



Processo nº: 0438/010/16.
Interessado: Instituto de Previdência Municipal de Limeira - IPML.
Em exame: Consulta.

Trata-se de consulta formulada pelo Instituto de Previdência Municipal de Limeira - IPML, apresentada nesta corte em 30.09.2016 (fls. 02/03, docs. fls. 04/10).

O consulente indaga sobre a forma de dar cumprimento ao art. 5º da Lei 3.691/2004 do Município de Limeira, que assim dispõe:

Lei 3.691/2004 de Limeira, art. 5º. Nos contratos firmado pela Administração Direta e Indireta com empresas prestadoras de serviços continuados, a partir da data de vigência desta Lei, deverá constar cláusula prevendo a reserva de 20% (vinte por cento) do total de funcionários, cujos cargos serão preenchidos por afro-brasileiros.

Extrai-se do despacho de fls. 26 que o então relator do feito determinou a oitiva da Assessoria Técnico-Jurídica, da Secretaria-Diretoria Geral e, após, vista ao Ministério Público de Contas, com fundamento no artigo 233 do Regimento Interno deste E. Tribunal.¹

Após manifestação da Assessoria Técnico-Jurídica, que opinou pela inconstitucionalidade da norma local, os autos foram encaminhados à Secretaria-Diretoria Geral. Às fls. 36v, o sr. Secretário-Diretor Geral restituiu os autos inquirindo sobre a pertinência de prévia oitiva do Ministério Público de Contas, o que foi acatado pelo despacho de fls. 37.

¹ RITCE/SP, art. 233. Não tendo sido a matéria objeto de parecer do Tribunal Pleno, o Relator do feito aplicará as disposições contidas, no que for cabível na Seção anterior, no que couber, ouvindo-se os órgãos que se fizerem necessários, com vista ao Ministério Público.



Em manifestação anterior (fls. 38/40), postulei pela reconsideração do despacho de fls. 37, a fim de que fosse adequada a tramitação processual, garantindo-se a vista ao Ministério Público de Contas após o encerramento da instrução (ou após o “assessoramento final” a que se refere o art. 213 do RITCE). Ato contínuo, o relator do feito dispensou a oitiva da SDG (fls. 39v).

Retornam os autos ao Ministério Público de Contas para sua atuação como fiscal da ordem jurídica.

É o relatório.

A competência do Tribunal de Contas de responder consultas decorre da previsão legal do art. 2º, inc. XXV da LCE 709/1993, que dispõe:

Art. 2º. Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...)

XXV - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno;

O procedimento das consultas é regulado no Capítulo IX do Regimento Interno deste E. Tribunal:

CAPÍTULO IX
Das Consultas
SEÇÃO I
Competência

Art. 226. O Tribunal Pleno resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas acerca de dúvidas suscitadas na aplicação das disposições legais concernentes à matéria de sua competência, desde que não envolva caso concreto ou ato consumado.

§ 1º. O Tribunal Pleno poderá, excepcionalmente, apreciar o mérito de consulta que contenha individualização da situação fática apresentada, caso o recomende relevante razão de interesse público.

§ 2º. As consultas, a que se refere este artigo, formuladas por intermédio dos Chefes dos Poderes Públicos estaduais e municipais, Secretários de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta e fundacional, tanto do Estado como dos Municípios, constarão de exposição precisa da dúvida, com formulação de quesitos.

Art. 227. Os pareceres emitidos em virtude de consulta terão força obrigatória, importando em prejulgamento do Tribunal.

Parágrafo único. Salvo deliberação em contrário emitida pelo Tribunal Pleno, o prejulgado emanado em relação ao consulente não importará na fixação de orientação normativa para a Administração em geral.

Art. 228. Contra os pareceres mencionados neste Capítulo, caberá pedido de reconsideração, apresentado dentro de 15 (quinze) dias pelo próprio consulente:

I - se o Tribunal não tiver apreendido a tese da consulta;

II - se forem necessárias explicações complementares ou elucidativas;

III - se a orientação fixada for inoportuna ou inconveniente ao serviço público.

