



REVISTA
PROCURADORIA
da Câmara Municipal de São Paulo

v. 1 n. 1 janeiro/dezembro 2012



CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**

REVISTA PROCURADORIA

da Câmara Municipal de São Paulo

v. 1 n. 1 janeiro/dezembro 2012

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câm. Mun. São Paulo	São Paulo	v. 1	n. 1	p. 1-192	jan./dez. 2012
------------------------------	-----------	------	------	----------	----------------

Expediente

Editor	Mário Sérgio Maschietto
Comissão Editorial	Mário Sérgio Maschietto, Luiz Eduardo Siqueira S. Thiago, Caio M. de Carvalho Giannini, Antonio Russo Filho, Karen Lima Vieira, Andréa Rascovski Ickowicz
Coordenação Geral	Alexandre Augusto Liceski da Fonseca, Maria Isabel Lopes Corrêa
Equipe Técnica	Carolina Canniatti Ponchio, Érica Corrêa Bartalini
Capa	Equipe de Comunicação - CCI.3
Projeto gráfico, diagramação, CTP, impressão e acabamento	Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Tiragem	1,5 mil exemplares

Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo – Palácio Anchieta
Viaduto Jacareí, 100, 12º andar, sala 1217 – Bela Vista, São Paulo – SP
CEP 01319-900
e-mail: revistaprocuradoria@camara.sp.gov.br
www.camara.sp.gov.br

Ficha catalográfica elaborada pela Equipe de Biblioteca da CMSP – SGP.32

Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo / Câmara Municipal de São Paulo – vol.1, n.1 (2012) – São Paulo: CMSP, 2012-
Anual
ISSN 2316-7998
1. Direito - Periódicos I. Câmara Municipal de São Paulo.

CDU 34

Todo o conteúdo deste periódico, exceto onde está identificado, está licenciado sob uma licença Creative Commons Atribuição-Uso Não-Comercial 3.0 Unported (CC-BY-NC 3.0)

15ª Legislatura – 2012

Mesa

Presidente	José Police Neto - PSD
1º Vice-Presidente	Claudinho de Souza - PSDB
2º Vice-Presidente	Dalton Silvano - PV
1º Secretário	Ítalo Cardoso - PT
2º Secretário	Toninho Paiva - PR
1º Suplente	Claudio Prado - PDT
2º Suplente	Noemi Nonato - PSB

Vereadores

Abou Anni – PV	Ítalo Cardoso – PT
Adilson Amadeu – PTB	Jamil Murad – PCdoB
Adolfo Quintas – PSDB	José Américo – PT
Agnaldo Timóteo – PR	José Ferreira dos Santos - Zelão – PT
Alfredinho – PT	José Police Neto – PSD
Aníbal de Freitas – PSDB	José Rolim – PSDB
Antonio Carlos Rodrigues – PR	Juliana Cardoso – PT
Arselino Tatto – PT	Juscelino Gadelha – PSB
Atilio Francisco – PRB	Marco Aurélio Cunha – PSD
Attila Russomanno – PP	Marcos Cintra – PSD
Aurélio Miguel – PR	Marta Costa – PSD
Aurélio Nomura – PSDB	Milton Ferreira – PSD
Carlos Apolinario – PMDB	Milton Leite – DEMOCRATAS
Carlos Neder – PT	Natalini – PV
Celso Jatene – PTB	Netinho de Paula – PCdoB
Claudinho de Souza – PSDB	Noemi Nonato – PSB
Claudio Fonseca – PPS	Oliveira – PSD (suplente em exercício)
Cláudio Prado – PDT	Paulo Frange – PTB
Dalton Silvano – PV	Quito Formiga – PR
David Soares – PSD	Ricardo Teixeira – PV
Domingos Dissei – PSD	Roberto Tripoli – PV
Donato – PT	Sandra Tadeu – DEMOCRATAS
Edir Sales – PSD	Senival Moura – PT
Eliseu Gabriel – PSB	Souza Santos – PSD
Fernando Estima – PSD	Tião Farias – PSDB
Florianio Pesaro – PSDB	Toninho Paiva – PR
Francisco Chagas – PT	Ushitaro Kamia – PSD
Gilson Barreto - PSDB	Wadih Mutran – PP
Goulart – PSD	

A construção da cidadania

Um elemento essencial que foi produzindo gradativamente a evolução dos Estados Absolutistas até o Estado Democrático de Direito foi o controle da sociedade sobre o poder soberano. Da noção de que o detentor do poder soberano não estava sujeito às limitações da lei, até tornar-se ele próprio o foco principal do controle legal como ocorre no Estado moderno uma longa história de lutas políticas e sociais precisou ser travada até assegurar a noção de direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Os parlamentos tem um papel fundamental nesta equação, tanto como fonte de legislação e controle como de fiscalização. Espaço da pluralidade e da diversidade, garantia última do direito de minoria e sentinela avançada do Estado Democrático o Parlamento também precisa estar sujeita a um rígido controle de legalidade como base mesmo de sua legitimidade como poder com finalidade de contrapeso aos Executivos.

Este exercício do Poder Legislativo pelo parlamento requer de um lado o conhecimento que ilumine as discussões com a razão e os argumentos sólidos na busca do melhor para a cidade em todos seus segmentos, visões e ângulos. De outro só estreitando os laços com a sociedade, em nome da qual exerce seu poder e auffer sua legitimidade, pode garantir a força política necessária para suas decisões.

No intuito de aproximar o cidadão do Parlamento foram implantadas nesta Legislatura a Ouvidoria da Câmara Municipal de São Paulo e a Escola do Parlamento aberta ao público, abordando a questão da cidade e do olhar urbano, que deve contemplar os movimentos sociais e as transformações trazidas pela modernidade, tornando-as sustentáveis.

Ao lado destas medidas, sensível aos apelos coletivos contra as más práticas dos poderes públicos, este Parlamento reconheceu a necessidade de reunir esforços para tornar o Poder Legislativo mais transparente, participativo e presente na vida das pessoas, propondo, neste contexto, medidas como a “Ficha Limpa Municipal”, os dados abertos e a transparência de atos públicos, mostrando à população como atua nos bastidores o Poder que mais a representa.

A Procuradoria da Câmara é elemento essencial neste processo, garantindo este controle da legalidade em seu mais alto grau, lastreado na sua independência técnica, conhecimento acumulado pela experiência e a mais alta disposição de cumprir seu elevado dever para defesa, consolidação e ampliação do Estado democrático de direito.

É com esta intenção que apresento a Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo, contendo um pouco da atuação dos Procuradores Legislativos da Câmara Municipal de São Paulo, órgão este dotado de independência técnica que baliza e orienta a atuação parlamentar em relação aos aspectos jurídicos.

Na busca da plena efetividade do Princípio Constitucional de Harmonia e Independência entre os Poderes e no firme propósito em manter a autonomia do Poder Legislativo Municipal, são essenciais medidas que o tornem mais forte, sólido, participativo e transparente.

Uma Procuradoria independente, dotada de autonomia, qualidade técnica e profissionalismo de seus membros é fundamental para resguardar os princípios constitucionais e institucionais desta Casa, por onde passam todas as leis do Município de São Paulo.

A Revista da Procuradoria traz em sua primeira edição, um pouco de sua história, de sua importância e dos trabalhos produzidos pelo seu corpo de procuradores concursados, com vasta experiência no Parlamento Paulistano.

É nessa linha que a Procuradoria, com sua presença, nem sempre visível, caminha sempre ao lado dos parlamentares paulistanos, desenhando a História da Câmara Municipal de São Paulo, que faz parte desta grande diversidade que é a cidade de São Paulo.

José Police Neto

Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Sumário

INTRODUÇÃO

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo – *Karen Lima Vieira*..... **11**

A importância da Procuradoria no Poder Legislativo para manutenção de um Estado Democrático de Direito – *Carolina Canniatti Ponchio* **16**

PARECERES

Alguns reflexos das restrições da legislação sobre propaganda eleitoral às TVs Legislativas – Parecer nº 241/06 – *Sebastião Rocha*..... **25**

Intimação de testemunhas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – Parecer nº 430/09 – *Andréa Rascovski Ickowicz*..... **31**

Estudo acerca da posição atual dos Tribunais de Segunda Instância e Superiores sobre a possibilidade de exoneração de servidoras ocupantes de cargo de livre provimento em comissão durante o período gestacional e pós-gestacional – Parecer nº 248/11 – *Érica Corrêa Bartalini de Araújo*..... **46**

Restrições impostas pela Lei Eleitoral à participação de candidatos em programas veiculados pela TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na internet – Parecer nº 251/11 – *Antonio Russo Filho* **58**

Licença paternidade em razão da obtenção de guarda judicial por tempo indeterminado para fins de adoção – Parecer nº 346/11 – *Érica Corrêa Bartalini de Araújo* **67**

Repactuação e reajuste nos contratos administrativos de prestação de serviços de natureza contínua – Parecer nº 22/12 – *Conceição Faria da Silva* **70**

Condutas vedadas aos agentes públicos em período eleitoral (artigos 73 a 77 da Lei Federal nº 9.504/97) – Parecer nº 33/12 – *Carolina Canniatti Ponchio*..... **76**

Legislação eleitoral e limitações incidentes sobre a atividade legislativa – Parecer nº 40/12 – *Carlos Eduardo de Araújo*..... **107**

Considerações sobre os efeitos jurídicos da Lei Federal nº 12.690/12, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho – Parecer nº 227/12 – *Conceição Faria da Silva e Carlos Benedito Vieira Micelli* **116**

PEÇAS JUDICIAIS

ADPF. Lei municipal que proibiu o uso do amianto nas edificações e construções realizadas em seu território. Inexistência de previsão legal para controle direto de constitucionalidade de lei municipal em face da constituição federal. Princípio da subsidiariedade da ADPF – *Andréa Rascovski Ickowicz* **127**

AgRg em ADI. Resolução que criou 13º e revisão geral anual do subsídio dos vereadores. A simples remissão da constituição estadual à federal não autoriza o controle direto de constitucionalidade pelos tribunais estaduais, sob pena de usurpação da competência do STF. Existência de “periculum in inverso”. Possibilidade de previsão do 13º subsídio por lei infraconstitucional. Revisão geral anual que não caracteriza vinculação de espécies remuneratórias. Regra da anterioridade de legislação que não se aplica para mera correção do subsídio – *Andréa Rascovski Ickowicz e Mário Sérgio Maschietto* **136**

ARTIGOS

As audiências públicas como expressão do princípio da democracia participativa – *Luciana de Fátima da Silva* **163**

Análise da competência municipal para legislar sobre meio ambiente frente à edição da Lei Nacional nº 12.305/10 – *Marcella Falbo Giacaglia e Simona M. Pereira de Almeida* **180**

Introdução

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo

*Karen Lima Vieira*¹

Nossa História

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo, instituída neste formato pela Lei Municipal 14.259, de 03 de janeiro de 2007, constitui um órgão jurídico de intensa participação no Parlamento Municipal Paulistano.

Formada por procuradores de carreira, que passaram a integrar seus quadros por meio de disputados concursos de provas e títulos, na Procuradoria estão em exercício atualmente 34 procuradores, 12 servidores da área administrativa e 4 estagiários, todos de quatro concursos diferentes, sem se esquecer dos colegas aposentados que muito colaboraram para essa história.

Congregando diferentes mundos, as mais diversas bagagens culturais, religiosas, geográficas e históricas de cada um dos membros da Procuradoria, fazem dela um órgão plural, onde convivem lado a lado elementos comuns, como a formação jurídica em circunstâncias distintas, os currículos, a caminhada profissional e as afinidades de cada um dos procuradores, muitos deles com formação acadêmica em outras áreas do conhecimento.

Assim, não obstante todas as diferenças individuais, a Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo é dotada de unidade e organicidade, respondendo por questões suscitadas por todos os setores desta Casa Legislativa que é uma das maiores da América Latina.

Ao longo de toda a história de Câmara Municipal de São Paulo, que tem 452 anos e revelou vários dos grandes nomes de peso na política nacional, houve maciça participação dos advogados públicos nas decisões e nos rumos da política paulistana na contínua evolução da história da cidade.

A Procuradoria já teve várias configurações quanto a sua estrutura, no entanto, independente de seu formato, todas as atividades sempre consubstanciam no exercício do procuratório, com atribuições e prerrogativas privativas de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Num de seus formatos anteriores, parte das atividades desenvolvidas hoje pela Procuradoria eram executadas pela Assessoria Técnica do Processo Legislativo (AT-1), pela Assessoria Técnica-Jurídica (AT-2) e pela Assessoria Técnica da Mesa (ATM). Havia procuradores nos três órgãos, ainda que a chefia desta última não fosse privativa

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1997, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. cursou Ciências Sociais na Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Mestranda em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Supervisora do Setor de Elaboração Legislativa e foi Secretária Geral Parlamentar Adjunta da Câmara Municipal de São Paulo.

do cargo de procurador. Naquela época, havia uma Diretoria Geral e todos os departamentos, inclusive estes, eram a ela subordinados.

Posteriormente, com a reforma administrativa de 2003, instaurou-se uma nova ordem administrativa, com profundas alterações na estrutura, ao dividir as competências da Diretoria Geral em Secretaria Geral Parlamentar, Secretaria Geral Administrativa, subordinados diretamente à Mesa, promovendo uma descentralização de poder na estrutura.

Além desses dois novos órgãos, a reforma de 2003 agrupou os órgãos então conhecidos como AT-1 e AT-2, e deu origem a Advocacia e Consultoria Jurídica da Câmara Municipal de São Paulo, conferindo uma promoção na linha hierárquica, já que este órgão passou a ser diretamente vinculado à Mesa.

Em 2005, como um de seus primeiros atos, o Nobre Presidente Roberto Tripoli propôs um novo desenho institucional da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo, dando importante passo para garantir a autonomia da Câmara Municipal de São Paulo ao aprovar a Lei nº 14.259/07 e, conseqüentemente, mais força para o Legislativo Municipal, posto que no âmbito do Município somente coexistem os dois Poderes e que o Executivo já possuía a sua Procuradoria.

Numa análise mais aprofundada, há uma grande simbologia e um grande significado nesse modelo.

Com a Procuradoria da Câmara, composta e integrada por procuradores concursados, há a presença permanente da postura técnica nas análises feitas pelo órgão, que dá maior segurança aos parlamentares que estão no exercício das funções administrativa e legislativa.

Em 2007, na gestão do Nobre Presidente Antonio Carlos Rodrigues, a Procuradoria ganhou seu desenho atual, com a criação ou recriação de mais alguns setores dentro dela, entre eles os Setores de Elaboração Legislativa, de Contratos e Licitações e de Pesquisa e Assessoria Prévia das Proposituras atendendo ao grande volume e a especificidade destas matérias que clamavam por um espaço próprio.

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo sempre foi arrojada, inspirando a Casa a inovar. Há mais de dez anos, quando a Câmara ainda não dispunha de site e a *internet* ainda era uma novidade, a Procuradoria estabeleceu uma parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil para disponibilizar os pareceres jurídicos por meio de um *link* no *site* da OAB, objetivando conferir transparência aos seus atos.

A Câmara Municipal de São Paulo, por sua vez sempre foi pioneira, e muitas de suas iniciativas constituem exemplo para outros municípios e órgãos.

O que muitos não sabem é que, não raramente, essas iniciativas pioneiras partem ou são elaboradas pelos Procuradores da Casa.

Muitos procuradores participaram de trabalhos significativos dentro da Câmara Municipal.

Um dos grandes trabalhos desenvolvidos com intensa participação da Procuradoria foi a Consolidação de Leis, resgatada pelo Nobre Presidente Roberto Tripoli, em 2005, que abrangeu vários temas como educação, saúde, transporte, entre outros

e contou com a participação conjunta e efetiva também de Consultores Técnicos concursados e de outros profissionais da Casa.

Uma das inovações desta consolidação foi a revogação de mais de três mil leis que datavam inclusive dos idos do início do século passado e estavam superadas ou revogadas de forma tácita, vislumbrando uma nova era no Poder Legislativo, privilegiando a qualidade da norma jurídica e não sua quantidade.

Na época do Nobre Presidente Antonio Carlos Rodrigues houve participação intensa de procuradores em grupos de trabalho para a elaboração de alterações profundas no Regimento Interno, que estavam em segunda discussão, e na Lei Orgânica do Município, bem como efetiva participação no Grupo de Análise de Decretos do Executivo, inaugurando nova etapa na função fiscalizatória do Parlamento Paulistano, que visava preservar as prerrogativas do Parlamento face aos avanços nem sempre discretos do Poder Executivo.

Na gestão atual, do Nobre Presidente Police Neto, mais uma vez a Procuradoria ou os Procuradores estiveram envolvidos em muitas inovações trazidas pelo Presidente.

Dele partiram várias ideias incrementando o Parlamento com medidas voltadas à Transparência e a Qualidade dos trabalhos parlamentares, muitos das quais contaram com a participação intensa da Procuradoria por meio dos seus Setores de Processo Legislativo, de Contratos e Licitações, de Elaboração Legislativa, de Pesquisa e Análise Prévia, Jurídico-Administrativo e do Setor Judicial.

Com o intuito de promover um aprimoramento no trabalho de elaboração legislativa, disponível para todos os parlamentares, foi do novo Presidente a ideia de estabelecer trabalho conjunto com integração entre a Procuradoria e as Consultorias da Casa, como uma medida para elevar a produção e a qualidade legislativa.

Também foi a Procuradoria, por meio de seu Setor de Elaboração Legislativa, a responsável pela confecção da Ficha Limpa Municipal, destinada a todos os servidores públicos municipais e agentes políticos que ainda não eram atingidos pela Lei Complementar atinente à matéria, entre outros.

Após aprovada pela Câmara Municipal de São Paulo, a norma passou a ser utilizada como parâmetro para o Estado de São Paulo e para a União, sem falar em outros Municípios que seguem não só a ideia, como os termos apresentados no projeto.

Nessa linha, a Procuradoria continua em constante aperfeiçoamento a fim de oferecer um trabalho de alta qualidade aos Parlamentares e ao Parlamento Paulistano, que cada vez mais vem se impondo no cenário político do País.

Nossa Estrutura

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo tem sua configuração atual instituída pela Lei 14.259, de 03 de janeiro de 2007, alterada pela lei 14.381, de 07 de maio de 2007.

Nestas duas leis encontramos toda a disciplina jurídica, as competências e as atribuições da Procuradoria, bem como suas seis equipes, que participam de toda a atividade parlamentar e administrativa da Casa.

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo é composta por seis equipes: Setor Jurídico-Administrativo; Setor Judicial; Setor do Processo Legislativo; Setor de Contratos de Licitações; Setor de Elaboração Legislativa e Setor de Pesquisa e Assessoria de Análise Prévia das Proposituras. Essas equipes são supervisionadas por procuradores integrantes da carreira, com mais de 5 (cinco) anos de Casa, geralmente com grande experiência e expertise em suas áreas de conhecimento.

A Procuradoria tem ampla gama de atribuições, envolvendo todas as áreas, meio e fim, das atividades da Câmara Municipal de São Paulo.

Estão entre suas atribuições figurar o procuratório judicial da Câmara Municipal, em ações de rito ordinário, trabalhistas, mandados de segurança, ações populares, atuar na defesa da constitucionalidade e da legalidade em abstrato, da produção legislativa do Município, questionadas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por força da Constituição do Estado de São Paulo.

A Procuradoria também exerce atribuições consultivas em matéria de licitação e contrato, de pessoal efetivo e celetista, bem como de outras matérias atinentes à Administração do Poder Legislativo.

Além disso, também é atribuição da Procuradoria exercer, ao lado das atribuições acima descritas, a consultoria do processo legislativo, constituindo esta, uma de suas mais destacadas prerrogativas, por estar diretamente relacionada com o papel central do Legislativo Municipal, que é a produção de leis, que devem estar em consonância com o ordenamento jurídico, além de redigidas com observância das regras técnicas de elaboração legislativa.

A Procuradoria atua, sob este aspecto, ao lado dos Parlamentares municipais auxiliando na análise jurídica das proposições submetidas à Comissão de Justiça, sob o prisma de sua legalidade e constitucionalidade, bem como na confecção das proposições e no assessoramento jurídico aos Gabinetes de Vereadores nesta atividade de elaboração legislativa.

Ao contrário de algumas procuradorias de órgãos legislativos, que não atuam nas áreas parlamentares, a Procuradoria da Câmara atua em todas as áreas da Câmara Municipal de São Paulo, ou seja, nas áreas fins, onde o Poder Legislativo exerce sua função precípua de legislar e nas áreas meio, quando há o exercício da função administrativa.

Todos os setores da Procuradoria orientados por um Procurador Supervisor têm entre suas atribuições a de prestar assessoramento e consultoria jurídica à Mesa, à Presidência, aos Vereadores, às Comissões regimentais permanentes e temporárias, às Comissões Parlamentares de Inquérito, à Corregedoria, às Comissões de cassação de Vereadores e Comissão de impedimento do Prefeito, bem como ao Secretário Geral Parlamentar e Secretário Geral Administrativo, dentro de seu respectivo âmbito de competência.

Na ordem prevista na Lei 14.259, o Setor Jurídico-Administrativo, tem competência consultiva e dá assessoramento prévio ou posterior a todas as medidas submetidas à sua apreciação envolvendo matérias administrativas da Casa. Assim é que emite manifestações jurídicas e pareceres em processos administrativos, preside e processa procedimentos disciplinares e sindicâncias e manifesta-se em questões trazidas pelo Tribunal de Contas do Município sobre sua área de atuação.

O Setor Judicial, atua judicial e administrativamente na defesa dos interesses e prerrogativas da Câmara Municipal de São Paulo, do Presidente e na defesa judicial dos Vereadores, no tocante aos atos praticados no exercício de suas prerrogativas, por solicitação dos mesmos e mediante autorização da Mesa.

O Setor de Processo Legislativo, tem importante atuação na área parlamentar, apresentando análises jurídicas sobre aspectos de constitucionalidade e legalidade das proposições legislativas submetidas a Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, bem como se manifestar em relação a algumas questões regimentais suscitadas dentro ou fora das sessões plenárias.

O Setor de Contratos e Licitações atua elaborando e revisando minutas de contratos, ajustes e convênios, elaborando pareceres sobre licitações, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade. Atua também junto à Comissão de Julgamento de Licitações da Câmara Municipal de São Paulo.

O Setor de Elaboração Legislativa, elabora projetos de emenda à Lei Orgânica do Município, projetos de lei, projetos de resolução, projetos de decreto legislativo, indicações, moções, e outras proposições legislativas, auxiliando-os também sobre a melhor técnica legislativa a ser adotada.

O Setor de Pesquisa e Assessoria de Análise Prévia das Proposituras desenvolve um relevante e técnico trabalho de pesquisa jurídica e análise em relação à existência de similaridade de normas e proposituras em trâmite. Além disso também é o setor responsável por assessorar o Presidente na designação das proposituras legislativas às Comissões Competentes.

Observa-se pela descrição das atividades a efetiva participação da Procuradoria em todos os setores da Câmara.

A Procuradoria, primando sempre pela eficiência e pela qualidade técnica, mantém-se em seus propósitos de sempre elevar seus padrões e congrega esforços para fortalecer o Parlamento Paulistano, tão envolvente por sua pluralidade, a Cidade de São Paulo e os princípios do Estado Democrático de Direito

A Importância da Procuradoria no Poder Legislativo para Manutenção de um Estado Democrático de Direito

Carolina Canniatti Ponchio¹

A Constituição de 1988, ao caracterizar o Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito, promoveu a democratização do exercício do poder estatal, garantindo aos cidadãos representação política e, ao mesmo tempo, impondo responsabilidade de governo aos administradores, ao eleger a lei como eixo juridicamente vinculante à atuação da administração pública².

O Estado Democrático de Direito impõe vinculação de toda a atividade estatal à lei, o que “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”³. Assim, como bem colocado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos da fiel e dócil realização das finalidades normativas”⁴

Em razão disso, passa a existir a necessidade de um organismo permanente e equidistante, que não mantenha vínculos com partidos políticos ou com grupos, mas que tenha como norteador em sua atividade a norma validamente existente.⁵

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em junho de 2008, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

² Acerca da introdução do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, Maria Sylvia Zanella di Pietro sintetiza em sua obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* que “As consequências produzidas pelo positivismo formalista (Estado Legal) e o insucesso do chamado Estado Social na conquista dos valores tão apregoados pelo liberalismo acabaram por provocar reações no plano jurídico-constitucional, em que se procuraram introduzir novas concepções pretensamente mais aptas para produzir justiça social. Acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social de Direito um elemento novo, que é a *participação popular* no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública. Além disso, protesta-se pelo retorno do *Estado Legal* ao *Estado de Direito*; quer-se novamente vincular a lei aos ideais de justiça; pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei em sentido puramente formal. Daí hoje falar-se em *Estado Democrático de Direito*, que abrange os dois aspectos: o da *participação popular* (Estado Democrático) e o da *justiça material* (Estado de Direito).” (Atlas, 2ª edição, São Paulo, 2007, p. 40).

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2007, p. 17.

⁴ RDP nº 90, pp. 57-58 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Editora Lumen Juris, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2007, p. 17

⁵ MOURÃO, Carlos Figueiredo, *A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração* em “Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça”, coord. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 132.

Tal organismo, justamente, constitui-se nas advocacias públicas, órgãos incumbidos do exercício do controle interno da legalidade dos atos estatais, por meio da prestação de consultoria jurídica e representação judicial dos poderes integrantes dos diversos entes federados, com o objetivo de instruir e orientar a atuação do administrador público.⁶

Em âmbito federal e estadual, os artigos 131 e 132 da Constituição Federal cuidaram, respectivamente, de estruturar as carreiras da advocacia pública da União e dos Estados, justamente de forma a garantir-lhes a perenidade e isenção necessárias ao desempenho de suas funções de orientação e atuação jurídicas neutras, daí porque, precisamente, a alocação de tais dispositivos no capítulo da Carta Magna destinado às funções essenciais à justiça.

No que tange à advocacia pública em âmbito municipal, não obstante a omissão do texto Magno, o princípio constitucional da simetria, associado aos princípios constitucionais da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência, impedem que o legislador municipal atue de forma totalmente dissociada do constituinte federal, restando evidente a necessidade de que a estruturação da advocacia pública municipal obedeça aos referidos princípios e ao arquétipo constitucional da advocacia pública, delineado nos artigos 131 e 132 da Carta da República.⁷

Nesse passo, pode-se conceituar a advocacia pública como sendo “o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações, verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada”⁸.

Importante notar na conceituação acima transcrita que a presença da advocacia pública impõe-se em todas as esferas da Federação, como já dito, e, também, em todos os Poderes do Estado, sendo que isto se dá, em especial, pela necessidade de preservação da independência e harmonia entre os poderes constitucionais tripar-

⁶ Segundo Carlos Figueiredo Mourão, interpretando-se as disposições constantes no artigo 1º, incisos I e II, e artigo 3º, §1º, do Estatuto dos Advogados, “somente o advogado, e, na Administração Pública, o advogado público pode lançar entendimentos sobre questões jurídicas, posto que somente o advogado tem habilitação legal para a execução de tal labor. É claro que todos, e, principalmente, os servidores públicos, têm como obrigação o conhecimento da lei, mas somente o advogado poderá expedir pronunciamentos sobre a legalidade de atos”. *A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração* in “Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça”, coord. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 133.

⁷ SILVA, Valério César Milani e. *Advocacia pública municipal e o princípio da simetria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1986, 8dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12053>>. Acesso em: 22 ago. 2012

⁸ GRANDE JUNIOR, Claudio, *A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito* in O Estado do Paraná, Curitiba, 27.06.2004, *apud* MOURÃO, Carlos Figueiredo, “A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração” in “Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça”, coord. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 132.

tidos, tão cara ao sistema de pesos e contrapesos, que baliza o Estado Democrático de Direito⁹.

Assim, em âmbito municipal, imperiosa a presença de advocacias públicas no Poder Executivo e, também, no Poder Legislativo.

Nesse passo, deve-se afastar a possibilidade de utilização pelo Poder Legislativo do corpo permanente de procuradores do Poder Executivo, isto porque, muitas vezes, os interesses entre os poderes constitucionais instituídos contrapõe-se, fazendo-se mister que o embate técnico entre eles verifique-se a partir de manifestações exaradas por profissionais que estejam comprometidos exclusivamente com a defesa da legalidade e prerrogativas dos respectivos órgãos.

Aliás, diga-se, deve-se manter este entendimento mesmo em se tratando de representação judicial do Poder Legislativo, uma vez que há muito já reconhecida sua capacidade judiciária para figurar nos polos ativo e passivo de demandas judiciais que envolvam suas prerrogativas¹⁰.

A título de ilustração, citem-se os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL. PRECEDENTES.

1. O Município tem personalidade jurídica (capacidade processual) para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do Município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto (municipalização de escolas estaduais), influndo os denominados direitos-função (impondo deveres), não há negar a manifestação de direito subjetivo público, legitimando-se a Câmara Municipal para impetrar mandado de segurança. (STJ, RMS 12068/MG, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 17/09/2002)

“(...)I – Câmara Municipal – Legitimidade da Edilidade para propositura da ação cujo objeto são bens destinados à sua atividade institucional. A capacidade processual da Câmara para defesa de seu patrimônio e de suas prerrogativas funcionais

⁹ Segundo José Afonso da Silva a separação dos poderes significa:“(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;(...)” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 22ª ed., São Paulo, p. 110).

¹⁰ A respeito podemos apontar a doutrina de Hely Lopes Meirelles:“A capacidade processual da Câmara para a defesa de suas prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. **Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária.** Pessoa jurídica é o Município. **Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, à Edilidade para ingressar em juízo quando tenha prerrogativas ou direitos próprios a defender.**” E continua o mesmo autor: “A personalidade jurídica não se confunde com a personalidade judiciária; esta é um minus em relação àquela. Toda pessoa jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas órgão há que, embora sem personalidade jurídica, podem estar em juízo, em seu próprio nome, em mandado de segurança, porque são titulares de direitos subjetivos suscetíveis de proteção judicial quando relegados ou contestados. Nessa situação se encontram os órgãos do governo local – Prefeitura e Câmara – aos quais se atribuem funções específicas, prerrogativas funcionais e direitos próprios inerentes à instituição. Desde que esses órgãos têm direitos subjetivos, hão de ter meios judiciais – mandado de segurança – e capacidade processual para defendê-los e torná-los efetivos.” – grifos e negritos nossos (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 14ª ed., São Paulo, 2006, pp. 612-613).

é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, à Edilidade, para ingressar em juízo quando tenha direitos subjetivos próprios ou prerrogativas a defender. (...)” (TJ/SP, Apelação nº 433.503.5/7-00, Rel. Des. Guerrieri Rezende, DOE 02/02/2006)

Especificamente no que tange a necessidade de um corpo próprio de procuradores, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido quando do julgamento da ADI 1557-5 DF, de Relatoria da Exma. Ministra Ellen Gracie: “a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93” (STF, Plenário, v.u., DJ 18.06.2004).

Acrescente-se, inclusive, que não é incomum a presença do Poder Legislativo e do Poder Executivo em polos processuais opostos. Tal verifica-se sempre que se dá o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face de Lei Municipal pelo Prefeito e, também, em qualquer ação judicial que vise resguardar as prerrogativas de um em face do outro, como quando necessário invocar o Poder Judiciário para obrigar o Poder Executivo a prestar informações a Comissões Permanentes ou Temporárias do Legislativo.

Ainda, insista-se, para que seja assegurado, de fato, o cumprimento da missão constitucional das advocacias públicas, imperioso que o corpo técnico de procuradores não só seja próprio da pessoa jurídica ou órgão a ser assessorado, como também que seja permanente, ou seja, necessário que o ingresso daqueles na Administração Pública tenha se dado mediante concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

É nesse sentido a jurisprudência pátria, a qual entende que o cargo de procurador é função eminentemente técnica, afastando-se, por conseguinte, das exceções previstas no artigo 37, V, da CF, cujo pressuposto é a relação de confiança existente entre o servidor nomeado e seu superior hierárquico, necessária ao exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

A título de ilustração, cite-se o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que cita diversos outros precedentes sobre a matéria.

“Arguição de inconstitucionalidade (CF, arts. 93, inc. XI, e 97; CPC, art. 480) - Lei Municipal nº 2.272/02 (que “DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO NO PODER LEGISLATIVO DE PORTO FERREDZA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS» - fls. 116) e Lei Complementar Municipal nº 71 / 06 (a qual “DISPÕE SOBRE ALTERAÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO FERREDZA” - fls. 181) - **Diplomas legais que criam cargos de provimento em comissão, cujas atribuições não possuem caráter de direção,**

chefia ou assessoramento, tampouco pressupõem a existência de um vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado - Vício de inconstitucionalidade material configurado, por afronta ao disposto no artigo 37, caput, inciso V, da Constituição da República – Precedentes deste Colendo Órgão Especial e do Pretório Excelso - Arguição procedente. (...) Ante o exposto, **julga-se procedente a presente arguição, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.272/02 - exclusivamente em relação à criação, no âmbito da Câmara de Vereadores do Município de Porto Ferreira, do cargo de Assessor Jurídico** - e, também, da Lei Complementar Municipal nº 71/06 - unicamente quanto à inserção, no quadro funcional da Prefeitura do Município de Porto Ferreira, do cargo de Assessor Jurídico -, devendo os autos retornar à Décima Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que se prossiga no julgamento da Apelação nº 0003188- 36.2006.8.26.0472. (TJ/SP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0121369-78.2011.8.26.0000, Órgão Especial, v.u., j. 24.08.2011).

