

## Manifestação Técnica

PG/PADM/ALAP/257/2023/RCCS

Em 7 de julho de 2023

REFERÊNCIA: PROCESSO N.º GAB-OFI-2023/03347

PROJETO DE LEI N.º 2209/2023. DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE UM PROGRAMA MUNICIPAL DE FOMENTO À EMPREGABILIDADE TRANS NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ANÁLISE QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

### **I – RELATÓRIO**

Cinge-se a presente manifestação à análise jurídica quanto à constitucionalidade do Projeto de Lei n.º 2209/2023 que “*Dispõe sobre a criação de um Programa Municipal de Fomento à Empregabilidade Trans no Município do Rio de Janeiro e dá outras providências*”, de autoria da ilustre Vereadora Luciana Boiteux, conforme **Ofício n.º GAB-OFI-2023/03347**, peça inaugural do presente, expedido pela Coordenadoria Geral do Gabinete do Prefeito (GBP).

No processo administrativo, constam **(i)** a referida minuta de Projeto de lei e respectiva justificativa e **(ii)** a solicitação de pronunciamento desta PG/PADM pela Subprocuradoria Geral do Município (PG/SUB/CONS), por meio do **Despacho n.º PGM-DES-2023/31191**.

É o breve relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O Projeto de lei que visa a dispor sobre a criação de um Programa Municipal de Fomento à Empregabilidade Trans no Município do Rio de Janeiro.

Por relevante, transcrevo, da justificativa apresentada, o seguinte trecho:

*“ (...) a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, aponta que há em nossos territórios um conjunto de naturalizações da violência transfóbica que seguem, ano após ano, produzindo um conjunto sistêmico de vulnerabilizações que encontram seu ápice na violência física e no assassinato brutal. (...) Tendo no acesso a empregabilidade uma importante ferramenta de fortalecimento das trajetórias, entendemos que um programa de empregabilidade se coloca como ferramenta de garantia de vida para este segmento historicamente marginalizado (...)”*

### II.1 – Do Programa Municipal de Fomento à Empregabilidade Trans como política de ação afirmativa – Constitucionalidade Parcial

Em apertada síntese, o PL busca tutelar os direitos de travestis, mulheres transexuais e homens trans/pessoas transmasculinas da seguinte forma: **(i)** garantia do uso e o respeito ao nome social ao longo do seu vínculo com a Administração – art. 1º, parágrafo único -; **(ii)** obriga o Poder Público a criar cotas permanentes para os beneficiários da Lei em programas de empregabilidade e de formação profissional do Município, no percentual mínimo de 3%, voltados, preferencialmente, a pessoas em situação de extrema vulnerabilidade – art. 2º -; **(iii)** reserva 3% das vagas de concursos públicos para cargos ou empregos na Administração direta e indireta – art. 3º -; **(iv)** impõe às empresas contratadas pela

Administração para prestação de serviços continuados de prazo igual ou superior a 120 dias a manterem ao menos 3% do total de seus funcionários com indivíduos pertencentes ao grupo tutelado pela Lei – art. 4º -; **(v)** prevê a oferta de serviços de qualificação profissional aos beneficiários da Lei – art. 5º -; e **(vi)** cria o selo de Empresa sem Transfobia a ser concedido para as empresas que atenderem aos requisitos da Lei – art. 6º.

Pois bem, a análise de mérito do referido projeto deve levar em consideração os termos do art. 71, II, alínea “e”, c/c o art. 44, III da LOMRJ, que versam sobre a competência privativa do Prefeito para a propositura de leis que disponham sobre a criação de programas e políticas públicas de desenvolvimento.<sup>1</sup>

“Art. 71 São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

e) as **matérias constantes do art. 44, incisos II, III, VI e X.**

Art. 44 Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, legislar sobre todas as matérias de competência do Município e especialmente sobre:

[...]

III - **políticas, planos e programas municipais, locais e setoriais de desenvolvimento;** [grifou-se]

Através da criação de políticas, planos e programas municipais a Administração

<sup>1</sup> A acepção do termo ‘desenvolvimento’ deve ser apreendida em seu sentido amplo, incluindo proposições como a presente que buscam expandir as capacidades individuais de determinadas pessoas inseridas em grupo social minoritário. Sobre a perspectiva de desenvolvimento relacionada à promoção da liberdade humana, confira-se: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Editora Companhia de bolso, 2018. p. 95

Pública pode atender, de maneira eficaz, as necessidades essenciais da população.

Neste sentido, ancorado em manifestação de órgão de assessoramento da Câmara Municipal, a qual manifesto concordância, o Poder Legislativo possui a prerrogativa de atuar na elaboração das **linhas gerais** de programas e políticas públicas voltadas para a implementação de direitos essenciais, frise-se, **desde que não atinjam elementos de competência privativa do Prefeito, tampouco, venham a interferir diretamente na estrutura Poder Executivo, com a criação de responsabilidades e atribuições para as Secretarias.**<sup>2</sup>

Cabe frisar, ainda, que o e. STF, em decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, no bojo do Recurso Extraordinário com Agravo nº 794.154, concluiu pela constitucionalidade do art. 71, II, 'e' c/c art. 44, III da LOMRJ, como hipótese autônoma de iniciativa privativa do Exmo. Sr. Prefeito, senão vejamos:

*“Desse modo, foram retiradas da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo acerca das seguintes matérias: a) plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública; b) políticas, planos e programas municipais, locais e setoriais de desenvolvimento; c) concessão de isenção e anistias fiscais e remissão de dívidas e créditos tributário; e d) concessão de subvenção ou auxílio, ou que, de qualquer modo, aumentem a despesa pública;*

***O Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da Emenda 23, de 2011, nos pontos em que excluiu da iniciativa reservada as matérias constantes dos itens a, b e d, elencadas no parágrafo anterior, excepcionando a***

***temática constante do ponto “c” por entender que a matéria tributária não se insere nas competências reservadas à iniciativa do Prefeito Municipal.***

***(...) Como se vê, está correta a interpretação do Tribunal a quo relativamente a essas matérias, uma vez que a orientação adotada nesta Corte é de que as hipóteses de iniciativa reservada não se esgotam no art. 61 da Constituição Federal e também abrangem as constantes do art. 165 da CF/88, de modo que compete privativamente aos Chefes do Poder Executivo, em todas as suas esferas, deflagrar o processo legislativo de lei referentes a orçamento e a programas regionais e setoriais de desenvolvimento.***

***(...) Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido apenas para declarar a constitucionalidade do artigo 3º da Emenda nº 23/11 à Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, no ponto em que excluiu da reserva privativa do Poder Executivo a matéria relativa à “concessão de subvenção ou auxílio, ou que, de qualquer modo, aumentem a despesa pública”.***

Diante disso, vislumbra-se a **constitucionalidade parcial** do PL ora analisado, pelas razões que serão expostas a seguir.

