



## Política de cotas é inconstitucional, decide TJ-SC

A política de cotas raciais em concurso público é uma forma de discriminação. O entendimento é do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Por unanimidade, os desembargadores declararam inconstitucional a Lei Complementar 32/04 de Criciúma (SC), que prevê a reserva de vagas para afro-descendentes.

Os desembargadores mantiveram decisão de primeira instância que garantiu o cargo a uma candidata que passou no concurso público para auxiliar administrativo na prefeitura da cidade, mas foi preterida por candidato que ingressou pelo sistema de cotas. Ela se classificou em 14ª posição e a frente dos candidatos com menor resultado, mas que foram classificados por serem negros.

Para garantir sua vaga no concurso, a candidata recorreu à Justiça contra o prefeito do município. Alegou que teria direito à vaga independentemente da reserva aos negros estabelecida pela lei e pelo edital do concurso.

A primeira instância reconheceu o direito da candidata à vaga. O município de Criciúma recorreu da decisão ao tribunal catarinense. Afirmou que o prazo para questionar quaisquer ilegalidades no concurso, que era de 120 dias, havia encerrado. Por esse motivo, pediu a reforma da decisão.

O Pleno do Tribunal negou o recurso e decretou inconstitucional a lei municipal que prevê a reserva de vagas para negros. De acordo com o relator, desembargador Luiz Cezar Medeiros, “não há distinção entre a condição de afro-brasileiro e a candidata branca”.

De acordo com o relator, a Constituição Estadual de Santa Catarina em momento algum previu a reserva de vagas para os descendentes de afro-brasileiros e a Constituição Federal repudia atos de racismo. “O caso não está negando o acesso dos negros ao concurso, mas sim facilitando, na medida em que reserva vagas para descendentes afro-brasileiros, é inegável se tratar de discriminação, e distinção entre brancos e negros.”

### Leia a decisão

Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00, de Criciúma

Relator: Des. Luiz César Medeiros.

### **ADMINISTRATIVO — CONCURSO PÚBLICO — RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-BRASILEIROS — INDÍCIO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL — VEDAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

“É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das



raças, encontram-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim, uma série de fatores que os próprios textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer, não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios” (BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Atual, 1999, O. 181/182).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021645-7/0001.00, da Comarca de Criciúma, em que é argüinte a Terceira Câmara de Direito Público e interessados o Município de Criciúma, xxxxxxxx e outros:

**ACORDAM**, em Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar procedente o pedido e declarar inconstitucional o art. 5º e parágrafo único da Lei Complementar n. 032/2004.

Custas na forma da lei.

## I — RELATÓRIO:

xxxxxxx impetrou mandado de segurança contra Prefeito Municipal de Criciúma, postulando a concessão da segurança “garantindo a vaga da impetrante como aprovada e classificada no concurso público na 14ª (décima quarta) posição, independente da reserva de vagas estabelecida pelo edital do concurso e a frente dos candidatos com menor resultado;” (fl. 14). Ao sentenciar o feito, o Magistrado concedeu a segurança, consignando na parte dispositiva da decisão:

“Ante o exposto, reconheço a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafo único da Lei Complementar n. 032/2004, assim como do Edital n. 002/2004, no que toca à reserva de vagas e, em consequência, deixo de aplicar a referida legislação ao caso em tela, para manter hígida a previsão contida no item 15 do primeiro Edital do Concurso Público para provimento de cargo de técnico administrativo e ocupacional, disputado pela impetrante, **concedendo a ordem** para o fim de garantir à xxxxxxxx a classificação de acordo com os critérios estabelecidos pelo Edital n. 001/2004, independentemente da reserva de vagas prevista no Edital n. 002/2004. Por força da previsão contida no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, **julgo extinto** o feito, com análise do mérito” (fls. 351-352).

Inconformado com o teor da decisão, o Município de Criciúma interpôs o presente recurso. Afirma, em preliminar, a ocorrência de decadência, haja vista “o transcurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias entre o ato dito coator e a interposição ad actio” (fl. 362). No mérito, ratifica os argumentos expostos nas informações e requer a reforma da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Francisco José Fabiano, pugnou pelo reconhecimento da decadência ou, alternativamente, pela instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seu parágrafo único da Lei Complementar Municipal n. 032/2004, perante o Tribunal Pleno.



Submetido a julgamento, a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, suscitou o incidente de inconstitucionalidade perante este Tribunal Pleno.

## II — VOTO:

Colhe-se dos autos que a impetrante pretendeu, com o presente mandamus, garantir sua vaga como aprovada e classificada no concurso público em posição superior aos aprovados com nota inferior à sua, mesmo que sejam afro-brasileiros.