Também, não é possível o aproveitamento de titulares de outros cargos para atuarem como procuradores, devendo a investidura ser específica para tal fim, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado de Rondônia. Artigos 252, 253, 254 e 255 das Disposições Gerais da Constituição Estadual e do art. 10 das Disposições Transitórias. 3. Ausência de alteração substancial e de prejuízo com a edição da Emenda Constitucional estadual n. 54/2007. 4. Alegação de ofensa aos artigos 22, I; 37, II; 131; 132; e 135, da Constituição Federal. **5. Reconhecimento da possibilidade de existência de procuradorias especiais para representação judicial da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas nos casos em que necessitem praticar em juízo, em nome próprio, série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes, as quais também podem ser responsáveis pela consultoria e pelo assessoramento jurídico de seus demais órgãos.** 6. A extensão estabelecida pelo § 3º do art. 253 não viola o princípio da isonomia assentado no artigo 135 da CF/88 (redação anterior à EC 19/98), na medida em que os cargos possuem atribuições semelhantes. 7. A alteração do parâmetro constitucional, quando o processo ainda em curso, não prejudica a ação. Precedente: ADI 2189, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16.12.2010. **8. A investidura, em cargo ou emprego público, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.** **9. Não é permitido o aproveitamento de titulares de outra investidura, uma vez que há o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido constitucionalmente.** 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para confirmar a medida liminar e declarar inconstitucionais o artigo 254 das Disposições Gerais e o artigo 10 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Rondônia; e assentar a constitucionalidade dos artigos 252, 253 e 255 da Constituição do Estado de Rondônia.” (STF, ADI 94, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011)

Ante o acima exposto, conclui-se que as advocacias públicas são órgãos essenciais à garantia da vigência do Estado Democrático de Direito, e, para que de fato cumpram sua missão constitucional, necessário sejam instituídas de forma a garantir uma composição técnica e perene dentro da estrutura das pessoas jurídicas e órgãos com capacidade judiciária própria, de qualquer esfera da Federação ou Poder, mas sempre numa posição equidistante aos diversos grupos de interesse que atuam naquelas estruturas, de maneira a buscar o atingimento do interesse público consubstanciado na norma, e não o interesse do governante.

Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, 2ª edição, São Paulo, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 14ª ed., São Paulo, 2006.

MOURÃO, Carlos Figueiredo, *A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração* in “Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça”, coord. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 22ª ed., São Paulo.

SILVA, Valério César Milani e. *Advocacia pública municipal e o princípio da simetria*. Jus **Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1986, 8dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12053>>. Acesso em: 22 ago. 2012

Pareceres

Alguns Reflexos das Restrições da Legislação sobre Propaganda Eleitoral às TVs Legislativas – Parecer Procuradoria nº 241/06

Sebastião Rocha¹

O Sr., da TV Câmara São Paulo, formula indagações voltadas à obtenção de orientações concernentes à programação normal da TV Câmara São Paulo, no tocante a questões relacionadas à Lei Eleitoral nº 9.504/97, especificamente sobre os programas daquela TV Legislativa “gravados com os Srs. Vereadores que concorrerão a outros cargos eleitorais nas eleições de 2006”, bem como, relativamente “aos outros candidatos que não são vereadores”, com a formulação dos quesitos colocados a exame.

Pergunta, inicialmente: “1. O que caracteriza propaganda eleitoral?”

Em torno deste relevante e dificultoso tema, calha reproduzir os preciosos ensinamentos ministrados por Alberto Rollo e por Alberto Luiz Mendonça Rollo, a seguir:

“3.2 O que é propaganda eleitoral?”

Doutrinadores há que entendem haver propaganda eleitoral se, da mensagem passada pelo cidadão, político militante ou possível candidato, puder-se intuir a intenção da disputa eleitoral ao mesmo tempo que exigem deva existir, na mensagem, condições de influir na vontade do eleitor.

Discordamos dessa linha de pensamento muito etérea, muito fluída, (...)

Definindo o que se permite antes do período de propaganda eleitoral, anotando a forma como se traduz a existência de mero proselitismo político diferente da propaganda antecipada, o Ac. TSE 15.372, relator o Min. EDUARDO ALCKMIN, pode ser tomado como paradigma em várias de suas passagens. De seu voto extraímos:

‘O direito à liberdade de manifestação é a regra e suas limitações a exceção. Esta última deve ser interpretada sempre em sentido estrito. (...)’

‘A igualdade absoluta no que tange ao acesso ao público para efeito de diminuir eventuais desigualdades de oportunidades eleitorais, é meta impossível de se alcançar e se perseguida causaria distorções igualmente

¹ O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em março de 1996, mediante concurso público. É graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC.

inconvenientes como o cerceamento do exercício da atividade normal do cidadão.’

‘Ora, se pela profissão exercida naturalmente determinado postulante tem um acesso privilegiado à mídia, não há porque exprimir (*sic*) manifestações que somente resultam em tornar determinada pessoa mais conhecida do público.’

E, finalmente, no mesmo acórdão citado, o Min. EDUARDO ALCKMIN acabou por definir o que é propaganda eleitoral a ser punida na modalidade antecipada, fixando três condições que, somadas, determinam a existência do tipo: ‘A tipificação desta (propaganda eleitoral) exige que de seus termos haja inudividosa intenção de revelar ao eleitorado o cargo político que se almeja, a ação política que pretende o beneficiário desenvolver e os méritos que o habilitam ao exercício da função’.

Ou estão presentes os três elementos, de forma concomitante e somados, ou não existe propaganda eleitoral.(...) inexistindo os três elementos, inexistente a propaganda eleitoral. E quando se fala em inudividosa intenção, tem-se a necessidade da presença de elementos determinados, que não sejam sub-reptícios, disfarçados ou insertos em zona cinzenta.

Esse entendimento do TSE já foi repetido em outros acórdãos, como aquele do AI 1.714 TSE-CE, sendo relator o Min. EDSON VIDIGAL, exatamente na mesma direção. Comungamos com o pensamento dos acórdãos citados.”²

Mais adiante na mesma obra, Arthur Luís Mendonça Rollo aponta mais sinteticamente, pela forma a seguir, o que designou como “**requisitos da propaganda eleitoral**”: “**méritos e qualidades do postulante, cargo almejado e ação política a ser desenvolvida**”.³

Este mesmo autor ministra ainda, mais adiante no mesmo texto:

“De outra banda, a propaganda eleitoral (que menciona os méritos e qualidades do postulante, a ação política a ser desenvolvida e o cargo almejado) realizada com recursos públicos É SEMPRE VEDADA, configurando, além de ilícito administrativo eleitoral, ilícito civil e ilícito penal.”⁴

Pelas indagações quesitadas de 2 a 7, vislumbra-se a busca de parâmetros de orientação quanto à programação normal da TV Câmara São Paulo em face da legislação sobre a propaganda eleitoral, especialmente no tocante aos cuidados no tratamento jornalístico passível de ser conferido em relação aos nobres senhores Vereadores que venham a ser candidatos no pleito que se avizinha.

A este respeito, cumpre inicialmente trazer à colação que a precípua atividade institucional da TV Câmara São Paulo, prevista conforme remissão feita pelo art. 1º, *caput* da Resolução nº 05, de 10 de abril de 1997, ao teor do art. 23, I, *b* da Lei Federal

² Alberto Rollo (organizador). *Propaganda eleitoral – Teoria e Prática*. São Paulo : Ed. RT, 2002, pp. 46-49.

³ *Ob. cit.*, p. 132.

⁴ *Ob. cit.*, p. 143.

nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995, dirige-se “para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões”.

Dito isso, parece novamente oportuno pedir vênia para transcrever outras passagens, pertinentes a esses respectivos tópicos, da já citada obra *Propaganda Eleitoral – Teoria e Prática*, desta feita no Capítulo 4 denominado *Condutas Vedadas às Emissoras de Rádio e Televisão* (págs. 56-83), de autoria de João Fernando Lopes de Carvalho, como segue.

“Ressalve-se, desde já, que as restrições impostas na legislação, embora constitucionais, têm caráter excepcional, e deverão ser sempre interpretadas restritivamente, de modo a preservar os bens constitucionalmente tutelados pertinentes à liberdade de manifestação. (...)”⁵

“4.3 Vedações legais e sistema constitucional

É o art. 45 da Lei 9.504/97 que vem discriminar as restrições impostas às emissoras de rádio e televisão em sua programação normal durante o período de campanha política.

Mais especificamente, tal período é fixado no dispositivo citado com termo inicial em 1º de julho do ano da eleição. Muito embora não se estabeleça o termo final do prazo, parece evidente que este se dará com o encerramento da votação no segundo turno, ou já no primeiro, onde aquele não ocorrer.

Vale ressaltar que a vedação dirige-se aos noticiários e à programação normal das emissoras de rádio e televisão, nesta compreendidos programas dos mais diversos, sejam eles gravados, (...) ou mesmo transmitidos ‘ao vivo’. Toda a programação de tais emissoras estará sob restrição.”⁶

“A liberdade pública de acesso à informação jornalística (art. 5º, inc. XIV, da CF) é consequência natural da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, inc. IV, da CF) e de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inc. IX, da CF), caminhando ao lado da liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, inc. VIII, da CF).

Mas não se trata de valor absoluto, incontestável. Trata-se, sim, de princípio constitucional, de grande abrangência e pouca concretude, cujo sentido se elastece ou restringe diante das demais normas dessa mesma natureza encontradas na Constituição. No sistema constitucional, está submetido aos princípios fundamentais estabelecidos nos primeiros artigos do Texto, bem assim aos fundamentos da República como são a soberania, a cidadania e o pluralismo político, e ao princípio geral de direito que é o da igualdade, expresso no caput do art. 5º.

⁵ *Ob. cit.*, p. 59.

⁶ *Ob. cit.*, p. 60.

E, acima de tudo, só pode existir essa liberdade como instrumento do efetivo exercício da democracia no regime republicano, eis que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF). O poder da imprensa não está, portanto, acima do poder popular, único legitimado para a escolha dos representantes políticos (art. 1º, par. ún., da CF). Não se trata de poder autônomo que se sobreponha, portanto, aos valores maiores consagrados no próprio texto constitucional, mas de direito que deve ser exercido em harmonia com eles, tão-somente.

É nesse contexto constitucional que deve ser compreendida a liberdade de informação jornalística, e não como bem que paire acima do sistema, irrefreável e ilimitado. Os limites estão na própria Constituição Federal, como visto, cuja concepção foi objeto de integração pela Lei Ordinária 9.504/97, a nosso ver estabelecida sem afronta ao sistema constitucional retro-explicitado, exatamente porque voltada para proteger outros bens de alcance maior assegurados na Constituição da República.”⁷

“4.4 Interpretação das restrições

Se, prima facie, não se vislumbra confronto material entre as disposições legais examinadas e o quanto consagra a Constituição Federal, nem por isso poderemos emprestar-lhes sentido irrazoável, que venha lançar por terra a própria essência da liberdade de informação, de resto reputada fundamental no próprio Texto Constitucional.

Se os dispositivos legais não se reputam inconstitucionais, visto que na espécie paira acima da liberdade de informação jornalística o conjunto de normas constitucionais que definem a própria essência do regime político brasileiro, nem por isso será o caso de imaginar completamente esquecida aquela liberdade. Mais uma vez, a harmonização de todo o ordenamento deverá ser preocupação do intérprete, visando a obtenção de um sentido da norma legal que preserve todos os dispositivos constitucionais em jogo, em verdadeiro exercício de interpretação conforme à Constituição.

Isto se afirma porque as disposições restritivas da liberdade de emissoras de rádio e televisão inseridas no art. 45 da Lei 9.504/97 não podem servir como instrumento de limitação pura e simples da atividade das emissoras de televisão. Apenas será lícita a imposição das restrições ali previstas quando estiverem em jogo os interesses maiores da preservação do regime republicano democrático estabelecido na Lei Maior.

Portanto, as restrições impostas no dispositivo legal em estudo devem ser interpretadas em cada caso concreto de modo a atender os interesses maiores do Estado brasileiro, mas de tal forma que só se limite o direito de informação e de manifestação artística ou filosófica inserta na programação normal das

⁷ Ob. cit., p. 61.

emissoras de rádio e televisão quando se verificar efetivo comprometimento da regularidade da disputa eleitoral, em aferição concreta que deverá constar como única válida motivação expressa da decisão judicial ou administrativa impositiva das restrições ou de penalidades a estas conseqüentes.

*Diante da importância do tema tratado, em cuja análise se contrapõem o exercício de direitos fundamentais e a manutenção do regime democrático, **devemos ter por regra, em conformidade com os valores constitucionais já indicados, que não haverá cerceamento ao direito de manifestação e de informação das emissoras de rádio e televisão, exceto se o exercício dessas liberdades comprometer concretamente a lisura e a igualdade de condições de disputa entre os candidatos às eleições, desde 1º de julho do ano eleitoral até o encerramento da votação.***

Alcançando essas conclusões, aproximamo-nos da opinião de MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA, que já asseverou: 'Não há como confundir o lícito exercício de um direito com o seu abuso, este sim, mas nunca o adimplemento regular, punido pelo Direito. Quando a emissora, mesmo na fase eleitoral, razoavelmente e sem demasias, emitir opiniões sobre candidatos e partidos, estará exercendo prerrogativa que a Constituição parainfou e que, graças a essa qualificada origem, o Congresso não poderá suprimir. Todavia, caso a emissora o faça de maneira desabrida e contínua, ao invés de simplesmente opinar na verdade encetando 'campanhas', aí sim, e apenas nessa hipótese, em tese poderia ocorrer o abuso. Há diferenças marcantes, que o bom senso e o equilíbrio da Justiça Eleitoral saberão casuisticamente detectar, entre uma coisa e outra' [Trecho do artigo 'Radiodifusão e eleições', publicado em 27.07.2000 no jornal O Estado de S. Paulo]."⁸

Sob essa perspectiva, então, como bem assinalado nesta parte da obra, é que devem ser examinadas tanto as prescrições do artigo 45 da Lei das Eleições, como também as indagações postas em foco conforme os quesitos de n.ºs. 2 a 7; sem pretensão de esgotar a vasta e complexa matéria, estas indagações serão a seguir objeto de sucinta abordagem.

Quesito "2. Há diferenças entre o candidato que é vereador e aquele que não é?"

Importa dizer que, independentemente das diferenças que existem entre ambas as figuras, as vedações e restrições quanto à veiculação de propaganda eleitoral, contidas na legislação de regência, vêm-se indistintamente dispostas tanto em relação a candidatos que sejam vereadores quanto àqueles que não o sejam.

⁸ *Ob. cit.*, p. 62-64.

Quesitos de 3 a 7: Afigura-se que estas indagações comportam uma resposta conjunta.

Como visto dos ensinamentos antes reproduzidos, durante o período eleitoral as emissoras de rádio e televisão poderão continuar a veicular sua programação normal, desde que observem as vedações e limitações dispostas especialmente nos artigos 44 e 45 da Lei nº 9.504/97, com vistas a ser resguardada a lisura do pleito e a igualdade de oportunidades entre os candidatos.

Entre estas restrições, destacam-se a proibição da veiculação de propaganda eleitoral fora do horário gratuito de propaganda eleitoral definido nesta lei (conforme o art. 44 da Lei), bem como as vedações dispostas no art. 45 da mesma Lei, com destaque, no caso:

– à vedação de “usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito” (art. 45, inciso II);

– à vedação de “veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes” (art. 45, inciso III);

– à vedação de “dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação” (art. 45, inciso IV);

– à vedação de “veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos” (art. 45, inciso V).

De sorte que, desde que observadas as limitações como as indicadas, estabelecidas com o escopo de resguardar a lisura, a isonomia e a legitimidade do pleito eleitoral, a TV legislativa municipal pode, quanto ao mais, desenvolver com regularidade sua programação normal, inclusive:

– apresentando os programas que, compreendidos em nesta sua programação normal em conformidade a sua destinação institucional (como já dito, a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão das sessões), possam por isso conter a participação de candidatos, desde que não se caracterize propaganda eleitoral nem tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (quesito 3);

– nas mesmas circunstâncias do quesito anterior, veiculando entrevistas de candidatos nas reportagens feitas para o Jornal e a Revista da Câmara, bem como outros programas da produção corrente da TV legislativa, desde que não se dê azo a propaganda eleitoral nem a tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (quesito 4);

– também em idênticas circunstâncias e cuidados, se poderá tratar de projetos dos Srs. Vereadores que são candidatos (quesito 5);

– o mesmo se diz quanto a “entrevistar vereadores que são candidatos e que têm projetos de lei em andamento, projetos aprovados e ou projetos sancionados” (quesito 6);

– da mesma forma, quanto a “mostrar o trabalho nas Comissões Parlamentares dos Srs. Vereadores que são candidatos” (quesito 7).

Importante repisar que, em todas essas situações da programação normal da emissora, não se poderá configurar, como já dito, tratamento privilegiado aos Vereadores candidatos. Essa aferição poderá se dar, precipuamente, pela consideração de que a participação desses nobres Senhores Vereadores em programas nos moldes indicados não seja devida ou motivada pela respectiva condição de candidato, mas sim, tratar-se de normal e corriqueira participação decorrente da condição de Vereador – portanto em condições equiparadas às dos demais nobres Vereadores não candidatos.

Finalmente, no quesito 8 é indagado “Quem deve resolver dúvidas quanto a um programa ser veiculado ou não?”

Penso que a TV Câmara São Paulo insere-se na órbita de atribuições do Centro de Comunicação Institucional – CCI, subordinado à Mesa Diretora da Câmara Municipal, que para tanto contará com o especial concurso do Sr. 1º Secretário (conforme o Ato nº 932/06) e o apoio do Conselho da TV Câmara São Paulo (criado pelo Ato nº 757/2002).

É o parecer, s.m.j., que elevo à apreciação de V.Sa., permanecendo à disposição para eventuais outros esclarecimentos, a juízo superior.

São Paulo, 06 de julho de 2006.

Sebastião Rocha

Procurador Legislativo

OAB/SP nº 138.572

Intimação de testemunhas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – Parecer nº 430/09

Andréa Rascovski Ickowicz

V. Sa., através de pedido verbal, solicitou estudos tendentes a unificar procedimentos a serem aplicados às Comissões Parlamentares de Inquérito instaurados nesta Casa, relativamente aos pontos que envolvem intimação de testemunhas ou informantes.

A I. Procuradora Dra. Carolina Canniatti Ponchio, exarou o estudo que segue em anexo, o qual avalizo, com as considerações que seguem.

Aproveito, por oportuno, para delinear, de forma ampla, os aspectos que norteiam a questão. Vejamos.

I. Das normas aplicáveis à Comissão Parlamentar de Inquérito no âmbito desta Edilidade

Como bem explicitado pela I. Procuradora Dra. Carolina aplicam-se às Comissões Parlamentares de Inquérito propostas no âmbito desta Casa as disposições insertas na Lei Orgânica deste Município, no Regimento Interno desta Casa, além da Lei Federal nº 1.579/52.

Observe-se, por oportuno, que ambas as normas municipais indicadas foram editadas posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, ora em vigor.

E sobre a matéria, dispõem a Lei Orgânica deste Município e o Regimento Interno desta Edilidade:

a) Lei Orgânica do Município de São Paulo:

“Art. 33 – As Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno, em matéria de interesse do Município, e serão criadas pela Câmara, mediante requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros, para apuração de fato determinado, em prazo certo, adequado à consecução dos seus fins, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 1º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no interesse da investigação, além das atribuições previstas nos incisos II, IV, IX e XII do § 2º do art. 32 e daquelas previstas no Regimento Interno, poderão:

I – tomar depoimento de autoridade municipal, intimar testemunhas e inquiri-las sob compromisso, nos termos desta Lei;

II – proceder as verificações contábeis em livros, papéis e documentos de órgãos da administração direta, indireta e fundacional

§ 2º - O Regimento Interno preverá o modo de funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito” (destaques nossos)

Releve-se que as atribuições previstas nos incisos II, IV, IX e XII do § 2º do artigo 32 do Regimento Interno são as seguintes:

“II – fiscalizar, inclusive efetuando diligências, vistorias e levantamentos “in loco”, os atos da administração direta e indireta, nos termos da legislação pertinente, em especial para verificar a regularidade, a eficiência e a eficácia dos seus órgãos no cumprimento dos objetivos institucionais, recorrendo ao auxílio do Tribunal de Contas, sempre que necessário;

IV – convocar os Secretários Municipais, os responsáveis pela administração direta e indireta;

IX - solicitar informações ou depoimentos de autoridades ou cidadãos;

XII – requisitar, dos responsáveis, a exibição de documentos e a prestação dos esclarecimentos necessários.....”(destaques nossos)

b) Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo:

Tal diploma regula as Comissões Parlamentares de Inquérito em seus artigos 90 e seguintes.

Relativamente aos poderes de tais comissões, a norma em foco prescreve:

“Art. 92 – No interesse da investigação, as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão:

I – tomar depoimento de autoridade municipal, intimar testemunhas e inquiri-las sob compromisso;

II – proceder a verificações contábeis em livros, papéis e documentos de órgãos da administração direta, indireta, fundacional e, por deliberação do Plenário, do Tribunal de Contas do Município;

III – requerer a intimação judicial ao juízo competente, quando do não comparecimento do intimado pela Comissão, por duas convocações consecutivas”

Das prescrições acima indicadas, aplicam-se as seguintes regras relativamente a questões envolvendo intimação de testemunhas/informantes pela Comissão Parlamentar de Inquérito:

1. As Comissões Parlamentares de Inquérito têm **poderes de investigação próprios das autoridades judiciais** (artigo 33 LOMSP, em consonância ao artigo 58, § 3º, da Constituição Federal);
2. Como decorrência do poder próprio de autoridade judicial, poderão tais comissões (i) **tomar depoimento de autoridade municipal, intimar testemunhas e inquiri-las sob compromisso, nos termos da LOMSP** (arts. 33, § 1º, inciso I, LOMSP e 92, inciso I, RICMSP); (ii) **convocar os Secretários Municipais, os responsáveis pela administração direta e indireta** (art. 32, § 2º, inciso IV do LOMSP); (iii) **solicitar informações ou depoimentos de autoridades ou cidadãos** (art. 32, § 2º, inciso IX, LOMSP) e (iv) **requerer a intimação judicial ao juízo competente, quando do não comparecimento do intimado pela Comissão, por duas convocações consecutivas** (art. 92, inciso III, RICMSP).

c) Da Lei Federal nº 1.579/52

A Lei indicada, como bem apontado no parecer encaminhado, prevê, em seu artigo 2º, que “*No exercício de suas atribuições, **poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reportarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indicados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença**”.* De tal disposição, depreende-se que a Lei Orgânica deste Município e o Regimento Interno desta Casa prescreveram em idêntico sentido, no que toca ao âmbito municipal.

As disposições específicas e diversas das previstas nas normas locais que nos interessam, relativamente à intimação de testemunhas/informantes, pela CPI municipal, encontram-se insertas no artigo 3º de tal norma, que reza:

“Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º Em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal.

§ 2º O depoente poderá fazer-se acompanhar de advogado, ainda que em reunião secreta (incluído pela Lei nº 10.679, de 23.5.2003)”

Nesse passo, tendo em conta que o E. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de ocorrência de recepção, pela Constituição Federal vigente, da Lei Federal nº 1.579/52 (RE 96.049/SP, HC 73035/DF, HC 71.039, HC 87.230-MC – cf. indicado no parecer ora encaminhado), entendo que devem ser aplicadas às CPIs

em curso nesta Casa as disposições insertas na Lei Orgânica e no Regimento Interno desta Casa e, estando em consonância a tais instrumentos normativos, as disposições insertas na Lei Federal nº 1.579/52, a qual remete às prescrições estabelecidas na legislação penal, relativamente à intimação de testemunhas.

Ainda, na hipótese de eventuais omissões em tais instrumentos normativos, relativamente à intimação de testemunhas, entendo que poderão ser aplicadas, por analogia (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) – haja vista que a CPI tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – as disposições insertas na Lei do Estado de São Paulo nº 11.124/2002, que disciplina a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (cópia anexa), a qual, aliás, aponta, de forma expressa que deverão ser aplicadas no âmbito da CPI deste Estado as regras previstas em tal norma, no Regimento Interno da Assembleia Legislativa, e, subsidiariamente, no Código de Processo Penal (art. 11, *in fine*).

Assim, concluída a questão relacionada aos instrumentos normativos aplicáveis, vejamos, com base no parecer ora encaminhado, além de eventuais outros fundamentos, as regras gerais que entendo devam ser aplicadas no procedimento aplicável pelas CPIs em curso nesta Casa, para fins de intimação de testemunhas.

II. Das regras aplicáveis, pelas CPIs deste Legislativo, para fins de intimação de testemunhas

Com base no parecer ora encaminhado, aliado a eventuais outros fundamentos, entendo que deverão ser aplicadas as regras seguintes:

1) Forma comum de intimação de testemunhas

Conforme se depreende do quanto explanado acima, inexistente disposição relacionada a esse tema prevista na Lei Orgânica deste Município e/ou no Regimento Interno desta Casa, mas tão-somente em relação a eventual necessidade de intimação judicial (cf. artigo 92, inciso III, RICMSP), conforme será analisado em momento oportuno.

Desse modo, as intimações de testemunhas corriqueiramente levadas a efeito pela CPI, no curso de seus trabalhos, devem seguir as regras estabelecidas no Código de Processo Penal (cf. artigo 3º, “caput”, da Lei nº 1.579/52), que são, conforme parecer ora encaminhado:

- I. Segundo o artigo 370 do Código de Processo Penal, o **mesmo modelo aplicável à citação, ou seja, por mandado (art. 351 CPP)**, o qual deverá indicar, em consonância, *mutatis mutandi*, às regras previstas no art. 352 do CPP: I – o nome do Presidente da CPI; II – o nome da testemunha/informante e o endereço onde deverá ser intimada; III – o assunto sobre o qual deverá se pronunciar; IV – o lugar, dia e hora em que deverá compa-

- recer; V- a subscrição pelo Presidente da CPI, ou quem tenha poderes para tanto, por ordem daquele;
- II. A **entrega do mandado, em regra, deve dar-se de forma pessoal à testemunha** (art. 357 CPP). Todavia, como bem apontado no r. parecer encaminhado, **no Estado de São Paulo é possível, nos termos do artigo 9º da Lei Estadual nº 3.947/83, a intimação de testemunha por via postal, no endereço respectivo;**
- III. Aliás, recentemente, com o advento da Lei Federal nº 11.719/2008, que alterou a redação do **art. 362 do Código de Processo Penal**, possibilitou-se a utilização da denominada “citação com hora certa”, prevista nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, na hipótese de se verificar que o réu se oculta para não ser citado. Assim, **patenteada a intenção da testemunha em ocultar-se para fins de não receber a intimação para prestar depoimento perante a CPI, esta poderá promover a intimação “com hora certa”, nos moldes da norma processual civil;**
- IV. E sobre a “citação com hora certa”, prescrevem os artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, aplicáveis à espécie:

“Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou qualquer outro vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência”

- V. Ainda em relação à forma de entrega do mandado, autoriza a **Lei Estadual nº 11.124/2002** - que disciplina a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – em seu artigo 12, parágrafo único, que **“A critério do Presidente da Comissão, os depoentes, independentemente de terem sido convidados ou convocados, poderão ser intimados através de funcionário da Assembléia Legislativa designado, por carta registrada,**

fac-simile, ou qualquer outro meio idôneo capaz de atingir sua finalidade” – observando-se que não se aplica a intimação por edital (cf. parecer encaminhado, bem como);

- VI. Sobre essa matéria, já se manifestou o E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que “...*A Comissão Parlamentar de Inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contato direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder. Dificilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer e a depor...*” (HC 71039/RJ – Rel. MINISTRO PAULO BROSSARD, j. 07.04.1994, Tribunal Pleno, v.u. – destaque nosso);
- VII. Em suma, sugiro que as CPIs adotem o seguinte procedimento – o que não deverá ser utilizado de forma fixa, haja vista a necessidade de análise do caso concreto:

- intimação da testemunha via postal, com aviso de recebimento, no endereço que se tem conhecimento;
- na hipótese de não se obter êxito, deve-se proceder à intimação pessoal;
- se houver pretensão de se formular pleito de condução coercitiva – que será objeto de item próprio – nova tentativa de intimação pessoal, podendo redundar na intimação com hora certa (art. 362 CPP) – procedendo-se, então, conforme item *iv* supra, aproveitando-se, para fins de configuração da intenção de ocultação, as intimações já realizadas.

2) Forma comum de intimação de autoridades e funcionários públicos

No que tange à intimação de autoridades e funcionários públicos, há que se observar as seguintes regras:

- I. os Secretários Municipais, bem como os responsáveis pela administração direta e indireta deste Município poderão ser **convocados** para prestar depoimento (art. 33, § 1º, inciso I, combinado com art. 32, § 2º, inciso IV, da LOMSP);
- II. eventuais **militares** convocados deverão ser **requisitados à autoridade superior** (art. 221, § 2º, CPP);
- III. os funcionários públicos serão intimados pessoalmente, “*devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcado*” (art. 221, § 3º CPP). Observe-se que, sobre essa matéria, como bem apontado pela I.

Procuradora, aponta o I. Mestre Guilherme de Souza Nucci (in “Código de Processo Penal Comentado”, ed. RT, São Paulo, 9ª ed., 2009, pgs. 496/497):

“Intimação do funcionário público: faz-se pessoalmente, como no caso das demais testemunhas. Entretanto, para a regularidade do ato, é preciso que o juiz faça a comunicação ao seu superior, que irá providenciar a sua substituição no dia da audiência. Assim, não basta a intimação do funcionário, sendo imprescindível a requisição ao superior. Se esta não for feita, está o intimado desobrigado de comparecer. Trata-se de interesse público, pois a ausência do funcionário, sem qualquer aviso, poderá inviabilizar algum serviço essencial prestado à população. Tem, pois, o superior tempo suficiente para providenciar a continuidade da atividade, quando lhe é comunicada a futura ausência do subordinado” (destaques nossos);

- IV. Aliás, os funcionários públicos em geral - ou seja, das três esferas de governo, de quaisquer dos Poderes que o integram, incluindo os detse Município - deverão ser intimados, como qualquer outra testemunha (adicionado da necessidade de comunicação ao seu superior), aplicando-se as consequências que serão abaixo indicadas, na hipótese de não atendimento;
- V. Especificamente em relação aos **funcionários públicos municipais, além de intimados, deverão ser convocados**, nos termos do artigo 33, § 1º, inciso I, combinado com art. 32, § 2º, inciso IV, da LOMSP, aplicando-se, no caso de não atendimento, a adoção de providências tendentes a eventual aplicação de sanção administrativa, conforme será indicado em item próprio;
- VI. Ainda, cumpre relembrar que a CPI deverá fundamentar, de forma clara, a necessidade de intimação de eventual autoridade ou servidor que não integre a Administração Pública deste Município haja vista que, como se sabe, a matéria objeto de CPI por parte deste Legislativo deve se circunscrever à órbita do respectivo Município;
- VII. Na hipótese dos funcionários públicos se ocultarem ao recebimento da intimação, s.m.j., a CPI poderá promover as outras formas de intimação, conforme mencionado no item 1 supra, mas sempre observando-se a comunicação ao chefe da repartição.

3) Intimação de testemunhas que residem fora do Município de São Paulo

Sobre essa questão, há que se apontar:

- I. O artigo 222 do CPP garante à testemunha que reside fora da jurisdição do juiz que seja inquirida pelo juiz do lugar de sua residência. Nesse passo,

a própria Lei Federal nº 1.579/1952, na parte final de seu artigo 2º, prevê que as CPIs poderão “transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença”;

- II. É certo, pois, que a **testemunha que reside fora do Município de São Paulo** – sempre, lembrando, que a CPI municipal apenas poderá investigar fatos atrelados à administração deste Município – não possui o dever de comparecer nesta Edilidade para prestar seu depoimento. Nessa hipótese, **deverão os integrantes da CPI transportar-se ao local em que tal testemunha tenha residência ou, caso haja concordância por parte da testemunha, custear viagem a este Município, bem como de eventual defensor**;
- III. Nesse sentido, pronunciou-se o E. Supremo Tribunal Federal:

“No que concerne à alegação de que o paciente não dispõe de condições financeiras para se deslocar até a CPI, verifico a presença do ‘fumus boni iuris’. É que não me parece, em princípio, lícito que o paciente seja obrigado a arcar com as despesas de viagem, suas e do advogado, quando o art. 222 do Código de Processo Penal lhe garante o direito de ser ouvido na comarca do seu domicílio. Aliás, a teor do art. 2º da lei 1.579/1952 é no sentido de que, se necessário, são os membros da CPI que poderão transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença, e não o contrário. Penso, porém, que a regra do art. 222 do Código de Processo Penal não é absoluta, desde que existam fundadas razões para o deslocamento da testemunha até o local onde deva depor. Os custos de tal deslocamento, contudo, devem correr por conta do órgão que o convocou (...) No presente caso, além de ter sido descumprido o procedimento do art. 222 do Código de Processo Penal, sem a necessária justificativa, não foram oferecidos ao paciente e seu defensor os meios necessários ao atendimento da convocação, sendo certo que a condução coercitiva prevista no art. 218 do Código de Processo Penal pressupõe a regular intimação da testemunha (no caso, nos termos do art. 222), o que não ocorreu. (...) Do exposto, defiro parcialmente a liminar, para permitir ao paciente que deixe de atender à convocação da CPI do Tráfico de Armas, da forma como consta do Ofício 779/05-P, facultada à CPI a renovação da intimação, desde que obedecidos os ditames legais” (HC 87.230-MC, Rel. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, decisão monocrática, j. em 22.11.05, DJ de 28.11.05 – destaque nosso)

“O Código de Processo Penal assegura à testemunha o direito de ser inquirida pelo juiz do lugar de sua residência. Em caso de residir em outra localidade, a inquirição deve ser feita por carta precatória, mediante intimação das partes (art. 222). Para tanto, o juiz deve fixar um prazo razoável para o cumprimento da precató-

ria. (...) O Paciente pretende ser ouvido em Campinas/SP (fl. 9). O pedido encontra amparo legal (CPP, art. 222). As comissões parlamentares de inquérito têm 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais' (CF, art. 58, § 3º). Tais poderes exercer-se-ão nos moldes dos procedimentos a que se submetem os juízes. É garantia constitucional (CF, art. 5º, LIV)" (HC 80.152-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão monocrática, julgamento em 2.5.00, DJ de 8.5.00 – destaques nossos);

- IV. No âmbito da Assembleia Legislativa deste Estado a Lei Estadual nº 11.124/2002 previu, em seu artigo 10, § 2º, que *"Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo anterior (contratação de serviços especializados), às Comissões Parlamentares de Inquérito será destinada verba própria para fazer face às despesas efetuadas por seus membros e respectiva assessoria no exercício das atribuições a elas atinentes, bem como para custear eventuais gastos com o deslocamento de testemunhas, convidadas ou convocadas para prestar depoimento na sede da Assembléia Legislativa, desde que residentes fora da Capital e das comarcas a ela contíguas"*. Tal disposição, s.m.j., não se aplica a esta Edilidade – haja vista relacionar-se a despesa pública, dependente de previsão expressa - notando-se, no entanto, que seria interessante sua previsão de *" lege ferenda"*

4) Cabimento de intimação de testemunha através de advogado

Conforme indicado no item 1, supra, como regra, a intimação de testemunhas deve se dar de forma pessoal, admitindo-se, inclusive, via postal.