Em primeiro lugar, o Programa veiculado no PL compõe o conceito de ‘ações afirmativas’, consistindo em políticas públicas setoriais – não universais -, que realizam uma desequiparação, fundada na discriminação inversa<sup>3</sup> ou positiva, com respaldo no objetivo

<sup>3</sup> Há debate terminológico a respeito da qualificação adequada. Prevalece o uso da expressão “discriminação positiva” para aludir às ações afirmativas, no sentido de discriminar com o escopo de equalizar. Por sua vez, aqueles que adotam a expressão “discriminação inversa ou reversa” não o fazem para conferir significado pejorativo às cotas, como se resultassem em tirania das minorias sobre as majorias, mas sim sob a perspectiva de que a adoção do termo ‘discriminação’ com o adjetivo ‘positiva’ constitui uma contradição em si mesma, de modo que o mais correto seria compreen-

<sup>2</sup> ESTUDO TÉCNICO Nº 05/2016/CAL/MD/CMRJ – Câmara Municipal do Rio de Janeiro - Consultoria e Assessoramento Legislativo. g/n

fundamental da República de promover a igualdade – art. 1º, III, 3º, III e IV e 5º *caput* da CRFB.

Para atingimento destas finalidades constitucionais, mostra-se imprescindível garantir não só deveres negativos por parte de terceiros, isto é, de não intervenção discriminatória – art. 5º XLI da CRFB -, mas também prestações estatais positivas.

Cabe acrescentar que a própria Constituição Federal previu expressamente ações afirmativas de reserva de vagas em concursos públicos, com recorte voltado às pessoas com deficiência, em seu art. 37, VIII, o qual veicula norma de eficácia limitada, submetendo à reserva de Lei o “*percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*”.

Em relação ao conceito de ações afirmativas, cumpre trazer as lições doutrinárias de Joaquim Barbosa e de Carmen Lúcia que dialogam com o direito norte-americano<sup>4</sup>:

*“as ações afirmativas podem ser definidas 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*

der as ações afirmativas como o movimento inverso da discriminação sob o manto do princípio da igualdade, conferindo tutela jurídica adequada às minorias étnico-raciais. Veja-se, neste sentido, CORBO, Wallace. *Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 215.

<sup>4</sup> Em que pese a doutrina nacional aluda à experiência das ações afirmativas norte-americanas, o seu surgimento ocorreu na Índia, como ferramenta de combate à desigualdade causada aos *Dalits* (intocáveis) no regime de castas hindu. Confira-se CHANDOLA, V. Varn. *Affirmative Action in India and the United States: the Untouchable and Black Experience*. In: *Indiana International and Comparative Law Review*. Vol. 3, n. 1, 1992. pp. 101-134. Disponível em: <https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol3p101.pdf>

*praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego*”.<sup>5</sup>

*“Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a affirmative action, que **comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.** Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente.*

*A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas. Note-se que não apenas pessoas físicas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de*

<sup>5</sup> GOMES, Joaquim B.B. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40

propriedade de membros de grupos minoritários étnicos, raciais, discriminados de maneira geral (negros, mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados), etc. passaram a ser sujeitos da ação afirmativa.

**(...) Mas se teve, e ainda se tem, a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualdade jurídica.**

É importante salientar que **não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar,** com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no

princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.

Assim, **a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualdade positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualdade social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias**.<sup>6</sup>

No âmbito normativo nacional, o Estatuto da Igualdade Racial – Lei federal nº 12.288/2010 – estabelece, em seus conceitos, a gramática das **políticas públicas raciais**, prevendo as ações afirmativas como uma das ferramentas de combate à discriminação racial a ser adotada por todos os entes federativos, no âmbito do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência

<sup>6</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 33, n. 131, jul/set. 1996, pp. 283-295.

*ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;*

*II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;*

*III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;*

*VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.*

*Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.*

*§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.*

*§ 2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir.*

*Art. 48. São objetivos do Sinapir:*

*I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;*

*III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;*

*V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.*

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 01/2021, pelo rito do art. 5º, §3º da CRFB, possuindo, portanto, estatura de Emenda Constitucional. **Dito de outra forma, o Tratado Internacional em comento trouxe textualmente para o bloco de constitucionalidade brasileiro o conceito de ações afirmativas raciais e seus limites - a impossibilidade de balcanização dos direitos e a transitoriedade da medida.**

Confirmam-se os arts. 1.1, 1.2 e 1.5 do Decreto federal nº 10.932/2022, que promulgou a Convenção:

*“1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.*

*2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.*

*5. As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não*

*constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.*

Em relação às legislações que implementam políticas de **cotas étnico-raciais**, cabe trazer, no âmbito da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, respectivamente, a Lei federal nº 12.990/14, a Lei estadual nº 6.067/2011 (alterada pela Lei estadual nº 6.764/2014, pela Lei estadual nº 9.852/2022 e Lei estadual nº 9.935/2022) e a Lei municipal 5.695/2014:

**Lei federal nº 12.990/14**

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igualou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

**Lei estadual nº 6.067/2011**

Art. 1º - Ficam reservadas aos negros e indígenas 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e dos Órgãos da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei 9935/2022)

**Lei municipal nº 5.695/14**

Art. 1º - Fica reservado aos negros e índios o percentual correspondente a vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento dos cargos e empregos públicos dos quadros permanentes de pessoal da administração direta e indireta do Município do Rio de Janeiro.

§ 1º O quantitativo de vagas reservadas constará expressamente do edital do concurso.

§ 2º Se na apuração do número de vagas a ser reservado, resultar número decimal igual ou maior do que meio, será adotado o número inteiro imediatamente superior; e, se menor do que meio, será adotado o número inteiro imediatamente inferior.

Tendo em vista a sensibilidade política do tema, ações de controle concentrado foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte chancelado a constitucionalidade das ações afirmativas **étnico-raciais de reserva de vagas, no bojo da ADPF 186 e da ADC 41, sob as premissas e condicionantes lá adotadas**. Vejam-se o teor dos acórdãos em questão:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO

SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a **estes certas vantagens, por um tempo limitado**, de modo a permitir-lhes a superação de **desigualdades decorrentes de situações históricas particulares**.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma **aplicação puramente formal do princípio da igualdade**.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o **quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais** em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, **de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição**.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, **muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes**.

