

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifio, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

LC 32/2004 DE CRICIÚMA/SC. UMA ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NOS CARGOS PÚBLICOS MUNICIPAIS SOB A ÓTICA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

LC 32/2004 OF CRICIÚMA/SC. ANALYSIS OF THE STATEMENT OF RACIAL QUOTAS UNCONSTITUTIONALITY FOR ENTRY IN MUNICIPAL GOVERNMENT POSITIONS FROM THE PERSPECTIVE OF CONTENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT ESSENTIAL TO EQUALITY

Renan Moreira de Norões Brito

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei municipal de Criciúma/SC que estipulava cotas raciais nos concursos públicos municipais para acesso a cargos efetivos. Para os fins de analisar a decisão em comento, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental, buscando-se apoio na doutrina especializada bem como em julgados relevantes acerca da matéria. No primeiro tópico procede-se uma explicação detalhada do caso em análise, destacando-se pormenorizadamente a matéria discutida no bojo do processo judicial que deu ensejo à decisão. A partir daí, traz-se a lume a ideia do direito fundamental à igualdade preconizado no texto constitucional lastreado no princípio norteador do ordenamento constitucional brasileiro, sobretudo do sistema de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, analisa-se o conteúdo essencial do direito fundamental a igualdade, apoiando-se especialmente na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e Ana Maria D'Ávila Lopes e faz-se uma análise crítica do julgado, verificando-se que a já citada lei municipal não ultrapassa os limites do conteúdo essencial deste direito e, portanto, verifica-se um equívoco no decisum do tribunal catarinense haja visto haver declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da lei complementar municipal. Verificou-se ser mais acertado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que legitimou política semelhante ao julgar improcedente a ADPF 186 proposta pelo partido Democratas (DEM) oriunda do Distrito Federal que questionava a política de cotas estabelecida pela Universidade de Brasília em caso bastante semelhante.

Palavras-chave: Cotas raciais, Constitucionalidade, Garantia do conteúdo essencial

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to examine the decision of the Court of Santa Catarina that declared unconstitutional, in the process, municipal law number 32 of 2004 which mandated racial quotas for access to municipal offices. For the purposes of analyzing the decision under discussion, we use the literature and documents, seeking support in specialized doctrine as well as judicial decisions relevant on the matter. On the first topic comes up a detailed

explanation of the case under review, highlighting in detail the matters discussed in the wake of the judicial process that gave rise to the decision. From then explained the fundamental right to equality based on human dignity, the principle that underlies the constitutional Brazilian system and fundamental rights. Subsequently, we analyze the essence of the fundamental right to equality, relying especially on the doctrine of Celso Antonio Bandeira de Mello and Ana Maria D'Ávila Lopes and makes a critical analysis of the judgement, verifying that the aforementioned law of the municipality is within the limits of the essential content of the right, therefore there is a mistake in the Santa Catarina court's decision that declared the unconstitutionality of the law supplement municipal. Found to be more accurate positioning of the Supreme Court that legalized racial quotas in judging ADPF 186 proposed by Democratas (DEM) derived from the Federal District that questioned the policy of quotas established by the University of Brasilia in case quite similar.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Racial quotas, Constitutionality, Guarantee of essential content

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar uma decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferida pelo desembargador Dr. Luiz César Medeiros, nos autos da apelação cível em mandado de segurança de número 2005.021645-7/0001.00 que tramitou na terceira câmara de direito público deste tribunal.

Nesta oportunidade o tribunal catarinense declarou por unanimidade a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei complementar 32/2004 do município de Criciúma/SC que determinava que vinte por cento das vagas de todos os concursos públicos realizados naquele município seriam reservadas para aqueles declarados de cor negra ou parda no registro de nascimento.

Inicialmente, faz-se uma exposição detalhada do caso concreto analisado e, a partir daí, passa-se a analisar o direito fundamental à igualdade à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que, como se verifica, é o princípio que serve de fundamento para os direitos fundamentais e norteia a validade das normas infraconstitucionais. Traça-se a distinção entre igualdade formal e igualdade material, igualdade na lei e igualdade perante a lei.