Todavia, observo que:

- I. Nos termos do art. 5º, § 2º, do Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906/94), *"A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais"*;
- II. O Código de Processo Penal prescreve sobre a necessidade de outorga de poderes especiais relativamente à aceitação de perdão (art. 55), arguição de falsidade (art. 146), exercício do direito de representação (art. 39), apresentação de queixa (art. 44), renúncia expressa do direito de queixa (art. 50) e para fins de alegação de suspeição do juiz (art. 98);
- III. O mesmo diploma Penal, em seu artigo 370, §§ 1º e 2º, autoriza a intimação de defensor devidamente constituído;
- IV. Inclusive a intimação de sentença, na hipótese do réu se livrar solto, pode se dar através de seu defensor constituído (art. 392, inciso II, CPP);
- V. Consideram-se poderes especiais, nos moldes do artigo 38, *caput*, do Código de Processo Civil, os seguintes atos: receber citação **inicial**, confes-

- sar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso – silenciando quanto às intimações;
- VI. Conjugando-se tais disposições depreende-se que, na hipótese da **testemunha constituir defensor perante a respectiva CPI** (seja através da mandato, seja por ocasião de sua oitiva), em sendo necessária nova oitiva, **inicialmente**, deve-se intimar pessoalmente a testemunha. Todavia, em não sendo possível, s.m.j., poderá ser intimado seu advogado, **devidamente constituído perante a CPI, independentemente de poderes especiais**, a fim de que este comunique seu constituinte do dia e hora em que deverá comparecer perante a CPI;
- VII. Anoto, nesse sentido, que o E. Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que *“Relativamente à intimação de folha 28, observe-se havê-la recebido o profissional da advocacia que, tudo indica, assiste ao paciente, lançando o “ciente”*. **Quanto à ressalva feita, não é necessária a outorga de poderes especiais para tal recebimento**” (HC 87214/DF, Rel Min. MARCO AURÉLIO, j. 17.11.2005).

5) Da intimação de pessoa jurídica

Quanto à intimação a ser enviada à pessoa jurídica, deve-se considerar o quanto se segue:

- I. O **art. 37 do CPP**, ao tratar da representação de pessoa jurídica para fins de exercício da ação penal, prevê que *“As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes”*;
- II. Nesse sentido, o art. 46, inciso III, do Código Civil determina que o registro da pessoa jurídica declarará *“o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente”*;
- III. Sobre essa questão, apontam os Ilustres Mestres Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (in *“Código Civil Comentado”*, ed. RT, 6ª ed., 2008, pgs. 248/249), ao analisar tal dispositivo:

“Representação e apresentação da pessoa jurídica. Do ato constitutivo da pessoa jurídica, sujeito a registro, deverá constar necessariamente o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, a pessoa jurídica (CC 46 III). O ato realizado pelo órgão de administração da pessoa jurídica (colegiado ou pessoa física) é ato da pessoa jurídica, não de representação dela, na lição de Pontes de Miranda, ‘Tratado’, v. I, p. 286...” (destaque nosso)

- IV. Considerando-se tais disposições e a doutrina acima transcrita, é insofismável que a CPI, ao intimar determinada pessoa jurídica para prestar depoimento, deverá fazê-lo através da pessoa indicada no respectivo contrato social ou estatuto como representante judicial e extrajudicial da sociedade – sobre essa pessoa deverá incidir a intimação, através das formas indicadas no item 1 supra (1. pessoal, por mandado, 2. por hora certa, 3. via postal);
- V. Não sendo possível a identificação do representante legal, deverá a intimação ser encaminhada ao endereço da empresa, apontando-se que a mesma é dirigida ao representante legal – indicado no respectivo ato constitutivo – e não a advogado/procurador da mesma;
- VI. Aliás, importante apontar que em se pretendendo a oitiva da própria pessoa jurídica, não se deve admitir a prestação de depoimento de através de seu advogado – que, em regra, não é integrante da empresa - mas sim apenas de seus sócios, com poder de representação, nos moldes previstos no respectivo ato constitutivo. Essa pessoa – apenas esta – poderá ser acompanhada de advogado ao prestar seu depoimento perante a CPI;

6) Consequências e providências decorrentes do não atendimento da intimação levada a efeito pela CPI

- I. Como já explanado no item I.b supra, prevê o **artigo 92, inciso III do Regimento Interno desta Edilidade** que, no interesse da investigação, as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão :

“requerer a intimação judicial ao juízo competente, quando do não comparecimento do intimado pela Comissão, por duas convocações consecutivas”;

- II. Nesse sentido, o art. 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 prescreve que *“Em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal”;*
- III. Conjugando-se as disposições acima depreende-se que, s.m.j., **eventual condução coercitiva deverá ser solicitada ao juiz criminal**, inclusive porque o Regimento Interno desta Edilidade é posterior ao advento da Constituição Federal de 1998, que outorgou às CPIs poderes de autoridades judiciais (art. 58, § 3º);
- IV. Por oportuno, deve-se apontar que a atual redação do Regimento Interno desta Casa, no que se refere a tal matéria, não se amolda à atual interpretação outorgada ao artigo 58, § 3º da Carta Magna. Todavia, a fim de se efetivar eventual condução coercitiva de forma direta (independen-

temente de pleito judicial), há que se revogar o artigo 92, inciso III, do RICMS/SP, na parte que exige o pleito judicial para tanto;

- V. Nesse sentido, o E. Tribunal de Justiça, ao julgar a Apelação Cível nº 308.048.5/2-00, entendeu existir carência de ação no requerimento judicial tendente à condução coercitiva de testemunha, haja vista que a própria CPI poderia, diretamente, executar tal ato. Caso essa situação venha a se configurar no âmbito desta Casa – negativa do Poder Judiciário em efetivar a condução coercitiva - a CPI envolvida poderá promover, de forma direta, a condução coercitiva;
- VI. O que nos interessa, para fins de se possibilitar eventual pleito de condução coercitiva de testemunha, é que as intimações deverão ter sido efetuadas na forma acima indicada (itens 1 e 2), por duas convocações consecutivas (art. 92, III, RICMS/SP);
- VII. Ainda, para fins de adoção do pleito judicial de condução coercitiva, há que se observar o quanto indicado pelo I. Ministro CELSO DE MELLO, em despacho liminar exarado nos autos do HC 80530 (08.11.2000):

“No que concerne à condução coercitiva da ora paciente, devo observar que, em situações assemelhadas à dos presentes autos, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar para obstar a efetivação dessa providência excepcional, quando decretada pela própria Comissão Parlamentar de Inquérito, sem observância da formalidade exigida pelo art. 218 do CPP, cc o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 1.579/52, notadamente quando a pessoa convocada para depor residir em local diverso daquele em que deverá ocorrer a sua inquirição, hipótese a que se aplicará o art. 222 do CPP, por efeito de expressa determinação constante do art. 6º da já referida Lei nº 1.579/52.....

.....

.....

.....

Cabe enfatizar, por necessário, que a condução coercitiva de qualquer testemunha, para legitimar-se em face do ordenamento jurídico, supõe estejam presentes os pressupostos a que alude o art. 218 do CPP, de tal modo que, se não tiver ocorrido a intimação regular da testemunha, não se justificará a adoção da medida extraordinária em referência.

Também não se revelará lícito empregar o meio excepcional a que alude o art. 218 do CPP, se houver justa causa que autorize o não-comparecimento da testemunha, ainda que esta tenha regularmente intimada.

Daí a advertência de JULIO FABBRINI MIRABETE (“Código de Processo Penal Interpretado”, p. 503, 7ª ed., 2000, Atlas):

“Não se justifica a condução coercitiva se houver justa causa para o não-comparecimento (enfermidade, acidente etc.).”

Observo que, no caso, a ora paciente ainda não foi pessoalmente intimada para comparecer perante a Comissão Parlamentar de Inquérito ora apontada como órgão coator, tanto que o Oficial de Justiça – incumbido de cientificá-la para a audiência pública designada, pela CPI, para o próximo dia 09 de novembro – certificou que deixou de fazê-lo, por não a haver encontrado, eis que, segundo informação obtida pelo meirinho, a Senhora Eugênia Silva de Freitas “está viajando para a Cidade de Belém/PA, em tratamento de saúde” (fl. 75).

Desse modo, e **enquanto não se promover a intimação regular da ora paciente, esta não poderá ser conduzida coercitivamente.** Sendo assim, defiro o pedido de medida liminar, nos precisos termos expostos nesta decisão.

.....
2. Não obstante a presente concessão da medida liminar, **determino que a ora paciente, em cinco (5) dias, informe a CPI/Amazônia sobre o endereço onde poderá receber pessoal notificação, para efeito de prestar depoimento perante esse órgão de investigação parlamentar, comprovando, ainda, nestes autos, logo após a efetivação de tal medida, a execução do ato em questão.**

A presente medida é determinada para impedir que a ora paciente – cuja prerrogativa contra a auto-incriminação já se acha assegurada por esta decisão – venha a subtrair-se, deliberrada e ilegitimamente, ao cumprimento do dever jurídico-legal que lhe incumbe como testemunha.

Decorrido o prazo assinado à paciente, **cuja intimação dar-se-á na pessoa de seu ilustre procurador constituído na presente causa, voltem-se imediatamente conclusos estes autos, para verificação do cumprimento da providência ora determinada...** (destaques nossos);

VIII. Ainda como consequência do não comparecimento de testemunha regularmente intimada, prevê o **artigo 219 do CPP** que “O juiz **poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência**”;

IX. Sobre tal disposição, preleciona o Mestre Guilherme de Souza Nucci (op. Cit., pg. 494):

“Sanções cabíveis à testemunha faltosa: além da condução coercitiva, que é uma restrição à liberdade e um nítido constrangimento, pode o juiz, a seu critério e conforme o grau de resistência apresentado pela pessoa a ser ouvida, impor uma multa, hoje atualizada pela Lei 11.689/2008, no valor de 1 a 10 salários mínimos (cf. artigos 436, § 2º e 458 CPP), conforme a sua condição econômica, bem como determinar a extração de peças do processo, requisitando-se inquérito por crime de desobediência. Além disso, pode determinar o pagamento das diligências do oficial de justiça, o que é lógico e justificado

***Crime de desobediência:** há clara autorização legal para que a testemunha, além das demais sanções, seja processada por não ter atendido à ordem legal de funcionário público. Esse delito configurou-se na ocasião em que, intimada, resolveu não comparecer, afrontando o chamamento legalmente imposto. Se, no ato de condução coercitiva, reagir, pode ser processada pelo crime de resistência”;*

- X. Assim, face aos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais de que são investidas as comissões parlamentares de inquérito, aliado ao disposto no artigo 3º, “caput”, da Lei nº 1.579/52, entendo, s.m.j., que a CPI poderá aplicar as penalidades previstas no artigo 219 CPP, relativamente à testemunha faltosa regularmente intimada, com o consequente envio de ofício ao Ministério Público tendente à propositura de ação penal em relação ao crime de desobediência;
- XI. Caso a testemunha faltante qualifique-se como funcionário público deste Município, convocado nesta qualidade, aliado às providências acima indicadas, deverá ser enviado ofício ao respectivo chefe a fim de que sejam adotadas as providências tendentes a eventual aplicação de penalidade administrativa, vez que configurado, em tese, o desatendimento aos deveres previstos nos artigos 178, incisos II e XI, 179, “caput” e 230 do Estatuto dos Funcionários Públicos deste Município (Lei Municipal nº 8989/79);
- XII. Observo, por fim, ser de bom alvitre apontar nos respectivos mandados de intimação das testemunhas/informantes as eventuais penalidades que a ela poderão ser aplicadas na hipótese de não atendimento.

É o que entendo, s.m.j., submetendo à apreciação superior.

São Paulo, 13 de novembro de 2009

Andréa Rascovski Ickowicz

Procuradora Legislativa Supervisora – Setor Judicial

OAB/SP 130.317

Estudo Acerca da Posição Atual dos Tribunais de Segunda Instância e Superiores sobre a Possibilidade de Exoneração de Servidoras Ocupantes de Cargo de Livre Provedimento em Comissão Durante o Período Gestacional e Pós-Gestacional – Parecer Procuradoria nº 248/11

Érica Corrêa Bartalini de Araújo¹

Trata-se de expediente em que se requer estudo e parecer para fim de orientação da Alta Administração desta Casa quanto à manutenção ou não da atual sistemática que possibilita a exoneração de servidoras em exercício de cargo de livre provimento durante o período de gestação e pós-gestacional, tendo em vista as manifestações do Setor Judicial desta Procuradoria a propósito de decisão judicial que reconheceu a ex-servidora, ocupante de cargo de livre provimento em comissão, o direito à estabilidade gestacional, condenando a Municipalidade ao pagamento de indenização.

Analisando-se a legislação pertinente à matéria, verificamos estar a licença-maternidade contemplada na Constituição Federal, artigos 7º, XVIII, e 39, §3º, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, artigo 10, inciso, II, *alínea b*, conforme se verifica a seguir:

Constituição Federal:

“Art 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)”

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em agosto de 2008, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e Pós Graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP

§3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (negritamos (...))”

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”

Da leitura dos artigos, percebe-se ter a Constituição Federal conferido às servidoras públicas o direito à estabilidade provisória e à percepção de licença-maternidade.

A grande questão cinge-se àquelas servidoras ocupantes de cargo de livre provimento em comissão, ou seja, àquelas servidoras nomeadas para exercer cargos em que a confiança entre nomeante e nomeado é inerente e em que a exoneração se dá *ad nutum*.

Em posicionamento anterior, verificado através dos pareceres nº 30/07 e 012/00, proferidos por esta Procuradoria, entendeu-se, à época, não se aplicarem a tais servidoras a estabilidade de que trata o art. 10, item II, alínea *b*, do ADCT da Constituição Federal. Isto porque se entendeu que a possibilidade de exoneração a qualquer tempo dos servidores exercentes de cargo exclusivamente em comissão é intrínseca à natureza de tais cargos, cujo principal atributo é justamente a demissibilidade *ad nutum* do servidor na oportunidade em que se afigurar mais conveniente para o administrador.

Verificou-se, à época, não ter sido a questão devidamente analisada pelos Tribunais, tanto estaduais quanto superiores, não havendo, portanto, pacificação da matéria.

A situação hodierna, contudo, mostra-se diferente. Através de vários julgados colhidos nos sítios de pesquisa de repertório jurisprudencial dos Tribunais e juntados ao presente estudo, verifica-se ter o Supremo Tribunal Federal, que é o Tribunal guardião da Constituição e último a se manifestar em matérias que envolvam questões constitucionais, firmado posição no sentido de se deferir a estabilidade provisória e o benefício da licença-maternidade às servidoras ocupantes de cargo em comissão, conforme se verifica a seguir:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIDORA PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO. LICENÇA-MATERNIDADE E ESTABI-

LIDADE PROVISÓRIA. PRECEDENTES. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

(...)

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no sentido de que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, **têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto**, conforme o art. 7º inc. XVIII, da Constituição da República e o art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, e **que a demissão de servidora pública no gozo de licença-gestante é ato arbitrário e contrário à Constituição.**” (negritamos)

(...)

(RE 509775/SP – São Paulo, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe-030, DIVULG 18/02/2010, PUBLIC 19/02/2010)

“O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, b, do ADCT.”

(...)

(RE 612294/SE, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe DIVULG 01/06/2011, PUBLIC 02/06/2011)

“A jurisprudência desta Corte tem entendido que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal e o artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entendeu, ainda, que a demissão de servidora pública no gozo de licença-gestante constitui ato arbitrário e contrário à Constituição Federal.”

(...)

(RE 585895/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe DIVULG 16/12/2010 PUBLIC 17/12/2010)

“1. A servidora nomeada para exercer cargo em comissão não pode simplesmente ser exonerada por estar grávida. 2. Ainda que não haja norma expressa para proteger a funcionária, pode-se-lhe aplicar os dispositivos constitucionais relativos ao trabalhador em geral (art. 5º, parágrafo 2º, 7º, inc. II, alínea b, do ADCT). 3. Sentença mantida para que seja paga à apelada uma indenização equivalente ao período consistente ao início da gestação até o quinto mês após o parto.”

(...)

(RE 518592/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 06/09/2010 PUBLIC 08/09/2010)

A partir do quanto exposto acima e dos demais julgados juntados ao presente estudo, todos no mesmo sentido, verifica-se que para o Supremo Tribunal Federal a dispensa imotivada de gestante configura ato contrário à moralidade administrativa e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 10, inciso II, *alínea b* do ADCT da Constituição Federal, motivo pelo qual vem sendo conferido às gestantes o direito à estabilidade provisória e à licença-maternidade.

O Superior Tribunal de Justiça, através de julgado recente envolvendo a questão, juntado ao presente estudo, manifestou-se de acordo com a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. DISPENSA DE FUNÇÃO COMISSIONADA NO GOZO DE LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. OFENSA. RECURSO PROVIDO.

1. A estabilidade provisória, também denominada período de garantia do emprego, prevista no art. 10, inc. II, letra “b”, do ADCT, visa assegurar à trabalhadora a permanência no seu emprego durante o lapso de tempo correspondente ao início da gestação até os primeiros meses de vida da criança, com o objetivo de impedir o exercício do direito do empregador de rescindir unilateralmente e de forma imotivada o vínculo laboral.

2. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado a garantia constitucional à estabilidade provisória da **gestante** não apenas às celetistas, mas também às militares e servidoras públicas civis.

3. Na hipótese, muito embora não se afaste o caráter precário do exercício de função comissionada, não há dúvida de que a ora recorrente, servidora pública estadual, foi dispensada porque se encontrava no gozo de licença maternidade. Nesse cenário, tem-se que a dispensa deu-se com ofensa ao princípio de proteção à maternidade. Inteligência dos arts. 6º e 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal e 10, inc. II, letra “b”, do ADCT.

4. Recurso ordinário provido”

(RMS 22361/RJ, Relator Arnaldo Esteves Lima, Julgamento 08/11/2007, DJ 07/02/2008).

Em outro julgado, entendeu devida a indenização substitutiva à gestante exonerada:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. GESTANTE. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Servidora pública temporária, ocupante de cargo de livre nomeação, exonerada durante a gestação, em contrariedade ao inciso XVIII do art. 7º da CF e alínea b do inciso II do art. 10 do ADCT.

2. É devida a indenização substitutiva correspondente à remuneração desde a dispensa da servidora até cinco meses após o parto.

3. Deve ser afastada a incidência das Súmulas 269 e 271 do STF, quando o Mandado de Segurança é impetrado, na origem, antes da emergência do direito à indenização, que consistia em pedido subsidiário da recorrente, para permanecer no cargo. Precedente do STF: RMS 24.263/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 09.05.2003.

4. Recurso Ordinário parcialmente provido, apenas para assegurar o direito à percepção da indenização substitutiva.” (RMS 25274/MG, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 17/12/2007).

“RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DESIGNADA EM CARÁTER PRECÁRIO. EXONERAÇÃO DURANTE A GESTAÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, B, DO ADCT. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. VALORES POSTERIORES À IMPETRAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. PRECEDENTES.

As servidoras públicas, incluídas as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante dispõem o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal e o art. 10, inciso II alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo a elas assegurada indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade.”

(...)

(RMS 26069/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/06/2011, Data do julgamento 28/04/2011)

Entendeu, contudo, em outro julgado, ser possível a exoneração quando decorrer não da gravidez, mas de outro motivo justificável, conforme se depreende da ementa extraída e demonstrada a seguir:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Os ocupantes de cargos em **comissão** não possuem direito a permanência no cargo, podendo ser exonerados a qualquer momento, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes.

2. Consoante as informações prestadas, a dispensa se deu em razão da aposentadoria do juiz com o qual a impetrante trabalhava como assessora. Portanto, passível de exoneração *ad nutum*, e não pelo fato *(sic)* de a recorrente estar grávida. É inviável, portanto, anular o ato administrativo que exonerou a impetrante, com um dia de licença-maternidade.” (RMS 25138/MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJe 30/06/2008)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgados mais antigos, diverge da posição trazida pelo Supremo Tribunal Federal. Na Apel. 263.624.5/5-00, cujo Relator foi Castilho Barbosa, entendeu-se que, em razão da precariedade da natureza do cargo, não faria a servidora jus à reintegração de cargo, conforme se verifica a seguir:

“Apelação Cível – Mandado de Segurança – Anulação de Ato Administrativo e Reintegração de cargo – Denegação da segurança – Exoneração durante o estado de gravidez – Cargo em comissão - Possibilidade – A funcionária Pública nomeada em comissão é demissível ‘ad nutum’ – Art. 7º e seus incisos da Constituição Federal que não se aplica aos funcionários públicos – Recurso improvido”.

Em outro julgado, o Tribunal Paulista entendeu pela possibilidade de exoneração, mas por se tratar de dispensa motivada. Seguem trechos do julgado:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS E DE REINTEGRAÇÃO AO CARGO – Servidora municipal exonerada durante a gravidez – Dispensa que decorreu de previsão constitucional – Art. 169, da CF, pelo fato do Município ter excedido o limite de gastos com pessoal, apurado pelo TCE – Servidora que estava em estágio probatório – Inaplicabilidade da estabilidade provisória – Dispensa motivada – Ação improcedente – Recurso não provido.” (Apel. nº 765.763.5/9-00, Relator Urbano Ruiz, 19/01/2009).

“Mandado de Segurança – Ocupante de cargo de Auxiliar Parlamentar de Assembleia Legislativa, em comissão – Exoneração – Gravidez – Pretendida anulação do ato administrativo que exonerou a impetrante – Cargo em Comissão – Inexistência de direito líquido e certo – Não incidência, no caso, da proteção do artigo 10, II, “b”, do ADCT – Ordem denegada (...)

...No caso, a impetrante foi nomeada para o cargo em 21.04.06, sua filha Thais nasceu em 06.09.06 (fls. 12) e sua exoneração foi publicada

no DOE de 13.09.06, decorrente do falecimento do deputado estadual ocorrido em 09.09.06. Se ela estava lotada no gabinete, como ocupante de cargo de Auxiliar Parlamentar em comissão, e se a transitoriedade era inerente, não poderia ser alcançada pela pretendida estabilidade. Até porque sua exoneração não foi arbitrária nem injusta, mas corolário da morte de quem a nomeara.

A circunstância que cercou a exoneração é relevante, pois o artigo 10, II, “b”, do ADCT dispõe que ‘fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto’. Além de a impetrante, nomeada em 21.04.06 quando já estava grávida, ser ocupante de cargo em comissão, fora de proteção da norma mencionada, sua exoneração não foi arbitrária e sem justa causa.

3. Pelo exposto e coerente com o voto que proferi antes no acórdão mencionado, denego a segurança”.(MS nº 141.013-0/9-00, Relator Laerte Nordi, 28/03/2007).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Município de Paranapanema. Indenização por dano material e moral. Servidora pública. Cargo de Coordenador de Esporte provido em comissão. Exoneração durante a gravidez. Dispensa que decorreu de vício existente na nomeação, o qual foi reconhecido em compromisso de ajustamento de conduta firmado entre a Municipalidade e o Ministério Público Estadual. Dispensa motivada, que não ocorreu em razão da gravidez. Legalidade da exoneração. Inexistência do dever de indenizar. Sentença que julgou improcedente o pedido. Recurso improvido.”

(Apelação com revisão nº 990.10.341112-9, voto nº 178/11, Relator Antonio Carlos Villen, 21/02/2011)

Apesar de em alguns julgados ainda se adotar a posição mais antiga, a maioria deles vem adotando o posicionamento atual da Corte Constitucional, conforme se verifica a seguir e dos demais julgados juntados ao presente :

“TUTELA ANTECIPADA. Concessão para imediato pagamento do salário maternidade. Exercício de cargo em comissão. Dispensa durante o período de licença-gestante. Ofensa à estabilidade constitucional provisória. Artigo 10, II, ‘b’, do ADCT da CF. Decisão mantida. Recurso não provido.” (AI nº 944.427.5/0-00, Relator Edson Ferreira, 23/09/2009)

“EMENTA. DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL COMMISSIONADA – GESTANTE – ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL – DIREITO – EXISTÊNCIA – DEMISSÃO – VENCIMENTOS DEVIDOS – A autora, então servidora pública comissionada, foi demitida no terceiro mês de gravidez, da qual a Administração municipal tinha inclusive ciência. A estabilidade da gestante, prevista no art. 7º, XVIII,

da Constituição Federal combinado com o art. 10, II, 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplica-se também à servidora comissionada, pois é cláusula constitucional de proteção à maternidade – Precedente do STF – Entendimento do STJ – HORAS EXTRAORDINÁRIAS – BANCO DE HORAS – CRÉDITO NÃO GOZADO – PAGAMENTO DEVIDO – São devidas também as horas extraordinárias creditadas em seu banco de horas, uma vez que a servidora não teve a oportunidade de compensá-las, sob pena de enriquecimento ilícito do Município – Nega-se provimento ao recurso”. (Apelação cível nº 785.282-5/0-00, Relator Xavier de Aquino, 27/07/2009).

“SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. Cargo em comissão. Exoneração *ad nutum*. Estabilidade provisória em razão da gravidez enseja pagamento de verbas indenizatórias decorrentes. Inteligência dos arts. 7º, XVIII e 39, §3º da CF c.c. art. 10, II, *b*, do ADCT.”

(AC nº 990.10.485.907-7 – Taboão da Serra – 3ª vara cível. Voto nº 23.228, Relator Evaristo dos Santos, 06/12/2010).

“RESPONSABILIDADE CIVIL – Servidora grávida exonerada de cargo em comissão – Pretensão de pagamento das verbas trabalhistas desde a data da exoneração, até a data do nascimento do seu filho, além de danos morais – Admissibilidade – A exoneração deve respeitar as garantias constitucionais da licença-gestante e período de estabilidade remunerado – Inteligência dos arts. 7º, inciso XVIII e 39, §3º, da Constituição Federal e art. 10, II *b*, do ADCT – Sentença reformada – Recurso provido em parte.”

(Apelação com revisão nº 994.07.192078-7, 4ª Câmara – Seção de Direito Público – Relatora Ana Luiza Liarte – 18/04/2011).

“AÇÃO ORDINÁRIA – Estabilidade provisória prevista na regra do artigo 10, II, *b*, do ADCT. – Reintegração aos quadros da Municipalidade ou indenização por todo o período correspondente ao lapso temporal em que a servidora esteve indevidamente afastada do trabalho, em razão da gravidez. O desconhecimento do estado gravídico, por parte do empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. – ‘A natureza híbrida da relação de emprego público leva a respectiva entidade patronal a ser regida por regras oriundas tanto do Direito do Trabalho como do Direito Administrativo’ (Sergio Torres Teixeira, *Proteção à relação de emprego*, SP, LTr, 1988, p.349) – Recurso não provido”. (Apelação Cível nº 0002579-84.2009.08.26.0654, Voto nº 20, Relator Luiz Sérgio Fernandes de Souza, 11/04/2011).

Este, portanto, o panorama da questão nos Tribunais, assim resumido:

- Para o Supremo Tribunal Federal, a questão vem se firmando no sentido de que a dispensa imotivada de gestante configura ato contrário à moralidade administrativa e à dignidade da pessoa humana, motivo pelo

qual vem sendo conferido o direito às gestantes à licença-maternidade e à estabilidade provisória;

- O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo vêm se posicionando favoravelmente à estabilidade provisória, apesar de ainda haver alguns julgados divergindo sobre a matéria.

Por ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição e dele emanar o posicionamento definitivo sobre as questões constitucionais, entendo deva prevalecer nesta Casa o entendimento de que às servidoras ocupantes de cargo exclusivamente em comissão seja conferida a estabilidade provisória prevista nos arts. 7º, XVIII, e 39, §3º, da CF, e artigo 10, inciso, II, alínea *b*, do ADCT da CF.

Entendo, ainda, ser possível adotar posicionamento do STJ e do TJSP no sentido de que a exoneração da servidora gestante é possível quando decorrer não da gravidez, mas de outro motivo justificável, tal como término da legislatura, do mandato da autoridade nomeante não reeleita, bem como morte da autoridade nomeante, sem prejuízo de outras hipóteses.

Em relação à questão da possibilidade de nomeação de outro servidor para preenchimento do cargo enquanto a servidora gozar de licença-maternidade, necessário sejam tecidas algumas considerações.

A Lei Federal 8.213/1991, que regula o Regime Geral de Previdência Social, em seus artigos 71 e 72, § 1º, dispõe que:

“Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.”

“Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º **Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação**, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, **quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.** (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)
(...)”

Percebe-se que a Câmara efetuará o pagamento do benefício diretamente às servidoras, ressarcindo-se de tais valores quando efetuar o recolhimento ao INSS das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Entretanto, não deve ser analisado somente quem suportará o encargo do pagamento dos valores decorrentes de licença-maternidade, ou seja, se a Câmara

Municipal de São Paulo ou se o Órgão de Previdência pertinente, qual seja, o Instituto Nacional de Seguridade Social, nos termos do §13 do artigo 40, da Constituição Federal, mas também os termos da lei que prevê o número de cargos de que será composto cada Gabinete.

O art. 6º da Lei Municipal nº 13.637/2003 dispõe que:

“Art. 6º - Os Gabinetes dos Vereadores compõem-se de cargos de Chefia e Assistência.

§ 1º - Cada Gabinete contará com 01 (um) Chefe de Gabinete e até 17 (dezesete) Assistentes Parlamentares.

§ 2º - Poderão ser lotados no Gabinete até 04 (quatro) servidores afastados de outros órgãos públicos municipais, estaduais e federais ou entidades estatais, hipótese em que substituirão, em igual número, os Assistentes Parlamentares previstos no parágrafo anterior deste artigo.

§ 3º - No caso do Vereador optar por um Assistente Parlamentar, dentre os 17 (dezesete), para exercer as funções de Assistente de Imprensa, o mesmo deverá ser portador de registro profissional correspondente, no Ministério do Trabalho.”

Da redação do *caput* do artigo e de seu §1º, verifica-se que cada vereador poderá nomear no máximo 18 pessoas para exercerem cargo em comissão em seu gabinete. Sendo assim, por não existir vacância do cargo quando a servidora se encontra em gozo de licença-gestante, não há como ser nomeado outro servidor para preenchimento do cargo, visto não se encontrar este vago.

Importante ressaltar que a Lei Federal nº 11.770/08 criou o programa Empresa Cidadã², destinado à prorrogação da licença-maternidade por 60 dias mediante a concessão de incentivo fiscal. Referida lei, em seu artigo 2º³, autoriza a administração pública direta, indireta e fundacional a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade a suas servidoras. O Município de São Paulo, por meio do Decreto Municipal nº 50.672/2009, dispôs sobre a possibilidade de as servidoras sujeitas ao Regime Geral de Previdência Social, que é o caso daquelas servidoras exercentes de cargo exclusivamente em comissão, prorrogarem a licença por 60 (sessenta) dias, conforme se extrai da leitura dos artigos seguintes:

“Art. 1º. Fica instituído, no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Município de São Paulo, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante previsto no artigo 2º da Lei Federal nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.

² Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

³ Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Art. 2º. Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas municipais vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, lotadas ou em exercício nos órgãos integrantes da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, em gozo do benefício salário-maternidade de que tratam os artigos 71 e 71-A da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 1º. A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício na seguinte conformidade:

I – para as servidoras em gozo do benefício de que trata o artigo 71 da Lei Federal nº 8.213, de 1991: até 30 (trinta) dias, contados da data do parto;

(...)

§ 2º. Na hipótese do inciso I do § 1º deste artigo, a prorrogação terá a duração de 60 (sessenta) dias e iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência do benefício de que trata o artigo 71 da Lei Federal nº 8.213, de 1991. (negritamos)

(...) “

Resta compatibilizar o dispositivo com a norma constitucional que prevê a estabilidade provisória e o direito à licença-gestante. A estabilidade provisória, como já foi visto, é garantida por 5 meses após o parto, enquanto o direito à licença-gestante constitucional é garantido por 120 dias. Dessa maneira, o período de estabilidade a ser garantido à gestante pelo ADCT é o de 5 meses após o parto. Entretanto, o deferimento de prorrogação de licença-maternidade por 60 dias pode vir a implicar num aumento de prazo de gozo de licença-gestante, devendo-se entender, conseqüentemente, que caso o período de gozo de licença-gestante ultrapasse os 5 meses previstos no ADCT, o período de estabilidade provisória da servidora acaba sendo ampliado.

Em resumo: caso haja deferimento da prorrogação por mais 60 dias da licença-maternidade, tal período pode implicar num acréscimo de período estável à servidora, terminando este com o fim da licença-maternidade, devendo ser respeitado, de qualquer maneira, o período mínimo de 5 meses após o parto. Deve-se respeitar, assim, o maior período conferido à servidora, ou seja, aquele previsto no ADCT ou aquele conferido com a prorrogação da licença-maternidade.

Por estar a prorrogação da licença-maternidade prevista em Decreto Municipal, sugiro a edição de Ato por esta Casa regulamentado a matéria.

