduzida), verificou que havia uma diferença entre 19 e 34 pontos percentuais considerando a PEA com a escolaridade igual ou superior ao segundo grau completo, mais do que o mínimo exigido por duas das empresas e o mesmo que o exigido pelas três restantes.

Ainda quanto ao parâmetro de comparação, é conveniente esclarecer que sua definição foi uma maneira tanto de identificar a discriminação, nesse caso nos processos de contratação de trabalhadores, quanto como parâmetro para subsidiar a decisão dos juízes quanto à sua resolução. Para alcançar maior legitimidade sobre esta metodologia, foram incluídos pareceres técnicos de pesquisadora do Ipea nas peças de réplica à defesa dos bancos, antes de o juiz de primeira instância tomar a sua decisão. Segundo o parecer, com texto semelhante em cada uma das peças de réplica às defesas, tem-se que:

Utilizando-se como referência um grupo de trabalhadores próximo ao dos bancários, qual seja, o de ocupados com idade entre 16 e 50 anos e com ensino médio completo, segundo a Pnad/2003 do IBGE, no Distrito Federal, 44% desses trabalhadores são negros. Considerando-se o erro amostral da Pnad/2003, no DF, esse percentual pode variar num intervalo entre 41,54% a 45,56%. Em outras palavras, se a proporção de negros na organização for menor que 41,54%, há algum processo não aleatório em funcionamento que faz com que negros sejam menos contratados que brancos. No banco, esta proporção é da ordem de 10,1%, mais de quatro vezes menor do que o esperado. Vê-se, pois, que qualquer que seja o indicador utilizado, o resultado é o mesmo: os negros, mesmo encontrando-se em condições semelhantes, estão sempre em desvantagem somente em razão de sua cor. Os dados refletem que o preconceito racial e a discriminação racial são fenômenos presentes e ativos que comprometem a equidade de tratamento entre os trabalhadores, exacerbando os níveis de desigualdade no país (Parecer de Nathalie Beghin juntado às Réplicas à defesa, f. 412).

Para responder à segunda pergunta, o MPT também adotou a metodologia de comparação, embora considerando apenas o universo composto pelo conjunto dos empregados de cada instituição bancária. Seu objetivo foi desconstruir a ideia de que as diferenças na ocupação dos cargos de maior hierarquia nos bancos decorreriam de fatores ligados ao mérito dos indivíduos. Verificou, ao analisar a educação dos grupos de negros, que em todos os casos a sua escolaridade era muito próxima da alcançada pelo grupo dos brancos, ora com pequenas vantagens, ora com pequenas desvantagens. Tanto num caso quanto noutro, o tom dos textos era o de que as desproporções no tocante à educação não justificavam discrepâncias tão grandes entre os grupos na ocupação dos cargos de chefia.

Ainda quanto à educação, o tom do discurso do MPT foi pela falta de motivos educacionais para a menor promoção de negros nos quadros de chefia do banco. Observou-se em alguns bancos que tanto entre os homens quanto entre as mulheres negras a percentagem de pessoas com 3º grau completo ou incompleto era paritária em relação aos brancos.

⁷ Idade mínima para trabalhar legalmente.

Outra fonte de evidências acerca dos efeitos que a discriminação racial exercia sobre a população de negros no interior dos bancos adveio da informação salarial cruzada com a ocupação dos cargos de chefia, raça e sexo. Conforme esclarecem os procuradores, trata-se de uma “valorização desigual dos méritos” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 837), constatada porque, segundo eles, “ter o ensino superior transforma-se em vantagem salarial em maior monta para homens e mulheres brancas que para homens e mulheres negras.” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 837). Para referendar tal conclusão, exibiam os seguintes dados:

Na primeira comparação, vê-se que homens brancos ganham em média R\$ 474,00 a mais quando possuem algum nível superior, o que equivale a um salário 20,4% maior, que pode ser interpretado, sem ambiguidades, como uma recompensa pela sua maior qualificação. O mesmo cálculo feito para homens negros revela recompensa menor para atributo igual, pois ter o ensino superior significa auferir R\$306,00 a mais, o que significa salário 14,2% maior por ter o ensino superior. Ao calcular esses mesmos diferenciais apenas para as mulheres, observa-se, mais uma vez, o critério racial influenciando em prejuízo das negras, pois para o grupo mais preterido em todos os âmbitos organizacionais da empresa, a diferença salarial paga por se ter adentrado o ensino superior é de apenas R\$159,00, o que equivale a um incremento salarial de 9,5%, para o grupo que mais se esforçou nos estudos, já que 87% das mulheres negras ultrapassou a barreira do segundo grau completo e se inseriu na faculdade, a maior cifra dentre os grupos pesquisados (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 837-838).

Ao trazer estes quadros de desigualdades, enfatiza-se a relevância de serem consideradas as ferramentas estatísticas, principalmente recorrendo ao argumento de que “tais diferenças são os resultados visíveis de um conjunto de processos que raramente se mostrariam tão evidentes se considerados individualmente” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 838). Neste ponto os procuradores deram a entender também o caráter sistemático das discriminações, revelando que elas são resultantes das “várias seleções em que critérios subjetivos atuaram preterindo mulheres e negros, denominado pela literatura científica por ‘segregação ocupacional’.” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 838). Ao avaliarem as evidências de que existem mecanismos de segregação ocupacional nos processos seletivos das empresas, chamaram a atenção dos magistrados para o fato de que os processos discriminatórios “se mostram com maior ênfase ao passo que são consideradas outras ocupações que não as de início de carreira.” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 838).

As peças iniciais do MPT avaliaram também se as diferenças na ocupação dos cargos de chefia não poderiam ter sido causadas pela menor experiência dos negros no interior das empresas. No caso de um dos bancos, afirmou o MPT: “Não bastasse ocuparem fração mínima dos cargos de chefia e serem menos valorizados nesses cargos, ainda que tão escolarizados quanto os homens brancos, os empregados negros têm mais tempo de serviço no Banco do que os homens brancos” (Recurso Ordinário do MPT contra sentença, f. 889).