VII – **No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos**.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental **julgada improcedente**. (STF ADPF 186, Min. Rel. Ricardo Lewandoski, Plenário, j. em 26/04/2012)

***Ementa:*** DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, **por três fundamentos**.

1.1. Em *primeiro lugar*, a **desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia**. Ela se funda na necessidade de **superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira**, e garantir a

igualdade material entre os cidadãos, **por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.**

1.2. Em *segundo lugar*, **não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência.** A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. **Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.**

1.3. Em *terceiro lugar*, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: **(i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos,** justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, **a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos.** É legítima a utilização, além da autodeclaração, **de critérios subsidiários**

**de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.**

3. Por fim, **a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.**

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: *“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.* (ADC nº 41, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 08 de junho de 2017)

Ao comentar a jurisprudência do STF sobre cotas raciais, Roger Raupp Rios assim sintetiza os seus fundamentos de legitimidade:

*Cinco argumentos são veiculados como justificação das ações afirmativas na jurisprudência da Suprema Corte: (a) o combate aos efeitos presentes da discriminação*

*minação passada, (b) a promoção da diversidade, (c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, (d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias e (e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.*<sup>7</sup>

É fundamental, por conseguinte, ter-se em mente que as ações afirmativas raciais de reserva de vagas em concursos públicos são dotadas de certa discricionariedade na formatação do seu desenho, mas a constitucionalidade desta política pública está condicionada ao atendimento de algumas balizas essenciais, tais como: (i) pertinência da desequiparação à luz dos princípios da isonomia e democrático, qualificada pela existência de evento ou situação histórica discriminatória específica e particular, chancelada pelo Estado, por meio do seu aparato repressivo; (ii) proporcionalidade do grau de desequiparação, isto é, da intensidade da reserva de vagas; (iii) temporariedade ou transitoriedade da política pública, de natureza compensatória ou reparatória; (iv) possibilidade de instituição de mecanismos subsidiários de heteroidentificação dos candidatos, de modo a evitar fraudes, desde que sejam resguardados seus direitos fundamentais processuais – art. 5º, LIV e LV CRFB – e que as medidas fiscalizatórias não impliquem aviltamento da dignidade humana – art. 1º, III da CRFB -; e (v) necessidade de que a Administração Pública se abstenha de usar critérios de cálculo das vagas reservadas que, por via transversa, minimizem a efetividade das ações afirmativas.

Ora, como se depreende do exposto até aqui, as ações afirmativas englobam grande variedade de medidas a serem adotadas em prol de determinado grupo vulnerável. Dentre estas medidas, encontram-se a reserva de vagas – ‘cotas’ - em concursos públicos ou no quadro de funcionários de empresas contratadas pelo Poder Público.

No tocante à reserva de vagas, verifica-se que o ordenamento nacional – Constituição Federal, Tratados Internacionais e Leis federais – aludiu tão somente a cotas para pessoas com deficiência (PcD) e étnico-raciais, ao passo que as decisões do STF supratranscritas tratam das cotas étnico-raciais e socioeconômicas – ADC nº 41 e ADPF nº 186.

A nosso sentir, seria equivocado enquadrar as cotas estabelecidas no Projeto de Lei na categoria de étnico-raciais, tendo por fundamento os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADO 26 e do MI 4733, os quais equipararam a homofobia ao crime de racismo.

Isso porque os acórdãos em questão buscaram tutelar, **por meio do direito penal**, o núcleo essencial de intangibilidade da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CRFB – das minorias de gênero, vítimas de condutas comissivas, homofóbicas e transfóbicas, de terceiros. Ademais, o Brasil lidera, lamentavelmente, o ranking mundial de violência transfóbica, com o maior número de óbitos e expectativa de vida média de 35 anos<sup>8</sup>, tornando premente a necessidade de se atender ao **mandado constitucional de criminalização – art. 5º, XLI e XLII da CRFB** -, valendo-se da sua carga valorativa dissuasória e pedagógica com o escopo de

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 178

<sup>8</sup> Dados disponíveis em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/news/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-pessoas-trans-no-mundo-alerta-relatorio-da-sociedade>

reduzir a violência verbal, que, não raro, é a porta de entrada para a violência física.

**Diante do grau de violação à integridade psicofísica desses indivíduos**, o e. STF concluiu que o Estado deve se valer da *ultima ratio* do direito penal, por meio do seu aparato repressivo, para preservar o **direito negativo de não interferência**, titularizado por estas minorias, em face de condutas discriminatórias.

Por outro lado, **as ações afirmativas de reserva de vagas não buscam tutelar um direito negativo** de não intervenção sobre o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à liberdade – art. 1º, III e 5º *caput* da CRFB - das minorias beneficiárias. Ao revés, **tais medidas impõem uma atuação positiva do Estado, um facere, ao qual corresponde um direito positivo dos seus beneficiários.**

**Em razão das diferenças estruturais da posição jurídica tutelada e da sua repercussão no princípio da separação de poderes, não há registro de o Poder Judiciário estabelecer, como legislador positivo, políticas públicas de ações afirmativas de reserva de vagas no silêncio legiferante do ente federativo respectivo, concluindo pela existência de mora inconstitucional a ser suprida.** Com efeito, o papel do Poder Judiciário consiste em avaliar se a legislação efetivamente editada pelos entes federativos, relativas as ações afirmativas de reserva de vagas, atendem às premissas da jurisprudência aplicável, que, por sua vez, são consectários do princípio da não discriminação, da isonomia, do pluralismo e da proporcionalidade.

Neste sentido, não se mostra possível reconduzir a situação dos grupos tutelados pelo Projeto de Lei aos requisitos normativos traçados pelo entendimento do Supremo

Tribunal Federal, em especial ante a inexistência de situação ou evento histórico específico de discriminação **chancelada como política de Estado** – diferentemente do que se constata em relação a negros e índios, por força dos efeitos da colonização e da escravidão – e a consequente ilegitimidade de medida de caráter compensatório/reparatório.