Art. 229. A qualquer tempo, poderá ser repetida a consulta, se fatos ou argumentos novos puderem importar modificação do parecer.

Parágrafo único. É facultado ao Tribunal, por iniciativa do Presidente ou de qualquer Conselheiro, reexaminar ex officio o ponto de vista firmado em parecer, submetendo-o ao Tribunal Pleno para apreciação. Ocorrendo alteração do prejulgado, a orientação que vier a ser adotada terá força obrigatória, a partir da sua publicação, em relação aos órgãos da Administração já submetidos aos efeitos do prejulgado modificado.

SEÇÃO II
Procedimento

Art. 230. As consultas, depois de protocoladas, serão encaminhadas à Presidência, que decidirá sobre o seu cabimento, dela dando vista ao Ministério Público.



Art. 231. Deferidas, as consultas deverão, imediatamente, de forma sistemática, ser encaminhadas à unidade encarregada de coligir a documentação e a jurisprudência do Tribunal, para informar se o assunto já foi, ou não, objeto de parecer.

Parágrafo único. Em caso positivo, a unidade anexará aos autos respectivos o parecer em seu inteiro teor.

Art. 232. Quando em face dos elementos colhidos verificar-se a existência de decisão da espécie, o Relator, independentemente de qualquer provocação ou, se for o caso, após a audiência dos órgãos de instrução, remeterá, ao consulente, mediante despacho, o julgado anterior, cujo teor lhe será transmitido e ordenará o pronto arquivamento do processo.

Parágrafo único. É facultado ao consulente, na hipótese prevista neste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer ao Relator explicações complementares ou elucidativas, que, se as julgar relevantes, poderá proceder na forma prevista no parágrafo único do art. 229 deste Regimento Interno.

Art. 233. Não tendo sido a matéria objeto de parecer do Tribunal Pleno, o Relator do feito aplicará as disposições contidas, no que for cabível na Seção anterior, no que couber, ouvindo-se os órgãos que se fizerem necessários, com vista ao Ministério Público.

No caso dos autos, o consulente encontra-se dentre o rol de legitimados, a dúvida suscitada adéqua-se às balizas fixadas na norma de regência, e a matéria não foi objeto de parecer específico anterior. Embora as decisões citadas pelo Gabinete Técnico da Presidência refiram-se a casos envolvendo legislação similar do Município de Piracicaba², ainda assim foi demonstrada relevante razão de interesse público na situação fática apresentada. Assim, seguindo o posicionamento do Gabinete Técnico da Presidência (fls. 13/21), opina o MPC pelo **conhecimento** da consulta.

Passa-se ao mérito.

Verifica-se que a Lei 3.691/2004 do Município de Limeira, atualizada pela Lei 5.770/2016 (fls. 49/51), buscou implantar duas ações afirmativas: além de uma política de cotas raciais nas admissões de pessoal da Administração Pública, pretendeu impor uma política de cotas raciais nas empresas contratadas pela Administração Pública.

Todavia, conforme se demonstrará, o Município, em relação a esta última ação afirmativa, transbordou os limites de sua competência normativa.

Das ações afirmativas.

Das variadas definições de ações afirmativas, imprescindível citar duas, por sua força legal.

² Lei 6.246/2008 do Município de Piracicaba, art. 95-A. Nos editais de licitação que visem à terceirização de serviços pela Administração Direta e Indireta, deverá constar cláusula prevendo a exigência de que, prioritariamente, 20% (vinte por cento) do total de empregados que desempenharem os serviços, objeto do respectivo contrato, sejam da raça negra.

Parágrafo único. Caberá ao órgão requisitante a fiscalização do cumprimento da obrigação imposta às empresas contratadas, por força do disposto no *caput* deste artigo. [redação dada pela Lei Municipal 8.546/2016]



A primeira delas é a da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas.

Esta Convenção, internalizada no ordenamento pátrio pelo Decreto Federal 65.810/1969, define as ações afirmativas como “*medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*” (Parte I, Artigo II, 2).³

A segunda definição imprescindível de ser citada é a do Estatuto da Igualdade Racial:

Lei 12.288/2010, 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: (...)

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.

Da inclusão da população negra no mercado de trabalho.