Depois de argumentar que os dados apresentados são fortes indícios da presença de discriminação, o MPT considerou aspectos que vão além da descrição e interpretação dos resultados estatísticos, enfatizando que a ocupação dos cargos de chefia é importante para que se garanta crescentemente a igualdade no ambiente de trabalho. Eis um desses argumentos:

Urge salientar que reverter o quadro de discriminação no acesso aos cargos de chefia é importante não apenas pela necessidade de se refletir a diversidade da força de trabalho alcançando a isonomia, mas, também, porque a presença de negros e mulheres nesses cargos significa maior poder decisório nas suas mãos o que, certamente, contribuirá para a

sustentabilidade da diversidade nos outros âmbitos como a contratação e a remuneração. (...) Não é apenas para haver mais poder decisório nas mãos dos negros e mulheres que a ascensão desses grupos aos cargos de chefia está dentre as ações emergenciais do Ministério Público do Trabalho. O enfoque na igualdade de ascensão aos cargos de chefia, rompendo barreiras impostas consciente ou inconscientemente aos negros e às mulheres, significa interferir no mais importante processo organizacional do ponto de vista dos empregados, pois a chance de ascensão interfere diretamente na motivação, auto-estima e, conseqüentemente, na sua produtividade (Peça inicial ACPs, f. 32).

A pergunta sobre as diferenças de salários também foi respondida com os mesmos elementos do acesso aos cargos de chefia, com o argumento óbvio da proximidade desses dois processos. Para comprovar este item, as ações civis públicas revelaram que é dentre os ocupantes dos cargos de chefia que se encontram os principais focos de disparidade salarial entre os grupos de brancos e negros. Afirma o MPT em uma das peças processuais:

Enquanto os salários dos quatro grupos diferem pouco quando considerados os demais cargos, quando observada a remuneração média dos ocupantes dos cargos de chefia, diferenças abissais saltam aos olhos. Ser chefe e homem branco nessa empresa significa receber salários, em média, 44% maiores que aquele recebido pelos chefes homens negros e 53% maiores que o das mulheres negras nesses mesmos cargos (Peça inicial ACP, f. 33).

Para argumentar desta forma, voltou a remeter-se às condições educacionais dos negros, dizendo que não justificavam as disparidades encontradas nos dados de remuneração das empresas. Além de utilizar as informações estatísticas a respeito dos rendimentos médios dos empregados dos bancos, a informação salarial foi o tema de diversos indicadores utilizados para inferências acerca dos diversos âmbitos de análise das peças processuais. Houve menção a possíveis vieses raciais nas políticas salariais das empresas, assim como se utilizaram indicadores calcados nos salários para caracterizar que a estrutura de cargos e salários das empresas era falha.

Em síntese, o MPT procurou indagar por quais motivos os negros, mesmo em melhores condições que os brancos, eram sub-representados nos cargos de chefia, além de auferirem rendimentos sistematicamente inferiores no ambiente de trabalho dessas organizações. Observou que das evidências disponíveis sobre o grau de realização no emprego bancário e sobre os méritos para tanto, nenhuma invalidaria os fortes indícios de prática discriminatória.

No entender dos procuradores, cada um dos elementos reunidos, sua recorrência e a regularidade com que foram evidenciados, tudo isso os fez questionar a qualidade dos processos de seleção empregados pelas empresas. Todos os indícios apontavam que esses processos de seleção e recrutamento e a política de salários das empresas estariam gerando efeitos desproporcionais em prejuízo de negros, considerados os seus méritos mensuráveis.

3.5 O mérito como argumento favorável

A importância da consideração do mérito individual foi sem dúvida muito grande, principalmente porque o ponto principal do conflito jurídico em análise se localiza na possibilidade ou não de se considerar como discriminação resultados comparativos não individualizáveis, calcados em evidências pouco ortodoxas no meio jurídico brasileiro, além de terem grave teor acusatório.

Ao defender a consideração do mérito individual dos negros, o objetivo do MPT pareceu ser o de dar bases sólidas para a identificação do fenômeno da discriminação, eliminando outras causas para as

desigualdades encontradas, em sintonia com a literatura econômica dedicada aos estudos da discriminação (RANGEL, 2005; RAMOS; VIEIRA, 2001; SOARES, 2000), e que influenciaram as primeiras ações judiciais com esses traços nos Estados Unidos da América (ASHENFELTER; OAXACA, 1987).

O mérito produtivo ou educacional é complexo de ser considerado, pois se trata de perspectiva eminentemente valorativa. O debate norte-americano favorável às ações afirmativas tem se dedicado à desconstrução do mérito tanto a partir da crítica ao excessivo apego aos valores individualistas, quanto a partir do questionamento direto ao que seria essa categoria. As questões formuladas por Dworkin e Jones, transcritas por Guimarães (2005) para orientar estas críticas, foram: “O que é uma pessoa melhor qualificada?”, ‘como determinar sem sombra de dúvidas, o melhor qualificado?’ (...) ‘A crua realidade é que virtualmente, nenhum sistema opera de maneira tão estritamente regulada’ (GUIMARÃES, 2005, p. 178).

Além disso, essa parte do debate tem se concentrado em caracterizar a “meritocracia” como uma ideologia, tentando demover o apego atávico a tais valores. Afirma Guimarães que “não se trata (...) de uma crítica dos valores individualistas per se, mas da ideia de que os valores estruturam ou orientam, sempre, ações específicas. Ao contrário, os valores, em geral, escondem e justificam ações diferentes das que explicitam” (GUIMARÃES, 2005, p. 178). O autor observa que sob a insígnia do mérito podem também estar mascarados preconceitos. Ashenfelter & Oaxaca percebem que não é difícil observar tratamentos com impacto desproporcional em prejuízo de negros estarem camuflados pelos empregadores em nome do mérito:

Contratações ou escalas de pagamento diferenciadas podem ser justificadas pela simples afirmação de que todas as contratações e escalas de pagamento são determinadas pelo mérito, e o mérito é determinado pelos supervisores dos empregados. Quem pode afirmar quando os supervisores realmente usam o mérito para tomar suas decisões? Essa dificuldade óbvia levou as Cortes a reconhecerem que algumas ações podem ser discriminatórias porque têm um impacto desproporcional no emprego ou compensações de um ou mais grupos de sexo/raça protegidos (ASHENFELTER & OAXACA, 1987, p. 322).