Depois verifica-se se existem parâmetros que possam ser aplicados em todos os casos em que seja necessário definir a conformidade constitucional de uma eventual desigualação jurídica para efetivar a igualdade material. Trata-se do conteúdo essencial do direito fundamental à igualdade, que deve ser observado pelo legislador na hora de regulamentar este direito.

Apoia-se na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que estabelece quatro critérios que permitem verificar quando uma norma fere o núcleo essencial da isonomia. São eles: o fato de a norma não poder atingir um indivíduo individualmente considerado; que as situações ou pessoas desequiparadas encontrem-se, efetivamente, em situações distintas; que exista uma relação lógica entre a norma jurídica diferenciadora e o fator de desequiparação e que esta relação seja pertinente.

Por último, se comenta a decisão do Supremo Tribunal Federal na argüição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF julgou em sentido diametralmente

oposto caso semelhante ao julgado pelo tribunal catarinense. Traz-se alguns argumentos da decisão e verifica-se a pertinência do que foi decidido, em conformidade com os objetivos da República Federativa no Brasil e o respeito ao princípio isonômico.

1 O Caso Concreto

Aos seis dias do mês de maio do ano de 2004 foi promulgada a lei complementar municipal número 32, no município de Criciúma, estado de Santa Catarina, que dentre as suas disposições previu em seu artigo 5º que “ficam reservadas aos afro-brasileiros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pelo Poder Público Municipal para provimento de cargos efetivos”.

Ademais, como seria necessário estabelecer parâmetros para se definir quem estaria albergado pelas cotas estipuladas na referida lei, o parágrafo único do artigo supracitado estabeleceu que “para efeitos do disposto no "caput", considera-se afro-brasileiro aquele identificado como de cor negra ou parda no respectivo registro de nascimento”. Note-se que a lei não regulou a situação daqueles que não possuem cor declarada no registro civil de nascimento bem como fixou um critério claro e objetivo para delimitar a abrangência da definição de afro-brasileiro.

Em respeito à legislação municipal, mormente à lei complementar 32/2004 de Santa Catarina, o edital de concurso 002/2004 do município de Criciúma para provimento de vagas no cargo de técnico ocupacional e administrativo estabeleceu a reserva de vinte por centos das vagas para afro-descendentes. Diante disto, uma determinada candidata ficou de fora das vagas tendo em vista a existência da reserva de vagas para negros e pardos. Caso não houvesse as cotas e a classificação do concurso se desse pela pontuação global a candidata teria sido aprovada para o cargo de técnico administrativo.

Irresignada com o fato de ficar de fora das vagas a candidata impetrou mandado de segurança contra o prefeito do município de Criciúma/SC, que recebeu o número 0021781-39.2004.8.24.0020 e tramitou na segunda vara da fazenda pública desta comarca, suscitando a inconstitucionalidade do art.5º e parágrafo único da lei complementar 32/2004 desta cidade, com a consequente determinação de que a classificação geral do concurso fosse obtida através da melhor pontuação aferida individualmente nas provas.

Em primeira instância, a impetrante do *writ* obteve êxito e o juiz de primeiro grau entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafo único da lei em comento, determinando que fosse desconsiderada a previsão editalícia baseada nesta norma, apurando-se o resultado final no concurso sem respeitar reserva de vagas pré-estabelecidas para negros e pardos. Assim sendo, a impetrante estaria dentro do número de vagas previstos no edital, com o conseqüente direito subjetivo à nomeação assegurado.