Caso se entenda pela adoção do posicionamento exposto, qual seja, de que às servidoras ocupantes de cargo exclusivamente em comissão seja conferida a estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT da CF, limitada a 5 (cinco) meses após o parto, com a ressalva de ser possível a dispensa por justa causa, bem como o direito à licença-gestante prevista nos arts. 7º, XVIII, e 39, §3º, da CF, e arts. 71 e 72 da Lei Federal nº 8.213/91, com a possibilidade de prorrogação por 60 (sessenta) dias, nos termos do Decreto Municipal nº 50.672/2009, o que pode

acarretar aumento do período de estabilidade, sugiro a edição de um Ato a fim de regulamentar a matéria.

Este é o meu parecer, que submeto à análise de Vossa Senhoria.

São Paulo, 21 de setembro de 2011.

Érica Corrêa Bartalini

Procuradora Legislativa – RF 11.230

OAB/SP 257.354

Restrições Impostas pela Lei Eleitoral à Participação de Candidatos em Programas Veiculados pela TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na Internet – Parecer Procuradoria nº 251/11

Antonio Russo Filho¹

A Direção da Comunicação Externa deste Legislativo, responsável pela programação da TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na *internet*, faz alguns questionamentos a esta Procuradoria sobre restrições a tais mídias no período que antecede ao pleito de 2012, fixadas pela Lei nº 9.504/97 e pela Resolução nº 23.341 do Tribunal Superior Eleitoral. Tais questionamentos foram formulados nos termos abaixo aduzidos:

1) Considerando as restrições fixadas pela Lei nº 9.504/97 e pela Resolução nº 23.341 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a partir de que data se tornará proibido à TV Câmara e ao Portal da Câmara exibir matérias que citem nominalmente os vereadores membros da Casa ou exibam vídeos com falas desses parlamentares?

2) A Rádio Web Câmara, que tem caráter de agência noticiosa radiofônica, e não atua como mídia de emissão de sinal, estará submetida as mesmas restrições do calendário eleitoral?

3) As restrições legais se referem especificamente aos vereadores que forem candidatos no pleito de 2012 ou abrangem também outros vereadores que eventualmente não forem candidatos?

4) Que tipo de restrições específicas terão as matérias veiculadas pela TV Câmara, pelo Portal da Câmara e pela Rádio Web Câmara em 2012, a partir de que data tais restrições começam a valer?

As restrições impostas pela legislação eleitoral às emissoras de televisão e rádio, durante o período eleitoral, encontram-se expressas nos artigos 44 e 45 da Lei nº 9.504, de 30/09/97 e no art. 57 do mesmo diploma legal, nos termos do qual se aplicam aos canais de TV por assinatura sob a responsabilidade dos Poderes Legislativos, dentre os quais as Câmaras Municipais, as restrições impostas pela legislação eleitoral no que tange à propaganda eleitoral. Determinam os respectivos preceptivos legais que:

¹ O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em março de 1996, mediante concurso público. É Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1.998 e Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2006.

“Art. 44. A propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta Lei, vedada a veiculação de propaganda paga.”

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e no noticiário:

I – transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;

II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou de vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com este efeito; (**inciso com eficácia suspensa por força de liminar concedida na ADI nº 4451**)

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

IV – dar tratamento privilegiado a candidato, partido, ou coligação;

V – veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

VI – divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.”

“Art. 57. As disposições desta Lei aplicam-se às emissoras de televisão que operam em VHF e UHF e os canais de televisão por assinatura sob a responsabilidade do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou das Câmaras Municipais.”

Como se pode depreender das disposições constantes dos dispositivos legais acima transcritos a legislação eleitoral **não veda** que as emissoras de televisão e rádio, em sua programação normal, veiculem matérias que citem nominalmente candidatos ou exibam vídeos dos mesmos, desde que não se faça referência à sua candidatura, e os exibam em um contexto onde os mesmos estejam desenvolvendo a rotina normal de seu trabalho parlamentar em programa de caráter jornalístico, e desde que, no caso, não reste caracterizado tratamento privilegiado, uma vez que o escopo principal das citadas restrições durante o período eleitoral é assegurar a isonomia de tratamento entre os postulantes nas eleições.

Importa ressaltar ainda que, no caso, o conteúdo do discurso do parlamentar, seja ele candidato ou não, não deve conter referências críticas ou elogiosas a candidatos ao pleito de 2012.

Na verdade os canais de TV a cabo sob responsabilidade dos órgãos dos Poderes Legislativos da União, dos Estados e dos Municípios destinam-se precipuamente à documentação dos trabalhos legislativos e à transmissão ao vivo das sessões plenárias, assim se restasse proibida a veiculação de matérias que citassem nominalmente, exibissem discursos ou entrevistas dos parlamentares candidatos tais canais não poderiam funcionar durante o período eleitoral.

Demais disto restaria inviabilizada toda a divulgação dos trabalhos parlamentares, o que se afigura irrazoável, uma vez que o sistema democrático sobre o qual se funda o Estado brasileiro pressupõe que o povo possa conhecer o trabalho de seus representantes no Legislativo, com a finalidade até de poder fiscalizá-lo.

No mesmo diapasão do entendimento expresso nas linhas precedentes já decidiu o E. Tribunal Superior Eleitoral que:

“Programa jornalístico. Emissora de televisão. Notícia. Entrevista de deputado com críticas a candidato. Nota de manifestação do acusado. Divulgação. Art. 45 da Lei no 9.504/97. Tratamento privilegiado. Multa. Inciso III. Não-cabimento. 1. As emissoras de rádio e de televisão, no período de que trata o art. 45 da Lei no 9.504/97, podem, em seus programas jornalísticos, divulgar matérias de interesse da população, mesmo que digam respeito a candidato ou a partido político, desde que veiculem a posição de todos os interessados de modo imparcial.”
(Ac. 21.014, de 17.12.2002, rel. Min. Fernando Neves.)

“Entrevista. Parlamentar. Programa de televisão. Divulgação de opinião sobre problemas locais. Hipótese que não caracteriza propaganda política ou difusão de opinião da empresa de comunicação. Recurso não conhecido.”
(Ac. no 18.358, de 20.3.2001, rel. Min. Fernando Neves.)

“[...] Vereadores. Difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, em sessão parlamentar transmitida pela TV após 1o de julho do ano da eleição. Violação do art. 45, III, da Lei no 9.504/97. Incidência da regra aos canais de televisão por assinatura (Lei no 9.504/97, art. 57). [...] A circunstância de os vereadores difundirem, após 1o de julho do ano da eleição, em sessão parlamentar transmitida pela TV, ‘opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação’, implica violação do art. 45, III, da Lei no 9.504/97. Tal preceituação é aplicável aos canais de televisão por assinatura sob a responsabilidade, entre outros, das câmaras municipais, a teor do art. 57 do mesmo diploma legal. Entendimento que visa a assegurar o equilíbrio e igualdade entre os candidatos. [...]”
(Ac. no 20.859, de 25.2.2003, rel. Min. Barros Monteiro.)

O entendimento acima esboçado encontra-se ainda em consonância com aquele expresso no Parecer nº 241/06 desta Procuradoria, onde seu subscritor assevera, com propriedade, que:

“(…) desde que observadas as limitações como as indicadas, estabelecidas com o escopo de resguardar a lisura, a isonomia e a legitimidade do pleito eleitoral, a TV legislativa municipal pode, quanto ao mais, desenvolver com regularidade sua programação normal, inclusive:

- apresentando os programas que, compreendidos em sua programação normal em conformidade a sua destinação institucional (como já dito, a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão das sessões), possam por isso conter a participação de candidatos, desde que não se caracterize propaganda eleitoral, nem tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (quesito 3);
- nas mesmas circunstâncias do quesito anterior, veiculando entrevistas de candidatos nas reportagens feitas para o Jornal e a Revista da Câmara, bem como outros programas da produção corrente da TV legislativa, desde que não se dê azo à propaganda eleitoral nem a tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (quesito 4);
- também em idênticas circunstâncias e cuidados, se poderá tratar de projetos dos Srs. Vereadores que são candidatos (quesito 5);
- o mesmo se diz quanto a “entrevistar vereadores que são candidatos e que têm projetos de lei em andamento, projetos aprovados e ou projetos sancionados” (quesito 6);
- da mesma forma, quanto a “mostrar o trabalho nas Comissões Parlamentares dos Srs. Vereadores que são candidatos” (quesito 7).”

Em virtude do acima exposto, e em resposta ao **terceiro quesito** os vereadores que não forem candidatos estão sujeitos às mesmas restrições impostas àqueles que lançaram sua candidatura ao Pleito de 2012, ou seja, sujeitam-se às restrições estabelecidas nos artigos 44 e 45 da Lei nº 9.504, de 30/09/97.

Desta forma, a partir de **1º de julho de 2012** os vereadores não candidatos poderão aparecer normalmente em programas veiculados por emissoras de televisão, rádio ou sítios mantidos na *internet*, no contexto do exercício normal de suas atividades parlamentares, desde que não façam propaganda eleitoral de candidato, partido ou coligação partidária em suas aparições em tais mídias e desde que o conteúdo do discurso não contenha referências críticas ou elogiosas a candidatos ao pleito de 2012.

Em relação ao **segundo quesito**, que questiona se a Rádio Web Câmara – que não é mídia emissora de sinal –, estaria sujeita às mesmas restrições impostas pelo calendário eleitoral aos outros tipos de mídia, a resposta é afirmativa, ou seja, as vedações impostas pela lei eleitoral, relativas à propaganda eleitoral, são igualmente impostas à Rádio Web Câmara.

Isso ocorre porque a Lei nº 9.504/97 em seu art. 45 não faz diferença entre rádios emissoras de sinal e aquelas que não emitem sinal de rádio, e se o legislador não fez tal diferenciação é razoável extrair-se daí o entendimento de que se referiu à rádio de forma genérica, estando compreendidas aí aquelas veiculadas no âmbito da *internet* e que não emitem sinal de rádio.

Milita ainda a favor da imposição às rádios veiculadas por meio da *internet* das mesmas restrições aplicáveis às rádios emissoras de sinal, as disposições expressas no inciso II do § 1º do art. 57-C da Lei nº 9.504/97 (introduzido pela Lei nº 12.034/09) que veda a veiculação de propaganda eleitoral na *internet* em **sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos **Municípios**, dispõe o referido preceptivo legal, que:

“Art. 57-C. (...)

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na *internet*, em sítios:

I – de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos;

II – oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Assim, em relação às restrições específicas às matérias a serem veiculadas pela TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na *internet* (4º quesito) – e nos termos da Resolução nº 23.341 do Tribunal Superior Eleitoral, que estabelece o calendário para as eleições de 2012 – a partir de **10 de junho de 2012** fica vedado à TV Câmara e à Rádio Web Câmara **transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção**, consoante determina o art 45, § 1º da Lei nº 9.504/97.

A partir de **1º de julho de 2012** passa a ser vedado à TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na *internet*:

I – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Entretanto, como o acima ressaltado, isso não significa que os vereadores que forem candidatos nas eleições de 2012 não possam aparecer em tais mídias neste período. Podem ser veiculadas matérias que cite nominalmente candidatos ou exibam vídeos dos mesmos, desde que não se faça menção à candidatura dos mesmos, e os exibam em um contexto ligado ao desempenho normal de sua atividade parlamentar, em programa de caráter jornalístico e desde que o conteúdo do discurso não contenha referências críticas ou elogiosas a candidatos ao pleito de 2012. O Supremo Tribunal Federal na ADI 4451, conferiu ao inciso III do 45 da Lei nº 9.504/97 – que veicula a proibição de difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes –, interpretação conforme a Constituição para “considerar-se conduta vedada, aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora

de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalísticas que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o ‘princípio da paridade das armas’;

II – transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou de qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;

III – dar tratamento privilegiado a candidato, partido político ou coligação. O TSE entendeu analisando os Incisos III e IV do art. 45 da Lei nº 9.504/97 “que rádio e TV não podem dar tratamento diferenciado a candidatos ou sequer manifestar sua opinião favorável ou desfavorável, por serem meios de comunicação de massa e de concessão pública”;²

IV – veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com a alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

V – divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada, ou seja, não pode durante tal período veicular programa com nome ou apelido de candidato às eleições de 2012.

Por derradeiro importa ressaltar que guarda relação com as questões suscitadas no memorando em apreço a vedação constante da alínea “b” do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97. Determina o referido preceptivo legal que:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

(...)

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;”

Os acórdãos a seguir transcritos estabelecem alguns parâmetros do que a Justiça Eleitoral considera propaganda institucional, cabendo destacar que caracteriza propaganda institucional a veiculação reiterada pela mídia de obras, atos, programas

² CERQUEIRA, Thales Tácito e Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquematizado*. Coord. Pedro Lanza. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 460.

ou serviços de governo, custeado com dinheiro público. Neste sentido são os acórdão abaixo aduzidos:

“Acórdão TRES n. 20.362/2005 - Caracteriza-se a publicidade institucional quando, custeada pelo Erário, diretamente ou por compensação, há veiculações que destacam atos, programas, obras, serviços ou campanhas de órgãos públicos, que acabam por enaltecer, mesmo reflexamente, o candidato à reeleição ou de situação. Configura publicidade institucional a publicação maciça e reiterada de conteúdo que, isoladamente, poderia ser considerado como de caráter meramente informativo”.

“Acórdão TRES n. 20.114/2005 - A menção elogiosa a ações administrativas, feita por agente público em entrevista difundida no decorrer de programa jornalístico realizado sob a responsabilidade de emissora de rádio e sem o dispêndio de recursos do Erário, não se amolda ao conceito de publicidade institucional previsto na Lei das Eleições”.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. DESCARACTERIZAÇÃO. ENTREVISTA. RÁDIO. GOVERNADOR. SUCESSÃO. TITULAR. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. OBJETIVO. INFORMAÇÃO. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. DESPROVIMENTO.

1. A conclusão adotada no julgado regional, de que a entrevista trouxe apenas informações essenciais para transmitir segurança aos ouvintes, resulta da análise de fatos e provas trazidos aos autos e não pode ser revista nesta fase recursal (Súmulas nos 7/STJ e 279/STF).

2. In casu, não foi analisado apenas o texto reproduzido no acórdão, mas também outras circunstâncias e peculiaridades relativas à transição política vivenciada no estado, com o afastamento do governador e assunção de novo titular que iria completar o período restante do mandato.

3. Agravo regimental desprovido.

AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 391069 - Manaus/AM - Acórdão de 28/04/2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 16/06/2011, Página 46-47”.

“REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. VEICULAÇÃO. ALEGAÇÃO. PROGRAMA SEMANAL “CAFÉ COM O PRESIDENTE”. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ÓRGÃO GOVERNAMENTAL. SUPERVISÃO. TITULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA. ENTREVISTA. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. CARACTERIZAÇÃO. PROMOÇÃO PESSOAL. CIRCUNSTÂNCIAS ELEITORAIS. AUSÊNCIA. INDEFERIMENTO. FORMATO DO PROGRAMA. DESCONTINUIDADE DA TRANSMISSÃO. RECOMENDAÇÃO.

Não se declara inepta petição inicial que atende os requisitos constantes dos arts. 96, § 1º, da Lei nº 9.504/97, e 282, inciso VI, do CPC.

O titular do órgão governamental, responsável pela supervisão do programa oficial impugnado, é parte legítima para figurar no polo passivo da representação.

Não configura propaganda institucional irregular entrevista que, no caso, inseriu-se dentro dos limites da informação jornalística, apenas dando a conhecer ao público determinada atividade do governo, sem promoção pessoal, nem menção a circunstâncias eleitorais.

Descontinuidade da difusão que, entretanto, se recomenda, durante o período eleitoral, em razão do formato do programa. Pedido julgado improcedente. Rp - Representação nº 234314 - Brasília/DF Acórdão de 07/10/2010, Relator(a) Min. JOELSON COSTA DIAS, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/11/2010, Página 68”.

“Não há irregularidades na concessão de uma única entrevista. Reprime-se o uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de poder quando o candidato manifesta-se sobre sua candidatura em reiteradas entrevistas concedidas a emissoras (de rádio ou tv), durante o período vedado (RO 1.537/MG, de minha relatoria, DJ de 29.8.2008). No caso, o recorrido concedeu entrevista ao programa SBT Meio Dia, no dia 23.10.2006, mas não há notícia de que tal vídeo tenha sido reproduzido em outras oportunidades e não há, nos autos, informações que possibilitem o conhecimento da abrangência da Rede SC, canal de televisão no qual foi divulgada a entrevista. RCED - Recurso Contra Expedição de Diploma nº 703 - Florianópolis/SC - Acórdão de 28/05/2009, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Volume -, Tomo 166/2009, Data 01/09/2009, Página 38-39”.

“REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - CONDUTA VEDADA - ARTIGO 73, VI, B”, DA LEI Nº 9.504/97 - PUBLICAÇÃO DE NOTA DE ESCLARECIMENTO À IMPRENSA, DIVULGADA PELA SECRETARIA DE TRANSPORTES METROPOLITANOS DO ESTADO DE SÃO PAULO, BASEADA EM DADOS TÉCNICOS E COM O OBJETIVO DE ESCLARECER A POPULAÇÃO A RESPEITO DE AFIRMAÇÕES FEITAS POR CANDIDATO A CARGO DE GOVERNADOR DO ESTADO EM ENTREVISTA A EMISSORA DE RÁDIO A RESPEITO DE RECURSOS DESTINADOS À CONSTRUÇÃO DO METRÔ - PROPAGANDA INSTITUCIONAL NÃO CONFIGURADA - INEXISTÊNCIA DE PROVA OU INDÍCIO DE RESPONSABILIDADE DOS REPRESENTADOS - INFRAÇÃO ELEITORAL NÃO RECONHECIDA - IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DECRETADA. REP - REPRESENTAÇÃO nº 828941 - São Paulo/SP - Acórdão de 17/12/2010, Relator(a) MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 13/01/2011, Página 12”.

“INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - SUPOSTA VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL NO PRAZO VEDADO POR LEI E PRÁTICA DE CONDUTAS ABUSIVAS - ACUSAÇÕES FUNDAMENTADAS EM CONDENAÇÃO IMPOSTA À EMISSORA DE RÁDIO POR CONCESSÃO DE TRATAMENTO PRIVILEGIADO - DIVULGAÇÃO DE AÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ENTREVISTA REALIZADA COM AGENTE PÚBLICO NO DECORRER DE PROGRAMA JORNALÍSTICO - AUSÊNCIA DE PROVA A DEMONSTRAR A DIVULGAÇÃO DE FEITOS ADMINISTRATIVOS EM ESPAÇO NA MÍDIA SUBSIDIÁRIO COM RECURSOS DO ERÁRIO - PUBLICIDADE SEM CARÁTER INSTITUCIONAL - VEICULAÇÃO SEM POTENCIALIDADE PARA INFLUIR NA REGULARIDADE DO PLEITO - ABUSO INEXISTENTE.

A menção elogiosa a ações administrativas, feita por agente público em entrevista difundida no decorrer de programa jornalístico realizado sob a responsabilidade de emissora de rádio e sem o dispêndio de recursos do Erário, não se amolda ao conceito de publicidade institucional previsto na Lei das Eleições.

“As condutas abusivas - uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social - previstas na Lei Complementar n. 64/1990 e aptas a ensejar a declaração de inelegibilidade de candidato, exigem para sua caracterização, a potencialidade de afetar a legitimidade e a normalidade do pleito em que ocorram” [precedente: Ac. TRES. n. 19.390, de 16.9.2004, Rel. Juiz Gaspar Rubik]. RREP - RECURSO EM REPRESENTAÇÃO n° 2035 - balneário camboriú/SC - Acórdão n° 20114 de 11/07/2005, Relator(a) PEDRO MANOEL ABREU, Publicação: DJESC - Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, Data 20/07/2005, Página 194”.

“RECURSO - REPRESENTAÇÃO - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - RÁDIO - ENTREVISTA CONCEDIDA PELO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS - INFORMAÇÕES SOBRE INTERRUPÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELA PREFEITURA - PUBLICIDADE INSTITUCIONAL - USO INDEVIDO DE VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO - NÃO-CONFIGURAÇÃO.

RREP - RECURSO EM REPRESENTAÇÃO n° 1422 - trombudo central/SC - Acórdão n° 19795 de 10/12/2004, Relator(a) HILTON CUNHA JÚNIOR, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 11577, Data 17/12/2004, Página 137”.

“RECURSO - PROPAGANDA INSTITUCIONAL - PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA - ENTREVISTA DE PREFEITO MUNICIPAL - DIVULGAÇÃO DE OBRAS E CONVÊNIOS FIRMADOS - IMPRENSA FALADA - NÃO- CARACTERIZAÇÃO.

Não se caracteriza propaganda institucional vedada pelo art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97, nem propaganda eleitoral proibida pelo art. 36, § 3º, da Lei n. 9.504/97, entrevista concedida por Prefeito, em espaço pago pelo Poder Público, à emissora de rádio local, visando à divulgação de obras públicas municipais, implantadas por meio de convênios firmados com a administração municipal. REP - REPRESENTAÇÃO n° 461 - cunha porã/SC - Acórdão n° 16344 de 10/08/2000, Relator(a) REJANE ANDERSEN, Relator(a) designado(a) ANDRE MELLO FILHO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/08/2000”.

Assim, nos três meses que antecederem ao pleito de 2012, ou seja, **a partir de 7 de julho** – como a TV Câmara e a Rádio Web Câmara são custeadas com dinheiro público –, é recomendável que se restrinja as entrevistas com os candidatos ao pleito de 2012 ao mínimo necessário, e sempre procurando conferir às mesmas caráter jornalístico, isto é, de informação relevante à população a fim de que não se configure propaganda institucional, vedada aos agentes públicos nos três meses que antecedem às eleições.

Por derradeiro cabe ressaltar que a matéria foi tratada no presente parecer tendo em conta hipóteses abstratas, de forma que, na hipótese concreta podem surgir dúvidas que devem ser dirimidas com novas consultas a esta Procuradoria.

É meu parecer que submeto à elevada apreciação de V. Sa.

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Antonio Russo Filho

Procurador Legislativo

OAB/SP n° 125.858

Licença Paternidade em Razão da Obtenção de Guarda Judicial por Tempo Indeterminado para Fins de Adoção – Parecer Procuradoria nº 346/11

Érica Corrêa Bartalini de Araújo¹

Trata-se de pedido formulado pelo servidor celetista em que requer “a concessão do benefício licença paternidade em virtude da obtenção de guarda judicial por tempo indeterminado com fins de adoção da menor, fundamentando seu pedido com base no art. 7º, inciso XIX, da CF/88 c/c art. 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88.

Juntou, como documentação, Certidão e Termo de Guarda e Responsabilidade conferindo ao requerente Guarda Judicial por Tempo Indeterminado da menor supramencionada.

É o relatório. Resta analisar a legislação que trata da licença-paternidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XIX, dispõe ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a licença-paternidade, nos termos fixados em lei². O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a seguir transcrito, traz o prazo de duração da licença-paternidade:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

§1º. Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Da leitura dos artigos que dispõem sobre o direito à licença-paternidade, percebe-se não haver qualquer menção à concessão do direito somente àqueles que sejam pais de filhos biológicos. A Constituição fala apenas em concessão de licença-paternidade, não disciplinando se tal direito é decorrência do nascimento de filho ou de adoção.

Além disso, a própria Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, disciplina que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em agosto de 2008, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e Pós Graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP.

² Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. No mesmo sentido é a redação do art. 1596 do Código Civil³, equiparando os filhos naturais e os filhos havidos por adoção, não podendo haver diferenciação no tratamento a eles dado.

Sendo assim, entendo não possa o intérprete diferenciar onde o legislador não diferenciou, devendo o direito à licença-paternidade se aplicar também àqueles pais de filhos adotivos. A licença-paternidade justifica-se na possibilidade de o pai poder dar maior assistência à mãe e ao filho, participando ativamente na criação deste.

No caso em apreço, entendo que mesmo se trate de guarda judicial por tempo indeterminado para fins de adoção, possa o direito ser concedido ao requerente. A Lei da Previdência Social que confere o salário-maternidade à segurada da Previdência Social prevê, no artigo 71-A, que tanto a segurada que adotar quanto aquela que obtiver guarda judicial para fins de adoção, terão direito ao salário-maternidade⁴. No mesmo sentido, o *caput* do art. 392-A da CLT, que disciplina o direito à licença-maternidade tanto à empregada que adotar quanto àquela que obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança⁵.

Além disso, mais razão existe em conceder a licença, seja maternidade, seja paternidade, no momento da obtenção da guarda judicial. Isto porque para a concretização da adoção, necessário que se estabeleça uma boa convivência e total adaptação entre adotante e adotado, e o melhor momento para que referida convivência tenha início é justamente aquele momento em que a criança passa a residir com os pais adotantes. Sendo assim, se o espírito da lei ao criar as figuras da licença-maternidade e paternidade é o de proporcionar cuidados à criança, independentemente se o vínculo que une a criança aos pais é o biológico ou o socioafetivo, entendo não possa haver diferenciação na concessão da licença-paternidade, seja em caso de filho biológico, seja em caso de adoção, seja em caso de guarda judicial para fins de adoção.

Dessa maneira, o direito à licença-paternidade deve ser concedido tanto em casos de adoção quanto de obtenção de guarda judicial para fins de adoção.

A título ilustrativo, junto parte de julgado do TST em que se discutiam cláusulas de Convenção Coletiva de Trabalho e o Tribunal entendeu que não haveria necessidade que se colocasse a cláusula a seguir transcrita: “Concessão e licença paternidade equivalente a 5 (cinco) dias, inclusive em caso de adoção”, por entender já

³ Art. 1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴ Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

⁵ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu §5º.

(...)

§4º. A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

haver previsão legal da matéria, não se tratando de norma de instrumento negocial autônomo.

Por fim, entendo que a documentação juntada pelo requerente, qual seja, Termo de Guarda e Responsabilidade conferindo ao requerente Guarda Judicial por Tempo Indeterminado da menor, é suficiente para os fins pleiteados no presente processo.

Este é o meu parecer, que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 1º de dezembro de 2011.

Érica Corrêa Bartalini

Procuradora Legislativa

OAB/SP 257.354

Repactuação e Reajuste nos Contratos Administrativos de Prestação de Serviços de Natureza Contínua – Parecer Procuradoria nº 22/12

Conceição Faria da Silva¹

Atendendo à solicitação constante do Memo acima epigrafado, passo à análise dos aspectos jurídicos da fórmula parametrizada proposta como exemplo de cláusula de reajuste anual para o futuro contrato de prestação de serviços de manutenção e conservação predial, cujo processo licitatório foi deflagrado no Processo Administrativo nº 1054/2011.

A meu ver, a cláusula proposta pelo Exmo. 1º Secretário é viável do ponto de vista jurídico, merecendo ajustes de ordem jurídica na sua redação. Em relação aos percentuais e ao índice adotados, recomenda-se que seja realizada análise por setor competente desta Casa Legislativa, em matéria econômica e financeira, de forma a que fique devidamente justificada a fidelidade dessa composição nos contratos que envolvem esse objeto.

Assim, segue sugestão para a cláusula proposta:

“X. Decorridos 12 (doze) meses da vigência do ajuste, os preços poderão ser reajustados conforme o critério abaixo, conjugado a pesquisa prévia de mercado entre, pelo menos, 03 (três) fornecedores escolhidos pela CONTRATANTE, a fim de verificar a compatibilidade do preço proposto pela CONTRATADA com a média apurada no mercado:

$PR=PA (0,7 \times RSC + 0,3 \times IPC)$

Onde,

PR= Preço Reajustado

PA= Preço Atual

RSC= Reajuste Salarial da Categoria no ano

IPCA= Índice Nacional de Preços ao Consumidor da FGV

X.1 Se a média de mercado encontrada for superior ao preço proposto pela CONTRATADA, com observância da fórmula supra, este prevalecerá para efeito de reajuste. Na hipótese do preço proposto ser superior, prevalecerá o valor da média de mercado. Em qualquer situação, discordando as partes, proceder-se-á a nova licitação”.

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em agosto de 2008, mediante concurso público. Está lotada no Setor de Contratos e Licitações e designada como membro da Comissão Permanente de Julgamento de Licitações. É graduada em Direito pela Universidade Paulista e Pós Graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

Não obstante, cumpre observar que, a partir do presente Memorando e da redação sugerida para essa cláusula pelo Sr. Pregoeiro na Minuta de Edital constante do Processo Administrativo nº 1054/2011, passamos ao estudo e à pesquisa sobre o tema. Verificamos que órgãos respeitáveis, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministério Público Federal – Procuradoria Regional de São Paulo (MPF/SP), Tribunal de Contas da União (TCU) e Tribunal de Contas do Município (TCM), adotam, nos contratos que envolvem prestação de mão de obra terceirizada, o instituto da repactuação, conforme cópias das Minutas de Contratos que ora seguem anexas².

Verificamos pela redação das cláusulas contratuais constantes nos editais dos órgãos supramencionados que a repactuação permite que o valor do contrato seja reajustado considerando-se a data do início da vigência do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente.

Partindo dessa premissa, procuramos o embasamento legal para tal cláusula. Observamos que, no âmbito federal, concilia-se o disposto no art. 3º da Lei nº 10.192/2001 (dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real) com o art. 5º do Decreto nº 2.271/97 (dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências). Vejamos a redação dos dispositivos legais em comento.

Lei Federal nº 10.192/2001, art. 3º:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta **ou do orçamento a que essa se referir**. (Grifos nossos)

Decreto Federal nº 2.271/97, art. 5º:

“Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada”.

De acordo com o Entendimento Consolidado do Tribunal de Contas da União, cuja última alteração ocorreu em 05/02/2009, conforme documento que segue anexo:

² A fim de contribuir com a economia de papel nesta Casa Legislativa, juntamos apenas as folhas necessárias para o entendimento deste Parecer. Ressaltamos que todos os editais/contratos foram extraídos dos sites oficiais dos órgãos citados.

“Na repactuação dos contratos de serviços de natureza continuada deverá ser observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir. Nas repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano conta-se a partir da data da última repactuação”.

Analisando os excertos relacionados que fundamentaram esse Entendimento Consolidado da Corte de Contas da União, verificamos que no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano “conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta”³.

Nessa esteira, a repactuação difere do reequilíbrio econômico-financeiro, pois este não depende de previsão contratual e de lapso temporal, enquanto que a repactuação de preços tem como requisitos para sua concessão a necessidade de previsão contratual e interregno temporal mínimo à semelhança dos requisitos presentes para o reajuste de preços, com este também não se confundindo⁴.

De acordo com Marçal Justen Filho, a repactuação aproxima-se da revisão de preços⁵:

“...trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular”.

Note-se que para que se dê a repactuação de preços deve ser considerada apenas a efetiva alteração dos custos contratuais, através de sua demonstração analítica pela comparação entre planilhas de preços e custos inerentes à contratação, sendo resultante da negociação bilateral entre as partes, devendo ser objeto de solicitação pela empresa contratada, sob pena de preclusão.

Em que pese o embasamento legal encontrar-se consolidado na esfera federal, verificamos pelos editais de licitação cujas minutas de contrato ora juntamos, que essa regra vem sendo adotada, inclusive pelo Tribunal de Contas do Município, além dos demais órgãos de controle do Poder Judiciário e da União.

A respeito do tema, juntamos, para conhecimento, Parecer da Advocacia-Geral da União.

Diante das considerações acima, parece-me que a repactuação de preços mostra-se adequada também aos contratos de prestação de serviços de natureza contí-

³ Acórdão nº 1563/2004 – TCU-Plenário

⁴ DOTTE, Marinês Restelatto. Repactuação de Preços. Maio/2009. In: <http://www.silvacastro.com.br/index.php?p=noticias&id=5>. Acessado em 03/02/2012.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2008, p. 732.

nua, com fornecimento de mão de obra, firmados no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, haja vista que as empresas participantes das futuras licitações poderão formular suas propostas sem ter que realizar prospecção em relação ao futuro acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho, cujas consequências financeiras podem ser, de imediato, incalculáveis, fazendo com o preço proposto fique acima ou abaixo dos preços praticados no mercado no momento do certame, o que não se coaduna com os princípios da economicidade e da eficiência buscados nas contratações públicas.

Assim, segue anexa ao presente Parecer sugestão de cláusula de repactuação de preços, tomando-se como base as cláusulas adotadas nos editais acima mencionados, com as adaptações que me parecem pertinentes.

Cumpra observar que, de acordo com a cláusula ora sugerida, o termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano para requerer a primeira repactuação poderá ter como referência a data da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir, isto é, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, não havendo necessariamente coincidência com o prazo de 1 (um) ano de vigência do contrato.

Note-se que a Lei Federal nº 10.192/01 (que alterou dispositivos da denominada “Lei do Plano Real”) constitui norma de caráter nacional, aplicando-se, inclusive, na esfera municipal. Além desse fundamento legal, podemos apontar fundamentos constitucionais para a adoção dessa cláusula.

O art. 37, XXI, ressalta que o processo licitatório deve assegurar a manutenção das condições efetivas da proposta. Ademais, o *caput* do citado dispositivo constitucional prevê expressamente o princípio da eficiência como regente da Administração Pública em geral. Nesse sentido, parece-me que não podemos desconsiderar os efeitos financeiros dos instrumentos normativos advindos da esfera trabalhista, de forma a preservar a equação econômico-financeira que, nos contratos administrativos, deve permanecer equilibrada.

Por outro lado, a previsão de repactuação do contrato, assegura à Administração a possibilidade de, diante de ausência ou de insuficiência de elementos que deverão ser apresentados pela Contratada, negar o pedido formulado. Lembre-se que, uma vez, prevista a possibilidade de repactuação no instrumento convocatório, a Contratada tem o direito a solicitá-la à Administração, nos termos ali estabelecidos. Contudo, a sua concessão depende de exame e deliberação da Administração que poderá negociar, conceder ou negar o pedido, conforme o caso.

Reforce-se que, se a repactuação referir-se a outros itens que compõem a planilha de custos da Contratada, os novos valores contratuais decorrentes da repactuação produzirão efeitos a partir da assinatura do termo aditivo, conforme explicitado na redação sugerida para essa cláusula.

Outrossim, a repactuação resultará de acordo entre as partes e será conjugada a pesquisa de mercado, nos termos do inciso IV, do art. 43, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c o inciso II, do art. 46, do Decreto Municipal nº 44.279/03, adotado nesta Casa Legislativa por meio do Ato nº 878/05.