Diante deste cenário, a medida seria considerada um privilégio em face de outras minorias estigmatizadas que não preenchem os requisitos da decisão do STF, principalmente em relação àquelas que são igualmente discriminadas por não seguirem a cosmovisão e o *modus vivendi cisgênero*, como o *crossdresser* e o *queer* ou *intersexo*. Sobre o ponto, vejam-se as diferenciações entre transexuais, travestis, *crossdresser* e *queer*:<sup>9</sup>

*“Mulher transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como mulher.*

*Homem transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como homem.*

*Cada pessoa transexual age de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero: mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens.*

*Pessoas transexuais geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que têm de si. Isso pode se dar de várias formas, desde uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos.*

<sup>9</sup> “Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião”. Disponível em: <http://www.diversidadese sexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%80NERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>

*(...) Em suma, ao contrário do que se costuma pensar, o que determina a identidade de gênero transexual é a forma como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico.*

*Em decorrência disso,  muitas pessoas que hoje se reconhecem ou são taxadas como travestis seriam, em teoria, transexuais.*

*(...) Entende-se, nesta perspectiva, que  são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero.*

*(...)  Surgiu um termo novo, variante de travesti, para se referir a homens heterossexuais, comumente casados, que não buscam reconhecimento e tratamento de gênero (não são transexuais), mas, apesar de vivenciarem diferentes papéis de gênero, tendo prazer ao se vestirem como mulheres, sentem-se como pertencentes ao gênero que lhes foi atribuído ao nascimento, e não se consideram travestis: crossdressers.*

*A vivência do crossdresser geralmente é doméstica, com ou sem o apoio de suas companheiras, têm satisfação emocional ou sexual momentânea em se vestirem como mulheres, diferentemente das travestis, que vivem integralmente de forma feminina.*

*(...)  Queer ou Andrógino ou Transgênero Termo ainda não consensual com o qual se denomina a pessoa que não se enquadra em nenhuma identidade ou expressão de gênero”.*

Cabe frisar que o CNJ, por meio da Resolução n° 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente, trouxe definição

para pessoas trans e travestis, calcada no Glossário das Nações Unidas, estremando-as do *queer* e intersexo:

*Art. 3° - Para fins desta Resolução, e com base no glossário das Nações Unidas, considera-se:*

*I – transgênero: termo empregado para descrever uma variedade ampla de identidades de gênero cujas aparências e características são percebidas como atípicas – incluindo pessoas transexuais, travestis, cross-dressers e pessoas que se identificam como terceiro gênero; sendo:*

*a) mulheres trans: identificam-se como mulheres, mas foram designadas homens quando nasceram;*

*b) homens trans: identificam-se como homens, mas foram designados mulheres quando nasceram,*

*c) outras pessoas trans não se identificam de modo algum com o espectro binário de gênero; e*

*d) que algumas pessoas transgêneras querem passar por cirurgias ou por terapia hormonal para alinhar o seu corpo com a sua identidade de gênero; outras, não;*

*II – intersexo: pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino; considerando que:*

*a) essas características podem ser aparentes no nascimento ou surgir no decorrer da vida, muitas vezes durante a puberdade; e*

*b) pessoas intersexo podem ter qualquer orientação sexual e identidade de gênero;*

Da mesma forma, a proposição não traz um *discrímen* justificado em face da sociedade envolvente, justamente por não atender aos critérios da jurisprudência a respeito das ações afirmativas de reserva de vagas.

Por este motivo, a medida implica violação ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos – art. 37, I e II da CRFB –

corolário da isonomia, da impessoalidade e da eficiência – art. 37, *caput* da CRFB. Quanto ao ponto, veja-se acórdão do e. STF:

**“O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

– *O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qua-lifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II).*

A *razão subjacente* ao postulado do concurso público *traduz-se* na necessidade essencial de o Estado *conferir efetividade* ao princípio constitucional *de que todos* são iguais perante a lei, *sem* distinção de qualquer natureza, *vedando-se*, desse modo, *a prática inaceitável* de o Poder Público conceder privilégios a alguns *ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário* a outros. **Precedentes. Doutrina**” (STF, ADI 2364/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. em 17/10/2018) Grifos no original

Frisa-se que o princípio da ampla acessibilidade funciona como mandado de otimização, isto é, concorre com a promoção de outras finalidades constitucionais relevantes, podendo ceder pontualmente, como nas políticas públicas de ação afirmativa de reserva de vagas. Mais: ainda que fixadas cotas para ingresso no serviço público, o princípio segue aplicável, na medida em que não se dispensa a realização de concursos públicos, mantendo ‘*notas de corte*’ uniformes para candidatos de ampla concorrência e beneficiários das ações afirmativas.

No entanto, a legitimidade jurídica desta derrogação do princípio da ampla acessibilidade decorre do preenchimento dos requi-

sitos para a adoção da política pública em exame, o que não se verifica no caso concreto.

**Em suma, a ação afirmativa de reserva de vagas trazida pelo Projeto de Lei importa dupla violação ao princípio da isonomia – art. 5º, caput da CRFB.**

Ressalvo, naturalmente, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao ser instado para tanto, alterar seus critérios e requisitos para reconhecimento da legitimidade de ações afirmativas de reservas de vagas, oportunidade em que poderá ser reavaliada a possibilidade de sua concessão ao grupo tutelado pela Lei.

*Ad argumentandum tantum*, caso fosse legítima a política pública de reserva de vagas em concurso públicos para o grupo em foco, o estabelecimento de cotas para travestis, mulheres transexuais e homens trans/pessoas transmasculinas traria a necessidade de o Poder Executivo se equipar com ferramentas de controle e critérios de aferição do pertencimento dos indivíduos postulantes ao benefício em comento, complementares à autodeclaração, nos moldes da jurisprudência do STF. Isso porque, diferentemente da cota étnico-racial e socio-econômica, a avaliação de pertencimento às categorias indicadas pelo Projeto de Lei não se mostra objetiva, dependendo, ao revés, de análise de atributos essencialmente dinâmicos e fluidos.

Confira-se o conceito de ‘*processo transexualizador*’<sup>10</sup>:

*“Processo pelo qual a pessoa transgênero passa, de forma geral, para que seu corpo adquira características físicas do gênero*

<sup>10</sup> “*Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião*”. Disponível em: <http://www.diversidadese sexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%84NERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>

com o qual se identifica. **Pode ou não incluir tratamento hormonal, procedimentos cirúrgicos variados (como mastectomia, para homens transexuais) e cirurgia de redesignação genital/sexual ou de transgenitalização”.**

Assim, inevitavelmente, **o Projeto de Lei teria de ser complementado para se tornar operacional e, nesta hipótese, criaria novo feixe de atribuições e responsabilidades à Administração Pública municipal, afetando sua estrutura administrativa, o que integra a competência privativa do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo, na forma do art. 71, inciso II, alínea “b” da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.**

Sobre a temática, vejamos julgado do e. STF e do e. TJ/RJ:

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 10.893/2001, DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMA ESTADUAL DE SAÚDE VOCAL EM BENEFÍCIO DE PROFESSORES DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA. 1. Ao instituir programa de atenção especial à saúde de professores da rede pública local, a Lei 10.893/01 cuidou de instituir um benefício funcional, alterando o regime jurídico desses servidores, além de **criar atribuições e responsabilidades para Secretarias Estaduais**. 2. Ao assim dispor, por iniciativa parlamentar, a lei estadual entrou em contravenção com regras de reserva de iniciativa constantes do art. 61, II, alíneas “c” e “e”, da CF, que, segundo ampla cadeia de precedentes deste Supremo Tribunal Federal, são de observância obrigatória*

*pelas Constituições Estaduais. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4211, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 21-03-2016 PUBLIC 22-03-2016)” (grifou-se)*

*“Representação por inconstitucionalidade. Lei nº 7.019 de 01 de setembro de 2021, do Município do Rio de Janeiro, que institui o Programa Passeio Limpo no âmbito do Município. Controle concentrado de constitucionalidade da legislação municipal. Vício formal de iniciativa configurado. **Lei de iniciativa parlamentar que padece de vício de inconstitucionalidade de ordem formal, porquanto, ao instituir o Programa Passeio Limpo, que prevê tanto a utilização gratuita, por parte dos tutores ou responsáveis por animais domésticos, de saquinhos plásticos biodegradáveis a serem instalados, através de dispositivos na cidade, para recolhimento de detritos durante as caminhadas, quanto de distribuição de material informativo para a população manter as calçadas limpas, interfere na estrutura, organização e funcionamento da administração municipal ao atribuir-lhe obrigação de instalação dos dispositivos de distribuição de saquinhos plásticos para o mister proposto, cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo.** Violação aos artigos 7º; 112, §1º, inciso II, alínea “d”, c/c art. 145, inciso VI, alínea “a”, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Precedentes. Representação de inconstitucionalidade acolhida.” (REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0038747-48.2022.8.19.0000, Relator(a): Des. MAURICIO CALDAS LOPES, Órgão Especial, julgado em 06/03/2023. Acórdão eletrônico)*

Ademais, ao estabelecer cotas em contratos administrativos, a proposição avança sobre a gestão de ajustes firmados entre a Administração Pública e sociedades

empresárias, imiscuindo-se à esfera da reserva de administração (art. 2º, 61, §1º, II, 'e', 84 II e VI. 'a', todos da CRFB), de iniciativa privativa do Poder Executivo. Por tal razão, aviada por iniciativa parlamentar, a proposta legislativa contém vício formal de iniciativa.

Isso porque, “o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre matéria afeta à reserva de administração, como aquela atinente à gestão de contratos celebrados pela Administração Pública”.<sup>11</sup>

Em oportunidade recente, o STF assim enfrentou o tema, reafirmando sua jurisprudência:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. LEI 19.939/2019, DO ESTADO DO PARANÁ. OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS DE REALIZAR O RESGATE E A ASSISTÊNCIA VETERINÁRIAS DE EMERGÊNCIA DE ANIMAIS ACIDENTADOS. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELO PODER EXECUTIVO. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO.

1. O Juízo de origem não analisou a questão acerca da suspensão dos efeitos da Lei Estadual 19.939/2019, antes de sua vigência, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão, INEXISTINDO, portanto, o NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso. Incidência das Súmulas 282 (É inadmissível o recurso extraordinário,

quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada) e 356 (O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento), ambas desta CORTE SUPREMA.

2. A Lei Estadual 19.939/2019, do Estado do Paraná, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre “a obrigação das empresas concessionárias de rodovias em atividade no Estado do Paraná de realizar o resgate e a assistência veterinária de emergência de animais acidentados nas rodovias e estradas por elas administradas, e dá outras providências”, adentrou em matéria sujeita à reserva da Administração, uma vez que se imiscuiu nos aspectos atinentes a contratos administrativos celebrados com as concessionárias de rodovias estaduais.

3. A lei estadual impugnada também interfere indevidamente nas estipulações contratuais estabelecidas entre o Poder Executivo concedente e as empresas concessionárias, ferindo, assim, o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

4. Agravo Interno a que se nega provimento”. (ARE 1349609 AGR, Min Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 14/02/2022) Grifei.

Da mesma forma, veja-se ementa de julgado do e. TJ/RJ:

**REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 177/2017, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, QUE “DISPÕE SOBRE AS REGRAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS EM VEÍCULOS AUTOMOTORES OU ESTRUTURAS REBOCÁVEIS - COMIDA SOBRE RODAS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO DE INICIATIVA. INDEVIDA INTROMISSÃO NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA DISPOR SOBRE A ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A TEOR DOS ARTIGOS 112, §1º,**

<sup>11</sup> ARE 1337997 AGR/RJ, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 23/11/2021.

**INCISO II, ALÍNEA “D”, E 145, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A LICITAÇÃO. PARECERES MINISTERIAL E DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO EM RESPALDO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E EX TUNC.**

A lei impugnada, ao dispor sobre a utilização privada dos logradouros públicos, tema no qual se insere a concessão de licenças para exploração da atividade de food truck, trata de matéria relacionada ao funcionamento e organização da Administração Pública, abrangida pela reserva de administração, o que a torna inconstitucional por vício de iniciativa, em razão da vulneração aos artigos 112, §1º, inciso II, alínea “d”, e 145, VI, ambos da Constituição Estadual, ferindo, por via de consequência, o basilar princípio da separação entre Poderes, previsto expressamente no artigo 7º da Carta Fluminense. É dizer, a proclamada violação ao princípio da separação de poderes, tal como articulada na exordial, foi devidamente justificada pela minuciosa enunciação do ato infrator ao sobredito preceito consubstanciado na descabida incursão da Câmara de Vereadores na esfera de iniciativa privativa do Poder Executivo. Precedentes. Impõe-se, por conseguinte, a declaração da sua inconstitucionalidade com efeitos ex tunc e erga omnes, como de regra no controle concentrado de constitucionalidade, máxime porque ausente, in casu, a demonstração de quaisquer razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a justificar, na forma do artigo 27 da lei 9.968/99, eventual modulação.