Diante disso, como os discursos produzidos em audiências são públicos, o MPT questionou quais foram os méritos produtivos considerados nos candidatos a empregos bancários no âmbito de cada empresa. Os bancos apresentaram características genéricas, dissociando-as da questão da escolaridade e indicando que não eram adotadas exigências demasiadas. Conforme afirmou uma das empresas em audiência: “a avaliação do Banco para fins de promoção na carreira leva em conta a competência e a disposição para o crescimento na Organização de cada empregado, e não o grau de escolaridade” (Anexo das ACPs, f. 165). Outra empresa expôs também que “não estabelece critérios rígidos seletivos para o ingresso de trabalhadores menos preparados, o que afasta a elitização de seu quadro de empregados.” (Contestação de defesa, f. 345).

Após a investigação, nas fases em que se defendiam das acusações, a qualificação dos méritos necessários para a entrada nas empresas baseou-se em características abstratas e impossíveis de serem consideradas objetivamente. As contestações das defesas comentaram que para trabalhar nos bancos seria necessário “capacidade de liderança” e “feeling”, “discernimento” e “natural espírito de liderança”, assim como se comentou sobre “aptidão para a carreira bancária”, “potencial”, “visão de negócio”, “capacidade de resolução de problemas” ou aptidão para a “comunicação persuasiva” ou “capacidade de comunicação”. A passagem seguinte de um dos bancos sintetiza bem essa argumentação:

Por essas complexas razões de mercado financeiro, todos os bancos brasileiros, sejam eles particulares ou estatais, utilizam de um único critério de seleção de pessoal: o mérito de

cada um, as qualificações pessoais, que revelem a possibilidade de adquirir capacitação técnica e o adestramento profissional, com a revelação de discernimento, espírito de liderança, 'feeling' para perceber o que está acontecendo e o que provavelmente vai acontecer no mercado. Isso não é discriminação racial, ou por sexo, idade, religião etc. (...) Apenas o mérito, a capacitação técnica, o discernimento, o natural espírito de liderança, a aptidão para a atividade bancária, é que presidem a contratação e a progressão funcional (Contestação de Defesa, f. 397-398).

Essas características foram desqualificadas pelo argumento de que não se pode inferir objetivamente que negros e mulheres as possuem em menor monta. Restaria ainda observar os critérios individualmente considerados por cada selecionador, que, por serem inacessíveis ou inexistentes, e devido às recorrentes diferenças raciais e de gênero não explicadas pelas demais evidências de mérito individual, pôde ser considerada como uma possível fonte do tratamento discriminatório.

3.6. Inferências sobre a falta de transparência nos processos seletivos das empresas

Ao exigir que o perfil laboral da empresa se assemelhasse ao perfil da “PEA reduzida” do DF, o MPT assumiu que parte da distância observada entre as duas realidades foi essencialmente fruto da atuação dos bancos. Considerando-se que as desigualdades raciais verificadas são resultantes de fenômenos complexos e multicausais, é óbvio que parte dessas desigualdades não foi causada pelos bancos. Embora se possa assumir que parte das causas advém de processos anteriores à entrada dos negros no mercado de trabalho, como aqueles gerados no sistema educacional e na vivência social marcada pelos estereótipos e pelos preconceitos de raça, houve elementos suficientes para que se reputasse peso causal considerável aos processos organizacionais das empresas.

Ao demonstrar que os processos de contratação e promoção para cargos de chefia das empresas são subjetivos, e portanto sujeitos a vieses discriminatórios, fortaleceu-se o argumento de que parte da desigualdade racial foi gerada pelos processos seletivos. Isso foi alegado diante da ausência de elementos fáticos que comprovassem que tais processos seletivos realmente selecionavam os melhores candidatos.

Baseado nesta ausência e com elementos que permitiram diagnosticar desigualdades sem justificativas válidas segundo os méritos produtivos dos negros, a falta de transparência dos processos seletivos de admissão e promoção foi tida como nexos de causalidade entre os efeitos de desigualdade racial demonstrados, e as alegações de que isso se dava por motivos discriminatórios, ainda que inconscientes. Na impossibilidade de obter provas “cabais” acerca dessas causas, apelou-se para a magnitude dos efeitos, para a ausência de explicações nos méritos, e para os indícios de falta de transparência nos processos organizacionais das empresas bancárias.

Mesmo não sendo possível determinar quanto do hiato entre brancos e negros cabia a cada uma das causas, o MPT sugeriu nas ações que se utilizasse como parâmetro a PEA reduzida, considerando a escolaridade, requisito para a admissão nos cargos de início de carreira, que, nesse setor, seriam os de caixa e escriturário bancário.

Dado que uma das respostas mais frequentes das empresas nas audiências de investigação, ainda no momento prévio às ações judiciais, foi a de que elas selecionavam sempre os melhores candidatos, para inferir concretamente sobre esses processos seletivos, o MPT procurou avaliar também se a estrutura de cargos e salários dos bancos trazia indícios de falta de critérios objetivos. Para isso, utilizou diversos argumentos, como o fato de as mulheres serem selecionadas em maioria para admissão nos bancos, mas não lograrem os mesmos êxitos nos processos de promoção às posições de mais alto escalão das empresas.

Considerando que as ações civis públicas não versaram exclusivamente sobre a questão racial, mas também sobre questões de gênero, intrigou os procuradores que os processos seletivos das empresas, alegados como calcados apenas nos méritos, selecionavam mais mulheres para admissão, e um número bastante reduzido delas para os cargos de gerência e direção. Isso foi argumentado com ênfase no fato de o quadro funcional daquelas empresas ter idade média de 30 anos, o que impediria a utilização de argumentos acerca da proletarização mais recente das mulheres no Brasil, o que poderia explicar a reduzida proporção de mulheres chefes. A partir disto, disseram que não havia respostas nos autos para o fato de os critérios de seleção por mérito, utilizados para selecionar mais mulheres na admissão, quando observados os processos para definir o acesso aos cargos de chefia das empresas, selecionavam muito mais homens.

Como se observa por este argumento, em alguns casos as evidências utilizadas pelo MPT para desconstruir as alegações dos bancos foram baseadas menos em dados e mais em ausências de provas por parte das empresas. Após ressaltar os trechos de depoimentos em que o banco declara que “funciona, na prática, como primeiro emprego de um grande contingente de trabalhadores, os quais buscam uma experiência profissional inicial, uma formação prática” (Anexo ACP, f. 172), os discursos de acusação indagam a respeito de quais seriam, efetivamente, esses critérios de seleção.