O Estatuto da Igualdade Racial traça importantes diretrizes para a implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho:

Lei 12.288/2010

CAPÍTULO V - DO TRABALHO

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

I - o instituído neste Estatuto;

II - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção no 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da discriminação no emprego e na profissão;

IV - os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

³ Pertinente desde logo ressaltar que o mencionado dispositivo contém uma importante ressalva acerca da transitoriedade desse tipo de política: “*Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas*”.



§ 1º. A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º. As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º. O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º. As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º. Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º. O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º. O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

Art. 40. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) formulará políticas, programas e projetos voltados para a inclusão da população negra no mercado de trabalho e orientará a destinação de recursos para seu financiamento.

Art. 41. As ações de emprego e renda, promovidas por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, contemplarão o estímulo à promoção de empresários negros.

Parágrafo único. O poder público estimulará as atividades voltadas ao turismo étnico com enfoque nos locais, monumentos e cidades que retratem a cultura, os usos e os costumes da população negra.

Art. 42. O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

Como se vê, diversas são as políticas possíveis para incluir a população negra no mercado de trabalho, como programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda, acesso a crédito, elevação da escolaridade e da qualificação profissional.

No âmbito da União, uma grande medida para concretizar estes objetivos na esfera da Administração Pública foi estabelecida pela Lei Federal 12.990/2014, conhecida como “Lei de Cotas”.⁴

Importante destacar que, **recentemente**, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, declarou a constitucionalidade da ação afirmativa prevista na Lei de Cotas.

Na oportunidade, o STF firmou a seguinte 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

⁴ Antes dela, também de grande impacto a Lei Federal 12.711/2012, que estipulou cotas para estudantes pretos, pardos e indígenas nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio [percentual adotado: equivalente à distribuição da população na unidade federativa]. No âmbito do Poder Judiciário, foi editada a Resolução CNJ 203/2015 [percentual adotado: 20%]. No âmbito do Ministério Público, foi editada recentemente (13.06.2017) a Resolução CNMP 170/2017 [Percentual adotado: 20%].



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” (STF, Pleno, ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08.06.2017, acórdão pendente de publicação).

Note-se que o Estatuto da Igualdade Racial volta-se principalmente para o Poder Público, mas prevê que este *“estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado”* (art. 39, § 3º).

Como dito, a mencionada Lei do Município de **Limeira** buscou implantar duas ações afirmativas: além de uma política de cotas raciais nas admissões de pessoal da Administração Pública, pretendeu impor uma política de cotas raciais nas empresas contratadas pela Administração Pública, sendo que apenas esta última está em discussão nestes autos.

Da impossibilidade de norma municipal fixar regras gerais de licitações e contratos.

Por mais nobres que sejam os propósitos da ação afirmativa idealizada pelo legislador do Município de **Limeira**, de buscar estabelecer uma cota racial nas empresas contratadas pela Administração, o Parlamento Municipal não tem competência para disciplinar a respeito do tema.

Os municípios paulistas, por força do art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo, devem atender os princípios estabelecidos na Constituição Federal.⁵

E, conforme a divisão de competências normativas estabelecidas na Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, inc. XXVII).⁶

Por conta disto, eventuais ações afirmativas no âmbito de licitações e contratos administrativos devem ser introduzidas mediante lei aprovada pelo Congresso Nacional, por se tratarem de normas gerais.

Conforme apontado pela Chefia de ATJ (fls. 35/36), já existem propostas parlamentares que buscam incluir ações afirmativas na Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). Por exemplo, o Projeto de Lei 5.027/2016 visa inserir negros nas

⁵ CE/SP, art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

⁶ CF, art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;



empresas participantes de licitações, ao exigir, na fase de habilitação dos certames, prova de ‘qualificação social’.⁷ Outro exemplo é o Projeto de Lei 7.053/2014, que visa incluir, como critério de desempate, a participação da empresa licitante em programa de equidade de gênero e raça. Este mesmo projeto visa incluir entre os requisitos de habilitação a comprovação de que a empresa licitante não tenha praticado atos de discriminação motivados por origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras razões.⁸

Nem se diga que a legislação municipal estaria somente complementando a legislação federal, dentro da competência legislativa suplementar do Município (art. 30, inc. II, CF).⁹

Conforme a doutrina de MORAES, a competência legislativa suplementar municipal consiste em

“(...) autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.326)

No caso, além de não haver predominância de interesse local, a norma municipal choca-se com a legislação federal a respeito de licitações e contratos administrativos.

