



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 1658/2017 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 0048/17.

Trata-se de projeto de decreto legislativo, de iniciativa do nobre Vereador Fernando Holiday, que visa sustar partes do Decreto nº 57.557, de 21 de dezembro de 2016, que regulamenta a Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados.

De acordo com a justificativa, o citado Decreto cria um "tribunal racial", que segundo relatos submeteria os candidatos cotistas a condições vexatórias. Salienta, ademais, que a Lei nº 15.939/2013 não previu a criação dos denominados "tribunais raciais", sendo que o Decreto, portanto, teria exorbitado de sua competência regulamentar.

O projeto pode prosperar, conforme as razões a seguir aduzidas.

Os dispositivos cuja sustação é pretendida neste projeto dizem respeito à Seção II do Capítulo III do Decreto nº 57.557, de 21 de dezembro de 2016, denominada "Da Verificação da Conformidade das Situações com a Política Pública de Cotas Raciais de que trata a Lei nº 15.939, de 2013" (arts. 15 a 20), bem como a dispositivos que regulamentam a análise da autodeclaração para servidores cotistas investidos em cargo de provimento em comissão (§§ 1º a 6º do art. 5º).

Referidas normas dispõem a respeito da análise prévia do fenótipo dos candidatos às vagas de cotas por uma Comissão de Análise de Compatibilidade com a Política Pública de Cotas - CAPC, que tem por incumbência "a instrução e elaboração do relatório final do procedimento de análise da correspondência entre a autodeclaração e as características fenotípicas que identifiquem o candidato socialmente como negro e sua consequente compatibilidade com a política pública de cotas raciais" (art. 16, "caput", do Decreto nº 57.557/16).

Tendo em vista que referido órgão foi criado por Decreto expedido pelo Poder Executivo, cumpre nessa seara analisar, sob o ponto de vista jurídico, se ele encontra respaldo na legislação de regência, ou, nas palavras da Constituição Federal (art. 49, inciso V) e da Lei Orgânica do Município (art. 14, inciso XIII), se houve extrapolação do poder regulamentar, o que viabilizaria sua sustação por parte desta Casa Legislativa.

Para esse intuito, deve-se investigar se a Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados, daria suporte para a criação desse órgão e desse tipo de investigação prévia à nomeação por parte da Administração Pública.

Ocorre que o § 1º do art. 1º da citada Lei nº 15.939/13 estabelece de modo muito claro que "para os efeitos desta lei, consideram-se negros, negras ou afrodescendentes as pessoas que se enquadram como pretos, pardos ou denominação equivalente, conforme estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou seja, será considerada a autodeclaração".

Conforme trecho destacado e extraído do texto legal, em nenhum momento a lei dá azo para que o Executivo, ao regulamentar a norma, crie outra espécie de critério prévio para a nomeação de candidatos cotistas além da autodeclaração. O Decreto nº 57.557/16, ao assim

agir, criou etapa em concurso público e na admissão de servidores comissionados ao arripio da legislação de regência, que deixa muito clara a opção pelo critério da autodeclaração, em alinhamento àquele adotado pelo IBGE como forma de elaborar as estatísticas da população brasileira.

Registre-se que o critério da autodeclaração também é o adotado na Administração Pública Federal por meio da Lei Federal nº 12.990, de 9 de junho de 2014, havendo entendimento de que a criação dos denominados "tribunais raciais" ferem o quanto estabelecido na norma. Na análise percutiente feita por Odasir Piacini Neto (in "Concurso público, cotas raciais, autodeclaração e verificação da condição declarada", disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245800,41046-Concurso+publico+cotas+raciais+autodeclaracao+e+verificacao+da>>):

"(...)

Nesse contexto, verifica-se que a única condição exigida pela legislação de regência para que o candidato possa concorrer às vagas destinadas aos candidatos negros é a referida autodeclaração, inexistindo outros requisitos para tanto.

Ocorre que, em determinados concursos, como ocorreu recentemente no concurso do TJ/DF e Territórios, os candidatos que se autodeclararam negros foram convocados para se submeter a uma banca examinadora, a qual verificaria a condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros.

A submissão dos candidatos que se autodeclararam negros a uma banca para verificação da condição de negro além de ser absolutamente ilegal, uma vez que contraria a legislação de regência, conforme citado anteriormente, mostra-se em absoluto conflito com o princípio da impessoalidade, principalmente, diante da ausência de critérios objetivos para aferir a raça do candidato.

(...)

É certo, portanto, que a instituição de "Tribunais Raciais" se mostra absolutamente ilegal e inconstitucional, não encontrando guarida no nosso Estado Democrático de Direito, especialmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

Portanto, conclui-se que o único mecanismo legal e constitucional para verificação da condição de negro do candidato inscrito em concurso público é a autodeclaração, não podendo a Administração Pública estipular nenhum outro requisito sob pena de invalidar o certame."

Do mesmo modo, extrai-se de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça a dificuldade do estabelecimento de critério objetivos para comprovar a autodeclaração, sendo descabida criação de comissão para esse intuito sem previsão legal e editalícia:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATA APROVADA NAS VAGAS DESTINADAS AOS NEGROS E PARDOS. CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A questão em debate cinge-se à verificação da suposta ilegalidade do ato administrativo estadual gaúcho que determinou a nulidade da inscrição da recorrente no concurso público para o cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conforme Edital 002/2013, em face da ausência de comprovação da sua afrodescendência declarada para fins de concorrência nas vagas específicas para negros e pardos.