Neste ponto, o MPT se valeu também de autorização típica dos instrumentos processuais do processo coletivo de requisitar que o magistrado flexibilize a tradicional regra de que cabe a quem acusa o dever de comprovação das alegações, sob o argumento da presunção de inocência. Denominado inversão do ônus da prova, tal instituto foi criado para os casos em que as provas só podem ser obtidas por uma das partes (a acusada). Esta prática, além de autorizada pela legislação que trata do processo coletivo é enfatizada, sobretudo pela OIT, como importantíssima para os casos de discriminação no emprego (OIT, 2006, [online]).

4. A Recepção do PPIOT pelo Poder Judiciário

A presente seção tem o objetivo de apresentar como foi a recepção das ações judiciais do PPIOT no Poder Judiciário. As cinco ações civis públicas foram estudadas durante três anos de tramitação, percorrendo todos os passos desde o ajuizamento nas varas do trabalho da 10ª Região, em setembro de 2005, até o último julgamento em segunda instância (Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região). No quadro 1, a seguir, são resumidos os dados principais dos cinco processos judiciais enfocados pela pesquisa, as datas dos julgamentos e a síntese do veredicto dado em cada um deles.

Quadro 1: Relação dos processos incluídos na amostra da pesquisa, contendo a descrição dos trâmites segundo varas e turmas de julgamento

Nº Processos	Varas do Trabalho (1º grau)		Turmas de julgamento (2º grau)	
00943-2005-015-10-00-0	15ª	Indeferido por falta de provas	2ª	Julgado inteiramente, com 1 voto favorável e 4 contrários
<i>Datas</i>	3/4/2006		14/3/2008	

00930-2005-016-10-00-7	16 ^a	Indeferido por falta de provas	1 ^a	Julgado inteiramente, com 1 voto favorável e 4 contrários
Datas	16/12/2005		25/4/2007	
00928-2005-014-10-00-5	14 ^a	Indeferido por falta de provas	3 ^a	Julgou-se apenas as preliminares, que não foram acolhidas, o que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito
Datas	9/1/2006		16/2/2007	
00936-2005-012-10-00-9	12 ^a	Indeferido por falta de provas	1 ^a	Julgado inteiramente, com 1 voto favorável e 4 contrários
Datas	14/11/2005		28/2/2007	
00952-2005-013-10-00-8	13 ^a	Indeferido por falta de provas	2 ^a	Julgado inteiramente, com 5 votos contrários
Datas	24/2/2006		29/2/2008	

Fonte: Dados coletados pelo autor

Diversos fatores contribuíram para que as ações afirmativas jurídicas consideradas neste estudo sofressem resistências em serem deferidas pelos juízes e desembargadores do Poder Judiciário Trabalhista da 10^a Região. Entre tais resistências, é oportuno citar: i) o ineditismo do conceito de discriminação racial indireta apresentado ao Judiciário; ii) o caráter inovador dos instrumentos processuais utilizados, como as provas estatísticas; iii) a ausência de previsão legal explícita para o que foi pretendido pelas ações judiciais, exigindo atitudes normativas dos juízes no tocante à promoção da igualdade; e iv) a formulação de pedidos judiciais requerendo a adoção de ações afirmativas em entidades privadas e o reconhecimento de um efeito coletivo de atos ou omissões de entes particulares (dano moral coletivo).

É inegável que todos esses fatores ensejam resistências neste espaço social que “sempre teve na tradição uma garantia segura contra as inovações” (Sadek, 2006: 79). O caráter refratário do Judiciário às mudanças pode ser visto tanto sob a perspectiva ideológica, quanto sob uma perspectiva prática, de conformação deste espaço na estrutura formal do Estado, com regras e papéis definidos. Esses são os temas das duas seções seguintes.

4.1 A perspectiva ideológica das resistências às ações afirmativas

A despeito das grandes controvérsias teóricas que envolvem o tema da discriminação racial, é consensual nas ciências sociais brasileiras atribuir importância às ideologias e mitos na explicação das dificuldades de reconhecimento do racismo. Uma das formas mais recorrentes para explicar as resistências às ações de combate à discriminação racial no Brasil é a idealização do país como lugar de igualdade em termos raciais.

Entre as estratégias utilizadas para mostrar a presença desse tipo de ideologia, é importante citar o apontamento da ausência de conflitos e de casos diretos de discriminação racial. Da mesma forma, é

muito comum a exaltação de exceções de negros de sucesso, o que comprovaria esta ausência de segregação racial, assim como o caráter miscigenado da população brasileira, visto pelos operadores do direito estudados como “um dos orgulhos de nossa sociedade” (Contestação de defesa, f. 348). Geralmente relacionada a essas estratégias está outra: a ênfase nas consequências que a adoção de ações afirmativas para negros representaria em termos do acirramento dos conflitos raciais.

Atualmente tal debate se reflete principalmente na confusão entre a desigualdade de classes e aquela relacionada à discriminação racial. Conforme Antônio Sérgio Guimarães, “o grande problema para o combate ao racismo no Brasil consiste na eminência de sua invisibilidade, posto que é reiteradamente negado e confundido com formas de discriminação de classe.” (GUIMARÃES, 2005, p. 226). Ao explicar tais controvérsias, retoma o caráter imponderável sobre o grau de consciência do racismo no país, pois elas são atribuídas “tanto a uma postura ideológica, quanto à confusão, e o constante deslizamento semântico, entre os três significados do termo ‘classe’ – grupo identitário, associação de interesses e sujeito político e histórico” (GUIMARÃES, 2002, p. 44).