Inconformado com a decisão do juízo *a quo*, o município de Criciúma interpôs apelação cível em mandado de segurança contra a sentença de primeiro grau. Em respeito às disposições do artigo 480 do Código de Processo Civil, o relator remeteu o incidente de inconstitucionalidade à câmara que, por unanimidade, resolveu levar a discussão ao pleno do tribunal catarinense. Também por decisão unânime, o pleno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafo único da lei complementar 32 de 2004 de Criciúma/SC, mantendo a decisão do sentenciante de primeiro grau em todos os seus termos

No entendimento do juiz de primeiro grau, Dr. Gustavo Emelau Marchiori, que foi inteiramente ratificado no acórdão proferido pelo Tribunal catarinense (2005, online):

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. 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. Logo, não há dúvidas de que a referida norma padece do vício da inconstitucionalidade flagrante no que toca ao seu artigo 5º e parágrafo único, daquelas que autorizam qualquer juízo ou tribunal, assim como qualquer membro do Poder Judiciário a declará-la incidentalmente, por intermédio do controle difuso de constitucionalidade.

Como se sabe, o ordenamento jurídico pátrio permite que qualquer juiz ou tribunal, no bojo de um processo, decida pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, produzindo tal decisão efeitos inter partes e *ex nunc*, ou seja, do momento da decisão para frente, ou ainda, com efeitos prospectivos (para frente).

Inconformado com o entendimento do juízo de primeiro grau, bem como com o acórdão da lavra do desembargador Luiz César Medeiros da terceira câmara de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que confirmou a sentença, o município

de Criciúma interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal por entender ter havido ofensa à Constituição Federal, mais precisamente aos artigos 3º, III e 5º, §2º.

Ocorre que referido recurso não chegou a ter seu mérito julgado tendo em vista que a Suprema Corte, em decisão monocrática do Ministro Luiz Fux entendeu não ser cabível a interposição de RE no caso, pois os artigos supostamente violados não foram expressamente citados no acórdão objeto do recurso e o Município de Criciúma não opôs embargos declaratórios prequestionadores, razão pela qual o Ministro rejeitou o RE com base nas súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, suscitou o relator que, ainda que a matéria houvesse sido prequestionada, não haveria adequação da via eleita, pois não cabe recurso extraordinário para contestar a declaração de inconstitucionalidade de norma local em face da Constituição Federal conforme dispõe a súmula 280 do STF.

A seguir far-se-á uma exposição acerca do direito fundamental à igualdade, compatibilizando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que é fundamento da República Federativa do Brasil e deve nortear o sistema jurídico nacional, tido por alguns doutrinadores como super princípio do ordenamento constitucional pátrio (MOTTA, 2004), para depois se analisar a decisão objeto de estudo deste trabalho e verificar a congruência ou não de seus fundamentos à luz dos princípios interpretativos dos direitos fundamentais.

2 O Direito Fundamental à Igualdade à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana se constitui naquele mínimo de direitos necessário ao ser humano para que este possa viver e gozar da plenitude de suas necessidades básicas mínimas. Nessa medida constitui-se no princípio base de todo o ordenamento constitucional nacional e fundamento de todos os direitos e garantias individuais. Em última medida, todos estes direitos decorrem deste princípio. É, portanto, o princípio fundante do ordenamento jurídico em que todas as disposições constitucionais e legais devem se lastrear, além de servir de base para a interpretação das leis no momento da aplicação do Direito positivado no caso concreto submetido a julgamento (ROCHA, 2001).

Para Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 35) os direitos fundamentais definem-se como: “os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”. Daí dizer-se que todos os direitos fundamentais visam efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como que estes possuem ampla abrangência, por terem conteúdo de princípio.

Ora, sem vida, igualdade, liberdade, propriedade, intimidade, dentre outros protegidos pela Carta Magna de 1988, não há como se ter uma vida digna. Nesta toada, a materialização destes direitos deflui para a vida digna da comunidade em geral e, certamente, há momentos em que o exercício de um direito fundamental de um cidadão se chocará com o de outro. É o que ocorre com o caso que ora se discute neste trabalho. os argumentos invocados para que fosse decidida a constitucionalidade ou não da lei que estipula cotas em Criciúma/SC decorrem do mesmo direito fundamental, a igualdade.