Da impossibilidade de exigir qualificações que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Mesmo que se considere que a norma em questão não trata de norma geral de licitação, ainda assim padeceria de vício de constitucionalidade.

Dispõem a Constituição Federal (art. 37, inc. XXI)¹⁰ e a Constituição Estadual (art. 117)¹¹ que o processo de licitação pública somente permitirá as

⁷ A proposta normativa define da seguinte forma a “qualificação social” da licitante, incluindo o seguinte artigo na Lei 8.666/1993:

“Art. 30-A. A documentação relativa à qualificação social limitar-se-á:

I – plano de inclusão funcional de trabalhadores negros, com o estabelecimento de metas e cronograma relativos ao ingresso nas diversas carreiras e ao acesso a postos hierárquicos diferenciados;

II – certificado, emitido pelo órgão público competente, de cumprimento das metas e do cronograma fixados no plano referido no inciso I;

III – prova de reserva de percentual de vagas para os trabalhadores negros nos cursos de treinamento, atualização e aperfeiçoamento oferecidos no ano de apresentação da proposta.”

Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082143>, acesso em 14.07.2017.

⁸ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=605553&ord=1>, acesso em 14.07.2017.

⁹ CF, art. 30. Compete aos Municípios: (...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;



exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Sob este fundamento, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional norma local que impedia de firmar contratos públicos as empresas que adotassem políticas discriminatórias na contratação de mão-de-obra:

“Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada.

1. *Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I).*

2. *Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a "igualdade de condições de todos os concorrentes", o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso.” (STF, Pleno, ADI 3670/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007)¹²*

¹⁰ CF, art. 37, inc. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹¹ CE/SP, art. 117. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹² Veja-se também:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

(...)

5. *A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.*

6. *Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.” (STF, Pleno, ADI 3070/RN, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.11.2007)*

E ainda:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

(...)

7. *A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.*

8. *Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia.” (STF, Pleno, ADI 2716/RO, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.11.2007)*



Também sob este fundamento, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem a empresa que fora inabilitada de licitação que exigia da licitante declaração relativa à segurança e à saúde do trabalhador:

“Licitação estadual. Exigência de declaração relativa à segurança e à saúde do trabalhador expedida por repartição federal.

1. *Não tem pertinência com a garantia do cumprimento do contrato objeto da licitação no âmbito estadual a exigência de declaração expedida por repartição federal relativa à segurança e à saúde do trabalhador. A exigência assim feita viola o art. 37, XXI, da Constituição Federal.*

2. *Recurso extraordinário desprovido.*” (STF, 1ª Turma, RE 210.721-2/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.05.2008)

Também este um dos fundamentos que motivou o Governador do Estado de São Paulo a questionar, no Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da Lei Estadual 10.2180/1999, que proíbe a Administração de contratar com empresas que tenham diretor, gerente ou empregado condenado por crime ou contravenção em razão da prática de atos de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, ou pela adoção de práticas inibidoras, atentatórias ou impeditivas do exercício do direito à maternidade ou de qualquer outro critério discriminatório para a admissão ou permanência da mulher ou do homem no emprego (ADI 3.092/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, proposta em 18.12.2003, pendente de julgamento).

Como bem resumido pela Chefia de ATJ, *“veda a Constituição Federal que leis ordinárias consignem exigências de qualificação que não estejam direta e imediatamente relacionadas com a garantia do cumprimento, a contento, das obrigações contratuais”* (fls. 31).

Por mais elogiáveis que sejam os propósitos que ensejaram a edição do artigo 5º da lei municipal em questão, não é possível estabelecer uma relação lógica entre a exigência por ele estabelecida e o cumprimento de eventual objeto contratual.

Da ingerência da Administração na empresa contratada.