Nesta pesquisa, uma das mais comentadas resistências de caráter ideológico às ações afirmativas são os argumentos que consideram com naturalidade a condição subalterna dos negros brasileiros. A desqualificação das evidências de discriminação se deu, muito frequentemente, por meio da exaltação do caráter complexo dos problemas sociais relativos àquela população. Esta complexidade invariavelmente levou a que os discursos enfocassem pressuposições acerca de responsabilizações alternativas àquela pedida pelas ações judiciais do MPT, apontando para causas difusas e genéricas do problema. Eis dois exemplos emblemáticos: “constata-se a evidência de questões de fundo sociológico e econômico, em contraposição à simplista afirmação de alguns que se trata meramente de uma questão de cor” (Contestação de defesa, f. 338), e:

Não podemos implementar políticas anti-discriminatórias, sem considerar as peculiaridades, a história, a cultura de nosso povo, já que, compreender a discriminação quanto às suas causas é meio caminho para eliminá-la. Cada povo tem suas características próprias, e por esta mesma razão demandam soluções próprias, na forma, no tempo e na execução das medidas necessárias ao combate do mal social instalado. (Contestação da defesa, f. 329)

Da mesma forma, a despeito de, nos autos dos processos, serem inequívocas as evidências de desigualdades não explicadas pelos menores méritos dos negros, invariavelmente foi mobilizado o argumento de que os negros são desprovidos das mesmas qualidades produtivas que os brancos no Brasil, independentemente do contexto em que isso foi considerado pelas ACPs analisadas. Percebeu-se que a negação do caráter discriminatório das desigualdades raciais se deu pela mitigação das suas causas. Isso ocorreu nos autos tanto ao recorrerem a explicações históricas ou generalizantes, como pelo recurso às exceções de sucesso dos negros, como prova da inexistência de discriminação racial. Eis um exemplo:

não se pode esquecer a História e perceber quanto houve de discriminação racial no País, de forma velada, à conta dos precedentes trazidos pela escravidão que marcou nossa sociedade até o século XIX, mas cujos efeitos perniciosos persistiram no século seguinte e persistem em certa medida no atual século XXI, porquanto milhares de indivíduos, libertos, simplesmente eram entregues à própria sorte, desprovidos de qualidades para desempenharem funções com maiores exigências intelectuais, já que poucos foram os premiados com educação por seus senhores, por vezes em busca apenas da mera retribuição de serviços mais acurados na casa grande, enquanto muitos persistiam apenas

com os qualificativos para o trabalho mais duro da senzala (Decisão liminar 1ª instância, f. 182).

Mesmo que reconheça que “a realidade, cruel, e tão prometida ao longo de vários Governos, não se modifique” (Decisão liminar 1ª instância, f. 182), não aceita que o Judiciário seja o vetor para exigir tal modificação. Em determinados momentos da sua argumentação, o juiz parece não referendar ações afirmativas para negros com o receio das suas consequências na vida daqueles negros que dela não precisariam, como se isso fosse desqualificar as posições já alcançadas por eles: “Quantos não serão os negros que já não dependem de qualquer ajuda do Estado para obterem colocações no mercado de trabalho, apoiados que foram por suas famílias e outras entidades na busca de maiores níveis de escolaridade?” (Decisão liminar 1ª instância, f. 182).

Todavia, ao argumentar que as ações afirmativas teriam o efeito de colocar em dúvida os méritos dos negros que, mesmo em condições adversas, galgaram posições até alcançar a elite, remete-se a uma exceção para justificar o caráter inalterado das estruturas que, em regra, discriminam negros no mercado de trabalho. Este é um recurso comum para referendar o argumento de desnecessidade das medidas de tratamento preferencial de grupos, como as ações afirmativas.

No mesmo sentido, os discursos jurídicos analisados conferiram grande importância à questão da demonstração das intenções racistas como pré-requisito para a identificação dos atos de racismo e sua consequente reparação. Apenas os atos de natureza individual poderiam ser considerados discriminatórios, já que a “intenção” é um propósito para uma ação geralmente identificável no nível do indivíduo. O apelo à demonstração de fatos individuais, procurando particularizar fatos de natureza coletiva, foi justificado também com base em dispositivos advindos da legislação ordinária, muitas vezes sobrepujando o conteúdo constitucional do princípio da igualdade, instituto legal mobilizado nos processos em pauta.

Tanto ao enfatizar as causas históricas, complexas e generalizantes, quanto ao apelar para raciocínios que transpõem um problema tipicamente sociológico para o nível individual, o que se percebe é a tentativa de desqualificar a possibilidade de a desigualdade racial ser mesmo causada por mecanismos sócio-organizacionais típicos do funcionamento do mercado de trabalho, e, por consequência, da possibilidade de responsabilizar as empresas acusadas.

Outra explicação para as resistências às ações afirmativas reside na dificuldade de aceitar que, por motivos visíveis apenas sob a perspectiva dos interesses de uma coletividade, nesse caso a formada pelos negros, o Estado aja preferencialmente em nome dela. Nesse caso a resistência ao nível das ideologias se articula menos com uma visão a respeito das relações raciais, e mais com uma visão comprometida com a valorização dos méritos individuais como critério principal para a distribuição dos ativos e posições sociais.

No trecho seguinte o juiz considera como discriminatórios apenas fatos que comprovem a segregação explícita dos indivíduos negros, já que afirma: “A própria existência de mulheres, negros e pessoas de idade em cargos e funções questionados pelo Ministério Público do Trabalho faz indagar onde residiria a discriminação” (Sentença 1ª instância, f. 659). Com sentido semelhante, mas desta feita dito pelo advogado incumbido da defesa da empresa acusada no mesmo processo, tem-se: “se houvesse qualquer tipo de discriminação, evidentemente não comporiam o quadro de empregados do Banco-réu trabalhadores(as) negros(as)” (Contestação de defesa, f. 317).

A crença desses atores na ausência de preconceitos raciais no Brasil é tão arraigada, que o magistrado reforça: “É preciso, repita-se, estabelecer cada investigação nos grupos específicos, segundo a classe social, o grau educacional, o nível de escolaridade e a renda familiar” (Sentença Vara do Trabalho – 1ª instância, f. 650). Não apenas desconsidera as particularidades das análises comparativas feitas pelo MPT, como ignora muitas interpretações acadêmicas sobre esses fenômenos. Além disso, o que é mais grave, sugere que a estratégia de comparação do MPT deveria ter considerado também, além de ser parte da PEA, ter mais de 16 anos e apresentar as condições educacionais informadas pela empresa como requisitos para a admissão, apenas as pessoas com “renda familiar” ou “classe social” adequadas, esquecendo-se da grave injustiça presente em não considerar quem é pobre, porém qualificado, sob pena de zerar todos os índices de mobilidade social brasileiros.

A síntese do que foi apresentado nesta seção pode ser feita a partir da relação entre a intenção de desconstrução da ideia de que há discriminação racial no Brasil e as decorrentes estratégias de auto isenção de responsabilidades. Por um lado, as empresas judicialmente acusadas se eximem da sua parcela de culpa pelos resultados dos seus processos organizacionais que impactam desproporcionalmente os negros. Por outro lado, os juízes se eximem de enfrentar o ônus de inovar e aceitar que há fenômenos não redutíveis a indivíduos.