A impetrante do mandado de segurança invocava seu direito individual à igualdade de concorrer nas mesmas condições que os demais candidatos enquanto o município impetrado alegava a necessidade de efetivar a igualdade material na medida em que os negros historicamente encontram-se em posição de desigualdade com os brancos, fazendo-se necessária a reserva de vagas para assegurar a presença de afro-brasileiros nos cargos públicos municipais.

Carmem Lúcia Antunes Rocha (2001, p.15) diz que: “Toda forma de preconceito é indigna e a sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ela o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade”. É certo que os negros, desde a época do Brasil colonial em que eram usados como mão de obra escrava, partindo-se ao período industrial em que eram utilizados como mão-de-obra barata em condições subhumanas, são alvo de preconceitos e vítimas de exclusão social. Nesta toada, faz-se necessária a implementação de condições para que estes possam estar em condições de igualdade material com os brancos na busca de condições de vida dignas, de empregos rentáveis, de acesso a cargos públicos, de aspirações políticas e acesso às universidades.

Embora hodiernamente ainda exista aqueles que defendem que o preconceito racial é algo do passado e que não se justificaria a implementação de cotas, a verdade é que tem-se observado que ainda existe um forte preconceito racial no Brasil. De acordo com Teun A. van Dijk (2008, p. 10):

Muitos estudos mostraram que **o racismo** contra os indígenas e as pessoas de **descendência africana é um problema social maior**. Nesse aspecto, a América Latina, infelizmente, segue os passos da Europa e da América do Norte, além de outras regiões do mundo onde os europeus brancos são o grupo étnico-racial dominante. A ubiqüidade do “racismo europeu no mundo é certamente a consequência histórica de séculos de colonialismo europeu, mas isso não implica que as pessoas “brancas” sejam essencialmente racistas, pois o fato é que há muitas pessoas brancas lutando contra o racismo. **Nesse sistema de dominação, os não-europeus (Outros) foram sistematicamente segregados e tratados como inferiores**, uma ideologia que serviu como uma legitimação da escravidão, da exploração e da marginalização. (Grifou-se).

Para se falar em direito fundamental à igualdade primeiro faz-se necessário delimitar o que seria este. Embora existam diversas definições, entende-se que direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na ordem jurídico-constitucional interna do país. Ou seja, aquele conjunto mínimo de direitos que são assegurados aos indivíduos pela ordem jurídica nacional e que devem ser respeitados pelo Estado. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins conceituam estes direitos como sendo (2009, p. 46-47): “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerrem caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Este conceito encontra-se alargado nos dias atuais tendo em vista que hodiernamente reconhece-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, admitindo-se a teoria da eficácia horizontal desses direitos, encontrando esta teoria diversos precedentes na Suprema Corte brasileira, como nos casos do RE 160222-8, 158215-4, 161243-6, 175161-4, 201819, dentre alguns outros julgados que asseguram à eficácia entre particulares dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais são sempre direitos humanos na medida em que tem como titular sempre a pessoa humana, mesmo quando exercido por interposta entidade ou coletivamente. São, portanto, os direitos humanos positivados, enquanto estes são os previstos na ordem internacional, previstos em documentos que possuam caráter

supranacional e que se assegurem a todos os seres humanos enquanto tais, independente da vinculação a qualquer ordem estatal específica (SARLET, 2011, p. 29).

Norberto Bobbio (1996, p. 7) dizia que: O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – dever ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade”. De fato a ideia de igualdade é inerente ao ser humano enquanto indivíduo e ser membro de uma sociedade. Não por outra razão que a maioria dos países, atualmente, consagra o princípio isonômico em seu ordenamento constitucional. É o caso de Portugal que consagra tal direito no art. 13 da Constituição vigente, dos Estados Unidos, no art. 14, da alemã, no art. 3º, dentre diversas outros textos constitucionais, tamanha a importância de efetivar a isonomia entre os seres humanos e de assegurar a equiparação quando presentes distorções que a autorizem.

