

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Rememoro, apenas para subsidiar esta manifestação de voto, que o Governador do Estado de São Paulo questiona a constitucionalidade da Lei nº 10.218, de 12 de fevereiro de 1999, daquele Estado, de iniciativa parlamentar, que “*veda a contratação de serviços e obras com empresas nas condições que especifica.*” Reproduzo o teor da norma:

“Art. 1º É vedada à Administração Centralizada e Autárquica do Estado, aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Tribunal de Contas, a contratação de serviços e obras com empresas que, na qualidade de empregadoras, tenham tido 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.

§1º A vedação de que trata este artigo aplica-se pelo prazo de 2 (dois) anos ou da pena privativa de liberdade, a que tiverem sido condenados quaisquer dos agentes indicados no “caput”, se superior a esse prazo, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória.

§2º O disposto neste artigo estende - se às sociedades de economia mista e empresas públicas estaduais, bem como às fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, cujos dirigentes deverão adaptar a vedação de que trata no respectivo regulamento, no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da publicação desta lei.

Art. 2º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.”

Sustenta-se que houve violação de competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, bem como Direito Penal, e que o diploma estadual viola também o princípio da intranscendência da pena. Apontam-se como parâmetros os seguintes dispositivos da Constituição da República: artigos 2º, 5º, incisos XXXIX e XLV, 22, incisos I e XXVII, 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, e 84, inciso II.

No entender do requerente, no exercício da competência legislativa acerca de normas gerais de licitação e contratos administrativos, a União

teria fixado, de forma exaustiva, o rol dos documentos necessários para a participação em procedimentos licitatórios, conforme previsão constante da Lei federal 8.666/1993.

Em parecer, a d. Procuradoria-Geral da República defende que a norma objurgada criou novo requisito para a habilitação de empresas ao certame licitatório, o que resulta na invasão da competência privativa da União. Aponta a contrariedade ao preceito do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual a lei somente definirá, para participação em licitação de obras, serviços, compras e alienações, “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações”.

Ressalta, ademais, que a finalidade social da norma contestada não lhe afasta a inconstitucionalidade. Reforça, ainda, a competência privativa da União também para tratar de matéria atinente a direito trabalhista, destacando os artigos 372 a 377 da Consolidação das Leis do Trabalho, que já proíbem a discriminação nas relações de emprego.

Era o que cabia lembrar.

A controvérsia posta nestes autos consiste em saber se os Estados podem, por meio de legislação específica, instituir regras que limitem a participação de fornecedores que, na qualidade de empresas empregadoras, tenham tido 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.

O caso dos autos trata, precisamente, de um conflito para o qual as regras de repartição não dão clara solução. Com efeito, o reconhecimento de eventual inconstitucionalidade, *in casu*, exige que se investigue se a competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações (art. 22, XXVII, da CRFB) impede o exercício da competência suplementar do Estado para “vedar a contratação de serviços e obras com empresas nas condições que especifica”.

Por ocasião do julgamento da ADI 3735, relatada pelo saudoso Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 08.09.2016, tive a oportunidade de lembrar trecho do voto do e. Ministro Carlos Velloso na ADI 933

acerca dos estritos limites constitucionais a respeito do poder legiferante sobre normas gerais:

“A formulação do conceito de ‘normas gerais’ é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as ‘normas gerais’, leis nacionais, ‘são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas’, pelo que ‘não são normas gerais as que ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam’. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de ‘norma geral, conclui: ‘são normas as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”. (Alice Gonzalez Borges, ‘Normas Gerais nas Licitações Contratos Administrativos’, RDP 96/81).”

Não obstante o esforço de delimitação semântica do conceito de normas gerais, a tarefa que ainda compete ao intérprete é extremamente complexa. Trata-se precisamente de analisar a proporcionalidade na predominância dos interesses entre os entes federais, na linha do que sustenta Bernardo Gonçalves Fernandes:

“Além do princípio da indissolubilidade do vínculo Federativo (já citado), existe um outro princípio importante para o federalismo e para o tema ora em análise. Esse princípio é chamado de **Princípio da predominância dos interesses** . Nesses termos, à luz do referido princípio: a União tem sempre interesse geral; os Estados-membros, interesse regional e os Municípios, interesse local.

(...)

Nesses termos, deve haver razoabilidade na análise da situação concreta porque o interesse que é local será também regional e também nacional (...)"

(FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015, pp. 746-750)

Em virtude dos novos entes federativos assim como de novas formas de repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 inegavelmente trouxe nova valoração à autonomia dos entes federativos, cuja diretriz, segundo o entendimento aqui esboçado, traduz-se na exigência de que a subsidiariedade, enquanto fundamento da indissolubilidade, seja fundamentada de forma clara, a fim de afastar a presunção de autonomia de que gozam os demais entes federativos. Registre-se, uma vez mais, que não se trata de critério alternativo às formas constitucionais de solução de conflitos de competência, mas complementar, ou seja, tem lugar precisamente nos momentos em que os critérios de interpretação ainda são demasiadamente amplos e se justifica pela valoração da autonomia dos entes federados.

No julgamento da ADI 3735, tal compreensão foi adotada, como se depreende da ementa aqui colacionada:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF). 1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. 2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo

inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. 3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local. 4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 3735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 08.09.2016).

Naquela oportunidade, assentou-se a inconstitucionalidade de norma do Estado de Mato Grosso do Sul que exigia dos licitantes com o “certidão de violação aos direitos do consumidor”, como forma de tornar efetivo o cadastro de fornecedores mantidos pelo Procon local (art. 3º da Lei 3.041).

A Lei nº 10.218, de 12 de fevereiro de 1999 do Estado de São Paulo, ora em julgamento, veda que o Estado contrate com empresa cujos diretores, gerentes ou empregados hajam sido 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.

A atuação legislativa do Estado-membro, na hipótese, não viola as normas gerais já dispostas pela União em lei federal. Ao contrário, o Estado-membro exerce a competência suplementar que lhe é conferida pela Constituição da República, ao criar hipótese de impedimento para contratar com a Administração Pública com enfoque na proteção social. Não há, ademais, violação da competência legislativa em matéria penal, eis que a norma objurgada não dispõe sobre condutas penais, não cria condutas típicas nem comina penas. Ao contrário, trata-se de norma que cria política destinada a tutelar o direito à maternidade e a coibir qualquer tipo de discriminação em relação à mulher empregada, bem como a inibir quaisquer formas de discriminação.

O enfoque da norma estadual, portanto, foi o de ampliar as proteções conferidas àqueles que podem ser injustamente vítimas, no ambiente de trabalho, de crimes de preconceito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe tal compreensão. Por ocasião do julgamento do MI 4733, de minha relatoria, julgado em conjunto com a ADO 26, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello, no qual a Corte concluiu pela necessidade de cumprimento do mandamento constitucional destinado à criminalização dos atos de homofobia e de transfobia, fiz referência às premissas que devem orientar a compreensão da matéria.

Nesse sentido, fiz consignar que é atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. A lei ora em exame orienta-se neste sentido, coibindo tais práticas.

Ressaltei, naquela oportunidade, que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual e que, à luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Afirmei, ainda, que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. Com efeito, a Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Essa compreensão dirige-se também aos atos que discriminam as pessoas não apenas em razão da identidade de gênero, mas, também, em razão de raça ou de cor. Outra não é a razão pela qual, no julgamento do MI 4733 e da ADO 26, a Corte decidiu que, até a edição de lei específica pelo Congresso Nacional, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, enquadram-se nos crimes previstos na Lei 7.716/2018, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Assim, em meu sentir, a Lei nº 10.218, de 12 de fevereiro de 1999 do Estado de São Paulo, ora em análise, insere-se na competência suplementar dos Estados-membros ao reforçar a proteção das vítimas de atos de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil ou de atos atentatórios ou impeditivos do exercício do direito à maternidade ou de qualquer critério discriminatório de gênero está de plena conformidade

com tais premissas. Não há que se falar, como se deu no julgamento da ADI 3735, já aqui referida, em criação de requisito adicional para participação em licitações ou contratações com o Poder Público.

Ao contrário, a norma, ao vedar que o Estado contrate com empresa cujos diretores, gerentes ou empregados hajam sido 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, reforça a proteção dos direitos fundamentais das vítimas de tais crimes e cumpre o mandamento constitucional que não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Nessa toada, homenageando compreensões diversas, concluo que inexistente violação aos artigos 37, inciso XXI, ou 22, inciso XXVII, da Constituição da República. O exercício da competência suplementar do Estado-membro, na matéria, autoriza a edição de norma destinada a ampliar proteções, como se deu na hipótese, encontrando espaço de conformação para o legislador estadual.

Ante o exposto, manifesto, respeitosamente, divergência e julgo o pedido improcedente, de modo a declarar a constitucionalidade da Lei nº 10.218, de 12 de fevereiro de 1999, do Estado de São Paulo.

É como voto.