A norma municipal em debate ostenta clara condição de dirigismo contratual, eis que a Administração Pública acaba por interferir na relação jurídica que a empresa contratada irá estabelecer com terceiros, seus empregados, afetando a livre iniciativa.

Até é possível argumentar que o Poder Público teria justificativa para efetuar este tipo de interferência, eis que a livre iniciativa da ordem econômica deve seguir os ditames da justiça social, observado o princípio da redução das



desigualdades sociais (art. 170, *caput* e inc. VII, da Constituição Federal).¹³ No entanto, mais uma vez, não se trata de competência municipal.

A despeito de tal discussão, é certo que a Administração, ao terceirizar um serviço, não pode imiscuir-se na gestão da empresa contratada, competindo à contratante apenas verificar se o serviço está sendo prestado conforme os termos contratuais. Neste aspecto, não cabe à Administração ditar à empresa contratada quais funcionários deva ela contratar.

A este respeito, são elucidativas as orientações do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, sobre o que a Administração, no âmbito federal, deve evitar fazer para que não se configure o vínculo do terceirizado:

Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017

Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

(...)

Art. 5º. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Da necessidade de monitoramento e de prazo das ações afirmativas.

Mesmo que se pudesse cogitar da possibilidade de o Município legislar em matéria de licitações e contratos, e ainda que se admitisse que a exigência em

¹³ CF, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;



debate pudesse ser considerada indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, ainda assim a norma do Município de **Limeira** não poderia permanecer no ordenamento.

Da análise da legislação municipal em debate, não se observa que a ação afirmativa pensada pelo Município de **Limeira** tenha prazo determinado, nem ao menos mecanismos de monitoramento.

Tratando das ações afirmativas, a já mencionada Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no ordenamento pátrio pelo Decreto Federal 65.810/1969, estipula que:

“Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sidos alcançados os seus objetivos.” (Parte I, Artigo I, 4).

Como salta aos olhos, a transitoriedade é característica primordial e inerente das ações afirmativas.

Afinal, a ação afirmativa é uma medida de desigualdade tomada a serviço do próprio objetivo de igualdade, que deve ter um horizonte de prazo a ser atingido.

Se permanente a desigualdade da ação afirmativa (como a imposição de cotas por prazo indefinido), corre-se o risco de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos.

Nesse sentido, pede-se vênia para citar, por sua pertinência e relevância, a ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, na qual discutida a instituição de cotas raciais nas universidades:

“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, Pleno, ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2012, v.u.) (destaques do MPC)

Neste sentido, a já mencionada “Lei de Cotas” fixou prazo certo e mecanismo de monitoramento para atestar a eficácia social desta ação afirmativa:

Lei Federal 12.990/2014, art. 5º. O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.¹⁴

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Desta forma, deve ser rechaçada a ação afirmativa normatizada pelo Município de **Limeira**, por se tratar de imposição de desigualdade permanente, pois sem prazo definido e sem mecanismos de aferição de eventuais benefícios alcançados.

Da necessidade de controle nas ações afirmativas.

Além de não possuir mecanismos de aferição de eventuais benefícios alcançados, o controle da ação afirmativa imposta pelo Município de **Limeira** às empresas licitantes torna-se ainda mais difícil por sua imprecisão e generalidade.

De início, observa-se que o art. 5º, ao tratar da ação afirmativa que busca impor cota racial às empresas contratadas pela Administração, exige que 20% dos

¹⁴ Lei 12.288/2010, art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.



cargos da empresa contratada serão preenchidos por “afro-brasileiros”. Todavia, os demais artigos da norma, ao tratar da ação afirmativa que impõe cota nas contratações de pessoal da Administração Pública, passaram a utilizar, após as modificações da Lei Municipal 5.770/2016, a expressão “negros, negras ou afrodescendentes”.

A norma municipal explica que serão considerados “negros, negras ou afrodescendentes” os candidatos que se autodeclarem como “preto, pardo ou quesito equivalente, conforme quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística” (art. 1º, § 2º).¹⁵ Vale dizer, adota-se o fenótipo como critério, não a ascendência. Não resta claro, todavia, se vale o mesmo critério para o que a lei rotula como “afro-brasileiros”.