Por fim, cumpre esclarecer que a cláusula proposta pelo Exmo. 1º Secretário, também é viável do ponto de vista jurídico, conforme explicitado acima, embora não me pareça a mais adequada para o objeto em epígrafe, cabendo à autoridade competente a análise e a decisão em relação à redação da cláusula a ser adotada para os contratos que tenham como objeto a prestação de serviços de natureza contínua que envolva a prestação de mão de obra.

É o Parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2012.

Conceição Faria da Silva

Procuradora Legislativa

OAB/SP 209.170

ANEXO - CLÁUSULA – DA REPACTUAÇÃO

O valor contratado poderá ser repactuado, mediante negociação, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano.

2. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir da data limite para a apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo-se, como termo inicial, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta.

2.1. Caso o contrato abarque mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a data inicial para a contagem da anualidade será a data-base da categoria profissional que represente a maior parcela do custo de mão-de-obra da contratação pretendida.

3. Nas repactuações subsequentes à primeira, o interregno de 1 (um) ano será contado a partir da data da última repactuação ocorrida, sem prejuízo do previsto no subitem 13.3 e no item 17 desta Cláusula.

4. Por ocasião da repactuação, poderão ser contemplados todos os componentes de custo da proposta que tenham sofrido variação, desde que haja uma demonstração analítica devidamente justificada e comprovada.

5. A solicitação de repactuação dependerá exclusivamente de iniciativa da CONTRATADA, devendo ser apresentada à CONTRATANTE em até 60 (sessenta) dias da ocorrência do fato gerador da variação dos componentes de custos.

6. Caso a CONTRATADA não efetue de forma tempestiva a solicitação de repactuação, ocorrerá a preclusão do direito de repactuar.

7. As repactuações serão precedidas de solicitação da CONTRATADA, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação das planilhas de custos e formação de preços, do novo acordo ou convenção coletiva ou dissídio coletivo da categoria que fundamenta a repactuação, e, se for o caso, dos documentos indispensáveis à comprovação da alteração dos preços de mercado em cada um dos itens da planilha a serem alterados.

9. É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva.

10. Quando da solicitação da repactuação, esta somente será concedida mediante negociação entre as partes, considerando-se:

10.1. os preços praticados no mercado e em outros contratos da Administração, mediante pesquisa entre pelo menos, 03 (três) fornecedores escolhidos pela CONTRATANTE;

10.2. as particularidades do contrato em vigência;

10.3. o novo acordo ou convenção coletiva das categorias profissionais;

10.4. a nova planilha com a variação dos custos apresentada;

10.5. indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e

10.6. a disponibilidade orçamentária do CONTRATANTE.

11. No caso de repactuação, será lavrado termo aditivo ao contrato vigente.

12. A CONTRATANTE poderá realizar diligências para conferir a variação de custos alegada pela CONTRATADA.

13. Os novos valores contratuais decorrentes da repactuação produzirão efeitos:

13.1. a partir da assinatura do termo aditivo;

13.2. em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

13.3. em data anterior à repactuação, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa, podendo a data estipulada no instrumento para o início dos efeitos financeiros do reajuste salarial ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras.

14. No caso do previsto no subitem 13.3, o pagamento retroativo deverá ser concedido

exclusivamente para os itens de mão de obra que motivaram a retroatividade, e apenas em relação à diferença por ventura existente.

15. É assegurado à CONTRATANTE a verificação de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação vantajosa. Se a média de mercado encontrada for superior ao preço proposto pela CONTRATADA, este prevalecerá. Na hipótese do preço proposto ser superior, prevalecerá o valor da média de mercado.

16. A CONTRATANTE poderá prever o pagamento retroativo do período que a proposta de repactuação permaneceu sob sua análise.

17. Na hipótese do item anterior, o período que a proposta permaneceu sob análise da CONTRATANTE será contado como tempo decorrido para fins de contagem da anualidade da próxima repactuação.

Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Período Eleitoral (Artigos 73 a 77 Da Lei Federal nº 9.504/97) – Parecer Procuradoria nº 33/12

Carolina Canniatti Ponchio¹

A Presidência da Edilidade paulistana questiona esta Procuradoria a respeito da existência de limitações incidentes sobre a atividade legislativa em ano eleitoral e quais cautelas devem ser adotadas pela Casa para não incorrer em irregularidades ou ilegalidades na tramitação e aprovação de projetos de lei durante referido período.

O I. Procurador Carlos Eduardo de Araújo, do Setor de Processo Legislativo desta Procuradoria, exarou parecer em que analisou com muita competência a questão, posicionando-se a respeito da possibilidade de tramitação de projetos de lei que gerem aumento de despesas com pessoal, que versem sobre a concessão de honorarias pela Câmara Municipal, e que cuidem da distribuição gratuita de bens, valores e benefícios, inclusive os benefícios fiscais (Parecer nº 40/2012).

Nesse passo, a fim de complementar os estudos a respeito do tema, sirvo-me do presente para exarar algumas considerações a respeito das vedações incidentes sobre a atividade dos agentes públicos em ano eleitoral, bem como sobre restrições que recaem sobre a propaganda institucional no mesmo período, analisando essas questões pela ótica administrativa de referidas vedações.

I. Considerações Iniciais

Os artigos 73 e seguintes da Lei Federal nº 9.504/97, doravante denominada Lei das Eleições – LE, estabelecem uma série de vedações aos agentes públicos em período eleitoral. A doutrina costuma dividi-las em condutas vedadas genéricas (artigo 73 da LE) e condutas vedadas específicas (artigos 74 a 77 da LE).

De início, mister uma breve contextualização da matéria.

A Emenda Constitucional nº 16/97, que alterou o artigo 14, § 5º do Texto Constitucional de 1988 permitindo a reeleição dos Chefes do Poder Executivo para um único período subsequente, foi promulgada em junho de 1997, enquanto a Lei das Eleições, que trouxe em seu texto o elenco de condutas vedadas ao administrador público em período eleitoral, foi promulgada em setembro do mesmo ano.

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em junho de 2008, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Assim, historicamente, diz-se que tais vedações foram postas pelo Congresso Nacional para dar guarida à nova normatização constitucional, evitando o uso da máquina pública para fins eleitorais por aqueles candidatos à reeleição.

Em vista disso, duas correntes surgiram.

A primeira, denominada monista, defendia que as condutas vedadas apenas poderiam ter como sujeito ativo os Chefes do Poder Executivo candidatos à reeleição. Além do contexto histórico das normas, fundamentava referida corrente o fato de a LE ter, em alguns casos, estabelecido como única pena possível a cassação do registro ou diploma.

Já para segunda, denominada pluralista, as condutas vedadas aplicar-se-iam para os **agentes públicos em geral**, inclusive membros do Poder Legislativo. Fundamenta tal entendimento o fato de o “caput” do artigo 73 referir-se genericamente a agentes públicos enquanto seu § 1º define-os como todo aquele que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional”.

O TSE, desde sempre, adotou a teoria pluralística, sob o fundamento de que se o legislador quisesse teria sido expresso e determinado a aplicação das vedações apenas para candidatos a cargos do Poder Executivo (Acórdão nº 4.514/2004 do TSE), afinal assim o fizera no artigo 77 (redação anterior ao advento da Lei nº 12.034/09).

Todavia, com o advento da Lei nº 12.034/09, parece que esta questão está superada, pois se estabeleceu que todas as condutas vedadas constantes dos incisos do *caput* do art. 73 e do § 10º do mesmo artigo possuem a sanção de cassação do registro ou diploma, sem prejuízo de multa. Assim, os detentores de mandato eletivo podem responder pela primeira e os demais agentes públicos pela segunda.

Portanto, dominante a corrente pluralista, segundo a qual as condutas vedadas aplicam-se para todos os agentes públicos, inclusive os membros do Poder Executivo ou Legislativo, salvo se a lei expressamente excepcionar.

No que tange à aplicação das sanções, hodiernamente², o TSE tem aplicado a Teoria da Proporcionalidade ou Razoabilidade, segundo a qual deve ser analisada a gravidade do ato praticado para então decidir-se pela aplicação da sanção mais adequada, que pode ser apenas a pena de multa ou esta em conjunto com a cassação do registro ou diploma do candidato. Visa resguardar não só o equilíbrio eleitoral dos candidatos em disputa, mas também o eleitor e a moralidade das eleições.

Passe-se, assim, à análise das condutas vedadas em espécie.

² Até o julgamento do Agravo Regimental no REsp n. 26.060/07 o TSE, na aplicação de sanções às condutas vedadas, adotava a Teoria da Potencialidade do Dano, pela qual a sanção de cassação de registro ou diploma apenas deveria ser aplicada caso a conduta concreta potencialmente pudesse implicar desequilíbrio no resultado final das eleições. Analisava-se a dimensão do ato com o objetivo de proteger as eleições.

II. Condutas Vedadas em espécie

Com o intuito de permitir melhor visualização das condutas descritas na lei como vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral, optou-se pela transcrição dos respectivos dispositivos, aos quais se seguem os comentários pertinentes.

1. Art. 73 (...)

I - “Ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis, pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária”.

O presente inciso proíbe que a Administração Pública ceda a utilização, ou ela mesma se utilize, de bem público pertencente a qualquer das esferas da Federação, **em benefício de candidato, partido político ou coligação, em época de campanha eleitoral** (do registro da candidatura até a eleição).

O TSE já decidiu que tal vedação não abrange bem de uso comum do povo.

“CONDUTA VEDADA. Não caracterização. Uso de estádio de futebol. Bem público de uso comum. Recurso especial não admitido. Improvimento ao agravo regimental. Precedentes. Inteligência do art. 73, I, da Lei nº 9.504/97. **A vedação do uso de bem público, em benefício de candidato, não abrange bem público de uso comum.**” (TSE, ARESPE nº 25.377, Rel. Min. Cesar Peluso, v.u., DJ 23/08/2003)

A jurisprudência entende que tanto os responsáveis pela conduta vedada, quanto aqueles que dela se beneficiaram, sujeitam-se às sanções legais.

RECURSOS ESPECIAIS CONHECIDOS COMO RECURSOS ORDINÁRIOS. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. ART. 73, I, DA LEI Nº 9.504/97. UTILIZAÇÃO. VEÍCULO. TRANSPORTE. MATERIAL. PINTURA. MURO. COMITÊ ELEITORAL. 1. A aplicação da penalidade de cassação do registro ou do diploma deve ser orientada pelo **princípio constitucional da proporcionalidade**. 2. **Comprovada a utilização de bem público em prol da campanha eleitoral da recorrente**, a multa aplicada, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não ofende o princípio da proporcionalidade. 3. **Tanto os responsáveis pela conduta vedada, quanto aqueles que dela se beneficiaram, sujeitam-se às sanções legais**, consoante o disposto nos §§ 4º e 8º do artigo 73 da Lei n. 9.504/97. 4. Recursos conhecidos como ordinários e desprovidos. (2370 TRE/RN, Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 15/09/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Volume -, Tomo 196/2009, Data 15/10/2009, Página 64)

De se destacar que se inclui nesta vedação o uso de veículos oficiais para atender a compromissos de campanha eleitoral, seja por Vereadores seja por qualquer outro servidor público, mesmo que não candidato, mas com seu conhecimento³ (excepciona-se apenas o Presidente da República, conforme disposição expressa de lei - art. 73, § 2º, da LE).

REPRESENTAÇÃO CONTRA A GOVERNADORA DO DISTRITO FEDERAL. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. USO DA MÁQUINA ADMINISTRATIVA NA CAMPANHA ELEITORAL. REUNIÃO REALIZADA EM COMITÊ ELEITORAL COM PROPRIETÁRIOS DE QUIOSQUES E TRAILERS. **UTILIZAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS E DE CARRO OFICIAL PARA A DISTRIBUIÇÃO DE CONVITES PARA A REUNIÃO.** PROMESSA DE VANTAGEM PESSOAL AOS QUIOSQUEIROS NAS VÉSPERAS DAS ELEIÇÕES. SUSPENSÃO DE DEMOLIÇÕES DE INSTALAÇÕES IRREGULARES. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 41-A DA LEI Nº 9.504/97. MULTA.41-A (1495 DF , Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 31/10/2006, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 3, Data 17/11/2006, Página 132)

REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AJUIZAMENTO NA DATA DA ELEIÇÃO. JURISPRUDÊNCIA. **UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO OFICIAL, POR SERVIDOR PÚBLICO, EM BENEFÍCIO DE CAMPANHA POLÍTICA. ART.73, INCISO I, DA LEI Nº 9504/97.** AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DIRETA DO CANDIDATO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A CARGO DA JUSTIÇA COMUM. IMPROCEDÊNCIA. (650 MS , Relator: CARLOS ALBERTO DE JESUS MARQUES, Data de Julgamento: 20/03/2007, Data de Publicação: DJ - DIÁRIO DA JUSTIÇA - 1463, Data 23/03/2007, Página 153)

Também se inclui nessa **vedação a realização de propaganda eleitoral no veículo oficial**, pois o bem público acaba sendo usado em benefício da candidatura do agente político. A propósito, o seguinte julgado:

REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA - CONDUTA VEDADA A AGENTES PÚBLICOS - ARTIGO 73, I, DA LEI N.º 9.504/97 - USO DE BEM PÚBLICO EM BENEFÍCIO DE VEREADOR CANDIDATO À DEPUTADO FEDERAL - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA.**1. O uso de placa identificadora da candidatura de Vereador - Presidente da Câmara Municipal - candidato à eleição para cargo de Deputado Federal, em veículo oficial**

³ Caso o servidor público utilize-se de carro oficial para atos de campanha sem conhecimento do candidato beneficiado não há incidência do artigo 73, I, da LE, mas sim da Lei de Improbidade Administrativa.

constitui infração eleitoral, pois que viola a igualdade de oportunidade entre os candidatos. 2. Aplicação do princípio da proporcionalidade para fixação da pena pecuniária em seu grau mínimo. 3. Representação julgada procedente. (Acórdão n. 249870 TRE/PR, Relator: JUAN DANIEL PEREIRA SOBREIRO, Data de Julgamento: 09/12/2010, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 14/12/2010)

De outro lado, não foram consideradas condutas incidentes no dispositivo em questão:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POSITIVO. MÉRITO. CONHECIMENTO. CESSÃO. USO. BEM PÚBLICO. BENEFÍCIO. CANDIDATURA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ART. 73, I, DA LEI 9.504/97. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.1. O juízo de admissibilidade positivo autoriza o julgador a conhecer o mérito do recurso especial eleitoral para lhe dar ou negar provimento, conforme o caso. Na espécie, a decisão agravada consigna que o recurso especial preenche os requisitos de admissibilidade, porém, no mérito, nega seguimento ao apelo, porquanto suas razões estão em dissonância com a jurisprudência desta c. Corte Superior.2. **O discurso feito por agente público, durante inauguração de obra pública, no qual ele manifesta sua preferência por determinada candidatura, não significa que ele usou ou cedeu o imóvel público em benefício do candidato, conduta vedada pelo art. 73, I, da Lei 9.504/97.** Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/08/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/08/2011, Página 31)

Como dito, referida conduta é proibida durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição e sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

2. Art. 73 (...)

II - “usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram.”

Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, interpretando o artigo acima, defendem que não obstante a utilização da expressão “que excedam”, seria “*inconcebível o uso desses materiais ou serviços públicos para fins particulares, mesmo que alguém das prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos*”

que integram, pois, do contrário, violaria os princípios da igualdade de oportunidades e isonomia entre os candidatos concorrentes em um pleito eleitoral. **O que não pode ser verificada é a utilização de serviços ou materiais públicos para satisfação pessoal, seja para fins particulares, pessoais ou políticos, visando à campanha eleitoral, eis que tal atitude fere o princípio da igualdade de oportunidades e isonomia entre os candidatos concorrentes em um pleito eleitoral** (“Direito Eleitoral Esquemático”, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 560).

Os autores, para fundamentar referida argumentação, apoiam-se no seguinte julgado, *in verbis*:

*“...configura abuso de autoridade a utilização por parlamentar para fins de campanha eleitoral de correspondência postada, **ainda que nos limites da cota autorizada por ato da Assembleia Legislativa, mas cujo conteúdo extrapola o exercício das prerrogativas parlamentares**”* (Recurso Especial nº 16.067/2000)

E concluem, por fim, que “*Segundo a jurisprudência do TSE, para a configuração da conduta vedada prevista no inciso II do artigo 73 é necessário: fazer referência ao pleito municipal, estadual ou presidencial em questão, à candidatura ou pedido de votos; que o serviço seja custeado pelo erário; usar materiais ou serviços públicos*” (ob. cit., p. 560).

Do quanto apresentado é de se concluir que a conduta acima descrita insere-se na proibição - geral e permanente - de utilização de verbas públicas para fins particulares.

De se notar, no entanto, que é regular e lícita a utilização pelos parlamentares de materiais ou serviços custeados pela Casa Legislativa respectiva quando empregados para a consecução de atividade parlamentar, sempre que observadas as normas que regem o emprego das verbas de custeio, as quais, diga-se, não poderão ser aumentadas no período eleitoral.

Referida conduta sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

3. “Art. 73 (...)”

*III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, **durante o horário de expediente normal**, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado”*

O dispositivo em questão veda seja o servidor ou empregado público de qualquer esfera da Federação e de qualquer um dos poderes do Estado cedido para finalidades eleitorais e, também, que os já existentes sejam utilizados em comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, **durante o horário de expediente normal**.

A respeito, pode-se citar os seguintes julgados:

REPRESENTAÇÃO. CESSÃO DE SERVIDORES. PROPAGANDA IRREGULAR. BENS PÚBLICOS. PROVA EMPRESTADA. NÃO COMPROVAÇÃO.1. A conduta ilícita prevista no art. 73, III, da Lei nº 9.504/97 cinge-se a uma circunstância temporal, ou seja, **a Lei não proíbe que servidores públicos participem de campanha eleitoral, desde que o façam fora do horário normal de expediente**. 2. Sem demonstração da existência da conduta vedada, inclusive mingando a responsabilidade do representado, a sanção indicada na inicial não há como ser acolhida, diante da necessidade da prova com fatos concretos. (12408 CE , Relator: CELSO ALBUQUERQUE MACEDO, Data de Julgamento: 20/10/2003, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 213, Data 07/11/2003, Página 104)

Recurso. Eleições 2004. Utilização de servidor público em favor de campanha. Farta prova nos autos. Interpretação ampla do art. 73, III, da Lei nº 9.504/97. Provimento negado. Nega-se provimento a recurso porquanto a norma encartada no inciso III do art. 73 da Lei nº 9.504/97, **devido ao seu alcance moral e isonômico, deve, para o fim de atingir a finalidade prevista pelo legislador eleitoral, ser interpretada de forma ampla, a fim de identificar todo e qualquer agente público que se dedique a atos de campanha política quando em horário normal de expediente, punindo com o rigor necessário os responsáveis pela conduta ilícita**. (TRE/BA, RE 7622 BA , Relator: CYNTHIA MARIA PINA RESENDE, Data de Julgamento: 10/07/2007, Data de Publicação: DPJBA - Diário do Poder Judiciário da Bahia, Data 13/07/2007)

Investigação Judicial eleitoral. Suposta prática de abuso do poder político. Realização de “happy hour” pelo Governador, candidato à reeleição, com a participação de servidores públicos estaduais. Improcedência.I - **A Lei não proíbe que servidores públicos participem de campanha eleitoral, desde que o façam fora do horário normal de expediente**. II - Não caracterização de abuso do poder político e nem ato de coação e pressão sob os servidores presentes ao evento.III - Investigação Judicial Eleitoral improcedente. (11030 CE , Relator: RÔMULO MOREIRA DE DEUS, Data de Julgamento: 12/01/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 018, Data 25/01/2007, Página 86)

Não obstante, a cassação do registro ou diploma somente se dá com **a prova do desequilíbrio gerado no pleito eleitoral**.

Eleições 2010. Campanha eleitoral. Condutas vedadas. Uso de bem e serviço de servidor público. Caracterização. **Ausência de prova da poten-**

cialidade de desequilíbrio do pleito. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Impossibilidade de aplicação da cassação de registro de candidatura. Aplicação de multa e cessação da propaganda. O uso de bem e serviço de servidor público durante a campanha eleitoral caracterizam condutas vedadas descritas na Lei das Eleições. **A ausência da prova de potencialidade de desequilíbrio do pleito impede a cassação de registro de candidatura, ante os princípios da proporcionalidade e razoabilidade determinação de cessação imediata da propaganda.** (Acórdão n. 179744 TRE/RO, Relator: CARMEN ELIZANGELA DIAS MOREIRA DE RESENDE, Data de Julgamento: 21/10/2010, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 8/11/2010)

Necessário ressaltar, no entanto, que, ao que parece, a jurisprudência entende que o **agente político**, por não possuir horário específico de expediente, não incide na vedação do art. 73, III, da Lei nº 9.504/97.

RECURSO. CONDOTA VEDADA. ART. 73, INCISO III, DA LEI N.º 9.504/97. PREFEITO MUNICIPAL. CAMPANHA POLÍTICA A FAVOR DE CANDIDATOS. EXPEDIENTE. **AGENTE POLÍTICO. FLEXIBILIDADE DE HORÁRIO.** NÃO CARACTERIZAÇÃO DA ILICITUDE. PROVIMENTO. ABSOLVIÇÃO. A disposição contida no inciso III do art. 73 da Lei n.º 9.504/97 torna defeso que servidores ou empregados públicos sejam desviados de suas atribuições durante o horário de trabalho para atuarem em campanhas políticas, em detrimento da isonomia de oportunidade das candidaturas. **O chefe do poder executivo (prefeito municipal), na condição de agente político, não se sujeita a horário fixo de expediente ou a cumprimento de carga horária, tal como servidor público em sentido *stricto sensu*, não incidindo, como conduta vedada disposta na dicção legal acima exposta, a prática de visitas políticas em favor de candidatos por ele apoiados, logicamente desde que não lance mão de serviços ou equipamentos públicos.** Inexiste, assim, desvio de funções por ser possível compatibilizar o ônus inerente ao exercício do cargo e a militância política, por não estar ele adstrito a horários fixos de expediente. Restando descaracterizada, pois, a conduta vedada, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e impor a absolvição do agente político e dos candidatos beneficiados pela prática do ato lícito. (TRE/MS, RE 306 MS, Relator: MIGUEL FLORESTANO NETO, Data de Julgamento: 17/11/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 250, Data 22/11/2010, Página 05/06)

No mesmo sentido já se pronunciou o TSE:

“Pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte foi mantida sentença julgando improcedente a representação ajuizada contra Car-

los Eduardo Nunes Alves, prefeito de Natal à época dos fatos, e Maria de Fátima Bezerra, candidata a prefeita nas eleições de 2008. O acórdão está assim ementado (fls. 136): RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CONDUTAS VEDADAS - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO - REJEIÇÃO - CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA CAMPANHA DE CANDIDATO - PREFEITO - AGENTE POLÍTICO - IMPROVIMENTO DORECURSO. A prova trazida com a representação consistia em fotos postadas em blogs, que poderiam ser conferidas nos respectivos endereços eletrônicos ou mesmo no próprio CD trazido com a inicial, não havendo necessidade de gravação, nos termos do art. 5º, § 4º, da Resolução -TSE nº 22.624/2007. Rejeição da preliminar. **Por não se tratar de servidor público em sentido estrito, mas de agente político, não há violação ao art. 73, III, da Lei nº 9.504/97, no fato de o Prefeito acompanhar candidato ao cargo de vereador em caminhada, às 10h, uma vez que não possui horários fixos de expediente.** Recurso improvido. (grifos no original) No especial, o recorrente alega violação ao art. 73, III, da Lei nº 9.504/97, porque o dispositivo não teria sido aplicado ante a participação do então prefeito em caminhada em apoio à candidata postulante ao referido cargo nas eleições de 2008. Afirma que o evento ocorreria durante o horário de funcionamento do gabinete do prefeito, conduta essa vedada aos agentes públicos pela Lei das Eleições. Requer aplicação da multa de que trata o art. 73, § 4º, aos recorridos, bem como seja cassado o registro da candidatura da recorrida. Foram apresentadas contra-razões (fls. 157-181). Manifestação da Procuradoria-Geral Eleitoral pelo não-conhecimento ou desprovimento (fls. 191-195). Foi determinada a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que o especial fosse submetido ao juízo de admissibilidade (fls. 197). Admitido o recurso pelo Presidente do TRE (fls. 200-201), o parecer ministerial foi ratificado (fls. 212). A irrisignação não merece prosperar. Consta do voto condutor do acórdão (fls. 138-139): Embora seja incontroverso que o prefeito de Natal tenha participado do evento descrito na inicial, sua mera participação não pode ser entendida como violadora do art. 73, III, da Lei nº 9.504/97, o qual estabelece ser proibido aos agentes públicos “ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado” . **Isso porque, como se sabe, o Prefeito, embora seja agente público, não é servidor público em sentido estrito, enquadrando-se na categoria de agente político, não sendo, portanto, abarcado pelo dispositivo anteriormente citado. Ademais, exatamente por ser agente político, não está o Chefe**

do Executivo sujeito a jornada de trabalho com horários prefixados, não havendo para ele “horário de expediente normal”, nos termos da dicção legal acima transcrita. Desse modo, descaracterizado descumprimento ao referido art. 73, III, da Lei das Eleições, não há sanção a ser imposta à candidata a prefeita MARIA DE FÁTIMA BEZERRA. Correto o entendimento do Tribunal *a quo*, assim como a manifestação da Procuradoria-Geral Eleitoral, a qual ressalta que o chefe do Poder Executivo é agente político e, por isso, não se sujeita às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos *stricto sensu*. Nesse sentido também há pronunciamento desta Corte, no Ag nº 4.000/PA e REspe nº 21.289/PA, DJ de 6.2.2004, relatoria do Ministro Barros Monteiro, de cujo voto condutor do acórdão extraio os trechos *verbis*: o chefe do executivo não se acha impedido de participar da seguintes campanha do seu[...] candidato à sucessão. O governador não se acha tolhido de deslocar-se em viagens para o interior do estado em período eleitoral [...]. Nem se encontra obstado de participar da campanha de seu candidato à sucessão, nem de comícios. Nego seguimento (art. 36, § 6º, do RITSE). (34978 RN, Relator: FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 10/12/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 16/12/2009, Página 22/23)

Importante atentar, ainda, que a proibição é somente no horário de expediente normal, no final de semana, fora de expediente, ou estando o servidor em férias não subsiste a vedação, conforme dispõe a Resolução nº 21.854/04 do TSE.

Assente-se, por fim, que o agente público somente poderá ser responsabilizado caso haja prova de que ciente da situação - a responsabilidade não poderá ser presumida (TSE acórdão nº 25.220/05).

Referida conduta é proibida durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição e sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

4. “Art. 73 (...)

IV – fazer ou permitir o uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público.”

Proíbe-se aqui o desvio de finalidade de programas governamentais, ou seja, sua utilização com fins promocionais.

Não significa que eventuais programas de governo devam ser interrompidos ante as eleições, mas não podem ser usados para favorecer determinado candidato ou coligação. O “uso promocional” deve ser verificado a partir do aproveitamento do candidato, partido, coligação da distribuição gratuita de bens e/ou serviços em

período eleitoral, **eis que essas distribuições são tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos, em especial, entre aqueles que concorrem à reeleição e os demais candidatos.**

A respeito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2004. CASAMENTO COMUNITÁRIO. CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO (ART. 73, IV, DA LEI Nº 9.504/97). DESCARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

- **A Lei Eleitoral não proíbe a prestação de serviço social custeado ou subvencionado pelo poder público nos três meses que antecedem a eleição, mas sim o seu uso para fins promocionais de candidato, partido ou coligação.**

- Inviável o reexame de provas nesta instância (Súmula-STF nº 279).

- Para a configuração do dissídio jurisprudencial, necessário o cotejo analítico (Súmula-STF nº 291).

Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE, Acórdão nº 5.283/04, Relator Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ 17/12/2004)

A jurisprudência, no entanto, excepciona tal vedação quando o programa ou obra já possuem previsão orçamentária.

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - INSTITUIÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL EM ANO ELEITORAL - CONSTRUÇÃO DE ABRIGO ESPECÍFICO PARA ATENDIMENTO DO PROGRAMA SOCIAL, INICIADO NO ANO DE 2007 E COM PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL 2006-2009 – DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA TANTO - EXECUÇÃO DO PROGRAMA SOCIAL EM CONTINUAÇÃO AO TÉRMINO DA OBRA - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE - INEXISTÊNCIA DE USO PROMOCIONAL DO PROGRAMA SOCIAL EM FAVOR DO CANDIDATO À REELEIÇÃO - REGULARIDADE NA DESTINAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PARA ATENDIMENTO DE PROGRAMA SOCIAL DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE VOTOS E DE CUNHO ELEITORAL - INOCORRÊNCIA DE COMPRA DE VOTOS - NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE - RECURSO DESPROVIDO. **Uma vez que houve previsão orçamentária no plano plurianual e nas leis orçamentárias municipais, nos anos que antecederam ao pleito, para a construção do abrigo ao trabalhador volante, o início do atendimento ao público ao término da referida construção (começada em 2007), constitui continuação do programa social já em andamento.** (8479 TRE/PR, Relator: IRAJÁ ROMEO HILGENBERG PRESTES MATTAR, Data de Julgamento: 07/06/2010, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 11/06/2010)

Ainda, o TSE já decidiu que bem de natureza cultural, posto à disposição de toda a coletividade, não se enquadra neste dispositivo (Acórdão nº 24.795/04).

Referida conduta é proibida durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição e sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

5. “Art. 73 (...)”

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

- a. a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;*
- b. a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;*
- c. a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;*
- d. a nomeação ou contratação necessária a instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;*
- e. a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;”*

A regra é que o administrador público fica proibido de nomear, contratar, admitir, demitir (sem justa causa), suprimir, readaptar vantagens, remover, transferir ou exonerar servidor público no período de três meses que antecede ao pleito (nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho).

O objetivo da norma é evitar o eventual prestígio que os candidatos que já exercem mandatos públicos possam adquirir em face de determinado grupo de pessoas, ferindo a isonomia necessária à realização escorreita das eleições.

Todavia, a fim de não engessar a atuação da Administração Pública a lei prevê uma série de exceções elencadas nas alíneas do inciso em comento.

Das exceções previstas em lei, interessa que, no que tange aos concursos públicos, o que se veda é a nomeação dos aprovados em concurso que não tenha sido homologado até os 3 meses anteriores ao pleito, **mas não há vedação para nomeação quando o concurso for devidamente homologado antes do pleito, nem proibição de realização de concurso durante o período eleitoral** (Acórdão nº 21.806/04 do TSE).

Referida conduta é proibida durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição e sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

6. “Art. 73, VI - Nos três meses que antecedem o pleito:

- a. Realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;*
- b. Com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;*
- c. Fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da justiça eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo”;*

De início, fixe-se que nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” do período de três meses em que as condutas acima são vedadas será o dia 7 de julho.

No que tange ao item “a”, cumpre apenas destacar que não se inserem nessa proibição as transferências obrigatórias, pois nesse caso a repartição de receitas é prevista direto no texto da Constituição Federal, representando balisa ao princípio federativo.

Ainda, ressalva-se a possibilidade da transferência voluntária⁴ quando for o caso de obrigação formal preexistente (que estão sujeitas para sua eficácia, à publicação, a qual deve ser anterior a 3 meses), por exemplo, para execução de obras já iniciadas, com cronograma já prefixado.

Quanto ao item “b”, a publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais será vedada nos 3 meses que antecedem às eleições.

Colecione-se a respeito os seguintes julgados:

⁴ Art. 25 da LC n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal): entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA. VICE-PREFEITO ELEITO NO PLEITO DE 2004. CANDIDATO A PREFEITO NAS ELEIÇÕES DE 2008. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO. BENEFICIÁRIO. NÃO PROVIMENTO.1. **Nos termos do art. 73, § 8º, da Lei nº 9.504/97, tendo sido realizada publicidade institucional em período vedado, deve ser responsabilizado não apenas o agente público que autorizou a referida publicidade, como também o agente público que dela se beneficiou.** Precedente: AgR-REspe nº 35.517/SP, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 18.2.2010.2. Na espécie, o agravante é beneficiário da prática da conduta vedada de que trata o art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, porque - na qualidade de vice-prefeito do Município de Carlos Chagas - sua imagem estava intimamente ligada à administração municipal da qual se fez a vedada propaganda institucional.3. A divulgação do nome e da imagem do beneficiário na propaganda institucional não é requisito indispensável para a configuração da conduta vedada pelo art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97. 4. Agravo regimental não provido.” (999897881 MG, Relator: Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 31/03/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 29/04/2011, Página 49)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONDUTA VEDADA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PERÍODO. PROIBIÇÃO. LEI Nº 9.504/97, ART. 73, VI, b. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. (SÚMULAS Nos 7/STJ e 279/STF). FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. DESPROVIMENTO.1. **No caso vertente, o Tribunal de origem constatou a ocorrência de publicidade institucional realizada no período vedado, por meio da divulgação do símbolo e slogan da administração municipal em cortinas de escolas públicas, uniformes estudantis e placa de projeto social, o que atrai a incidência das sanções previstas no § 4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, quais sejam, suspensão do ato e multa.**2. Não há como reformar o acórdão sem reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial. 3. Agravo regimental desprovido. (0 , Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 15/02/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 06/04/2011, Página 50)

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. SÍTIO ELETRÔNICO. PESSOA JURÍDICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. PROPAGANDA ELEITORAL NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEÇA PUBLICITÁRIA PRODUZIDA ANTES DO PERÍODOVEDADO. IRRELEVÂNCIA. AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE PELA EFETIVA APLICAÇÃO DA NORMA. ERROR IN VI-

GILANDO. CASSAÇÃO DE REGISTRO OU DIPLOMA. GRAVIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DE MULTA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Não prospera a alegação de ilegitimidade passiva de coligação e de candidato, possíveis beneficiários de publicidade institucional realizada em período vedado, o que, em tese, poderia configurar propaganda eleitoral irregular em sítio eletrônico de pessoa jurídica, eis que, mesmo que não sejam responsáveis pela produção e veiculação da matéria, são potenciais beneficiários da conduta. **A manutenção em sítio eletrônico de pessoa jurídica de propaganda institucional no período de três meses que antecedem o pleito configura conduta vedada, não sendo relevante para aplicação de sanção aos beneficiários que a matéria tenha sido produzida ou veiculada, também, antes do referido período. Não caracteriza necessariamente propaganda eleitoral a publicidade institucional que divulga atos, programas, obras e serviços da administração pública, se ausente qualquer referência expressa ou implícita à eleição ou a candidatos.** A retirada do sítio eletrônico da peça publicitária irregular não tem o condão de desnaturar o ilícito, competindo ao agente público envolvido todas as cautelas prévias tendentes a conferir efetividade à norma legal que veda a veiculação no aludido período. A aferição da eventual gravidade do caso concreto determinará a extensão da sanção aplicável, por homenagem ao princípio da proporcionalidade, não implicando a prática de conduta vedada, necessariamente, a cassação do registro ou diploma. Precedentes. (285928 MT Relator: MÁRCIO VIDAL, Data de Julgamento: 23/02/2011, Data de Publicação: DEJE - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Tomo 849, Data 16/03/2011, Página 1 a 8,)

De se apontar que a jurisprudência do TSE presume que a publicidade institucional é prejudicial ao tratamento isonômico que deve ser dado aos candidatos, considerando desnecessário o exame do elemento subjetivo do autor, ou seja, se existiu ou não intuito eleitoreiro.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. ART. 73, VI, b, LEI Nº 9.504/97. MULTA. INTUITO ELEITOREIRO. DESNECESSIDADE. DESPROVIMENTO.1. A Corte **Regional constatou a ocorrência de veiculação de publicidade institucional em período vedado, o que afeta, por presunção legal, a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais. É desnecessária a verificação de intuito eleitoreiro.**2. Não se evidencia a divergência jurisprudencial, ante a ausência de similitude fática entre as hipóteses confrontadas. 3. Agravo regimental desprovido. (71990 MS, Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/08/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 22/08/2011, Página 18)

Tal proibição incide independente da data da autorização para a veiculação da propaganda, **ou seja, mesmo que a autorização para sua veiculação tenha ocorrido antes dos 3 meses anteriores ao pleito.**

“Recurso Especial. Conduta vedada (art. 73, VI, b, Lei nº 9.504/97).