A Constituição brasileira trata do direito à igualdade no art.5º, I, e em diversos outros dispositivos. Por este dispositivo entende-se que o legislador não deve editar leis que vão de encontro à isonomia e que todos os indivíduos que se encontrem em iguais condições recebam o mesmo tratamento legal. À respeito da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.10) assevera que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Por certo que todos devem que se encontram em situação equivalente devem receber igual tratamento. Ocorre que também se faz necessário, a fim de se alcançar a igualdade material, efetiva, se tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam, como assim o faz a Constituição brasileira em diversos dispositivos (art. 5º, L, art. 7º, XVIII, art. 231.º2º, dentre outros). Não é tarefa fácil, porém, definir um critério plausível para estabelecer quando e quem se encontra em situação de desigualdade.

A situação prevista no art. 5º, L, traz um fator de discriminação de gênero, tendo em vista que determina que se garantam às presas condições de ficarem com seus filhos

durante o período de amamentação. Esta distinção se legitima tendo em vista que é necessário ao desenvolvimento biológico de um recém-nascido o aleitamento materno, razão pela qual se torna indispensável a figura materna durante esta fase da vida do bebê. Justifica-se o fato de não haver previsão neste sentido para que os pais presos permaneçam com seus filhos durante este período.

Isto posto, faz-se necessário entender quais as situações legitimam o tratamento diferenciado por parte do legislador e do aplicador do direito. Vale dizer, será que seria legítima e compatível com a ordem constitucional uma norma que estipulasse que somente os indivíduos que possuíssem olhos azuis poderiam celebrar contrato de comodato? Ou que apenas os indivíduos de cabelos longos poderiam adentrar em repartições públicas? Por certo que tais discriminações são inteiramente descabidas, pois diferenças de ordem física, por si só, não legitimam diferenciações por ofensa à isonomia. Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.17), discorrendo sobre a legitimidade das diferenciações diz que:

As discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.* [...] Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de discrimen. (Grifo original).

Pode-se exemplificar o que foi apontado acima da seguinte maneira. Suponha-se que determinada lei dispusesse que aos policiais militares que atuassem nas ruas seria devido um adicional de salário devido o perigo a que estes se submetem. Percebe-se que a lei discriminou uma profissão em relação as demais e, dentro da mesma profissão estabeleceu um discrimen de que só receberão este incremento salarial aqueles profissionais que atuassem externamente, não percebendo a vantagem aqueles responsáveis pelos serviços administrativos da polícia e nem policiais que atuassem internamente em investigações. Não se cogita da não validade desta discriminação porque o fator de desigualação é razoável, ou seja, ganha mais aquele que se expõe e corre risco de morte.

De outro modo, se essa mesma lei trouxesse um fator de desigualação que determinasse que apenas receberiam aumento os policiais que estivessem exercendo o serviço no Morro X. Tal fator de discrimen não seria razoável tendo em vista que os policiais que trabalham no Morro Y e Z e estão expostos ao mesmo riscos não estariam albergados pela norma, não havendo que se falar em um fator legítimo de desigualação dado tratarem-se de duas situações idênticas recebendo tratamento jurídico diverso, o que não é admissível por ofensa à isonomia.

Oportuno estabelecer-se aqui a distinção entre igualdade formal e igualdade material, tão amplamente comentada na doutrina e jurisprudência nacionais, bem como a igualdade na lei e perante a lei. A Constituição da República estabeleceu, no art. 5º *caput* que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Percebe-se deste artigo que a Constituição quis assegurar que, diante do caso concreto, o aplicador do direito deve tratar todos de maneira igual perante a lei, o que não implica dizer que a lei tratará a todos de forma igual. Já a igualdade na lei decorre de um endereçamento ao legislador que, ao editar as leis, deve respeitar a isonomia e, quando fizer diferenciações, que estas tenham o condão de desigualar aqueles que estão em situação de desigualdade, em justa medida.