Ao não aceitarem tais evidências, eximiram-se do reconhecimento de que entre os critérios que estruturam a sociedade há consequências desproporcionalmente negativas para determinados grupos sociais, como é o caso dos negros brasileiros. As estratégias para isso passaram pelo argumento histórico, ora afirmando que a própria História se encarregará de promover a igualdade racial, ora apenas apontando-a como a responsável, ainda hoje, pela condição de subalternidade coletiva dos negros. A desigualdade e a discriminação racial são vistas como algo exógeno, criado por um elemento externo e genérico, o que tornaria as empresas também vítimas. Além de as empresas não se perceberem como produtoras nem de parte das desigualdades raciais apresentadas, os juízes referendam que isso não é mesmo um problema de qualquer entidade que possa ser responsabilizada pela prestação jurisdicional do Estado.

4.2 A perspectiva prática das resistências às ações afirmativas

No tocante às resistências práticas, é relevante destacar a natureza do contexto institucional em comento. Isso porque se trata de espaço público, cuja ação se dá por meio de discursos que, em grande medida, possuem alta carga de pessoalidade, nem sempre se dando em termos neutros. Por isto, ao proferir a sentença, o juiz expõe sua individualidade, suas opiniões e, em consequência, sua imagem pública e seu nome a um escrutínio também público, com partes contrárias envolvidas que, frequentemente, repercutem na imprensa.

Tanto a pessoalidade dos atos dos juízes, quanto o seu maior poder discricionário e normativo em causas coletivas, sobretudo as de natureza constitucional, levam a que as visões opostas às ações afirmativas possam ser vistas também sob a ótica da resistência consciente às inovações (PERELMAN, 2004; COURTIS, 2006). Este quadro de resistência se potencializa quando o litígio envolve questões técnicas ou aspectos políticos mais amplos, como certamente são os casos em análise. O comportamento conservador se justifica nesses casos pelo temor de a autoridade do magistrado ser questionada por outros campos do saber (COURTIS, 2006).

Além do receio das repercussões externas, o temor das repercussões internas ao espaço conformado pelas instituições do Judiciário também pode incidir nas decisões judiciais. Tais resistências podem ocorrer quando se considera, por exemplo, que um dos pilares do Direito ocidental é a garantia ao

recurso de uma decisão judicial. Com isso, há sempre a possibilidade de uma decisão do juiz ser conservadora devido a sua previsão a respeito das decisões que poderão vir a ser tomadas nas instâncias superiores. Em que pese a autonomia dos magistrados assegurada na legislação brasileira, não se pode negar que a apreensão da reforma das sentenças também pode ter relação com a estrutura de mobilidade ascendente almejada pelos juízes, bem como com algum nível de hierarquia entre os magistrados de início de carreira e os magistrados que ocupam cargos de desembargadores, ministros etc.

Quanto aos conteúdos em análise, dois posicionamentos principais surgiram ante a situação colocada aos juízes: a primeira é a exigência do cumprimento do que está disposto na legislação ordinária; a segunda é, na insuficiência de leis específicas a referendar as ações afirmativas, recorrer à interpretação de princípios constitucionais para estabelecer obrigações ou proibições. O maior poder normativo dos juízes e a discricionariedade que gozam para arbitrar penas e obrigações, quando o que está em questão são direitos sociais, constituem temas muito controversos e ainda pouco debatidos no Brasil.

Nos autos analisados, um fator complicador é o enquadramento dos pedidos judiciais no âmbito das regras do processo coletivo. Por serem regidos por normas difusas em um conjunto restrito de leis e códigos⁸, e serem oriundos de um ramo novo no direito, com instrumentos e regras processuais ainda em consolidação, muitas das suas singularidades não se concretizaram em precedentes. Para a literatura recente dedicada ao tema, tal contexto se estrutura na oposição entre práticas historicamente erguidas sobre as bases teóricas do liberalismo e as inovações comunitaristas idealizadas na Constituição de 1988.

Como exemplo do apego às perspectivas tradicionais no direito brasileiro, houve a tendência a exigir o enquadramento das discriminações indiretas à legislação trabalhista ordinária (art. 461 da CLT), obrigatoriamente calcada em comparações entre dois indivíduos para caracterizar a discriminação. Outro exemplo pode ser percebido quando as defesas dos bancos e um juiz de 2º grau declararam que o MPT estaria acusando as empresas de crime de racismo, o que não teria espaço no direito do trabalho, mas no direito penal, com punições de privação da liberdade. Tal postura foi verificada na manifestação oral de um dos magistrados incumbidos da função de juiz revisor, em discussão aberta após os pronunciamentos de todos os juízes, advogados e do procurador. Esclarece o magistrado:

com relação ao que foi dito quanto à exigência da convenção 111 que diz que a discriminação é indireta, eu posso até concordar com isso, mas para fins de diretrizes governamentais para programas sociais e não para a condenação de uma empresa, ou de qualquer pessoa, no caso de alegada discriminação que, como pontuou o advogado de defesa, é crime⁹. (Sustentação oral do juiz revisor em sessão de julgamento em 2ª instância, gravada no plenário do tribunal da 2ª turma do TRT da 10ª Região em Brasília, em 28/02/2007.

Entretanto, em todas as manifestações favoráveis aos pedidos do MPT, os juízes reconheceram a insuficiência dos parâmetros do processo judicial individual para os casos de discriminação. A razão dessa convicção reside: i) na dificuldade de identificação desses fenômenos no nível individual; ii) na assimetria entre empregador e empregado no que diz respeito à produção de provas; iii) na necessidade de que sejam adotadas posturas normativas por parte do Judiciário para casos judiciais sem parâmetros legais previstos na legislação ordinária, desde que interpretados sob os auspícios da CF.

⁸ Código de Processo Civil, Lei da Ação Civil Pública, Código do Consumidor, Lei Orgânica do Ministério Público.

⁹ Sustentação oral do juiz revisor em sessão de julgamento em 2ª instância, gravada no plenário do tribunal da 2ª turma do TRT da 10ª Região em Brasília, em 28/02/2007.