**PROCEDÊNCIA DA AÇÃO**” (Representação de Inconstitucionalidade nº 0071418-61.2021.8.19.0000, Rel. Des. Densise Vaccari Machado Paes, TJ/RJ, Órgão Especial, j. em 27/02/2023)

Por fim, salienta-se que a fixação de reserva de vagas a travestis e pessoas transexuais nos concursos públicos, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, deve ser veiculada por proposição de iniciativa da Chefia do Poder Executivo, conforme art. 71, inciso II, alínea “d” da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, uma vez que disciplina matéria afeta aos critérios de ingresso em cargos públicos, verbis:

**LOMRI**

“Art. 71 - São de iniciativa privativa do **Prefeito** as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

d) **regime jurídico dos servidores municipais.**” (grifou-se)

Quanto ao ponto, vejam-se os seguintes julgados do e. STF e do e. TJ/RJ:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA N. 26/2014 À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO TOCANTINS. REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE PARTE DOS DISPOSITIVOS QUESTIONADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 37/2019. PERDA PARCIAL DE OBJETO. DELEGADO DE POLÍCIA. ENQUADRAMENTO DAS FUNÇÕES COMO DE NATUREZA JURÍDICA E ESSENCIAIS AO ESTADO. REGIME JURÍDICO E FORMA DE PROVIMENTO. DISCIPLINA. VÍCIO FORMAL. RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA DISPOR SOBRE REGIME JURÍDICO DE SERVIDOR PÚBLICO. VÍCIO MATERIAL. FIXAÇÃO DO SUBSÍDIO MEDIANTE LEI. ADEQUAÇÃO. ART. 144, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”** (ADI 5.528/TO, Rel. Min. Nunes Marques, Plenário, j. em 22/11/2022)

**“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA. INICIATIVA PARLAMENTAR. REQUISITOS PARA INVESTIDURA NO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DO ESTADO.**

**INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. RESERVA DE INICIATIVA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO PROCEDENTE.** 1. **A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL considera de observância obrigatória pelos Estados-Membros a disciplina constante do art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, que determina serem de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, regra que também se aplica ao processo de reforma das constituições estaduais. Precedentes.** 2. **Padece de inconstitucionalidade formal a Emenda à Constituição estadual, de iniciativa parlamentar, que limita a nomeação do Procurador-Geral do Estado aos integrantes estáveis da carreira.** 3. **Medida Cautelar confirmada e ação direta julgada procedente”** (STF, ADI nº 5.211/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, j. em 18/10/2019)

**“REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 8.658/2019. DEFINIÇÃO DAS IDADES MÍNIMA E MÁXIMA PARA INGRESSO NAS CARREIRAS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUTORIA PARLAMENTAR.** 1) **Consoante o disposto nos artigos 91, caput, e 184, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, na qualidade de servidores militares estaduais, encontram-se subordinados ao Governador do Estado.** 2) **O artigo 112, § 1º, II, “b”, da mesma Carta, estabelece que são de iniciativa privativa do Governador as leis que disponham sobre servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.** 3) **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 878.911 RG/RJ, submetido ao regime de repercussão geral (Tema 917), firmou a seguinte tese: “Não usurpa**

**competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal).”** 4) **A definição da idade máxima para se ingresso nas carreiras das Corporações Militares do Estado do Rio de Janeiro, além de causar impacto financeiro para a Administração, eis que enseja repercussão direta na admissão de novos servidores militares, guarda relação direta com o regime jurídico de servidores públicos, bem assim com o provimento de cargos, sendo, portanto, matéria inserta no campo da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, estando, pois, a hipótese sub examen inserida na ressalva contida na parte final da aludida tese** 4.1) **Sendo a legislação impugnada de autoria parlamentar, forçoso reconhecer o manifesto vício de iniciativa, o que implica em sua inconstitucionalidade formal.** 5) **Nos termos do artigo 145, II, da Constituição Estadual, “compete privativamente ao Governador do Estado exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual”.** 5.1) **Logo, sendo o Chefe do Poder Executivo Estadual a autoridade máxima responsável pela gestão da segurança pública do Estado, a ele cabe estabelecer o perfil do candidato que pretende ver como integrante das Corporações Militares, motivo pelo qual a legislação sub judice implica violação ao mencionado dispositivo da Carta Estadual.** 6) **A inobservância da iniciativa privativa de lei importa ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, positivado no artigo 2º, da Constituição da República, reproduzido no artigo 7º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual resta, também, configurada a hipótese de inconstitucionalidade material.** 7) **Manifesta violação aos artigos 7º, 91, caput, 112, § 1º, inciso II, alínea “b”, 145, inciso II, e 184, todos da**

*Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 8) Procedência da presente Representação". (TJ/RJ, Representação de Inconstitucionalidade 0003627-12.2020.8.19.0000, Órgão Especial, Rel.: Des. Werson Rêgo, j. em 19/07/2021)*

Cumprir frisar que, no plano federal, o art. 61, § 1.º, inc. II, alínea "c", da CRFB reserva à criteriosa discricionariedade do Chefe do Poder Executivo a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, discricionariedade esta que, em decorrência do **princípio da simetria**, se aplica aos Municípios, inobstante a previsão expressa do já mencionado art. 71, inciso II, alínea "d" da LOMRJ.

Assim, ao instituir reserva de vagas em políticas públicas – art. 2º -, no funcionalismo público municipal – art. 3º - e em contratos administrativos – art. 4º -, com ratio e premissas distintas às cotas étnico-raciais validadas pelo STF o Legislativo Municipal violou o **princípio da independência e harmonia entre os Poderes**, estabelecido no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e repetido, com arrimo no princípio da simetria, respectivamente, nos arts. 7º e 39 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da LOMRJ.

## **II.2 - Análise dos dispositivos do Projeto de Lei**

Traçadas estas considerações iniciais sobre a ação afirmativa de reserva de vagas, passa-se ao exame individualizado dos dispositivos do projeto de lei.

O **caput do artigo 1º** meramente enuncia o conteúdo do Projeto de Lei, não possuindo conteúdo normativo próprio. Quanto ao ponto, o dispositivo cumpre a função que lhe é designada pelo art. 6º da Lei Complementar

municipal nº 48/2000, segundo o qual o *"primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação"*. Não há, portanto, óbices de inconstitucionalidade aos seus termos.

O **parágrafo único do artigo 1º** resguarda o direito de o servidor autodeclarado travesti ou trans usar seu nome social, com respeito pela Administração. Neste sentido, cumpre frisar que se encontra em vigor no Município a Lei nº 6.329/18, que dispõe sobre o direito ao uso do nome social por travestis e transexuais no âmbito da Administração Direta e Indireta, a qual detalha e proceduraliza o exercício desta garantia.

Destaco que o STF entendeu que o uso do nome social é corolário da autodeterminação decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III CRFB –, sendo dispensada a realização de cirurgia para alteração do prenome e classificação do gênero no registro civil. Veja-se ementa da ADI 4275:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração*

*escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente". (STF, ADI nº 4275/DF, Red. Min. Edson Fachin, Plenário, j. em 01/03/2018)*

Assim, não verifico óbices ao preceito em comento, ressaltando, porém, a sua finalidade estrita de identificação social do servidor, não sendo pertinente para fins previdenciários, os quais observam racionalidade própria na forma da legislação de regência.