A igualdade material preconiza que deve haver um tratamento uniforme entre todos os seres humanos, ainda que necessário estabelecer-se desigualações para se atingir tal intento. Ocorre que esta efetiva igualdade, nunca se deu plenamente em nenhuma sociedade até hoje (ITO, 2003). Aliás, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme preconiza o art. 3º da Constituição, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem distinção de raça, cor e qualquer forma de discriminação.

Por outro lado, a igualdade formal é aquela igualdade de todos na lei. Ou seja, não deve haver distinções na lei quando estas não se justifiquem. A todos deve ser dado igual tratamento jurídico.

3 A Garantia do Conteúdo Essencial do Direito Fundamental à Igualdade

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi concebida com o fito de limitar a atuação do Poder Legislativo no que concerne à edição das leis, devendo este respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior a fim de evitar incongruências que possam se realizar no momento da regulação destes direitos, contudo isto não importa dizer que os direitos fundamentais não possam sofrer limitações. Impende destacar que a imposição dos limites a estes direitos devem respeitar seu conteúdo essencial e não podem denaturalizá-lo. Esta desnaturalização ocorre quando a regulamentação torna o direito impraticável, faz com que este não mais possa gozar de proteção ou ainda dificulte demais o seu exercício (LOPES, 2004).

Sob a ótica destes critérios, percebe-se que a lei complementar municipal número 32 de 2004 do município de Criciúma/SC, cuja inconstitucionalidade declara ora se analisa, não tornou o direito impraticável, haja vista que foi reservado um percentual razoável de vagas para os descendentes de afro-brasileiros (negros e pardos) não impossibilitando o acesso aos cargos públicos pelas demais pessoas que não se encaixem nesta definição.

O que não parece razoável na referida lei é o critério para se estabelecer quem seria negro ou pardo, qual seja, a declaração contida na certidão de nascimento do candidato. Considerando que a declaração é feita pelos pais, em época bastante remota e não dotava de critérios técnicos, parece que seria mais razoável que fosse estabelecida uma comissão para definir o enquadramento dos candidatos ao concurso na referida legislação.

Sob o segundo aspecto que violaria o conteúdo essencial do direito a igualdade, percebe-se que a estipulação dessas cotas não fez com que este direito não pudesse mais gozar de proteção haja vista que o critério de diferenciação adotada além de se mostrar razoável não suprimiu a oportunidade dos demais candidatos, sendo assim a lei respeitou também o terceiro critério acima apontado, qual seja, não dificultar desarrazoadamente o exercício do direito.

Contudo, necessário se faz delimitar o que seria este conteúdo essencial de cada direito fundamental. No que concerne à igualdade, objeto de estudo deste trabalho, poucos os que se aventuraram a definir elementos que pudessem servir de parâmetro para a regulamentação deste direito e que, quando ofendidos em qualquer caso, violariam este preceito constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p.41) parece ter encontrado parâmetros sólidos para definir os limites da regulamentação infraconstitucional deste direito ao estabelecer que:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: A) que a *desequiparação* não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) Que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Postos os critérios que delimitam o conteúdo essencial do direito fundamental à igualdade, passa-se a analisar se a decisão objeto de análise neste trabalho respeitou, ou não, os parâmetros acima elencados ao decidir pela inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafo único da lei complementar 32 de 2004 do Município de Criciúma.

Primeiramente, observa-se que a edição desta lei abarcou de modo não individualizado um grupo de pessoas para ter um acesso privilegiado aos cargos públicos daquele município. Reservou a lei vinte por cento das vagas nos concursos públicos municipais aos afro-brasileiros, assim entendidos aqueles declarados como de cor negra ou parda no registro de nascimento. Neste caso, a lei em tela não se utilizou de um fator de discriminação que albergasse apenas um indivíduo específico e sim um conjunto de pessoas ligadas por uma origem racial em comum e historicamente desfavorecida de oportunidades.