5. Considerações Finais

A pesquisa versou sobre estratégias retóricas de resistência às ações afirmativas para negros no Brasil. Essa retórica foi coletada no âmbito de processos judiciais emblemáticos, sobretudo porque a discriminação foi conceituada de modo a aproximá-la do conceito mais amplo de desigualdade racial, na esteira das normas e jurisprudências do direito internacional. Para exigir a reparação do direito à igualdade que prejudica a população negra, o PPIOT prescindiu da necessidade de demonstração de fatos e intenções individuais que, direta ou nitidamente, estivessem vinculadas a ideologias discriminatórias.

Devido a tais características, os processos judiciais exigiram que os operadores do direito enfrentassem, pela primeira vez no país, a questão da desigualdade racial em seus elementos tipicamente brasileiros. O caráter muitas vezes velado que assume o racismo e a naturalidade da desigualdade racial para o conjunto dos brasileiros fazem com que o esquema de posições vigente não se altere. A retórica de justificação das desigualdades suaviza não só os significados dos fatos discriminatórios, mas, principalmente os seus efeitos.

Tanto o caráter velado atribuído aos mecanismos discriminatórios de negros, quanto a naturalização ideológica da desigualdade que os prejudica transformaram em tabu se referir ao racismo brasileiro ou agir em seu combate. É também esta característica que permite que vozes discordantes tenham motivos pouco aparentes para existirem de modo legítimo nos espaços públicos. Não é exagero afirmar que mesmo com evidências inquestionáveis acerca da discriminação racial, ainda assim é comum, mesmo em querelas individuais, reputar as causas a fatores distantes da condição racial dos envolvidos.

Ao utilizar evidências estatísticas e análises com apelo tipicamente sociológico, o PPIOT apresentou mais uma fonte de inovação, além de mais argumentos para as resistências. Por mais que não fosse possível estampar casos explícitos de segregação racial, as ações civis públicas do MPT levaram ao Judiciário as evidências possíveis de serem geradas, segundo a opinião de um conjunto bem diverso de atores políticos reunidos em torno da sua criação.

Ao ampliar os direitos de cidadania pela maior proteção dos direitos sociais, a Constituição de 1988 deu, no plano formal, passos largos que, na realidade, ainda estão sendo seguidos em ritmo ora mais lento, ora mais rápido. Não há dúvidas que o ritmo almejado pelo MPT nesses cinco casos foi maior que o dos demais envolvidos, por diversos aspectos. Primeiro, porque se dedicou a fenômeno de difícil identificação, mas que, de modo injusto, afeta gravemente as chances de vida de um conjunto de pessoas pertencentes a um mesmo grupo racial. Segundo, porque a razão para esta injustiça reside num conjunto de idealizações amplamente compartilhadas na sociedade brasileira, reproduzidas por gerações e ainda sem soluções políticas efetivas. Terceiro, porque o discurso inicial das cinco ações judiciais estudadas reflete uma posição institucional de enfrentamento dessa complexidade procurando uma linguagem técnica e a conjunção de saberes diversos ao Direito para demonstrar as evidências desses fenômenos, pois concretizadas em estatísticas, análises comparativas e inferências sobre efeitos e causas sociais. A acusação requereu que, previamente ao reconhecimento de um determinado direito à igualdade, se admitisse como verdadeira a desigualdade racial presente não apenas em cada uma das cinco empresas bancárias, mas também aceitando suas características estruturantes das relações sociais no Brasil.

Ao apresentar os fatos nesse formato para o Judiciário, o PPIOT requereu que se avaliasse um fenômeno controverso, a partir de meios de provas até então ausentes nas cortes brasileiras. Para remediar esta fragilidade, a acusação exigiu posturas politicamente mais ativas do Judiciário, uma vez que aquilo que se encontra em jogo é um interesse coletivo. A postura de tratamento preferencial por parte do Estado

esteve presente não só na exigência de que as empresas adotassem ações afirmativas, como também ao pedir ao Judiciário que ampliasse seus critérios, porque rígidos e individualizantes das demandas.

Com tantas inovações, as oposições se desenvolveram negando a discriminação identificada: i) porque as evidências são insuficientes; ii) porque não existe mesmo discriminação racial nas empresas ou no Brasil; iii) porque, para efeito de condenação, não se pode reconhecer fenômenos cujas causas são de natureza histórica, cultural ou sociológica; iv) porque não há relação comprovada entre as causas e os efeitos; v) porque não é possível que os negros estejam mesmo em patamares produtivos semelhantes aos brancos; vi) porque os efeitos serão ruins para a sociedade; vii) porque os efeitos serão ruins para o direito.

Quanto à forma com que essas inovações foram colocadas para a avaliação do Estado, resta colher as lições. Elas foram em geral rechaçadas, mas demonstraram que isso ocorreu por motivos não somente ideológicos enganados, mas também deram mostras consideráveis de que se justificam por interesses. A partir da forma com que se deu o debate, não é razoável considerar como inovadora a atuação sobre fatos diagnosticados há décadas na nossa sociedade. Também não pareceu razoável o rechaço veemente do uso das estatísticas e da sua capacidade de apontar causas e efeitos, na mesma página em que se supõe, sem provas, que, em quaisquer circunstâncias, os méritos produtivos dos negros seriam menores, e que os critérios de seleção, ainda que não demonstrados, teriam por efeito sempre a seleção dos candidatos mais capacitados.

6. Referências

- ARANTES, R. B. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, 1999.
- ASHENFELTER, O.; R. OAXACA. The Economics of Discrimination: economists enter the courtroom. **American Economic Review**, v. 77, n. 2, p. 321-325, 1987.
- BAKAN, A. B.; A. KOBAYASHI. **Employment Equity Policy in Canada**: an interprovincial comparison. Research Directorate. Ottawa: Status of Women Canada, 2000.
- BARROZO, P. D. A ideia de igualdade e as ações afirmativas. **Lua Nova**, [s. l.], n. 63, 2004.
- BELLINTANI, L. P. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito**: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRANDÃO, M. A. D. O Papel da Diplomacia no Combate ao Racismo. In: SEMINÁRIO RACISMO, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA. **Anais...** Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: jun. 2008.
- CARVALHO, J. J. **Inclusão étnica e racial no Brasil**: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar, 2005.
- COSTA, S. **Dois atlânticos**: teoria social, antirracismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- COURTIS, C. Judicial enforcement of social rights: perspectives from Latin America. In: GARGARELLA, R.; P. DOMINGO & T. ROUX. **Courts and social transformation in new democracies**. Hampshire, England; Burlington, United States of America: Ashgate, 2006.
- COUTO, C. G. & R. B. ARANTES. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