Noutro giro, os **artigos 2º, 3º e 4º** estabelecem reserva de vagas para trans e travestis. Reporto-me às considerações tecidas na seção **II.1**, a respeito da sua inconstitucionalidade.

Acrescento que o percentual da conta se revela desproporcional, uma vez que estudos técnicos apontam que a proporção da população trans no Brasil é de 0,69% do total, ao passo que os não-binários compõem 1,19%.<sup>12</sup>

A política pública de reserva de vagas trazida pelo projeto de lei não ampara os não-binários ou intersexo, o que torna ainda mais flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da vedação ao excesso,<sup>13</sup> na fixação de 3% de cotas para transexuais e travestis.

<sup>12</sup> Spizzirri, G., Eufrásio, R., Lima, M.C.P. et al. Proportion of people identified as transgender and non-binary gender in Brazil. *Sci Rep* 11, 2240 (2021). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-021-81411-4>

<sup>13</sup> Segundo Canotilho, o princípio da proibição de excesso "*constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*". CANOTILHO, J. J. Gomes.

Ademais, como destacado na seção **II.1**, compete ao Poder Executivo deflagrar processo legislativo que trate de programas, políticas e planos municipais - **art. 71, II, alínea "e", c/c o art. 44, III da LOMRJ** -, cabendo ao Poder Legislativo instituir apenas providências gerais e programáticas, sob pena de violação à iniciativa reservada do Exmo. Sr. Prefeito.

A ação afirmativa de reserva de vagas em 3% para políticas públicas de empregabilidade - art. 2º -, concursos públicos - art. 3º - e contratos administrativos - art. 4º - institui providências concretas a serem adotadas pelo Poder Executivo, não se tratando de mera moldura que confere margem discricionária para as escolhas administrativas do gestor, avançando, portanto, sobre a reserva de administração.

Destarte, os dispositivos em comento violam a iniciativa privativa do Prefeito de legislar sobre programas, políticas e planos municipais, na forma do **art. 71, II, alínea "e", c/c o art. 44, III da LOMRJ**.

Por outro lado, o **artigo 5º** da minuta não padece de qualquer vício de constitucionalidade, visto que traz medida programática de oferta de serviços de qualificação profissional para trans e travestis, com o intuito de garantir a manutenção do emprego e a fonte de manutenção de renda desta minoria estigmatizada. Veja-se que o preceito possui teor genérico, conferindo margem de atuação para o Poder Executivo definir a forma pela qual vai atingir o objetivo designado pelo legislador.

Diante deste cenário, não se constata, no **artigo 5º**, violação à iniciativa reservada do Poder Executivo, nem ao princípio da

*Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 447.

separação de poderes. Além disso, a finalidade intentada pelo preceito encontra amparo na Constituição da República, na busca pelo pleno emprego e na redução das desigualdades sociais – arts. 1º, IV, 3º, III e IV, 5º, *caput* e 170, *caput*, VII e VIII da CRFB.

Caminhando para o final, o **artigo 6º** cria o selo *Empresa Sem Transfobia*, o qual agraciará a sociedade empresária que aderir ao Programa Municipal de Empregabilidade Trans, desde que cumpra seus requisitos de elegibilidade.

O dispositivo não cria obrigação ou estabelece contrapartida ao Poder Executivo, nem se imiscui nos contratos administrativos vigentes ou no regime jurídico dos seus servidores, voltando-se unicamente à iniciativa privada.

Por outro lado, o preceito não estabelece deveres irrestritamente oponíveis às empresas privadas. Ao contrário, o artigo 6º está em consonância com o princípio da consensualidade, vetor do direito administrativo contemporâneo,<sup>14</sup> na medida em que estabelece ato de certificação em prol das empresas privadas que voluntariamente se vincularem a cumprir determinados requisitos de promoção aos direitos de pessoas trans e travestis, introduzindo a antidiscriminação e o pluralismo no ambiente de trabalho.

No que diz respeito ao §4º, do artigo 6º, que traz a obrigação das empresas de *“assegurar o uso ao banheiro e vestiário de acordo com o gênero ao qual a pessoa se identifica”*, cabe destacar que pende de

<sup>14</sup> De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a consensualidade atende, a um só tempo, ao princípio democrático e ao princípio da eficiência, visto que a abertura participativa, voluntária e não imperativa auxilia a adesão do particular no cumprimento da norma. Confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo No Século XXI*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 231.

juízo o Recurso Extraordinário nº 845.779/SC, sob o Tema nº 778 de Repercussão Geral, o qual trata da *“Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”*.

Friso que, até o momento, há dois votos proferidos no julgamento, ambos em consonância com a faculdade prevista no §4º, do artigo 6º do projeto de lei. Confirma-se a tese proposta pelo relator, Ministro Roberto Barroso, acompanhada pelo Ministro Edson Fachin:

*“Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”*.

Cabe registrar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 348/2020, alterada pela Resolução nº 366/2021, garante, em seus artigos 7º e 8º, a oitiva da pessoa trans e travesti para fins de definição do estabelecimento prisional que vão cumprir pena – se masculino ou feminino. Além disso, em 25/07/2023, o Min. Roberto Barroso proferiu decisão monocrática afirmando não ser necessária cirurgia de redesignação sexual para que uma mulher transexual possa cumprir pena em estabelecimento prisional feminino.<sup>15</sup>

Em sede de precedente administrativo de outro ente federativo, cumpre destacar que a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, em Parecer da lavra de Gustavo Binenbojm,<sup>16</sup> concluiu pela possibilidade jurídica de alunas

<sup>15</sup> <https://www.migalhas.com.br/quentes/390515/stf-trans-pode-cumprir-pena-em-presidio-feminino-mesmo-sem-cirurgia>

<sup>16</sup> Parecer nº 01/2022 – GUB. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/23632>

e alunos trans em unidades escolares usarem banheiros alinhados com o gênero em relação aos quais se identificam. Vejam-se as conclusões do pronunciamento em questão:

*“2. Do ponto de vista jurídico-constitucional, são fundamentos que justificam o uso de banheiro feminino por aluna transgênero: art. 1º, caput e inciso III (princípio democrático e da dignidade da pessoa humana); art. 5º, caput (direito à igualdade); art. 3º, inciso IV (objetivo fundamental da República de promoção do bem de todos); e art. 5º, inciso X (proteção da intimidade e da vida privada), todos da Constituição Federal.*

*(...) 4. Impedir alguém de utilizar o banheiro que está de acordo com a sua identidade de gênero não significa apenas impedir o acesso a um local, mas impedir, ainda que indiretamente, de ser o que é, de ser reconhecida como o que é e de gozar do direito básico de todo ser humano de fazer uso de um banheiro do gênero a que pertence.*