No caso, também verifica-se que as pessoas *desequiparadas*, no caso, são efetivamente diferentes entre si e por um fato nelas residente, tendo em vista o longo período de discriminação negativa pelo qual sofreu a raça negra em nosso país. Basta verificar que, hodiernamente, embora em um país de forte presença negra, ainda é ínfima a presença de negros em cargos de liderança, de chefias, embora gradativamente esteja se conseguindo superar essa desigualdade. A título ilustrativo, a Suprema Corte

brasileira é composta de onze ministros e, apesar de criado desde a Constituição de 1824 quando ainda se chamava Supremo Tribunal de Justiça, apenas no ano de 2003 o teve um ministro reconhecidamente negro, atual presidente da Corte, o ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes.

Fatalmente, existe em abstrato uma correlação lógica entre os fatores que diferenciam o regime jurídico dado a brancos e negros na disputa por cargos públicos no Município de Criciúma. Isto se dá pelo fato de existir uma flagrante discriminação com relação aos negros, mormente quando se trata do acesso ao trabalho, é o que diz Ricardo Lewandowski ao tratar da legitimidade da discriminação em sociedades preconceituosas (2012, p. 22): Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

Por último, ainda analisando a decisão sob a ótica dos critérios estabelecidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, verifica-se que faz-se necessário o estabelecimento desta diferenciação entre as raças tendo em vista que isto se coaduna com a proteção de interesses constitucionalmente previstos, já percebidos quando da leitura do preâmbulo da Constituição de 1988, que tem natureza jurídica de princípio geral de direito e estatui ser objetivo da República Federativa do Brasil garantir uma sociedade pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia, bem como do preceito estabelecido no art. 215, §3º, V da Constituição que diz que o Estado deverá valorizar a diversidade étnica presente no país.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar um caso bastante semelhante na argüição de descumprimento de preceito fundamental número 186 oriunda do Distrito Federal e proposta pelo partido Democratas (DEM). No caso, a Universidade de Brasília (UNB) estipulou que, durante um prazo de dez anos, vinte por cento das vagas de seus vestibulares se destinariam a estudantes negros e pardos. Na ocasião, também instaurou-se uma comissão para determinar quem deveria ser enquadrado em tal classificação e estaria apto a gozar do benefício.

Instado a se manifestar, a Suprema Corte, por unanimidade, julgou improcedente a ADPF 186/DF, determinando ser constitucional a política de cotas daquela

universidade tendo em vista os objetivos da República Federativa do Brasil e a dívida histórica para com os negros em virtude de longos períodos de discriminação ao qual estes foram e continuam sendo submetidos. No entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p.5), relator do caso:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado 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.

Importante destacar que o voto do relator foi seguido pelos outros nove ministros que participaram do julgamento, excetuando-se o ministro Dias Tofolli que se declarou impedido e não participou da sessão. Os argumentos foram bastante semelhantes, chegou-se ao consenso de que a sociedade brasileira possui uma dívida histórica para com os negros dado o longo período de exploração dessa raça e seria a hora de desigualá-los com o fim de nivelar as oportunidades para que estes possam galgar melhor espaço na comunidade contemporânea e ter amplo acesso à educação, a cargos públicos, ao emprego digno.

Insta salientar que, embora possa se questionar de uma suposta vedação contida no art. 7º, XXX da Constituição Federal combinado com o art. 39, § 2º do mesmo diploma normativo de que sejam estabelecidas diferenciações nos critérios de admissão para cargos públicos baseados em critério de raça, sexo, cor, dentre outros, como alegado pela impetrante do mandado de segurança analisado neste estudo, percebe-se que não encontra óbice nestes dispositivos a adoção de cotas raciais para ingressos nos cargos públicos tendo em vista compatibilizar-se com os objetivos da República Federativa do Brasil bem como com os princípios adotados pela CRFB/88, a adoção de tais medidas. Ademais, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma ampliativa sempre que possível bem como de forma que lhes confirmem a máxima efetividade.