Ao sentenciar o feito, o Magistrado concedeu a segurança e reconheceu a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafo único da Lei Complementar n. 032/2004, assim como do Edital n. 002/2004, no que toca à reserva de vagas e, em consequência, deixou de aplicar a referida legislação ao caso em tela.

Assim, para que seja confirmada a sentença que concedeu a segurança, necessário se faz a análise da constitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único, da Lei Complementar n. 032/2004, do Município de Criciúma, que prevê a reserva de vagas para os afro-brasileiros com a seguinte redação:

“Art. 5º. Ficam reservadas aos afro-brasileiros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pelo Poder Público Municipal para provimento de cargos efetivos.

“Parágrafo único. Para efeitos do disposto no ‘caput’, considera-se afro-brasileiro aquele identificado como de cor negra ou parda no respectivo registro de nascimento”.

A Constituição Estadual, por sua vez, em seu art. 21, dispõe:

“Art. 21. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim com os estrangeiros, na forma da lei, observado o seguinte:

[...]

V — a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as **pessoas portadoras de deficiência** e definirá os critérios de sua admissão” (sem grifo no original).

Ora, a Constituição Estadual, em momento algum previu a reserva de vagas para os descendentes de afro-brasileiros.

De outro lado, a Constituição Federal repudia atos de racismo, dispondo em seu art. 3º e 19:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

“IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.



“Art. 19. É vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

“[...]”

“III — criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”

A Constituição Estadual, por sua vez, em seu art. 4º, proclama:

“Art. 4º. O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte:[...]”

É certo que a norma em comento, por um de seus dispositivos, tratou de maneira desigual os iguais, pois não há distinção entre o inscrito na condição de afro-brasileiro e a impetrante, a não ser racial. E, assim sendo, encontra óbice na Constituição Estadual e Federal, seja quanto aos seus objetivos, seja quanto aos direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro.

Sobre a violação ao princípio da isonomia, colhe-se da doutrina:

*“A idéia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em al-go exterior que deve ser perseguido. Portanto, a República Federativa do Brasil tem por meta irrecusável construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminações.**”*

[...]

“Com o tempo, o princípio da igualdade, sem perder essa concepção primitiva, foi ampliando-se para impedir que os homens fossem diferenciados pelas leis, isto é, que estas viessem a estabelecer distinções entre as pessoas independentemente do mérito.

“Constatou-se que a lei sempre discrimina. Por exemplo, o portador de um título acadêmico profissionalizante tem direito a desfrutar do privilégio (uma vez que os não portadores desse título não o podem fazer) de exercer uma determinada profissão, como a advocacia, medicina e outras.

“O problema, então, passou em constituir os limites da diferenciação possível de ser feita.

“Algumas discriminações, como aquela agora referida, sempre se legitimaram muito facilmente perante a sociedade. Parecia razoável que se reservasse essa profissão somente àqueles que tivessem seguido um aprendizado considerado suficiente para ministrá-la com conhecimento e segurança para os seus clientes. Outras, todavia, tentam se insinuar na ordem jurídica através de leis que vêm acompanhadas desta razoabilidade. Imaginemos que uma lei tentasse cobrar tributos de uma pessoa só por ela ser magra ou



alta ou gorda. Uma lei com essas características seria repudiada pelo meio social que veria nela uma injustiça notória porque diferenciou em função de caracteres que nada têm a ver com as razões que podem racionalmente tornar compreensível a cobrança de um tributo.

**“É este o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma conseqüência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária, unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das raças, encontram-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim, uma série de fatores que os próprios textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer, não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios”** (BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Atual., 1999, p. 159/182) (sem grifo no original).

Feriu, também, referida norma, o conteúdo da Lei Orgânica Municipal que, em seu art. 5º e 149, dispõe:

“Art. 5º. É vedado ao Município:

[...]

III — criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

“Art. 149. [...]

§3º. A Administração pública direta, indireta e fundacional, é vedada a contratação de empresas que adotem práticas discriminatórias de sexo, credo, racismo e estado civil na contratação de mão de obra e que não cumpram a legislação específica sobre creches nos locais de trabalho”.

Ao discorrer acerca da proibição de discriminação nos concursos públicos, Adilson Abreu Dallari preleciona:

*“A questão dos requisitos que a lei poderá estabelecer como condições de provimento de cargos, funções e empregos públicos fica um pouco mais complicada diante da proibição expressa da utilização de sexo, idade, cor ou estado civil como critério de admissão, conforme consta do art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por determinação do art. 39, §2º, da CF.*

“Entendemos que a Constituição veda restrições estabelecidas por mera discriminação, por puro preconceito. A enumeração de alguns fatores de discriminação no texto do dispositivo não significa que outros sejam tolerados. **A relação é meramente exemplificativa, pois dela não consta a distinção por motivo de raça (implicitamente contida no inciso XLII, do art. 5º), que, além de ensejar as sanções normais a qualquer ato preconceituoso (sua nulidade, a responsabilidade funcional do agente) constitui crime inafiançável e imprescritível, punido com a pena de reclusão.**

“Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não



pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição permanente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, **o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja.**

[...]