Para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, basta a veiculação da propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período.

Não se verifica a divergência jurisprudencial quando o entendimento constante dos acórdãos paradigmas já se encontra superado.

Recurso Especial conhecido e desprovido.” (REspE n. 25.096/05, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, DJ 16/09/2005)

Lembrar que a vedação aplica-se apenas na circunscrição que ocorrerá a eleição, assim, havendo eleições municipais, não há que se falar em vedação da publicidade institucional do Estado e da União.

Interessante a questão a respeito da possibilidade de divulgação de feitos de parlamentares no site da respectiva Casa Legislativa ou mesmo por informativos que já venham sendo distribuídos pelos mesmos no curso do mandato parlamentar – observado o limite de gastos, que não poderá aumentar no período eleitoral.

Sobre o tema, prepondera a opinião que tal conduta não é vedada, desde que se trate de atuação parlamentar, nos limites regimentais **e desde que não adquira conotação de propaganda eleitoral**, ou seja, não pode se afastar a divulgação de atos parlamentares realizados ao longo do mandato, desde que dentro dos limites legais.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. DIVULGAÇÃO DA ATUAÇÃO DE DEPUTADO ESTADUAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONOTAÇÃO ELEITORAL DA PROPAGANDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. **Nos termos da jurisprudência do e. TSE “não caracteriza a conduta vedada descrita no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, a divulgação de feitos de deputado estadual em sítio da internet de Assembléia Legislativa. A lei expressamente permite a divulgação da atuação parlamentar à conta das câmaras legislativas, nos limites regimentais (art. 73, II, da Lei nº 9.504/97).”** (REspe nº 26.910/RO, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 19.12.2006).

2. A moldura fático-jurídica que exsurge do v. acórdão regional não permite aferir a conotação eleitoral do material publicitário. Decidir contrariamente - sob a alegação de que a publicidade da atuação parlamentar exerce forte influência sobre o eleitorado - demandaria o reexame de fatos e de provas, inviável em sede de recurso especial conforme a

Súmula no 7/STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. Agravo regimental desprovido. (AREspE nº 27139, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 06/08/2008)

“RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA (§ 3º DO ART. 36 DA LEI Nº 9.504/97). DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS ANTES DO PERÍODO PERMITIDO. DIVULGAÇÃO DE ATUAÇÃO COMO PARLAMENTAR. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE PROPAGANDA VEDADA.

1. É assente no TSE que, nos três meses que antecedem às eleições, não se considera propaganda vedada pelo inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97 a divulgação, pelo parlamentar, de sua atuação no cargo legislativo.

2. Maior razão há em se afastar a incidência do § 3º do art. 36 da Lei das Eleições, no caso de veiculação de informativo, no qual o parlamentar divulga suas realizações em período anterior àquele da eleição.

3. Não-configurada a propaganda extemporânea, afasta-se a sanção de multa.

4. Recurso provido.” (REspE nº 26251, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, v.u., DJ 24/04/2007)

“Eleições 2006. Deputado estadual. Atuação parlamentar. Divulgação. Internet. Sítio da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Propaganda Institucional. Ausência. Conduta vedada (art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97). Descaracterização. Juiz auxiliar. Competência.

– **Não caracteriza a conduta vedada descrita no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, a divulgação de feitos de deputado estadual em sítio da internet de Assembleia Legislativa.**

– A lei expressamente permite a divulgação da atuação parlamentar à conta das câmaras legislativas, nos limites regimentais (art. 73, II, da Lei nº 9.504/97).

– **“O que se veda - na esteira da Res./TSE 20.217 - é que a publicação tenha conotação de propaganda eleitoral, a qual, portanto, há de aferir-se segundo critérios objetivos e não conforme a intenção oculta de quem a promova”** (REspe nº 19.752/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

– O juiz auxiliar é competente para julgar as representações e reclamações por descumprimento da Lei nº 9.504/97, e aplicar as sanções correspondentes (art. 96, § 3º, da Lei das Eleições).

– Recurso provido, para afastar a pena de multa. (TSE, REspE nº 26.875/06, Rel. Min. José Gerardo Grossi, v.u., DJ 19/12/2006)

Aliás, a respeito, cumpre citar também a Resolução nº 20.217 do TSE, de 02/06/1998, citada como fundamento dos julgados acima elencados:

“Deputados. Trabalhos Gráficos. Possibilidade de que sejam fornecidos pela Câmara, no ano eleitoral, desde que relativos à atividade parlamentar, e com obediência às normas estabelecidas em ato da Mesa, vedada sempre qualquer mensagem que tenha conotação de propaganda eleitoral.”

Diga-se, ainda que, não obstante os Nobres Parlamentares poderem continuar divulgando suas atividades parlamentares por meio de mídias impressas (artigo 73, II), observados os limites já pontuados (regras da verba de custeio e manutenção do valor), **é entendimento já firmado por esta Procuradoria (Parecer de nº 96/2011) que nos três meses que antecedem o pleito a Câmara Municipal não poderá fazer circular jornal institucional, sob pena de ofensa ao artigo 73, VI, b.**

Deixa-se de mencionar a respeito da possibilidade de propaganda a respeito de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado por não ter interesse para a Casa, bem como a respeito de casos de grave e urgente necessidade pública, visto que a competência seria do Poder Executivo.

Com relação ao item “c”, cumpre consignar que a propaganda eleitoral é permitida a partir de 06 de julho do ano eleitoral. Qualquer propaganda veiculada em data anterior à citada será considerada propaganda extemporânea, o que é proibido por lei.

Cite-se a opinião de Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira:

“Muitos candidatos à reeleição ou candidatos agentes públicos usam órgãos oficiais para se autopromover, facilitar a publicação de seus ideais sob a fachada de publicidade legalizada de atos, programas, obras, serviços e campanhas.

Acontece que a Lei Eleitoral, ao proibir o pronunciamento em rádio e TV, fora do horário eleitoral gratuito, de candidatos em reeleição, igualou as oportunidades no pleito eleitoral, não podendo os candidatos que detêm os benefícios da máquina administrativa possuir vantagem em relação aos demais candidatos que entrarão para disputa no pleito.

Contudo, como não podemos padronizar as condutas vindouras de uma esfera da administração pública, o legislador permitiu uma ressalva, ou seja, dentro dos 3 meses que antecedem às eleições, o candidato à reeleição poderá pronunciar em cadeia de rádio e TV, fora do horário de propaganda eleitoral gratuita, para tratar de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo

O que vem a ser matéria urgente e relevante?

Entendemos que são todas aquelas de cunho essencial, assim estabelecidas como matérias de dano irreparável, tais como sobrevivência, saúde ou segurança da população.

Mas isso não basta. Além da matéria ter cunho relevante e urgente, deve ser característica das funções do governo, leia-se atinentes à função realizada pelo crivo da Justiça Eleitoral.”

7. *“Art. 73 (...)*

VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.”

A Procuradoria desta Edilidade já fixou orientação sobre a questão dos limites de gastos com publicidade em ano eleitoral, razão pela qual se deixa de abordar novamente a questão, remetendo-se os interessados ao Parecer nº 369/11.

8. *“Art. 73. (...)*

VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.”

Proíbe-se revisão de remuneração de servidores superiores à recomposição da perda do poder aquisitivo (correção monetária) a partir do prazo de 180 dias anteriores ao pleito até a data da posse dos eleitos. Nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” da vedação será dia 10 de abril.

Tal prazo encontra-se em perfeita harmonia com aquele fixado no parágrafo único do art. 21 da LC n. 101/2000 (LRF), que prevê prazo idêntico.

Na consulta n. 782/2002 o Ministro Fernando Neves do Tribunal Superior Eleitoral consignou que *“a Revisão Geral de Remuneração deve ser entendida como o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objeto corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas”*.

O descumprimento dessa norma acarretará a suspensão imediata da conduta vedada e sujeitará os responsáveis à multa e cassação do registro de candidatura ou diploma.

Para maiores esclarecimentos a respeito do presente inciso, remete-se ao já citado parecer do I. Procurador Carlos Eduardo de Araújo.

9. *Art. 73 (...)*

§ 10 – “No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

§ 11. Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.”

Trata-se de proibir a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública **a partir do dia 1º de janeiro do ano eleitoral**, exceto em caso de calamidade pública, estado de emergência e programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

O objetivo é vedar que o agente público valha-se de recursos públicos para favorecer candidato em campanha eleitoral já detentor de mandato eletivo e em busca da reeleição.

Segundo Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira *“a máquina administrativa não pode parar. Os serviços essenciais terão continuidade, mesmo no caso de período eleitoral. A distribuição regular de bens, valores ou benefícios, tais como merenda escolar, vacinações, assistência judiciária gratuita etc., não é proibida, mas sim, o uso promocional e político realizado a partir desses serviços. Também não está proibida a continuidade da distribuição gratuita de bens ou benefícios que já vinha sendo realizada. Programas de assistência alimentar, prestação de serviços de assistência médica e odontológica, distribuição gratuita de medicamentos podem e devem continuar a ser realizados. No entanto, é proibido seu aproveitamento para se realizar qualquer espécie de propaganda eleitoral”* (Direito Eleitoral Esquemático, Saraiva, São Paulo, p. 586).

Referida conduta sujeita o infrator – agente público – à pena de multa e cassação de registro da candidatura ou diplomação, observado o princípio da proporcionalidade.

Para maior detalhes a respeito mister remeter o interessado ao parecer do I. Procurador Carlos Eduardo de Araújo, já mencionado.

10. Art. 74.

“Configura abuso de autoridade, para fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.”

O objetivo do dispositivo é impedir que propaganda eleitoral seja veiculada disfarçadamente sob a forma de propaganda institucional autorizada pelo artigo 37, § 1º, da Constituição Federal (*“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter **caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos**”*).

A aplicabilidade deste artigo inicia-se com o mandato do agente público e estende-se até os 3 meses anteriores ao pleito, **quando então qualquer tipo de propaganda passa a ser vedada com base no que dispõe o artigo 73, VI, b, da LE.**

A *ratio* do dispositivo descansa no fato de que os candidatos à reeleição que se aproveitam da condição de agentes políticos para se autopromoverem às custas do erário ferem os princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade, que regem as atividades da Administração Pública.

Importante notar que a publicidade institucional, fora do período eleitoral e para os exclusivos fins de informar, educar ou orientar a população sobre ações, obras, serviços ou programas de governo é lícita, pois visa apenas dar publicidade dos atos da administração pública. **O que é ilícito é, sob este pretexto, promover a pessoa do Administrador Público, o que lhe confere vantagem frente aos demais candidatos, configurando propaganda eleitoral antecipada.**

Por esclarecedores, oferece-se os seguintes acórdãos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. CONFIGURAÇÃO. QUALQUER MEIO QUE LEVE AO CONHECIMENTO DO ELEITORADO, AINDA QUE DE FORMA DISSIMULADA, AS RAZÕES PELAS QUAIS O CANDIDATO SERIA O MAIS APTO À FUNÇÃO PÚBLICA. NÃO PROVIMENTO.1. **A propaganda eleitoral antecipada ocorre independentemente da presença do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido, podendo ser configurada por qualquer meio, até mesmo dissimulado, que leve ao conhecimento do público as razões pelas quais o candidato seria o mais apto ao exercício da função pública. Precedentes.**2. Na espécie, houve propaganda eleitoral antecipada, porquanto a manifestação pública do agravante expressou a excelência com a qual estava sendo conduzida a atual administração e fez apelo ao público presente para que fosse reforçada a aliança em torno do atual governador, por ele se mostrar o mais apto ao exercício da função pública.3. Agravo regimental não provido. (32838 CE, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/09/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 16/09/2011, Página 40-41)

REPRESENTAÇÃO. OBRA PÚBLICA. INAUGURAÇÃO. PRONUNCIAMENTO DE GOVERNANTE. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO. DESPROVIMENTO.1. Considerados os dois principais vetores a nortearem a proibição do cometimento do ilícito, quais sejam, o funcionamento eficiente e impessoal da máquina administrativa e a igualdade entre os competidores no processo eleitoral, a configuração de propaganda eleitoral antecipada independe da distância temporal entre o ato impugnado e a data das eleições ou das convenções partidárias de escolha dos candidatos.2. **Nos termos da jurisprudência da Corte, deve ser entendida como propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que somente postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública.**3. *Conforme jurisprudência da Corte,*

“a fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação” (Recurso Especial Eleitoral nº 19.905/GO, DJ de 22.8.2003, rel. Min. Fernando Neves).4. O caráter oficial de evento exige de qualquer agente público ou político redobrada cautela para que não descambe em propaganda eleitoral antecipada atos legitimamente autorizados como a inauguração e entrega de obras públicas. **5. Configura propaganda eleitoral antecipada reação à manifestação popular, ainda que surgida espontaneamente entre os presentes a evento, que leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, eventual candidatura, mesmo que somente postulada.**6. Recurso desprovido.(1406 DF , Relator: Min. JOELSON COSTA DIAS, Data de Julgamento: 06/04/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 10/05/2010, Página 28)

Aponte-se, que é considerada propaganda eleitoral antecipada não só condutas que visem a promoção de determinada candidatura, mas também àquelas críticas realizadas em face de outros candidatos tendo em vista o futuro pleito político. A propósito:

Propaganda eleitoral antecipada.1. Não há violação ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral, pois a Corte de origem, de forma fundamentada, assentou que, segundo a Lei nº 9.504/97, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição, não prevendo marco temporal anterior.2. **Configuram propaganda eleitoral antecipada negativa críticas que desbordam os limites da liberdade de informação, em contexto indissociável da disputa eleitoral do pleito vindouro.** Agravo regimental a que se nega provimento. (3967112 MG, Relator: Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Data de Julgamento: 10/02/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 05/04/2011, Página 50-51)

O quanto aqui apresentado deve ser aplicado para os jornais informativos e qualquer tipo de mídias utilizadas pelos órgãos públicos para fazer a propaganda institucional.

Assim, se publicado três meses antes do pleito, mas ater-se às recomendações do artigo 37, § 1º da Constituição Federal, não incide qualquer proibição. Todavia, desviando-se destes parâmetro poderá ser considerado propaganda eleitoral antecipada, lembrando-se, ainda, que no período de 3 meses antes do pleito qualquer propaganda que utilize recursos públicos é vedada (art. 73, VI, b, da LE).

Sobre a matéria pertinente transcrever o entendimento de Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira no sentido de que

“É perfeitamente possível o candidato, ainda que à reeleição, fazer jornais, impressos, santinhos ou informativos com todas as obras e projetos sociais de sua gestão anterior, desde que:

- a) Insira no impresso o CNPJ ou CPF do responsável pela confecção;
- b) Insira no impresso o nome e o CNPJ do contratante (candidato ou partido);
- c) Facultativo: se for colocado o nome da coligação no impresso, devem constar todos partidos que a integram, caso a eleição seja majoritária; se proporcional, somente o nome da coligação e o seu partido (art. 6º, §2º, da Lei n. 9.504/97);
- d) Insira a tiragem;
- e) A publicidade seja custeada, única e exclusivamente, com recursos de campanha, bem como contabilizada na prestação de contas;
- f) Tenha apelo eleitoral;
- g) De preferência, haja a inscrição em todas as páginas do informativo da logomarca de campanha do candidato, não podendo haver frases, símbolos ou logos do órgão público que confundam de forma indevida a administração com a candidatura;
- h) Sendo candidato majoritário, conste o nome do Vice; sendo candidato a Senador, do suplente.” (*Direito Eleitoral Esquematisado*, Saraiiva, São Paulo, 2011, pp. 591-592)

Por outro lado, a jurisprudência não considerou propaganda eleitoral antecipada:

“Propaganda eleitoral antecipada.- A prestação de contas de parlamentar, ao divulgar ato atinente à obtenção de verba para município, não configura, por si só, propaganda eleitoral antecipada, se - conforme decidiu o Tribunal Regional Eleitoral - não ficaram comprovadas outras circunstâncias que possam levar à conclusão de que esse fato tenha conotação eleitoral, ainda que de forma dissimulada, ou pedido, mesmo que implícito, de votos. Agravo regimental a que se nega provimento. (203115 TER/SP , Relator: Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Data de Julgamento: 10/02/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 43, Data 07/04/2011, Página 43)

Por fim, mister lembrar que o artigo 36-A da Lei Eleitoral elenca uma série de condutas que não serão consideradas propaganda eleitoral antecipada, *in verbis*:

“Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos polí-

ticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.”

11. “**Art. 75.**

Nos três meses que antecedem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma”.

Nos três meses anteriores ao pleito o Administrador Público fica vedado de valer-se de dinheiro público, seja federal, estadual ou municipal, para contratação de shows artísticos em inaugurações de obras públicas. Nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho.

Presume-se que aquele que em atos oficiais próximos à eleição realiza inaugurações com a contratação de show artístico está, na verdade, valendo-se de dinheiro público para obter vantagens eleitoreiras, causando desequilíbrio entre os candidatos participantes do pleito.

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO, PAGO COM RECURSOS PÚBLICOS, NA REALIZAÇÃO DE INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA, NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM AS ELEIÇÕES. CONDOTA VEDADA.

1. É vedada a contratação, nos três meses que antecedem a qualquer das eleições (federal, estadual e municipal), a contratação, e portanto a realização, de shows artísticos na inauguração de obras, pagos com recursos públicos de qualquer esfera administrativa (federal, estadual ou municipal) (art. 75 da Lei 9.504/97 e o art. 377 do Código Eleitoral).

2. A legislação de regência visa evitar o abuso do poder político e preservar a igualdade dos candidatos e a normalidade do processo eleitoral.

3. Representação julgada procedente, mediante julgamento direto pelo plenário, na forma do art 12 da Resolução TSE 22.142/2006. (1219 GO, Relator: EULER DE ALMEIDA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/10/2006, Data de Publicação: SESSAO - Publicado em Sessão, Data 03/10/2006)

A sanção para referida conduta é a cassação do registro da candidatura ou do diploma.

12. “Art. 76.

O ressarcimento das despesas com o uso de transporte oficial pelo Presidente da República e sua comitiva em campanha eleitoral será de responsabilidade do partido político ou coligação a que esteja vinculado”.

Por se tratar de conduta específica do Presidente da República deixa-se de comentar o referido dispositivo.

13. “Art. 77.

É proibido a qualquer candidato comparecer, nos três meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou diploma”.

Conjugando este artigo com o já comentado artigo 75 é de se notar que o candidato, além da proibição de dispor do dinheiro público para contratação de shows artísticos em inauguração de obras públicas, **não poderá sequer comparecer ao ato nos três meses que antecedem ao pleito.** Nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho.

Importante notar que em recente alteração legislativa (Lei nº 12.034/09) o dispositivo em questão deixou de dirigir a proibição apenas para o Chefe do Poder Executivo, estendendo-a a **“qualquer candidato”, o que significa que a vedação atinge também os agentes políticos pertencentes ao Poder Legislativo.**

Outra alteração propiciada pela Lei nº 12.034/09 no dispositivo em comento foi substituir a conduta “participação” por “comparecimento”, de modo que não é necessário que o agente político atue de forma ativa na inauguração da obra, basta sua mera presença no local. *“Portanto, atualmente, a simples presença física do candidato, sem nenhuma manifestação de caráter eleitoral, basta para caracterização da conduta – foi o que nos propôs a Lei n. 12.034/2009 com a nova redação do caput do art.77. Assim, o que era divergente para o TSE e de interpretação inexata para os candidatos, entre saber se poderiam ou não simplesmente comparecer ao local da inauguração de obra pública, sem sequer emitir opinião ou participar de algum modo, agora está terminantemente proibido, porquanto a norma do art. 77 alterou a vedação de “participar” para “comparecer”, tornando ainda mais rígida a conduta.”* (Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, Direito Eleitoral Esquematizado, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 608-609)

Há que se observar, no entanto, que não obstante o rigor doutrinário na interpretação de referido dispositivo, em especial após a alteração promovida pela Lei Federal nº 12.034/09, encontra-se na jurisprudência certo temperamento à conduta, **que é apreciada tendo em conta a obtenção de eventual vantagem político-eleitoral com a participação no evento.** Cite-se os seguintes julgados:

“RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECEBIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. ART. 77 DA LEI 9.504/97. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. DEMONSTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NÃOPROVIMENTO.

1. Cabe recurso ordinário contra decisão que versa sobre expedição de diploma em eleições federais e estaduais (art. 276, II, a, do Código Eleitoral). Na espécie, é admissível o recebimento do recurso especial como recurso ordinário por aplicação do princípio da fungibilidade.

2. A disciplina das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral visa coibir a utilização da máquina administrativa em benefício de determinada candidatura, o que não se verifica na espécie. Na espécie, o candidato compareceu à inauguração de obra promovida pelo seu adversário político, mas não auferiu vantagem político-eleitoral com o evento. Não incide, por isso, a sanção prevista no art. 77, parágrafo único, da Lei 9.504/97.

3. Recurso ordinário não provido. (REspE nº 646984 SP, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/06/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 24/8/2011, Página 12)

REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA. ARTIGO 77 DA LEI Nº 9.504/97. PRELIMINARES DE NULIDADE DO FEITO E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. REJEITADAS. COMPARECIMENTO DE VEREADOR À INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. EVENTO RESTRITO. PERMANÊNCIA POR BREVE PERÍODO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE CANDIDATOS. GRAVIDADE NÃO CARACTERIZADA. REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. - Não existe qualquer vício em processo decorrente de iniciativa de servidor do Cartório Eleitoral que recebe denúncia anônima e a encaminha ao Juiz Eleitoral para as providências cabíveis.II - Não configura instauração de procedimento punitivo *ex officio* a arrecadação de dados e a comunicação destes ao *parquet* para que, caso entenda necessário, represente perante o juízo competente.III - Não há falar-se em perda superveniente do objeto de representação ajuizada contra candidato não eleito com base no artigo 77 da Lei das Eleições. Isso porque a Lei Complr nº 64/90, alterada pela LC nº 135/2010, no seu artigo 1º, inc. I, alínea j, estabelece que os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, são inelegíveis pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição.77Lei das Eleicoes64135I V - **Não há potencialidade lesiva, do ponto de vista do equilíbrio do pleito e da isonomia de oportunidades, na conduta**

de candidato que comparece a evento restrito, fechado ao público em geral, por breve período, e não participa de qualquer ato solene.V - A ausência da mínima vantagem de natureza eleitoral retira a gravidade do fato e descaracteriza a conduta do art. 77 da Lei das Eleições VI - Representação julgada improcedente.(519389 GO , Relator: ADEGMAR JOSÉ FERREIRA, Data de Julgamento: 28/02/2011, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 039, Tomo 1, Data 3/3/2011, Página 2-3)

Trata-se de Representação promovida pelo MINIISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL em face de KARLOS MÁRCIO VIEIRA CABRAL, candidato a Deputado Estadual nas Eleições de 2010, pela prática da conduta vedada a agente público em campanha prevista no art. 77 da Lei nº 9.504, de 30.09.1997, com redação dada pelo art. 3º da Lei nº 12.034, de 29.09.2009. Consoante se depreende da peça inaugural, o representado “compareceu, no dia 30.07.2010, na cerimônia de inauguração da Agência da Caixa Econômica Federal localizada na Avenida São João, s/n, Quadra 43, Lotes 7, 8 e 9 - Jardim Goiás,Rio Verde/GO” . O representante consignou que “como se verifica da nova redação do dispositivo legal, a partir da Lei nº 12.034/2009, o simples comparecimento (presença) do candidato em inauguração de obra pública (fato objetivo) configura a conduta vedada em questão, não havendo mais necessidade de que o candidato participe ativamente do evento para que se configure o ilícito eleitoral”. Ao final, pediu o regular processamento do feito, pelo rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18.05.1990, findo o qual seja julgada procedente a representação para cassar o registro ou o diploma do candidato, com fundamento no parágrafo único do art. 77 da Lei nº 9.504/97. Em sua peça de rebate (fls. 26-39), a defesa agitou a ausência de prova pré-constituída e a falta de adequação do fato à conduta descrita no art. 77 da Lei nº 9.504/97. Juntou os documentos de fls. 36-39. Pediu o acolhimento dos fundamentos da defesa e, de consequência, a improcedência da representação. Nas alegações finais (fls. 113-118), o representante, por reconhecer que “diversas circunstâncias peculiares do presente caso concreto, devidamente comprovadas pela defesa do representado, estão a afastar a aplicação do comando normativo do art. 77 da Lei nº 9.504/97 “, pugnou pela improcedência do pedido deduzido na inicial. Já o representado reafirmou os fundamentos e os pedidos da defesa. É o relatório. Decido. Primeiramente, anoto que a prova pré-constituída não é requisito para a propositura de representação por descumprimento da Lei nº 9.504/97, ante a incidência conjugada do art. 96, e seus parágrafos, deste diploma normativo, e do art.22, e incisos, da Lei Complementar nº 64/90. Dessarte, a suficiência probatória, em feitos dessa classe, é matéria meritória, não havendo que se falar

em extinção do processo sem resolução do mérito quando não se verifica uma ou mais das hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil. Isso dito, vejo acerto na manifestação ministerial, por ocasião das alegações finais, ao pugnar pela improcedência da representação. **Inobstante a conduta narrada na inicial amoldar-se em tese à descrição da regra aplicável, o caso sob apreço de fato revela circunstâncias que afastam a penalidade prevista. Duas, em especial. A primeira é que não houve potencialidade lesiva na conduta, do ponto de vista do equilíbrio do pleito e da isonomia de oportunidade entre os candidatos, pois há nos autos demonstração suficiente que a inauguração consubstanciou evento restrito, fechado ao público em geral, não tendo o candidato auferido objetivamente dividendo de conteúdo eleitoral. Ora, a ausência desse elemento descaracteriza a conduta do art. 77, a teor de iterativa e uniforme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não revista com a vigência da Lei nº 12.034/09. Demais disso, demonstrou-se nos autos que o representado moveu-se por nítido interesse familiar, já que suas irmãs são empregadas da entidade, afastado neste caso o necessário propósito eleitoral na conduta, para ensejar a reprimenda contida no parágrafo único do art. 77, da Lei nº 9.504/97.** Com esses fundamentos, e com fulcro no art. 47, XIX, do RITREGO, acolho parecer ministerial e, por decisão monocrática, julgou improcedente a representação, na linha de iterativa e uniforme jurisprudência regional e superior. Publique-se. Registre-se. Intime-se. (519122 GO , Relator: ADEGMAR JOSÉ FERREIRA, Data de Julgamento: 25/01/2011, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 014, Tomo 1, Data 27/01/2011, Página 1)

Também há julgado ressaltando a necessidade de haver dinheiro público envolvido para que a obra seja considerada pública e, portanto, o comparecimento em sua inauguração seja vedado.

Recurso Eleitoral Ordinário em Ação de Investigação Judicial por ofensa ao art. 77 da Lei n.º 9.504/97, participação de candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito em inauguração de suposta obra pública. **Para ensejar a vedação legal contida no art. 77 da Lei n.º 9.504/97 é necessário a comprovação de que dita obra pública seja custeada pelos cofres públicos. Não havendo participação do dinheiro público na obra não há vedação legal.** Recurso conhecido e improvido. (2158 TRE/PA , Relator: ALBANIRA LOBATO BEMERGUY, Data de Julgamento: 06/07/2006, Data de Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Volume CJ1, Data 12/07/2006, Página 14)

A proibição em pauta incide exclusivamente no período de três meses anteriores ao pleito e acarreta ao infrator a cassação do registro ou diploma. Nas eleições a serem realizadas em 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho.

III. Conclusão

As considerações tecidas no presente parecer foram realizadas a partir de um estudo abstrato das normas legais que estabelecem restrições à conduta dos agentes públicos em ano eleitoral.

Pretendeu-se apresentar um panorama geral de tais normas, que possa servir de diretriz à prática de atos administrativos no âmbito da Edilidade paulistana em ano eleitoral.

Esclareça-se, no entanto, que não se pretendeu esgotar o tema, até porque se afigura inimaginável todas as hipóteses que podem se apresentar concretamente.

Nesse passo, sugere-se que situações que porventura venham a apresentar-se e cujas peculiaridades mostrem-se relevantes, sejam submetidas à análise pontual e específica desta Procuradoria.

Para facilitar a consulta ao presente parecer, segue abaixo um resumo das conclusões alcançadas:

- I. Não pode a Administração Pública ceder a utilização, ou ela mesma se utilizar, de bem público pertencente a qualquer das esferas da Federação, **em benefício de candidato, partido político ou coligação, em época de campanha eleitoral** (do registro da candidatura até a eleição). **Inclui-se nesta vedação o uso de veículos oficiais para atender a compromissos de campanha eleitoral, bem como a realização de propaganda eleitoral no veículo oficial**, pois o bem público acaba sendo usado em benefício da candidatura do agente político (ver item I.1);
- II. É proibido usar materiais ou serviços custeados pelos Governos ou Casas Legislativas para fins particulares, **mesmo que alguém das prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos Órgãos que integram. Exclui-se de tal proibição a utilização de tais materiais e serviços para os fins exclusivos de exercício do mandato, observando sempre as normas que regulamentam a utilização das verbas de custeio, as quais não poderão ter seus valores aumentados no período eleitoral** (ver item I. 2);
- III. Não pode o servidor ou empregado público de qualquer esfera da Federação e de qualquer um dos poderes do Estado ser cedido para finalidades eleitorais e, também, os já existentes não podem ser utilizados em comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, **durante o horário de expediente normal**. Se no final de semana, fora de expediente, ou estando o servidor em férias não subsiste a vedação. **O TSE já se pronunciou que o agente político, por não**

- possuir horário específico de expediente, não incide essa vedação.**
A conduta em questão é proibida durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição (ver item I.3);
- IV. **É proibido o desvio de finalidade de programas governamentais, ou seja, sua utilização com fins promocionais, durante a época de campanha eleitoral, ou seja, desde o registro da candidatura até a eleição, eis que essas distribuições são tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos, em especial, entre aqueles que concorrem à reeleição e os demais candidatos** (ver item I.4);
- V. A regra é que o administrador público fica proibido de nomear, contratar, admitir, demitir (sem justa causa), suprimir, readaptar vantagens, remover, transferir ou exonerar servidor público no período de três meses que antecedem ao pleito (nas eleições de 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho), fora das hipóteses previstas em lei. Dentre essas exceções, interessa que, no que tange aos concursos públicos, o que se veda é a nomeação dos aprovados em concurso que não tenha sido homologado até os 3 meses anteriores ao pleito, **mas não há vedação para nomeação quando o concurso for devidamente homologado antes do pleito, nem proibição de realização de concurso durante o período eleitoral** (ver item I.5);
- VI. Só será possível transferências voluntárias⁵ de outros entes da Federação quando for o caso de obrigação formal preexistente (que estão sujeitas para sua eficácia, à publicação, a qual deve ser anterior a 3 meses do pleito – nas eleições de 2012, anteriores à 7 de julho), por exemplo, para execução de obras já iniciadas, com cronograma já prefixado (ver item I.6);
- VII. A publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais será vedada nos 3 meses que antecedem às eleições (nas eleições de 2012 o termo “a quo” será dia 7 de julho). Tal proibição incide independente da data da autorização para a veiculação da propaganda, **ou seja, mesmo que a autorização para sua veiculação tenha ocorrido antes dos 3 meses anteriores ao pleito. Incide nesta proibição a publicação de jornal institucional pela Câmara Municipal de São Paulo** (ver item I.6);
- VIII. **É vedado realizar, em ano de eleição despesas com publicidade dos Órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. A propósito do limite**

⁵ Art. 25 da LC n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal): entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

máximo de gastos com publicidade, no final de 2011, a Câmara Municipal de São Paulo realizou consulta ao TRE/SP, nos termos do parecer nº 369/11 (ver Item I.7);

- IX. É proibida a revisão de remuneração de servidores superiores à recomposição da perda do poder aquisitivo (correção monetária) a partir do prazo de 180 dias anteriores ao pleito até a data da posse dos eleitos – nas eleições de 2012 o prazo limite será o dia 10 de abril (ver Item I.8);
- X. É proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública **a partir do dia 1º de janeiro do ano eleitoral**, exceto em caso de calamidade pública, estado de emergência e programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior (ver item I. 9);
- XI. É lícita a publicidade institucional, **fora do período eleitoral** e para os exclusivos fins de informar, educar ou orientar a população sobre ações, obras, serviços ou programas de governo, pois visa apenas dar publicidade dos atos da administração pública. **Será ilícito, no entanto, se sob este pretexto, gerar promoção da pessoa do Administrador Público, o que lhe confere vantagem frente aos demais candidatos, configurando propaganda eleitoral antecipada** (ver item I.10);
- XII. Nos três meses anteriores ao pleito o Administrador Público fica vedado de valer-se de dinheiro público, seja federal, estadual ou municipal, para contratação de shows artísticos em inaugurações de obras públicas. O termo “a quo” de referida vedação nas eleições a serem realizadas em 2012 será dia 7 de julho (ver item I.11);
- XIII. **É proibido a qualquer candidato comparecer, nos três meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.** O termo “a quo” de referida vedação nas eleições a serem realizadas em 2012 será dia 7 de julho (ver item I.13).