Também impreciso se os mecanismos adotados na ação afirmativa que impõe cota nas contratações de pessoal da Administração Pública serão os mesmos adotados na ação afirmativa que busca impor cota racial às empresas contratadas pela Administração. Veja-se que, no primeiro caso, o Município de **Limeira** adota o critério da autodeclaração, e, subsidiariamente, para fins de controle, o critério da heteroatribuição¹⁶, da mesma forma que a União fez na Lei de Cotas.¹⁷

Apesar de a fórmula autodeclaração-heteroatribuição ser importante mecanismo para evitar possíveis manipulações de pessoas que se beneficiar indevidamente do sistema de cotas¹⁸, não resta claro se este mesmo mecanismo

¹⁵ Lei 3.691/2004 do Município de Limeira, art. 1º, § 2º. Para os efeitos desta lei, será considerado negro, negra ou afrodescendente, o candidato que assim se autodeclare no momento da inscrição para o respectivo concurso ou seleção públicas pelas cotas raciais, como pretos, pardos ou denominação equivalente, conforme quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **(NR)** [parágrafo acrescentado pelo art. 2º da Lei 5.770/2016]

¹⁶ Lei 3.691/2004 do Município de Limeira, art. 7º. O candidato deverá declarar expressamente a condição de negro no ato da inscrição, vedada a declaração em momento posterior. **(NR)** [artigo acrescentado pelo art. 6º da Lei 5.770/2016] (...)

§ 2º. Na constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso ou seleção pública e, se houver sido nomeado ou admitido, ficará sujeito à nulidade de sua nomeação e posse no cargo efetivo ou de sua admissão no emprego público, após procedimento administrativo no qual lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

¹⁷ Lei Federal 12.990/2014, art. 2º. Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclaram pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

¹⁸ Conforme ensina IKAWA, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 186/DF:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...),



seria adotado na ação afirmativa que busca impor cota racial às empresas contratadas pela Administração.

A isto se somam importantes dúvidas que tornam muito difícil, se não impossível, dar cumprimento à norma local em debate. Entre elas, as seguintes:

- ⇒ *Em que momento a Administração contratante irá aferir se a empresa cumpre a cota racial?*
- ⇒ *De que meios se valerá a Administração para aferir se a empresa cumpre a cota racial? Visita à empresa? Avaliação das carteiras de trabalho dos funcionários?*
- ⇒ *No caso de a empresa possuir filiais, a contabilização da cota será feita considerando a sede, todas as filiais, ou apenas a unidade que efetivamente presta o contrato?*
- ⇒ *Quais as eventuais punições às empresas contratadas que não cumprirem a cota racial imposta?*
- ⇒ *No caso de um funcionário “cotista” se desligar da empresa, fazendo-a ficar abaixo do percentual exigido pela lei, haverá prazo para que a empresa retorne ao patamar exigido? E quem fixará este prazo?*
- ⇒ *O percentual se aplica apenas aos funcionários ou também aos sócios da empresa contratada?*
- ⇒ *O percentual leva em consideração apenas os funcionários da empresa ou também eventuais terceirizados e/ou autônomos contratados pela empresa?*
- ⇒ *O percentual deve ser observado em relação a todos os funcionários da empresa ou apenas em relação àqueles necessários para cumprir o contrato firmado com a Administração?*

alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autotransclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”. (IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. pp. 129-130).



Ante o exposto, o Ministério Público de Contas opina pelo **conhecimento** da consulta formulada, propondo a seguinte resposta:

O Município não possui competência legislativa para impor cota racial às empresas contratadas pela Administração Pública.

Exposto o posicionamento deste *Parquet* de Contas, propõe-se, ao final, a divulgação do resultado da consulta no *site* deste E. Tribunal de Contas.

Informo, por fim, que encaminhei cópia da presente manifestação ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para que avalie a pertinência de ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei 3.691/2004 do Município de Limeira.

É o parecer.

São Paulo, 19 de julho de 2017.

RAFAEL NEUBERN DEMARCHI COSTA
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas

‡