- FERES JR., J. Ação Afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, 2004.
- FUX, L. As políticas de ação afirmativa no ensino superior: contribuições do campo jurídico. **ADVIR**, n. 19, 2005.
- GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: EMERSON, R. & F. LOBATO (orgs.). **Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- _____. **Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUIMARÃES, A.S. A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2005.
- _____. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- HERINGER, R. Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil: um balanço do período 2001-2004. 1ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DA REDE DE ESTUDOS DE AÇÃO AFIRMATIVA, 1., 2005, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, 2005.
- _____. Mapeamento de Ações e Discursos de Combate às Desigualdades Raciais no Brasil. **Revista de Estudos Afro-Asiáticos**, Rio de Janeiro, a. 23, n. 2, 2001.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim de Políticas Sociais**, n. 11, 2005.
- _____. **Boletim de Políticas Sociais**, n. 12, 2006.
- _____. **Boletim de Políticas Sociais**, n. 13, 2007a.
- _____. **Boletim de Políticas Sociais**, n. 14, 2007b.
- JACCOUD, L. O combate ao racismo e à desigualdade: o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial. In: THEODORO, M. (Org.). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: IPEA, 2008.
- JACCOUD, L.; N. BEGHIN. **Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília: IPEA, 2002.
- JELIN, E. Cidadania e alteridade: o reconhecimento da pluralidade. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, Belo Horizonte, n. 24, 1996.
- KAUFMANN, R. F. M. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LIMA, F. A. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- LIMA, R. K. Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 1, 2004.
- LIPSET, S. M. Two Americas, Two Value Systems: blacks and whites. In: SØRENSEN, A.; S. SPILERMAN (Orgs.). **Social Theory and Social Policy: essays in honor of James S. Coleman**. Westport, Connecticut: Praeger, 1993.
- McCRUDDEN, C. International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Inequality. In: FREDMAN, S. (Org.). **Discrimination and human rights: the case of racism**. New York: Oxford University Press, 2001.
- MEDEIROS, C. A. **Na lei e na raça: Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

- MELLO, M. A. M. F. Óptica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, Escola Nacional da Magistratura, a. 1, n. 1, 2006.
- MOEHLECKE, S. **Propostas de Ações Afirmativas no Brasil**: o acesso da população negra ao ensino superior. 2000. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.
- NEVES, M. Estado democrático de direito e discriminação positiva. In: SOUZA, J. et al. (Orgs.). **Multiculturalismo e racismo**: uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997.
- _____. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, J. (Org.). **Democracia Hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Edunb, 2001.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção Nº 111. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, publicado no D.O.U. de 23 de janeiro de 1968.
- _____. **Equality in Employment and Occupation, General Survey**. Geneva: International Labour Office, 1996.
- _____. **Labour Legislation Guidelines**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/llg>>. Acesso em: abr. 2006.
- _____. Time For Equality at Work: global report. INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, 91, 2003, Geneva. **Anais...Report I(B)**. Geneva: International Labour Office, 2004.
- OSORIO, R. G. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balanço das teorias. In: THEODORO, M. (Org.). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil**: 120 anos após a abolição. Brasília : IPEA, 2008.
- _____. **A mobilidade social dos negros brasileiros**. Textos para Discussão. Brasília: IPEA, 2004.
- PERELMAN, C. **Lógica Jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PIOVESAN, F. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, F.; D. M. de SOUZA (Org). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: SEPPPIR, 2006.
- POTVIN, M. The role of statistics on ethnic origin and "race" in Canadian antidiscrimination policy. **International Social Science Journal**, Oxford, Blackwell UNESCO, n. 183, 2005.
- RACUSEN, S. The Ideology of the Brazilian Nation and the Brazilian Legal Theory of Racial Discrimination. MEETING OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 2003, Dallas, Texas. **Anais...Dallas**, 2003.
- RAMOS, L. & M. L. VIEIRA. Determinantes da desigualdade de rendimentos no Brasil nos anos 90: discriminação, segmentação e heterogeneidade dos trabalhadores. In: HENRIQUES, R. (Org.). **Desigualdade e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.
- RANGEL, L. **Rendimentos e desigualdade racial em 2003**. Nota técnica da Diretoria de Estudos Sociais – DISOC/IPEA, Brasília, 2005.
- RIOS, R. R. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- ROCHA, C. L. A. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996.
- SADEK, M. T. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

- SANTOS, S. A. **Movimentos Negros, Educação e Ações Afirmativas**. Brasília, UnB, 2007. 554 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- SARMENTO, D. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia & Douglas Martins de SOUZA (Coords.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: SEPPIR, 2006.
- SILVA Jr., H. **Direito de Igualdade Racial**: aspectos constitucionais, civis e penais. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- SKRENTNY, J. D. **The Ironies of Affirmative Action**: politics, culture, and justice in America. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- _____. Pragmatism, Institutionalism and the construction of Employment Discrimination. **Sociological Forum**, v. 9, n. 3, p.343-369, 1994.
- SOARES, S. **O Perfil da Discriminação no Mercado de Trabalho**: homens negros, mulheres brancas e mulheres negras. Texto para Discussão, n. 769. Brasília: Ipea, 2000.
- SOUZA NETO, C. P. & J. FERES JR. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TELLES, E. E. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2003.
- TOBLER, C. **Indirect Discrimination**: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law. Social Europe Series, v. 10. Verschenen: Intersentia, 2005.
- VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WENGDAHL, A. Indirect Discrimination and the European Court of Justice. **CFE Working Paper**, Centre for European Studies, University of Lund, Sweden, 2001.

Documentos

- Processo nº 00943-2005-015-10-00-0 15ª Vara do Trabalho de Brasília.
- Processo nº 00952-2005-013-10-00-8 13ª Vara do Trabalho de Brasília.
- Processo nº 00930-2005-016-10-00-7 16ª Vara do Trabalho de Brasília.
- Processo nº 00928-2005-014-10-00-5 14ª Vara do Trabalho de Brasília.
- Processo nº 00936-2005-012-10-00-9 12ª Vara do Trabalho de Brasília.