É o meu parecer que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2012.

Carolina Canniatti Ponchio

Procuradora Legislativa – RF nº 11.153

OAB/SP nº 247.170

Legislação Eleitoral e Limitações Incidentes sobre a Atividade Legislativa – Parecer Procuradoria nº 40/12

Carlos Eduardo de Araújo¹

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria por parte da Presidência da Câmara Municipal de São Paulo acerca das eventuais limitações incidentes sobre a atividade legislativa e as cautelas a serem adotadas de forma a evitar possíveis irregularidades ou ilegalidades na tramitação e aprovação dos diversos projetos de lei desta Casa, tendo-se em vista que neste ano de 2012 serão realizadas eleições municipais e a legislação vigente estabelece limitações às atividades dos Agentes Públicos, dentre os quais se inserem os detentores de mandato eletivo (art. 73, § 1º, da Lei Federal nº 9.504/1997, com a redação conferida pela Lei Federal nº 11.300/2006).

Para o devido estudo deste assunto procederemos a uma divisão do tema em tópicos a fim de facilitar e promover a sua plena compreensão.

A) Despesas com pessoal e revisão de remuneração de servidores públicos

De acordo com o parágrafo único do art. 21 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) é nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal nos 180 dias antes do final do mandato, aplicável expressamente ao Prefeito e à Câmara Municipal (art. 20).

Já no que se refere à revisão de remuneração dos servidores públicos, o inciso VIII do art. 73 da Lei nº 9.504/97, a qual estabelece normas gerais para as eleições, determina que é proibido aos agentes públicos, servidores ou não, fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º (**180 dias antes da eleição**) desta Lei e até a posse dos eleitos.

Acerca do tema, vale a pena transcrever a resposta à Consulta nº 782/2002 formulada junto ao Tribunal Superior Eleitoral:

¹ O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 2010, mediante concurso público. É graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC).

REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS – CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO – ART. 73, INC. VIII, DA LEI 9.504/97 – PERDA DO PODER AQUISITIVO – RECOMPOSIÇÃO – PROJETO DE LEI – ENCAMINHAMENTO – APROVAÇÃO.

1. O ato de revisão geral de remuneração dos servidores públicos, a que se refere o art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, tem natureza legislativa, em face da exigência contida no texto constitucional.

2. O encaminhamento de projeto de lei de revisão geral de remuneração de servidores públicos que exceda à mera recomposição da perda do poder aquisitivo sofre expressa limitação do art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504/97, na circunscrição do pleito, não podendo ocorrer a partir do dia 9 de abril de 2002 até a posse dos eleitos, conforme dispõe a Resolução/TSE nº 20.890, de 9.10.2001.

3. A aprovação do projeto de lei que tiver sido encaminhado antes do período vedado pela lei eleitoral não se encontra obstada, desde que se restrinja à mera recomposição do poder aquisitivo no ano eleitoral.

4. A revisão geral de remuneração deve ser entendida como sendo o aumento concedido em razão do poder aquisitivo da moeda e que não tem por objetivo corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de carreiras específicas.

O que o dispositivo proíbe, portanto, é a concessão geral de aumentos reais de remuneração dos servidores públicos a partir do prazo fixado no art. 7º da Lei Eleitoral, de forma que reajustes meramente inflacionários, para reposição da perda do poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, são admitidos, conforme enuncia o inciso X do art. 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, da análise de referido dispositivo, conclui Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira:

Podemos assim resumir o inc. VIII do art. 73 da Lei n. 9504/97: 180 dias anteriores às eleições está proibido o aumento salarial, na circunscrição do pleito em que estas forem ser realizadas (exemplo: eleições municipais não restringem aumento de salário de servidor público estadual). Mas isto não significa que nesse período não possa ser feita, segundo o TSE na CTA n. 782/2002, “recomposição salarial”, leia-se mera correção monetária pelos índices oficiais, pois o que a lei veda é a “revisão geral da remuneração que exceda à recomposição da perda do poder aquisitivo ao longo do ano da eleição”, ou, em uma linguagem mais simples, o aumento de vencimento disfarçado de “recomposição”. (In, Direito Eleitoral Esquemático, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 582/583.)

Parece, portanto, não haver dúvida sobre a sua incidência no processo legislativo para obstar seja a propositura, seja a aprovação de projetos de lei que tenham estes objetivos quando desrespeitados os limites temporais indicados pelos prazos

fixados nas leis para referidas hipóteses, salvaguardados, apenas, os reajustes meramente inflacionários.

B) Troféus e prêmios

De acordo com a dicção do § 5º do art. 23 da Lei Federal nº 9.504/97, com as alterações da Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, ficam vedadas quaisquer doações em dinheiro, bem como de **troféus, prêmios**, ajudas de qualquer espécie feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas e jurídicas.

A doutrina lembra que antes deste dispositivo era muito comum a oferta de troféus e prêmios por candidatos em torneios esportivos e rodeios, em troca de publicidade e promoção pessoal dos candidatos, às vezes nomeando o evento com o nome do candidato.

Tudo isto favorecia, evidentemente, os candidatos com maior poder econômico. Hoje pode até ser realizado o evento com o nome do candidato, mas está vedada a doação de dinheiro ou bens. Estende-se a proibição também a ajudas como a disponibilização de veículos, especialmente ambulâncias.

Há entendimento de que este dispositivo está equivocadamente disposto e deveria estar alinhado com o § 6º do art. 39 (é vedada na campanha eleitoral a confecção, utilização, distribuição por comitê, candidato, ou com a sua autorização (lembrando que o Tribunal Superior Eleitoral já assentou entendimento de que o consentimento pode ser dado por alguém com consentimento do candidato ou seu conhecimento presumido), de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor), pois estaria caracterizada despesa eleitoral vedada.

O dispositivo deve ser analisado ainda, sob a ótica do abuso do poder econômico, caracterizando-se como ajuda ou vantagem de qualquer espécie outorgada pelo candidato ao eleitor na forma de suposta “caridade”.

É possível inferir, portanto, que o dispositivo tem por objetivo evitar que os candidatos em melhor condição econômica façam uso de subterfúgios para agraciar o eleitor e captar o seu voto.

Dúvida pertinente tange à possibilidade ou não de concessão de honorarias pela Câmara Municipal, cuja iniciativa tenha sido de um candidato, bem como se este aspecto obsta o processo legislativo.

Adotado este contexto de interpretação a que aludimos neste ponto, é possível inferir que a simples outorga de prêmios e honorarias institucionais, custeadas pela entidade concedente e entregues em caráter despersonalizado, como ocorre na Câmara Municipal, não está alcançada por este dispositivo. Além do mais, seguindo a lógica adotada pela lei eleitoral, verifica-se que a concessão de honorarias pela Câmara Municipal já existe e possui uma sistemática consolidada no Regimento Interno da Casa há anos, o que descaracterizaria a hipótese de tentativa de captação de votos ou de campanha pré-eleitoral.

Entretanto, como a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Eleitorais são tímidas ao tratar do presente tema, não existindo qualquer orientação específica sobre a matéria, recomendamos que a instituição deixe de criar novos prêmios durante o ano eleitoral, em especial ao período que corresponde do registro da candidatura à eleição, recomendando-se, ainda, cautela nas cerimônias de entrega de títulos para que essas não se transformem em comícios ou palanque de proselitismo político-eleitoral, o que denotaria o uso da máquina pública em prol de candidato, o que é, evidentemente, vedado.

C) Distribuição gratuita de bens, valores e benefícios

O art. 73, § 10 da Lei Federal nº 9.504/97, com as alterações da Lei Federal nº 11.300, de 10 de maio de 2006 (estabelece normas gerais para as eleições) fixa que no ano em que se realizar eleição, **fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior**, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

O artigo é abrangente e no que concerne especificamente ao processo legislativo algumas importantes questões devem ser abordadas.

A primeira delas tange aos projetos de lei que cuidam de benefícios fiscais. Isto porque, embora seja competência concorrente do Legislativo e do Executivo iniciar o processo legislativo em matéria tributária, eis que nenhuma restrição se verifica quer no art. 37, quer no art. 69 da Lei Orgânica, a proposta esbarraria no disposto no art. 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/97, a qual veda a concessão de benefício fiscal em ano eleitoral.

Acerca da concessão de isenção fiscal em ano eleitoral destaque-se, ainda, o disposto no art. 42 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) combinado com o 167, inciso II da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 42. É vedado ao titular do Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenham parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Art. 167. São vedados:

(...)

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Dessa forma, verifica-se que nos últimos **8 (oito) meses do mandato**, Prefeito e Vereadores não podem contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele (mandato), ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Recentemente o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que a concessão de benefício fiscal que importe em redução do valor da dívida ativa ou dos tributos devidos pelos contribuintes é equiparada à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios atraindo, desse modo, o regramento contido no § 10 do art. 73, da Lei Federal 9.504/97. Eis o teor da consulta respondida à unanimidade pelo Tribunal Superior Eleitoral:

Município. Dívida ativa. Ano das eleições. Benefício fiscal. Conduta vedada. Caracterização.

Decorre do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 que, no ano relativo ao pleito, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública. Ao administrador público somente é dado fazer o que é autorizado em lei, tendo em conta o princípio da legalidade estrita, enquanto o particular encontra obstáculo quando existente disciplina proibitiva.

A interpretação teleológica do preceito revela a impossibilidade de a máquina administrativa ser manipulada com vistas a conquistar simpatizantes para determinada candidatura. De início, benefícios concernentes à dívida ativa do município não podem, ainda que previstos em lei, ser implementados no ano das eleições. O mesmo ocorre, no citado período, quanto à iniciativa de projeto de lei objetivando tal fim.

Sendo assim, a norma do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 é obstáculo a ter-se, no ano das eleições, o implemento de benefício fiscal referente à dívida ativa do município, bem como o encaminhamento de projeto de lei à Câmara de Vereadores, no aludido período, objetivando a previsão normativa voltada a favorecer inadimplentes. (Consulta nº 1531-69.2010.6.00.0000/DF, rel. Min. Marco Aurélio, em 20.9.2011). (grifo nosso)

A questão relativa aos programas sociais também está abarcada no art. 73, § 10, da Lei Federal nº 9.504/97, pois, segundo ele, **fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.**

Assim, percebe-se da singela leitura do citado dispositivo que os programas sociais permitidos são aqueles que já foram autorizados por lei e já estão em execução orçamentária desde o exercício anterior, não podendo *a contrario sensu* serem implementados no ano eleitoral, tendo-se em vista, ainda, o prazo aludido pelo art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal já destacado.

Nesse sentido, os acórdãos n.º 1002, proveniente do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, e 497, advindo do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, os quais destacam a necessidade dos atos e ações sociais realizados no ano da eleição estarem em execução orçamentária já no exercício anterior, demonstrando a continuidade das atividades do Poder Público.

Da doutrina, colhe-se a lição de José Jairo Gomes:

A regra é a proibição da distribuição. Assim, em ano eleitoral, a Administração Pública só pode distribuir gratuitamente bens, valores ou benefícios se ocorrer alguma das hipóteses legais especificadas, a saber: calamidade pública, estado de emergência ou existência de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. As duas primeiras devem ser demonstradas. A última, pressupõe a existência de política pública específica, em execução desde o exercício anterior, ou seja, já antes do ano eleitoral. Quer-se evitar a manipulação dos eleitores pelo uso de programas oportunistas, que, apenas para atender circunstâncias políticas do momento, lançam mão do infortúnio alheio como tática deplorável para obtenção de sucesso nas urnas. Para a configuração da hipótese inscrita no inciso IV, é preciso que o agente use “a distribuição gratuita de bens e valores” em prol de candidato. Não se exige que durante o período eleitoral o programa social antes implantado seja abolido, ou tenha interrompida ou suspensa sua execução. O que se proíbe é tão-só o seu desvirtuamento, a sua colocação a serviço de candidatura, enfim, o seu uso promocional. (In, Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 418)

Por sua vez, Olivar Coneglian adverte:

A distribuição de bens só se torna possível em três circunstâncias:
-no caso de calamidade pública;
-no estado de estado de emergência;
-quando o programa social está estabelecido em lei e já em execução orçamentária no ano anterior ao da eleição.
Para o último caso, deve-se observar que a lei e o orçamento, preexistentes ao programa, devem ter nascido no penúltimo ano anterior à eleição. Assim, na eleição de 2006, a lei criadora ou autorizadora do programa deve ser de 2004, pois o ano de 2005 é o ano da execução que permite que o programa exista em 2006. (In, Lei das Eleições comentada. 4ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 359)

Destaque-se, ainda, a seguinte decisão proveniente do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná:

REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - INSTITUIÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL EM ANO ELEITORAL - CONSTRUÇÃO DE ABRIGO ESPECÍFICO PARA

ATENDIMENTO DO PROGRAMA SOCIAL, INICIADO NO ANO DE 2007 E COM PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL 2006-2009 - DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA TANTO - EXECUÇÃO DO PROGRAMA SOCIAL EM CONTINUAÇÃO AO TÉRMINO DA OBRA - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE - INEXISTÊNCIA DE USO PROMOCIONAL DO PROGRAMA SOCIAL EM FAVOR DO CANDIDATO À REELEIÇÃO - REGULARIDADE NA DESTINAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PARA ATENDIMENTO DE PROGRAMA SOCIAL DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE VOTOS E DE CUNHO ELEITORAL - INOCORRÊNCIA DE COMPRA DE VOTOS - NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Uma vez que houve previsão orçamentária no plano plurianual e nas leis orçamentárias municipais, nos anos que antecederam ao pleito, para a construção do abrigo ao trabalhador volante, o início do atendimento ao público ao término da referida construção (começada em 2007), constitui continuação do programa social já em andamento. (RE 8479 PR. Relator: Irajá Romeo Hilgenberg Prestes Mattar, data de julgamento: 07/06/2010, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 11/06/2010)

Importante sublinhar que afora esses casos de continuidade de atuação do Poder Público, também permanecem com sua execução inalterada os serviços essenciais, ainda que durante o período eleitoral, uma vez que a máquina administrativa não pode parar. Assim, a distribuição regular de bens, valores ou benefícios, tais como merenda escolar, vacinações, etc., não é proibida, mas, sim, o uso promocional e político realizado a partir desses.

Ressalte-se, por fim, uma limitação à própria exceção do § 10, do art. 73, da Lei Federal nº 9.504/97, existente no § 11 do mesmo artigo. (Incluído pela Lei Federal nº 12.034, de 2009), no que concerne aos programas sociais, qual seja, a de que nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.

Diante de todo o exposto, conclui-se, com base na redação do art. 73, § 10 da Lei Federal nº 9.504/97, que no ano eleitoral não podem ser propostas ou aprovadas medidas legislativas que visem à implementação de programas sociais ressalvada a continuidade daqueles autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Tais aspectos, conjugados com as disposições do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, obstaculizam também a proposição e a aprovação de projetos de leis relativos à isenção fiscal no ano de 2012 (ano de eleições municipais). Contudo, os projetos de lei que tratem de isenção fiscal propostos anteriormente ao ano eleitoral, vale dizer, propostos anteriormente a 2012, poderão tramitar e serem devidamente instruídos no ano eleitoral. Todavia, só poderão ser aprovados no ano seguinte às eleições municipais, ou seja, tais proposições poderão tramitar e serem instruídas normalmente em 2012, mas só poderão ser aprovadas a partir de 2013.

Na verdade, a ressalva destacada no último parágrafo se aplica não apenas à isenção fiscal, mas também aos programas sociais, vale dizer, os projetos de lei atinentes a estas matérias propostos anteriormente a 2012 poderão normalmente tramitar e serem instruídos, mas só poderão ser aprovados no ano seguinte às eleições municipais, tendo-se em vista que não pode existir uma nova proposição de referidos temas em 2012 por todas as razões expostas ao longo do presente parecer.

D) Conclusão

Tendo-se em vista as variadas questões tratadas ao longo deste parecer, procuraremos apresentar uma síntese dos pontos estudados e das recomendações efetuadas ao longo do presente estudo.

No que concerne ao tema despesas com pessoal e revisão de remuneração de servidores públicos, concluímos que fica obstaculizada a propositura, bem como a aprovação de projetos de lei que tenham estes objetivos quando desrespeitados os limites temporais indicados pelos prazos fixados nas leis para referidas hipóteses, vale dizer, 180 dias antes do final do mandato (art. 21 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) para as despesas com pessoal e 180 dias antes da eleição (art. 7º da Lei Federal nº 9.504/1997) para a revisão de remuneração de servidores públicos, salvaguardados, apenas, os reajustes meramente inflacionários (inciso X do art. 37 da Constituição Federal).

No que se refere aos projetos de lei que cuidam da concessão de troféus e prêmios, orientamos, a luz do disposto no § 5º do art. 23 da Lei Federal nº 9.504/97, com as alterações da Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, no sentido de ser possível a simples outorga de prêmios e honrarias institucionais, custeadas pela entidade concedente e entregues em caráter despersonalizado, adotando-se, apenas, a devida cautela nas cerimônias de entrega de títulos para que essas não se transformem em comícios ou palanque político-eleitoral, o que denotaria o uso da máquina pública em prol de candidato, o que é, evidentemente, vedado.

Recomendamos, ainda, que como não há uma orientação específica sobre a matéria por parte dos Tribunais Eleitorais, que a instituição deixe de criar novos prêmios durante o ano eleitoral.

No que tange aos projetos de lei que tratam de programas sociais, enunciamos com base na redação do art. 73, § 10 da Lei Federal nº 9.504/97, que no ano eleitoral não podem ser propostas ou aprovadas medidas legislativas que visem à implementação de programas sociais ressalvada a continuidade daqueles autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Tais aspectos, conjugados com as disposições do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, obstaculizam também a proposição e a aprovação de projetos de leis relativos à isenção fiscal no ano de 2012 (ano de eleições municipais).

Ressalte-se, contudo, que para todos os casos acima mencionados, as restrições temporais não impedem a instrução de projetos de lei que tenham sido propos-

tos anteriormente às limitações temporais impostas, lembrando-se apenas que sua aprovação fica condicionada ao escoamento dos prazos respectivos.

Permanecemos à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Carlos Eduardo de Araujo

Procurador Legislativo

OAB/SP 256.848

RF 11.341

Considerações sobre os Efeitos Jurídicos da Lei Federal nº 12.690/12, que Dispõe sobre a Organização e o Funcionamento das Cooperativas de Trabalho – Parecer Procuradoria nº 227/12

Carlos Benedito Vieira Micelli¹

Conceição Faria da Silva²

Atendendo à solicitação do Sr. Presidente da Comissão de Julgamento de Licitações expomos nosso Parecer a respeito da matéria e, dada a complexidade do assunto, submetemos à apreciação de V. Sa.

I. Introdução

Primeiramente, o regime jurídico das Cooperativas de Trabalho foi alterado, e passando a ser regulado pelo diploma nº 12.690 de 19 de julho de 2012.

Tal norma em seu artigo 1º, parágrafo único, expressamente diz que estão excluídas do seu âmbito as cooperativas de transportes que atuem em setor regulamentado pelo poder público, as cooperativas de profissionais liberais que atuem em seus próprios estabelecimentos, as cooperativas de médicos cujos honorários são pagos por procedimento e as cooperativas de assistência à saúde, sendo que esta última tem seu regime previsto na legislação de saúde complementar.

No que tange à natureza jurídica das cooperativas, como gênero, as cooperativas são uma forma livre de associação de pessoas com natureza civil, não sujeita a falência, com objetivos comuns, constituída para prestar serviços aos seus associados, que se distingue das demais sociedades por possuir características próprias: ter o cooperado como sócio e principal beneficiário, adesão voluntária, singularidade do voto nas Assembléias (gestão democrática), não auferimento de lucro e sim sobras líquidas, dentre outras elencadas nos arts. 3º e 4º da Lei nº 5.764/71. Este é a cooperativa gênero.

¹ O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em março de 2011, mediante concurso público. É graduado em Direito e Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Araraquara. Foi advogado da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, da Fundação Pró-Sangue – Hemocentro de São Paulo e do escritório Lobregat Advogados

² A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em agosto de 2008, mediante concurso público. Está lotada no Setor de Contratos e Licitações e designada como membro da Comissão Permanente de Julgamento de Licitações. É graduada em Direito pela Universidade Paulista e Pós Graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura

A Cooperativa de Trabalho, que é a modalidade de cooperativa regulamentada pela Lei Federal nº 12.690/12, é a entidade constituída **por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho** (art. 2º, *caput*).

Assim, não são para todas e quaisquer cooperativas que a referida Lei deverá ser aplicada e sim apenas para as Cooperativas de Trabalho que podem ser tanto cooperativas de produção como cooperativas de serviços (art. 4º).

As **cooperativas de produção** são aquelas constituídas por sócios que contribuem com o trabalho para **a produção em comum de bens e a cooperativa detém os meios de produção** (art. 4º, inciso I). Deste modo, estariam excluídas as cooperativas que apenas distribuam ou de outra forma comercializem os produtos, mas que não forneçam aos seus cooperados os meios de produção para transformação e realização dos bens.

As **cooperativas de serviço** são as constituídas por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego (art. 4º, inciso I), não podendo de qualquer maneira ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada, por vedação expressa do artigo 6º da Lei.

Note-se que, de acordo com a Lei, ambas as modalidades devem garantir aos seus sócios cooperados retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; duração de trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais; descanso semanal remunerado, férias; adicional noturno; insalubridade e periculosidade e seguro acidente do trabalho (art. 7º e incisos); bem como observar as normas de saúde e segurança do trabalho (art. 8º).

Observe-se que, para as Cooperativas de Trabalho, na modalidade de serviço, a não observância das normas de saúde e segurança do trabalho causam a **responsabilidade solidária** para aqueles que se utilizem dos serviços que forem prestados no seu estabelecimento ou em local por estas determinados. Com isto, a solidariedade está instituída **por lei** (art. 9º).

Não obstante, há que se frisar que a lei prevê que as **cooperativas de trabalho/cooperativas de serviço que intermediarem mão de obra subordinada e os contratantes dos seus serviços** estarão sujeitos a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhadores prejudicados, valor dobrado em caso de reincidência (art. 17 § 1º).

A Lei, de forma didática, define, ainda, o que seria entendido por intermediação de mão de obra, considerando intermediação as atividades não identificadas com o objeto social da cooperativa ou mesmo que identificadas, estas atividades não estejam submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ou ao prazo estipulado para realização destas atividades, sendo que esta coordenação deverá ser eleita pelos sócios em reunião específica, conforme os requisitos constantes no art. 7º, § 6º, da Lei.

II. Da admissão de cooperativas de trabalho nos procedimentos licitatórios

A Constituição Federal no artigo 174, § 2º, determina que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Este dispositivo constitucional é o que disciplina e serve de base normativa para edição de normas para cooperativismo. A presente Lei que regulamenta as Cooperativas de Trabalho parece fulcrada neste dispositivo. Deste modo, fica claro a intenção de franquear às Cooperativas de Trabalho a possibilidade de participar das licitações, conforme dispõe o artigo 10, § 2º:

§ 2º A cooperativa de trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmo serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Há que se frisar que a lei ao vedar a restrição da participação de cooperativas, refere-se apenas às cooperativas que foram por ela disciplinadas, a saber, as Cooperativas de Trabalho de produção ou de serviços. Note-se que o art. 22, XXVII, da Constituição Federal atribui à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações. Logo, tal norma possui caráter nacional e geral.

Deste modo, o Decreto Municipal nº 52.091/11 editado com intuito de vedar a participação de cooperativas em licitações e contratações nos casos que especifica, precisa ser analisado, agora sob o manto da Lei Federal nº 12.690/2012.

Motivou a edição do referido Decreto Municipal, o acórdão do E. Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso Ordinário nº 345/2003-000-10-00.0, em que apreciou Ação Rescisória à decisão homologatória do acordo celebrado na Ação Civil Pública nº 1.044/2001, no qual foi pactuada, entre outras cláusulas, a impossibilidade de contratação de cooperativas de mão-de-obra para atividades que demandem a prestação de trabalho subordinado pelos órgãos da administração direta e indireta. Contudo, verifica que a referida decisão não aprofundou na análise do mérito da questão, senão vejamos na parte final do referido Acórdão:

“(…) omissis

A jurisprudência desta Corte é pacífica em considerar indispensável, para a caracterização de afronta a preceito legal, como fundamento para o corte rescisório, que a sentença rescindenda adote, implícita ou explicitamente, tese sobre o conteúdo da norma tida por violada. Este é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 298 do Tribunal Superior do Trabalho, verbis (grifos apostos):

-AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LEI. PREQUESTIONAMENTO. I - A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada (ex-Súmula nº 298 - Res. 8/1989, DJ 14.04.1989); II - O prequestionamento

exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma, reputada como violada, tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento (ex-OJ nº 72 - inserida em 20.09.00) ; III - Para efeito de ação rescisória, considera-se prequestionada a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa de ofício, o Tribunal simplesmente a confirma. (ex-OJ nº 75 - inserida em 20.04.01); IV - A sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos de convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de prequestionamento (ex-OJ nº 85 - parte final - inserida em 13.03.02 e alterada em 26.11.02); e V - Não é absoluta a exigência de prequestionamento na ação rescisória. Ainda que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal, é prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença `extra, citra e ultra petita - (ex-OJ nº 36 - inserida em 20.09.00-. Esta regra permite ao Tribunal, em juízo rescindente, analisar se a decisão para a qual é direcionada a pretensão desconstitutiva violou, ou não, o texto expresso de lei. Isso porque não se admite violação em abstrato, mas tão-somente aquela em que o julgador, ao aplicar o dispositivo de lei, o fez de forma contrária à sua literal exegese. Assim sendo, jamais poderia haver violação literal de lei se o julgador, ao analisar o pedido, não houver analisado ou sequer considerado, para a fundamentação da decisão, o dispositivo de lei apontado na ação rescisória como transgredido. Não é demais lembrar a impropriedade da Súmula nº 298 do Tribunal Superior do Trabalho no que se refere ao vocábulo -prequestionamento- , porquanto tratando-se de ação rescisória cuja finalidade é desconstituir a coisa julgada material não há qualquer sinonímia com os recursos de índole extraordinária. **Aliás, o entendimento jurisprudencial mencionado não se refere à indicação da norma legal violada e sim à regra de direito nela contida, cuja infringência se pode extrair dos termos objetivos em que se encontre fundamentada a decisão rescindenda. Assim, deve ser mantida a decisão recorrida pela inexistência de violação de lei ou erro sobre a qualidade essencial do ato. Não configurado qualquer vício de consentimento, válido o ato e perfeita a sentença que nele se estribou.** Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

PROC. Nº TST-ROAR-203/2004-000-10-00.3 Ministro Relator EMMANOEL PEREIRA

Omissis (...)"

Assim, apesar de o TST não desconstituir o acordo celebrado anteriormente na instância inferior, a vedação constante do acordo inicial, não foi enfrentado o mérito da questão sobre a possibilidade ou não da participação das cooperativas, nem foram declinados os motivos que ensejariam a impossibilidade da participação.

É importante frisar, contudo, que o artigo 1º do Decreto Municipal foi expresso em vedar as cooperativas de mão de obra que demandem execução em estado de subordinação e dependência, quer em relação ao fornecedor, quer em relação ao Município:

*“Art. 1º Fica vedada a participação de cooperativa de mão de obra nas licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo e/ou sua contratação, ainda que o objeto licitado ou contratado se enquadre na atividade direta e específica para qual foi constituída, para prestação de serviços ligados às suas atividades-meio, **quando o trabalho a ser executado, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação e dependência**, quer em relação ao fornecedor, quer em relação ao Município”.*

Assim, o Decreto Municipal não conflita com a Lei Federal neste ponto, porque a Lei Federal também é enfática ao não permitir e penalizar a cooperativa que intermediar mão de obra subordinada à relação contratual, conforme se segue:

“Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”.

Inclusive esta vedação já foi declarada legal conforme se vislumbra na leitura do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.141.763-RS:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS GERAIS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos.

2. Com base nessa premissa, há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, inclusive em ação civil pública, nos quais o Banco do Brasil e a União comprometem-se a não contratar cooperativas para prestação de serviços em que se mostram presentes elementos da relação de emprego.

3. Legalidade da previsão editalícia que proíbe a participação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública.

4. Acórdão do TCU, com caráter normativo, chancelando a vedação em questão, e precedentes da Corte Especial do STJ em sede de Suspensão de Segurança.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1031610/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Não obstante, s.m.j, verifica-se que o Decreto foi derogado em seus parágrafos 1º e 2º, pois se encontram em desacordo com a Lei, senão vejamos.

O § 1º, do art. 1º, do Decreto Municipal nº 52.091/11 define cooperativa de mão de obra, contudo a Lei Federal trouxe vários requisitos e desceu a minúcias sobre o funcionamento dessas pessoas jurídicas. Tal Lei disciplinou totalmente e de maneira diversa a questão, não deixando margens para que o referido diploma municipal continuasse integrando e regulando a matéria da maneira como fazia.

Destarte, também não se encontra em consonância com a Lei Federal, o § 2º, do art. 1º, do Decreto Municipal, porque o art. 10 da Lei é claro ao dizer que as Cooperativas de Trabalho poderão adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social, e não podendo por essa razão, ser impedida de participar de licitações. Já o § 2º, do art. 1º, do Decreto Municipal elenca várias modalidades de serviços de execução por meio de cooperativas e ao fazer isso já disse de antemão quais serviços estariam vedados.

Tal postura é contrária à Lei, pois esta diz com todas as letras que, **pelo menos em tese**, a cooperativa de trabalho poderá adotar por objeto social **qualquer gênero de serviço, operação ou atividade**.

Otossim, inicialmente não é mais lícito afastar, *a priori* modalidades de serviço, sem a análise do caso concreto para verificar se existe ou não a subordinação e a intermediação de mão de obra subordinada à relação contratual que possa ser estabelecida entre o Poder Público e a Cooperativa. Além do mais, a Lei Federal dispõe, em seu art. 17, § 2º c/c art. 7º, §6º, os requisitos para que a cooperativa possa prestar serviços fora dos seus estabelecimentos, sem que seja presumida mão de obra subordinada.

Desse modo, sendo os fins e objetivos das cooperativas - constantes de seus atos constitutivos ou estatutos - compatíveis com o objeto da licitação e restando devidamente comprovado que possuem os requisitos mínimos exigidos pelo respectivo instrumento convocatório, não há como o administrador público obstar-lhes a participação em procedimento licitatório, em qualquer esfera administrativa.

III. Dos editais de licitação da Câmara Municipal de São Paulo

Assim sendo, s.m.j., recomendamos os seguintes ajustes nos futuros Editais de Licitação a serem publicados por esta Casa Legislativa:

1 – Introdução da Lei Federal nº 12.690/12 no rol das legislações constantes na introdução do Edital.

2 – Exclusão do impedimento geral de participar do certame em relação às Cooperativas de Trabalho, mantendo apenas na hipótese de subordinação, prevista no art. 1º do Decreto Municipal nº 52.091/11 e no art. 5º da Lei Federal nº 12.690/12.

3 – Inserção do item “Cooperativas de Trabalho” no item referente à Habilitação Jurídica: estatuto social, nos termos previstos na Lei Federal nº 12.690/12, devidamente registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Para os casos em que o objeto de enquadrar para Cooperativa de Trabalho de Serviço, incluir nesse item “Cooperativas de Trabalho”, subitem: mandato, nos termos estabelecidos no § 6º, do art. 7º, da Lei Federal nº 12.690/12.

4 – Alteração do subitem do item “Da Representação e do Credenciamento”, referente à apresentação dos documentos de representação para inclusão das Cooperativas de Trabalho.

“No caso de sócio, proprietário, dirigente ou assemelhado da empresa ou da cooperativa proponente, ...”.

Quando se tratar de objeto que admita a participação de Cooperativas de Trabalho na modalidade de serviço, recomendamos a inclusão de subitem:

“A Cooperativa de Trabalho de serviço deverá apresentar o mandato nos termos estabelecidos no § 6º, do art. 7º da Lei Federal nº 12.690/12”.

Cumpramos observar que entendemos que o prazo previsto no art. 27 das Disposições Finais da Lei Federal nº 12.690/12 não se aplica à Administração que poderá exigir a regularidade em relação à documentação da empresa no instrumento convocatório, principalmente porque a própria lei prevê a responsabilização solidária no caso de descumprimento na intermediação de mão de obra subordinada pela Cooperativa de Trabalho quando os serviços forem prestados em seu estabelecimento, bem como pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, devendo a fiscalização ser realizada desde já visando resguardar o erário, uma vez que as consequências para os contratantes/administração não estão sujeitos à carência.

Com efeito, a nova Lei deve ser interpretada em consonância com a Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), que prevê que o Edital é a lei interna da licitação, bem como o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Note-se que a documentação da forma como prevista na Lei Federal nº 12.690/12 parece visar a proteção da Administração Pública como contratante dessa entidade.