2. In casu, a recorrente teve a inscrição no concurso cancelada ao fundamento de que não preenchia os requisitos necessários a concorrer às vagas destinadas aos negros e pardos, uma vez que, apesar de ser parda, não teria comprovado ser filha de pai ou mãe negra, não podendo sua cor de pele ter advindo de seus avós ou outro parente ascentral.

3. Os requisitos analisados pela Comissão não guardam relação com o previsto no Edital e sequer com a Lei Gaúcha 14.147/2012, uma vez que foram estabelecidos de forma aberta e irrestrita por seus integrantes que, inclusive, destacaram que para os efeitos aqui

pretendidos, há que ser considerado pardo o filho de mãe negra e pai branco (ou vice-versa), condição que não possui a candidata (fls. 97).

4. O próprio critério adotado pelo IBGE para classificação da cor é subjetivo, baseado na autodeclaração do entrevistado, não abrangendo apenas o binômio branco/negro, mas, também, os encontros interracialis entre brancos e indígenas, brancos e negros e negros e indígenas. Isto demonstra a complexidade que envolve a realização do Censo no Brasil, em razão das variáveis decorrentes do processo miscigenatório, do qual, aliás, resulta a raça brasileira dos mulatos claros, a que aludiu o sociólogo Gilberto Freire.

5. A classificação de cor na sociedade brasileira, por força da miscigenação, torna-se difícil, mesmo para o etnólogo ou antropólogo. A exata classificação dependeria de exames morfológicos que o leigo não poderia proceder. Até mesmo com relação aos amarelos, é difícil caracterizar o indivíduo como amarelo apenas em função de certos traços morfológicos, os quais permanecem até a 3a. e 4a. gerações, mesmo quando há cruzamentos. Com relação ao branco, preto e pardo a dificuldade é ainda maior, pois o julgamento do pesquisador está relacionado com a cultura regional. Possivelmente o indivíduo considerado como pardo no Rio Grande do Sul, seria considerado branco na Bahia, na segura observação da Professora Aperecida Rgueira (As Fontes Estatísticas em Relações Raciais e a Natureza da Investigação do Quesito Cor nas Pesquisas Sobre a População no Brasil: Contribuição para o Estudo das Desigualdades Raciais na Educação. Site IBGE).

6. Nesse contexto, importa salientar que se o edital estabelece que a simples declaração habilita o candidato a concorrer nas vagas destinadas a negros e pardos, e não fixa os critérios para aferição desta condição, não pode a Administração, posteriormente, sem respaldo legal ou no edital do certame, estabelecer novos critérios ou exigências adicionais, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao edital, além de se tratar de criteriolgia arbitrária, preconcebida e tendente a produzir o resultado previamente escolhido.

7. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à obrigatoriedade de seguir-se fielmente as disposições editalícias como garantia do princípio da igualdade, e sem que isso signifique qualquer submissão a exigências de ordem meramente positivistas.

8. Dessa forma, mostra-se líquido e certo o direito da recorrida em ter anulado o ato que determinou o cancelamento de sua inscrição na lista específica para negros e pardos, bem como para restabelecer os efeitos de sua nomeação para que, preenchidos os demais requisitos legais, tome posse no cargo de Oficial de Controle Externo, Classe II, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul .

9. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido."

(STJ, 1º Turma, Ag. Reg. no Rec. em Mandado de Segurança nº 48.805, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.04.17)

Conclui-se, portanto, que o Decreto nº 57.557/16, sob o pálio de regulamentar os termos da Lei nº 15.939/13, acabou por extrapolar o poder normativo por ela conferido ao Executivo, cujas balizas são definidas de forma clara e precisa pelo jurista José Afonso da Silva (in "Curso de Direito Constitucional Positivo, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 425-426):

"O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se irritado o regulamento dele proveniente".

Logo, diante do que foi até aqui exposto, deve esta Casa zelar pela preservação de sua competência legislativa, extirpando os dispositivos que representam afronta à lei que rege a reserva de vagas para negros, negras e afrodescendentes na Administração Pública Municipal.

Por fim, observe-se que o decreto legislativo é o instrumento apto a ser utilizado nas hipóteses em que o Poder Executivo exorbita de sua competência regulamentar e usurpa a competência legislativa da Câmara, nos termos do art. 236, "caput", do Regimento Interno,

devendo a matéria ser submetida à apreciação do Plenário, nos termos do art. 105, inciso XIII, do mesmo diploma.

Ante o exposto, somos pela LEGALIDADE, na forma do Substitutivo a seguir apresentado, que visa tão somente tornar a redação da propositura mais clara, atendendo à técnica legislativa preconizada pela Lei Complementar Federal nº 95/98.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 0048/17.

Susta, em todos seus termos, os §§ 1º a 6º do art. 5º, e os arts. 15, 16, 17, 18, 19 e 20, todos do Decreto nº 57.557, de 21 de dezembro de 2016, que regulamenta a Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º Ficam sustados, em todos os seus termos, os §§ 1º a 6º do art. 5º, e os arts. 15, 16, 17, 18, 19 e 20, todos do Decreto nº 57.557, de 21 de dezembro de 2016, que regulamenta a Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados.

Art. 2º As despesas com a execução do presente Decreto Legislativo correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 14/11/2017.

Mario Covas Neto - PSDB - Presidente

Caio Miranda Carneiro - PSB

Claudinho de Souza - PSDB

Reis - PT - Contrário

Rinaldi Digilio - PRB

Sandra Tadeu - DEM

Soninha Francine - PPS - Relatora

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 22/11/2017, p. 173

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.camara.sp.gov.br.