*(...) 6. O uso de um banheiro exclusivo ou em separado pela aluna trans contribuiria à atribuição de um rótulo discriminatório e ao enfraquecimento do próprio senso de inclusão no seio comunitário.*

*7. A identidade e a expressão de gênero de uma pessoa constituem componentes fundamentais de sua vida privada, o desenvolvimento da sua identidade e de seu plano de vida, incluindo sua personalidade e as relações com outros seres humanos. Deve o Estado se abster de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a sua neutralidade.*

*(...) 9. Os precedentes do STF (ADI 4277/DF, ADPF 132/RJ, ADI 4275/DF, ADO 26/DF e MI 4733/DF) revelam o reconhecimento pela Suprema Corte de que a identidade de gênero se trata de um elemento intrínseco à dignidade da pessoa humana. O STF reconheceu repercussão geral do Recurso*

*Extraordinário 845.779/SC, ainda pendente de julgamento, que envolve o uso de banheiro feminino por transexual em shopping center”. Grifei*

No que tange estritamente ao dispositivo do Projeto de Lei em exame, que traz o dever da empresa aderente ao Programa Municipal de Empregabilidade Trans oferecer a possibilidade de pessoas trans e travestis utilizarem banheiro de acordo com o gênero com o qual se identifica, entendo não haver inconstitucionalidade material, uma vez que a medida busca concretizar os eixos axiológicos da República – princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), princípio da isonomia e da não discriminação (art. 3º, III, IV e 5º, caput da CRFB) e princípio da privacidade (art. 5º, X da CRFB) -, além de estar em consonância com os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam dos direitos de minorias de gênero.

Em face do exposto, a proposição veiculada pelo artigo 6º confere máxima efetividade aos direitos fundamentais ao pleno emprego das pessoas trans e travestis e à sua antidiscriminação nas relações privadas - arts. 1º, IV, 3º, III e IV, 5º, caput e 170, caput, VII e VIII da CRFB -, bem como possui sinergia com a agenda ESG<sup>17</sup> – *Environmental, Social and Governance* –, conferindo responsabilidade social às empresas. Não há, portanto, vícios de inconstitucionalidade formal ou material em relação ao preceito em comento.

### **III – CONCLUSÃO**

Pelo exposto, parece-me que o Projeto de Lei, sob análise, a par de louvável a iniciativa do i. Vereadora revela-se **constitucional**.

<sup>17</sup> Confira-se breve explanação do conceito e sua origem em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>

**com exceção dos artigos 2º, 3º e 4º**, que devem ser vetados, visto que:

**(i)** não se mostra possível reconduzir a situação dos grupos tutelados pelo Projeto de Lei aos requisitos normativos traçados pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal para a concessão de ação afirmativa de reserva de vagas, de modo que o *discrímen* adotado importa **dupla violação ao princípio da isonomia – art. 5º, caput da CRFB**: em relação à sociedade envolvente e em relação a outras minorias de gênero – intersexo ou queer – que não foram contempladas;

**(ii)** a medida implica violação ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos – **art. 37, I e II da CRFB** – corolário da isonomia, da impessoalidade e da eficiência – **art. 37, caput da CRFB** -, visto que a legitimidade jurídica desta derrogação do princípio da ampla acessibilidade decorre do preenchimento dos requisitos para a adoção da política pública em exame, o que não se verifica no caso concreto;

**(iii)** *ad argumentandum tantum*, caso fosse legítima a política de ação afirmativa de reserva de vagas, os artigos 2º, 3º e 4º teriam de ser complementados para se tornarem operacionais, com ferramentas de controle e critérios de aferição do pertencimento dos indivíduos postulantes ao benefício em comento, complementares à autodeclaração, nos moldes da jurisprudência do STF. Nesta hipótese, criar-se-ia novo feixe de atribuições à Administração Pública municipal, afetando sua estrutura administrativa, o que integra a competência privativa do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo, na forma do **art. 71, inciso II, alínea “b” da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro**;

**(iv)** ao estabelecer cotas em contratos administrativos, o **artigo 4º** avança sobre a gestão de ajustes firmados entre a Administração Pública e sociedades empresárias, imiscuindo-se à **esfera da reserva de administração (art. 2º, 61, §1º, II, ‘e’, 84 II e VI. ‘a’, todos da CRFB)**, de iniciativa privativa do Poder Executivo.;

**(v)** a fixação de reserva de vagas a travestis e pessoas transexuais nos concursos públicos, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, deve ser veiculada por proposição de iniciativa da Chefia do Poder Executivo, conforme **art. 71, inciso II, alínea “d” da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro**, uma vez que disciplina matéria afeta aos critérios de ingresso em cargos públicos e, portanto, ao regime jurídico dos servidores municipais;

**(vi)** ao instituir reserva de vagas em políticas públicas – art. 2º -, no funcionalismo público municipal – art. 3º - e em contratos administrativos – art. 4º -, com *ratio* e premissas distintas às cotas étnico-raciais validadas pelo STF, houve violação ao **princípio da independência e harmonia entre os Poderes, estabelecido no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, e repetido, com arrimo no princípio da simetria, respectivamente, nos arts. 7º e 39 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da LOMRJ;

**(vii)** o percentual de 3% viola o **princípio da proporcionalidade**, visto que há estudo técnico indicando que a população trans no Brasil compõe 0,69% dos habitantes; e

**(viii)** por fim, a ação afirmativa de reserva de vagas em 3% para políticas públicas de empregabilidade – art. 2º -, concursos públicos – art. 3º - e contratos administrativos – art. 4º - institui providências concretas a

serem adotadas pelo Poder Executivo, não se tratando de mera moldura que confere margem discricionária para as escolhas administrativas do gestor, avançando, portanto, sobre a iniciativa privativa do Prefeito de legislar sobre programas, políticas e planos municipais, na forma do **art. 71, II, alínea “e”, c/c o art. 44, III da LOMRJ**.

Por fim, na forma requerida pelo **Ofício GAB-OFI-2023/03347**, recomendo a adoção de posicionamento “*favorável*” à proposição em tela, **desde que suprimidos os artigos 2º, 3º e 4º**, o que submeto à consideração superior.

**À d. Chefia da PG/PADM**, em prosseguimento, uma vez que a consulta foi encaminhada pela d. PG/SUB/CONS, na forma do art. 103, V do RIPGM (aprovado pela Resolução nº 1.005/2020).

**RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS**

Procurador do Município – PG/PADM  
Matr.: 10/331.935-7 – OAB/RJ 198.159