“Ressalvados os requisitos e capacidade civil e habilitação legal, toda e qualquer outra condição deve guardar total pertinência com o trabalho que vier a ser executado, sob pena de nulidade, pois a regra geral é a proibição de distinções puramente discriminatórias” (Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2 ed. (2º tiragem) 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32-34) (sem grifo no original).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, ao dissertar acerca do princípio da isonomia ensina:

*“IGUALDADE E OS FATORES SEXO, RAÇA, CREDO RELIGIOSO*

Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrimen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.

Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 153, §1º, da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc.” (O Conceito jurídico do princípio da igualdade. 2 ed.1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 21).

Por concordar inteiramente com as razões lançadas pelo doutor Gustavo Emelau Marchiori, na decisão proferida nos autos do mandado de segurança n. 020.04.021781-7, que ensejou a presente arguição de inconstitucionalidade, adoto-as como complemento de minha razão de decidir:

“Do dicionário Aurélio de Língua Portuguesa extraímos o conceito das expressões racismo e segregação racial:

**“Segregação racial.**

“Política que objetiva separar e/ou isolar no seio de uma sociedade de minorias raciais e, p. ext., as sociais, religiosas, etc., discriminação racial.

“Racismo.

“3. Qualquer teoria ou doutrina que considera que as características culturais humanas são determinadas hereditariamente, pressupondo a existência de algum tipo de correção entre as características ditas ‘raciais’ (isto é, físicas e morfológicas) e aquelas culturais (inclusive atributos mentais, morais, etc.) dos indivíduos, grupos sociais e ou populações.



“Como se vê, as expressões racismo ou segregação racial definidas por um dos Dicionários mais respeitados da Língua Portuguesa excluem, de forma extreme de dúvidas qualquer tipo de implicação de que tais condutas possam ser direcionadas apenas aos negros, aos brancos, aos cafusos, mulatos, mamelucos ou qualquer outra espécie de raça humana. Praticar o racismo é contribuir através de atos e práticas, para a distinção pura e tão somente por este fato, pelo beneficiamento de um, em detrimento de outro.

“Não são os negros que estão sendo beneficiados, em verdade, co-meça, a sofrer um revés de um racismo camuflado existente na atualidade, que incute na mentalidade de alguns, que o caminho para a solução da miscigenação de raças existentes no Brasil e no Mundo pode ser solucionada por intermédio de leis e de incentivos inócuos para os fins a que se destinam.

“[...]

“Outro fato que causa estranheza diz respeito à limitação prevista na própria Lei Complementar n. 032/04, de que as vagas são destinadas apenas aos afro-brasileiros que prestarem concurso público para provimento de cargo efetivos. Porque aos afro-brasileiros não foi reservado igual percentual para os casos de contratação provisória ou cargos em comissão?

“[...]

“Por certo que a referida norma, por um de seus dispositivos, tratou de maneira desigual os iguais, pois não há distinção entre o inscrito na condição de afro-brasileiro e a impetrante, a não ser racial. E, sendo assim, encontra óbice na Constituição da República Federativa do Brasil, seja quanto aos seus objetivos, seja quanto aos direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro”. (fls. 346-348).

Mesmo que, in casu, não se esteja negando o acesso, mas sim, facilitando, na medida em que se reserva vagas para os descendentes afro-brasileiros, é inegável tratar-se de espécie de discriminação, haja vista partir do pressuposto de que há distinção entre os brancos e os afro-descendentes.

Ante o exposto, com fundamento nos argumentos expostos e precedentes colacionados, julgo procedente o pedido e reconheço a inconstitucionalidade do art. 5º, caput e parágrafo único, da Lei n. 032/2004, do Município de Criciúma.

### **III — DECISÃO:**

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, julgaram procedente o pedido e declararam inconstitucional o art. 5º e parágrafo único da Lei Complementar n. 032/2004.

O julgamento, realizado no dia 1º de agosto de 2007, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, Alcides dos Santos Aguiar, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Anselmo Cerello, José Gaspar Rubik, Orli de Ataíde Rodrigues, João



---

Eduardo Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Torres Paladino, Solon D'Eça Neves, José Mazoni Ferreira, Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Juliano Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, José Antônio Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Cesar Mimoso Ruiz Abreu, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Nelson Ubaldo, Cid José Goulart Júnior e Hilton Cunha Júnior. Impedida a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria do Roccio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 27 de setembro de 2007.

Luiz César Medeiros

RELATOR

**Date Created**

09/11/2007