CONCLUSÃO

Analisou-se no presente estudo a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que decidiu pela inconstitucionalidade da lei complementar municipal de Criciúma de número 32 de 2004 que reservava vinte por cento das vagas em concursos

públicos municipais para afro-descendentes declarados como tal no registro de nascimento.

Fez-se uma exposição do direito fundamental à igualdade previsto no artigo 5º, I da Constituição Federal e do princípio da dignidade da pessoa humana que é o princípio fundante do ordenamento constitucional pátrio, de sorte que os direitos fundamentais devem sempre ser lidos de conformidade com este valor, que inclusive está positivado na forma de fundamento da República Federativa do Brasil.

Percebu-se também a possibilidade de se estabelecer parâmetros objetivos que fossem capaz de definir o conteúdo essencial do direito fundamental à igualdade, chegando-se a conclusão de que, para que este não reste desrespeitado, a lei que estabeleça diferenças deve sempre abarcar de modo não individualizado um grupo de pessoas; as pessoas ou fatos desequiparados pela norma devem ser efetivamente diferentes, ou seja, possuir características diferenciadas nelas residentes; existir uma correlação justificável, lógica entre os fatores de discrimen escolhidos e a diferença de tratamento jurídico em virtude deles estabelecida e que este fator seja pertinente à luz do ordenamento constitucional.

Viu-se que a suposta vedação contida no art. 7º, XXX combinado com o art. 39, § 2º do mesmo diploma normativo de que sejam estabelecidas diferenciações nos critérios de admissão para cargos públicos baseados em critério de raça, sexo, cor, dentre outros. Viu-se que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma a conferir-lhes a máxima efetividade e de forma ampliativa, sempre que possível, razão pela qual dada a situação de desigualdade vivida hodiernamente pelos afro-descendentes, frutos de um passado de discriminação e exploração, a política de ações afirmativas se legitima perante os objetivos da Constituição Federal brasileira bem como os princípios por ela adotados.

Verificou-se que, ao analisar caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, por unanimidade, no sentido de admitir a política de ações afirmativas que estabelecem cotas raciais. A justificativa deste Egrégio Tribunal foi a de que era necessária reparar uma dívida histórica para com os negros bem como inseri-los em posição de igualdade para com os brancos no mercado de trabalho, nas universidades e nos cargos públicos de escalão elevado.

Por todo o exposto, conclui-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina equivocou-se ao julgar pela inconstitucionalidade das cotas estabelecidas na lei complementar municipal número 32 de 2004 do município de Santa Catarina, determinando que as cotas deixassem de ser aplicadas e declarando incidentalmente a não constitucionalidade os dispositivos desta lei que reservavam vinte por cento das vagas em concursos públicos daquele município para os afro-descendentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 2ª Vara da Fazenda Pública da Justiça Estadual de Santa Catarina. Mandado de Segurança nº 0021781-39.2004.8.24.0020. Impetrante: Giana Medina Schaucoski. Impetrado: Prefeito Municipal de Criciúma/SC. Juiz sentenciante: Dr. Gustavo Emelau Marchiori. Disponível em:

<<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0K000467X0000&processo.foto=20>>. Criciúma/SC, 07 mar 2005. DOE 11623/2005, p. 82-83. Acesso em 3 nov 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APDF 186/DF. Requerente: Democratas (DEM). Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 3 nov 2013.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DIJK, Teun A. Van. **Racismo e discurso na América Latina**. São Paulo: Contexto, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v.41, n.164, p. 7-15, out./dez. 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. Fundamentos para uma nova ordem jurídica. **Revista Argumenta**, Paraná: n.4, p.116-127, 2004. Disponível em: <
<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/33/34>>. Acesso em 31 out 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Brasília: n.2, p. 49-64, 2001. Disponível em:
http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf. Acesso em: 01 nov 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.