5 – Incluir no item referente à “Declaração de Menores” o termo “cooperados”: empregados/cooperados.

A nosso ver, a Declaração deve ser firmada também por Cooperativas de Trabalho que, eventualmente, venham participar dos certames desta Casa Legislativa, haja vista que de acordo com a Lei Federal as Cooperativas de Trabalho passaram a ser obrigadas a garantir direitos de natureza trabalhista (art. 7º e incisos). Logo, com maior razão deve obedecer também à legislação específica referente ao menor.

6 – Incluir nos itens referentes à “Qualificação Econômico-Financeira”, na parte final: “exceto em relação às Cooperativas de Trabalho regidas pela Lei Federal nº 12.690/12.

Essa alteração está de acordo com as disposições da Lei Federal nº 5.764/71 (art. 4º) que, de acordo com o art. 1º da Lei Federal nº 12.690/12 aplica-se às Cooperativas de Trabalho naquilo que não colidir. Ademais, de acordo com o artigo 982 do

Código Civil de 2002, a Cooperativa constitui sociedade civil. Note-se que apenas estão sujeitas à Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) os empresários e as sociedades empresárias.

7 – Em relação ao item referente à Representação e ao Credenciamento, o Decreto Municipal nº 49.511/08, alterado pelos Decretos nº 50.537/09 e nº 52.552/11, passou a prever, a partir da alteração de 2009, que inseriu o art. 13-A:

“Art. 13-A. Aplica-se o disposto neste decreto também às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do “caput” do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”.

Considerando o advento da Lei Federal nº 12.690/12, recomendamos as seguintes alterações nos futuros Editais, no que se requiere ao subitem do item referente à Representação e ao Credenciamento:

Inserir subitem:

“Em se tratando de Cooperativa de Trabalho regulada pela Lei Federal nº 12.690/12, que seja equiparada a Empresa de Pequeno Porte (nos termos estabelecidos no art. 13-A do Decreto Municipal nº 49.511/08, inserido pelo Decreto Municipal nº 50.537/09), deverá apresentar a Declaração prevista nos itens acima, declarando-se que se trata de Cooperativa equiparada à Empresa de Pequeno Porte, obedecendo todos os requisitos previstos na Lei Complementar nº 123/06, bem como no § 2º, do art. 3º, do Decreto Municipal nº 49.511/08, com a alteração que lhe foi conferida pelo Decreto Municipal nº 52.552/11, ou seja, a declaração deverá ser subscrita por quem detém poderes de representação da licitante e por seu contador ou técnico em contabilidade e seguindo o modelo constante do Anexo ___”.

IV. Conclusão

Por fim, cumpre ressaltar que o presente Parecer constitui orientação preliminar considerando a edição da Lei Federal nº 12.690/12 que entrou em vigor em 20/07/12, sendo certo que as recomendações aqui exaradas poderão sofrer alterações com o advento de novas orientações doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o tema.

Reitere-se, ainda, que de acordo com o disposto no 5º da Lei Federal nº 12.690/12, a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada, sendo que o § 2º, do art. 17, estabelece que este tipo de intermediação será presumida quando as Cooperativas de Trabalho não cumprirem o disposto no § 6º do art. 7º da Lei.

Assim, quando se tratar de objeto que se enquadre para Cooperativas de Trabalho na modalidade de serviço (art. 4º, inciso II da Lei Federal nº 12.690/12), há que se efetuar análise prévia à publicação de cada Edital de Licitação, quanto à subordinação ou não da mão de obra, análise esta dispensada para as Cooperativas de Trabalho na modalidade de produção, que poderá comparecer em certames destinados à aquisição/fornecimento de bens/produtos, desde que a Cooperativa de Trabalho atenda o disposto no art. 4º, inciso I, da Lei Federal nº 12.690/12 (detenha, a qualquer título, os meios de produção), além dos demais requisitos legais comuns a ambas as modalidades de Cooperativas de Trabalho.

É o Parecer que submetemos à criteriosa apreciação de V. Sa.

São Paulo, 03 de agosto de 2012.

Conceição Faria da Silva

Procuradora Legislativa

OAB/SP n.º 209.170

Carlos Benedito Vieira Micelli

Procurador Legislativo

OAB/SP n.º 260.308

Peças Judiciais

ADPF. Lei Municipal que Proibiu o Uso do Amianto nas Edificações e Construções Realizadas em seu Território. Inexistência de Previsão Legal para Controle Direto de Constitucionalidade de Lei Municipal em Face da Constituição Federal. Princípio da Subsidiariedade da ADPF.

Andréa Rascovski Ickowicz¹

EXMO. SR. MINISTRO RELATOR, DR. RICARDO LEWANDOWSKI, DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AUTOS nº 109

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, representada pelo Exmo. Presidente, Vereador Antonio Carlos Rodrigues, por seus procuradores (Doc. 01), no feito acima indicado, em que é Argüente CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício nº. 1867/R, e em consonância ao artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99, apresentar as solicitadas

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

I. Síntese

Trata-se de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109, tendo por objeto a Lei do Município de São Paulo nº 13.113/2001, bem como o respectivo Decreto Municipal nº 41.788/2002.

Tal norma dispôs “sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto”.

Invoca o Requerente que referida lei violaria o **princípio federativo**, haja vista a competência legislativa inserta nos artigos 22, incisos XI e XII, e 24, inciso V, VI e XII e § 1º da Carta Magna.

¹ A autora é advogada e Procuradora da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1996, mediante concurso público. É graduada em Direito e Especialista em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Exerce a função de Supervisora do Setor Judicial desde 2004.

Nesse passo, aponta que “...ainda que se pudesse admitir a competência legislativa do município para o tema, essa teria, **exclusivamente, natureza supletiva**, podendo complementar a norma geral, sem, no entanto, opor-se à sua eficácia – na prática, derrogar a norma federal”.

Com fulcro no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.822/99, encaminhou-se pedido de informações tendente à apreciação da liminar pretendida.

Todavia, conforme restará demonstrado, ausentes os requisitos necessários ao deferimento de referida medida, de natureza excepcional.

II. Preliminarmente

a. Da ilegitimidade ativa

Inicialmente, cumpre apontar que esse E. Supremo Tribunal Federal encaminhou ao ora peticionário, tão-somente, cópia da peça exordial, não constando, portanto, os documentos que a instruíram, inclusive no que tange ao documento constitutivo de tal confederação e respectiva procuração necessária à aferição da capacidade postulatória do I. causídico que subscreve a inicial.

Outrossim, em razão do curto lapso temporal que o ora peticionário dispunha para apresentar as presentes informações, é certo que não teve possibilidade de acesso a tais documentos.

Desse modo, ressalva a necessidade de verificação do documento constitutivo da ora Argüente, conjugado à procuração outorgada (inclusive no que tange à efetiva representatividade daquele que a outorgou).

Por outro lado, ainda sobre a matéria “ilegitimidade ativa”, é certo que não resta clara a existência da denominada **pertinência temática**.

Com efeito, a despeito de não ter acesso ao documento constitutivo da Argüente – como já referido – consta do v. acórdão que julgou a ADIn nº 1519/AL (Doc. 02), proposta pela mesma confederação ora demandante, que a mesma tem por objetivo “a coordenação do plano de enquadramento sindical dos trabalhadores na indústria, bem como a proteção, defesa, coordenação e orientação geral dos industriários inorganizados, em todo o território nacional, excetuados os integrantes de planos de outras Confederações criadas por desconcentração”.

De tal descrição denota-se a ausência de pertinência temática entre o objetivo descrito e a norma ora impugnada, a qual tem por objeto a proibição, na construção civil, de utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto.

Nesse sentido, apontou esse E. Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade indicada (ADIn-MC 1519/AL, Rel. Ministro Carlos Velloso, julg. em 06/11/1996, v.u. – Doc. 02):

“...Noutras palavras, tal como decidido na ADIn 305-RN, Relator o Ministro Brossard, a legitimidade da entidade de classe de âmbito nacional vincula-se

ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos da entidade de classe (RTJ 153/429).

Na ADIn 1.096-RS, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, estabeleceu-se, mais, que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipótese de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, pro Governadores dos Estados-membros e do distrito Federal”. Quanto aos Partidos Políticos, não há falar em pertinência temática. Possuem eles, portanto, legitimação ativa universal (LEX-JSTF, 211/54).

Posta assim a questão, não pode a presente ação direta de inconstitucionalidade ser conhecida.

É que, como vimos, é argüida, aqui, a inconstitucionalidade de lei estadual, do Estado de Alagoas, que, dispondo em relação às estatais que exploram o serviço de eletricidade e distribuição de águas, proíbe o corte de energia e de água aos usuários de residências da capital e do interior do Estado. Ora, a C.N.T.I., autora desta ação, “tem por objetivo a coordenação do plano de enquadramento sindical dos trabalhadores na indústria, bem como a proteção, defesa, coordenação e orientação geral dos industriários inorganizados, em todo o território nacional, excetuados os integrantes de planos de outras Confederações criadas por desconcentração.” (Estatuto, fls. 22 e segs.).

No caso, portanto, não há pertinência da norma impugnada com os objetivos da entidade de classe, ou não há “elo entre os objetivos sociais da confederação e o alcance da norma que se pretende ver fulminada” (ADIns 305-RN e 1.151-MG)...”

Também apontando tal aspecto: ADIn-QO 1526/DF-Distrito Federal, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 05/12/1996 (Doc. 03), dentre outros.

Releve-se que, na hipótese dos autos, a lei municipal impugnada proíbe, tão-somente, no âmbito da **construção civil** a utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto; ao passo que – repita-se – a confederação demandante congrega **trabalhadores**, e não empresários, **das indústrias**.

Desse modo, requer seja afastado o conhecimento da demanda em apreço, face à ausência de pertinência temática, impossibilitando, como conseqüência, o exame da medida liminar pretendida.

b. Da impossibilidade jurídica do pedido – ausência de ação incidental (ADPF3-3)

Não consta da peça exordial que a demanda em apreço tenha sido proposta como decorrência de controvérsia anterior, ou seja, como ação incidental.

Ora, proposta a argüição em análise, de forma autônoma, inadmissível seu conhecimento, vez que como bem esclarecido pelo Exmo. então Ministro desse E. Supremo Tribunal Federal, Dr. Sydney Sanches, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 3-3, o **§ único do artigo 1º da Lei 9.882, de 3.12.99, cuida “não de uma ação autônoma, qual a prevista no ‘caput’ do art. 1º da lei, mas de uma ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”** (STF-Pleno, **ADPF 3-3**, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.5.00, não conheceram, v.u., DJU 17.2.04, p. 20 – Doc. 04).

Aguarda, pois, também sob tal fundamento, o não conhecimento da demanda, com a conseqüente prejudicial do exame da liminar pretendida.

c. Da impossibilidade jurídica do pedido – violação ao artigo 125, § 2º, da Carta Magna

Permite o **artigo 125, § 2º da Carta Magna controle direto de constitucionalidade de lei municipal**, tão-somente, **em face da Constituição Estadual**; jamais da Constituição Federal.

E o **artigo 102, § 1º, da Constituição Federal**, não autorizou, de qualquer modo, a argüição de descumprimento de preceito fundamental de lei municipal em face da Constituição Federal.

Sobre essa questão, anota a festejada obra “Código de Processo Civil”, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa (Ed. Saraiva, 38ª ed., 2006, pg. 1108), ao comentar o artigo 1º da Lei nº 9.882/99: “*O texto vai além da LADI, pois permite, como premissa necessária, o exame da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal (cf. LADIN 1º, notas 22 a 23b) e de lei ou ato anterior à Constituição (cf. LADIN 1º, nota 4)*”.

E na lei que regula a ação direta de inconstitucionalidade, anotam referidos doutrinadores (op. cit., pgs. 1090/1091):

“Não cabe ação direta ao STF para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipais, em face da Constituição Federal (RTJ 164/832). No mesmo sentido: RTJ 104/724, 124/612, 125/618, 125/769, STF-RDA 157/271).

Nesse sentido é a Súmula 642 do STF: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”.

Assim sendo, “lei ou ato municipal, que acaso colida com a Constituição Federal, só pode ser objeto de contencioso constitucional ‘in concreto’ (RTJ 93/459).

Na atual Constituição, os Estados devem regular a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (CF 125, § 2º).

.....”
O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da CF que se admite é o difuso, exercido ‘incidenter tantum’, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto” (STF-Pleno: RDA 199/201)...”

Inadmissível, portanto, a presente demanda, também sob tal aspecto, devendo ser afastado o exame da liminar pleiteada.

d. Do descumprimento ao artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 (princípio da subsidiariedade)

Prescreve o artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99:

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”

Na hipótese dos autos, é patente a existência de outros meios eficazes de sanar a alegada lesividade: seja através da representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual; seja através de controle de constitucionalidade por via de exceção.

Aliás, se admitida a presente demanda poderia vir a ser criada situação problemática, *v.g.*, concomitantemente à presente demanda, vir a ser proposta representação de inconstitucionalidade da mesma norma em apreço, por violação à Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça local, obtendo tais demandas decisões finais conflitantes. Qual seria a decisão a ser aplicada ?

Manifesta a inobservância ao princípio da subsidiariedade, devendo-se comprovar, anteriormente à propositura da presente ação a tentativa do exercício de outra via.

Nesse sentido, já decidiu esse E. Supremo Tribunal Federal, através de r. decisões monocráticas:

“...No caso dos autos, como visto, insurge-se o Argüente contra a Emenda Constitucional nº 41/03. E o fato é que a validade deste ato normativo poderia ser questionada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade. O que inviabiliza, ante o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o conhecimento da pretensão em exame.(...)”

10. Presente esta ampla moldura, nego seguimento ao pedido, restando prejudicado o exame da medida liminar (§ 1º do art. 4º da Lei nº 9882/99 c/c § 1º do art. 21 do RI/STF).” (ADPF n. 78-RJ, Rel. Min. Carlos Britto, publ. em 14/09/2005)

“(...) Decido. Percebo que, no caso, a presente argüição não merece ser conhecida. Como se sabe, § 1º do art. 4º da Lei 9882/99 estabelece: (...) Ora, no caso em tela, embora o Argüente argumente em contrário, a argüição não é

o único meio efetivo a fim de alcançar um provimento efetivo. Impugna-se, no caso, um contrato e seu aditivo estabelecidos entre um Estado da Federação e um banco oficial do mesmo Estado. À Justiça local é dado conhecer de tal controvérsia e resolve-la com efetividade. Isso, por si só, desconfigura o uso da APDF que, em virtude do § 1º do art. 4º mostra-se um instrumento para abarcar situações excepcionais. Ante o exposto, com base no § 1º do art. 4º da Lei 9882/99, nego seguimento à presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (ADPF n. 85-CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publ. em 10/02/2006)

Por fim, também sob tal argumento, aguarda a negativa de seguimento à Argüição em apreço, com a conseqüente impossibilidade de exame da medida liminar solicitada.

III. Da ausência dos requisitos necessários à concessão de medida liminar

Ainda que afastadas as preliminares acima invocadas – o que se admite apenas a título de argumentação – é manifesta a ausência dos requisitos do “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”, necessários à concessão de liminar. Vejamos:

a. Da ausência de “*periculum in mora*”

A fim de justificar a existência do “*periculum in mora*” invoca a Argüente que a propositura da ADIn 2656, tendo por objeto a Lei Paulista nº 10.813/2001, teria produzido o efeito de impedir a Prefeitura de São Paulo, até então, de aplicar, de forma efetiva, os mandamentos insertos nos atos normativos ora combatidos.

Nesse passo, invoca que o “*periculum in mora*” apenas teria surgido em 27 de fevereiro do ano em curso, quando o Exmo. Prefeito do Município de São Paulo, Sr. Gilberto Kassab, “*decidiu fiscalizar pessoalmente uma obra no bairro do Limão, na Zona Norte da cidade de São Paulo, e ali exigiu, com fundamento na lei ora atacada, a pronta retirada dos materiais de construção contendo fibrocimento amianto...*”.

Com a devida vênia, tal argumento não convence.

Se assim fosse, apenas surgiria interesse de agir para impugnar normas através do controle concentrado de constitucionalidade na medida em que se demonstrasse a intenção da autoridade administrativa na aplicação da norma! Todavia, desconhece-se tal requisito para propositura de ação de controle concentrado de normas...

O fato é que a lei impugnada data de 16 de março de 2001. A ADIn nº 2656, processada sem concessão de liminar, apenas veio a ser julgada, parcialmente procedente, em 08.05.2003, tendo o respectivo acórdão sido publicado em 1º.08.2003 (cf. extrato anexo – Doc. 05).

Ou seja, a ADIn a que se refere a exordial foi julgada apenas 02 (dois) anos e 02 (dois) meses após a entrada em vigor da lei ora combatida, sendo certo que

a presente demanda foi proposta quando já decorridos 03 (três) anos e 07 (sete) meses da publicação do acórdão que julgou a ADIn da Lei Paulista (2656).

Importante salientar que a Lei Estadual nº 10813/2001, que teve os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º declarados inconstitucionais através da ADIn 2656, possuía amplitude demasiadamente maior que a lei ora combatida, conforme se infere do v. acórdão que a julgou, sendo certo que nada dispunha, especificamente, sobre a proibição de utilização de amianto na construção civil (Doc. 06).

Ausente, portanto, o requisito do “periculum in mora”, haja vista que **proposta a presente demanda quando já decorridos 06 (seis) anos da entrada em vigor da Lei do Município de São Paulo nº 13.113/2001.**

b. Da ausência de “fumus boni iuris”

De igual modo, ausente o requisito do “fumus boni iuris”.

Em consonância ao apontado na peça inicial, o objeto da Lei Municipal nº 13.113/2001, ora impugnada, teria invadido competência legislativa federal, “sendo que a usurpação da competência legislativa, quando praticada por qualquer das pessoas estatais, qualifica-se como ato de transgressão constitucional, quadro que caracteriza clara afronta ao preceito fundamental da Federação, expresso como tal nos artigos 1º e 60, § 4º, inciso I, ambos da Constituição Federal, como de resto à segurança jurídica, sub-princípio do Estado democrático de direito (CF, artigo 1º)”.

Em suma, o ponto central invocado na inicial é a violação à competência legislativa federal sobre a matéria tratada na Lei Municipal nº 13.113/2001.

Ocorre, todavia, que a norma em foco encontra-se em total consonância ao **artigo 30, incisos I e II, da Carta Magna**, vez que se limitou a suplementar a legislação federal (Lei nº 9.055/95), no que tange ao seu interesse local, proibindo a utilização de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto, tão-somente, no âmbito da construção civil; **construções essas localizadas no Município de São Paulo (do que decorre o interesse local.**

Por outras palavras, a norma municipal impugnada, em decorrência de autorização prevista no **artigo 23, incisos II e VI**, combinado com o artigo 30, inciso I e II, da Constituição Federal, apenas regulamentou, de forma suplementar, no que tange ao seu interesse local, a Lei Federal nº 9.055/95, a qual disciplina, de forma genérica, a extração, industrialização, utilização e comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco).

Nesse sentido, manifestou-se a D. Comissão de Constituição e Justiça, no curso do processo legislativo que culminou na edição da lei ora impugnada (Doc. 07):

“Trata-se de projeto de lei, de autoria do nobre Vereador ANTONIO GOU-LART, dispondo sobre a proibição do uso de materiais e elementos construtivos e equipamentos da construção civil, constituídos de amianto, e dá outras providências.

A propositura pretende coibir a utilização, na construção civil, de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos de amianto, a fim de evitar riscos à saúde e à vida das pessoas.

O projeto está embasado nos artigos 13, I; 37 “caput”, c.c. art. 7º, I e 182, I, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que conferem à Câmara competência para iniciar o processo das leis que versem sobre assuntos de interesse local, notadamente as que visem coibir, controlar e fiscalizar a instalação, proteção, estocagem, transporte, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco efetivo ou potencial à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Tratando-se de matéria sujeita ao quorum de maioria simples para deliberação, é dispensada a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do art. 46, X, do Regimento Interno desta Casa. Assim sendo, a proposição não esbarra em dispositivos legais, razão pela qual somos PELA LEGALIDADE.” (destaque nosso)

Releve-se que o artigo 182, “caput” da Lei Orgânica do Município de São Paulo (Doc. 08) é claro ao prescrever que “**O Município coibirá qualquer tipo de atividade que implique em degradação ambiental e quaisquer outros prejuízos globais à vida, à qualidade de vida, ao meio ambiente...**” – o que patenteia a existência de interesse local.

E tanto na hipótese da ADIn nº 1656 – que teve por objeto a Lei do Estado de São Paulo nº 10.813/2001 (Doc. 06) -, como a da ADIn nº 2396 – que teve por objeto a Lei do Estado do Mato Grosso do Sul nº 2.210/01 (Doc. 09) – ao contrário da norma ora impugnada (que apenas proíbe a utilização de amianto nas construções civis localizadas no Município de São Paulo), tratavam de hipóteses genéricas de proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto.

Ainda, patenteado o interesse local, na medida em que os malefícios decorrentes da utilização de amianto acabam por **sobrecarregar o sistema municipal de saúde.**

Aliás, sob este aspecto, importante apontar que no curso do processo legislativo que culminou na legislação em questão, **foram demonstrados os inúmeros malefícios decorrentes da utilização do denominado amianto (Doc. 10). Malefícios esses admitidos na própria peça inicial.**

“*Mutatis Mutandis*”, esse E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria:

“O município é competente para legislar sobre limite de tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios localizados no seu respectivo território. Com base nesse entendimento, a Turma desproveu recurso extraordinário em que se alegava ofensa à competência privativa da União para legislar sobre registros públicos

(CF, art. 22, XXV), ao argumento de que lei distrital impusera aos cartórios limite temporal para atendimento ao público. Entendeu-se que a Lei 2.529/2000, com a redação dada pela Lei 2.547/2000, ambas do Distrito Federal, não dispõe sobre matéria relativa à disciplina dos registros públicos, mas **trata de assunto de interesse local, cuja competência legislativa a Constituição atribui aos municípios, nos termos do inciso I do seu art. 30.**" (RE 397.094, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 438 – destaque nosso)

E, ainda:

"Os Municípios são competente para legislar sobre questões que respeite a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público" (AI 491.420-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 24/03/06)

Patenteada, pois, a ausência de "*fumus boni iuris*".

IV. Conclusão

Pelo exposto, inicialmente, requer seja afastado o conhecimento da presente demanda, em razão das preliminares acima invocadas (1. ilegitimidade ativa, 2. impossibilidade jurídica do pedido – ADPF 3-3, 3. impossibilidade jurídica do pedido face à violação ao artigo 125, § 2º CF e 4. inobservância ao princípio da subsidiariedade – art. 4º, § 1º Lei nº 9882/99), prejudicando, pois, a análise do próprio pleito de liminar.

Todavia, na remota hipótese de assim não se entender, aguarda o indeferimento da liminar pretendida, vez que, como demonstrado, ausentes os requisitos necessários à sua concessão.

Protesta provar o alegado através dos documentos anexados à presente, ou por qualquer outro meio de prova em direito admitido que se faça necessário para corroborar as alegações apresentadas, aguardando-se, portanto, eventual pedido de informações relativas ao mérito da demanda.

Estas eram as informações e considerações pertinentes, em atendimento ao r. ofício expedido por Vossa Excelência.

São Paulo, 27 de abril de 2007

Andréa Rascovski Ickowicz
OAB/SP 130.317

AGRG em ADI. Resolução que criou 13º e Revisão Geral Anual do Subsídio dos Vereadores. A Simples Remissão da Constituição Estadual à Federal não Autoriza o Controle Direto de Constitucionalidade pelos Tribunais Estaduais, sob Pena de Usurpação da Competência do STF. Existência De “Periculum In Inverso”. Possibilidade de Previsão do 13º Subsídio por Lei Infraconstitucional. Revisão Geral Anual que não Caracteriza Vinculação de Espécies Remuneratórias. Regra da Anterioridade de Legislatura que não se Aplica para Mera Correção do Subsídio.

Andréa Rascovski Ickowicz¹

Mário Sérgio Maschietto²

Ação Direta de Inconstitucionalidade
Autos nº 0019255-27.2012.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por seus procuradores (Doc. 01), nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE acima indicada, promovida pelo EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa., em consonância aos artigos 253 e seguintes, do Regimento Interno desse E. Tribunal de Justiça, interpor

AGRAVO REGIMENTAL

em razão da r. decisão concessiva de liminar; decisão essa que suspendeu a eficácia da Resolução nº 06, de 23 de novembro de 2011, da Câmara Municipal de São Paulo, pelos motivos que aduz em anexo.

¹ A autora é advogada e Procuradora da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1996, mediante concurso público. É graduada em Direito e Especialista em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Exerce a função de Supervisora do Setor Judicial desde 2004.

² O autor é Procurador da Câmara Municipal de São Paulo desde 1996, mediante concurso público. É graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Direitos Coletivos e Difusos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi Procurador do Município de Campinas. Exerce a função de Procurador Legislativo Chefe desde 2004.

Nesse passo, face às considerações a seguir explanadas, requer a reconsideração da r. decisão agravada (art. 255 RITJSP), suspendendo-se, pois, os efeitos da r. liminar concedida.

Todavia, na remota hipótese de assim não se entender, requer seja suspensa a liminar concedida, para fins de se **submeter a análise de tal pleito ao C. Órgão Especial desse E. Tribunal de Justiça** (cf. **artigos 165, § 2º, 226 e 227 do Regimento Interno desse E. Tribunal, artigos 10 da Lei Federal nº 9.868/99, 90, § 5º, da Constituição do Estado de São Paulo e 97 da Carta Magna**), inclusive em razão da **relevância da matéria** objeto da lei municipal ora questionada: fixação de subsídio dos Vereadores do Município de São Paulo.

Por oportuno, cabe apontar que o procedimento previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 9.868/99 foi aplicado pelo Exmo. Desembargador Relator, Dr. BORIS KAUFFMANN, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0034958-32.2011.8.26.0000.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2012

Andréa Rascoski Ickowicz

Procuradora Legislativa Supervisora – RF 11.075

OAB/SP 130.317

Mário Sérgio Maschietto

Procurador Legislativo Chefe – RF 11.066

OAB/SP 129.760

RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Autos nº 0019255-27.2012.8.26.0000

Agravantes: Presidente da Câmara Municipal de São Paulo e Câmara Municipal de São Paulo

Agravado: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Colendo Órgão Especial!

Eméritos Julgadores!

Conforme restará demonstrado, com a devida vênia, o r. despacho que concedeu liminar não poderá subsistir, vez que inadmissível o controle de constitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal (**artigos 102, inciso**

I, “a” e 125, § 2º da Constituição Federal), além de ausentes os requisitos legais imprescindíveis à concessão de liminar (“*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”). Senão, vejamos.

I. Síntese

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto os artigos 2º, 3º, 4º e 5º da Resolução nº 06, de 23 de novembro de 2011, da Câmara Municipal de São Paulo, que fixou o subsídio dos Srs. Vereadores para a 16ª Legislatura 2012/2016, além de dar outras providências.

Para tanto, invocou o Requerente:

- 1) violação à Constituição do Estado de São Paulo, “*a qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal*”;
- 2) incompatibilidade do artigo 2º da norma impugnada em relação aos artigos 111, 124, § 3º, 128, 144 da Constituição do Estado de São Paulo;
- 3) inadmissibilidade de previsão de décimo terceiro subsídio, haja vista que “*A remissão aos direitos sociais fundamentais catalogados no art. 7º da Constituição Federal, promovida no art. 39, § 3º, da Constituição Federal e o art. 124, § 3º, da Constituição Estadual, aproveita tão somente os servidores públicos, não os agentes políticos não profissionais como os edis*”;
- 4) somente a Carta Magna poderia estender aos agentes políticos não profissionais a gratificação natalina (décimo terceiro), observada a razoabilidade e o interesse público;
- 5) incompatibilidade dos artigos 3º e 4º da norma impugnada em relação ao artigo 115, XV, da Constituição do Estado de São Paulo, que reproduz o **art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal**, vez que estaria sendo aplicada vinculação entre os subsídios dos Vereadores e dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual;
- 6) violação do **artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal**, “*em face da remissão contida no art. 144 da Constituição Estadual*”, pelos artigos 3º e 4º da Resolução impugnada, vez que “*O preceito constitucional parâmetro estabelece as regras da anterioridade da legislatura para fixação do subsídio dos agentes políticos parlamentares municipais e da inalterabilidade do subsídio durante a legislatura, que decorrem do princípio da moralidade administrativa agasalhada tanto no art. 111 da Constituição Estadual quanto no art. 37 da Constituição Federal*”;
- 7) finalmente, no que tange ao artigo 5º da Resolução impugnada, sua inconstitucionalidade decorreria da violação ao **artigo 29, in-**

ciso VI, da Carta Magna, na medida em que seria imprescindível norma expressa para fixação do subsídio dos Vereadores, não se admitindo revisão ou reajuste automático.

A liminar pleiteada restou deferida pelo Exmo. Desembargador Relator nos seguintes termos:

“...Verifica-se que há plausibilidade do direito deduzido, por ser suscetível de reconhecimento a ofensa da referida resolução aos art. 111; art. 115, XI, X e XV; art. 124, § 3º; art. 128; e, art. 144, da Constituição Estadual.

A instituição de décimo terceiro subsídio a vereadores não parece condizente com o art. 124, § 3º da Constituição Estadual, a princípio, a benesse é destinada a trabalhadores e estende-se apenas aos servidores públicos, que têm vínculo profissional e permanente com a Administração, e não aos agentes políticos. Anote-se que a doutrina ressalta as diferenças no regime dos servidores e agentes políticos e inclusive MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“Direito Administrativo”, 22ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 534), ao tratar de subsídios e da extensão dos direitos sociais, faz menção à exclusão de benefícios como o décimo terceiro salário aos agentes políticos:

“com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isso, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º fará jus a : décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias” (grifamos).

Também é plausível a tese de descabimento de vinculação entre os subsídios dos vereadores e servidores municipais, porque o art. 115, XV, da Constituição Estadual veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público e o tema já foi enfrentado pelo Col. STF:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 11.894, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2003 – A Lei Maior impôs tratamento jurídico diferenciado entre a classe dos servidores públicos em geral e o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Estes agentes públicos, que se situam no topo da estrutura funcional de cada poder orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, são remunerados exclusivamente por subsídios, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). – O dispositivo legal impugnado, ao vincular a alteração

dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado às propostas de refixação dos vencimentos dos servidores públicos em geral ofendeu o inciso XIII do art. 37 e o inciso VIII do art. 49 da Constituição Federal de 1988. Sobremais, desconsiderou que todos os dispositivos constitucionais versantes do tema do reajuste estipendiário dos agentes públicos são manifestação do magno princípio da Separação dos Poderes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente”. (ADI 3491/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 23-0302007) – grifamos.

Afigura-se, ainda, verossímil a tese de desrespeito à vedação de fixação ou alteração da remuneração dos vereadores durante a legislatura (arts. 111, 115, VI e 144, da Constituição Estadual e art. 29, VI, da Constituição Federal), porque os arts. 3º e 4º da Resolução antecipam reajustes anuais, atrelados aos dos servidores e preveem inclusive, reajuste para remuneração de período precedente. O mesmo se pode afirmar quanto à alegação de necessidade de ato-normativo fixando remuneração pelo mandato dos agentes políticos (art. 29, VI, da CF). Ao que parece, a exigência não é atendida quando o art. 5º prevê manutenção do valor e correção monetária da Resolução para o caso de ausência de norma de fixação de subsídio.

Não bastasse, o periculum in mora também está presente para justificar a suspensão dos efeitos da resolução, diante da dificuldade de ressarcimento de eventuais quantias pagas e da necessidade de se evitar dano ao erário com eventual dispêndio de recurso público para os pagamentos estabelecidos pelo diploma impugnado.

Por outro lado, deve ainda ser considerado que os vereadores já auferem bons rendimentos, compatíveis com a função exercida e acima da medida dos demais trabalhadores, de modo que a medida de suspensão da resolução não causará danos e nem afetará a dignidade de tais agentes políticos.

*Diante do exposto, **concedo a liminar** e suspendo a eficácia da Resolução 06, de 23 de novembro de 2011, da Câmara Municipal de São Paulo...”*

Todavia, conforme será demonstrado, tal decisão, com a devida vênia, não poderá subsistir.

II. Preliminarmente

a. Da impossibilidade jurídica do pedido (artigos 102, inciso I, alínea “a” e 125, § 2º, da Constituição Federal) e da usurpação de competência do E. Supremo Tribunal Federal (Reclamações nºs 1692-RJ e 7396 – MG, ADPF 193, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 650.898)

Permite o artigo 125, § 2º da Carta Magna o controle direto de constitucionalidade de lei municipal, tão-somente, em face da Constituição Estadual; jamais da Constituição Federal.

E o **artigo 102, inciso I, letra “a” da Constituição Federal**, não autoriza, de qualquer modo, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Ocorre que da simples leitura da peça exordial depreende-se que **o Requerente se utiliza de disposições inseridas na Constituição Estadual com o intuito de possibilitar o questionamento apenas formal de constitucionalidade da Resolução Municipal**. Todavia, é insofismável que o **questionamento da norma impugnada se dá, de forma direta, em relação às disposições inseridas na Constituição Federal**.

Com efeito, consta da **peça exordial**:

- 1) “...Os dispositivos impugnados do Município de São Paulo **contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal...**” (fl. 06);
- 2) “...Note-se que o disposto nos arts. 11, 115, X e XV, e 124, § 3º, da Constituição Estadual, **reproduz os arts. 37, caput, e incisos X e XIII, e 39, § 3º, da Constituição Federal...**” (fl. 08);
- 3) “...Daí decorre a possibilidade de contraste da lei local com o art. 144 da Constituição Estadual por sua **remissão à Constituição Federal e a seu art. 29, VI, que assim dispõe...**” (fl. 08);
- 4) “...A remissão aos **direitos sociais catalogados no art. 7º da Constituição Federal, promovida no art. 39, § 3º, da Constituição Federal** e no art. 124, § 3º, da Constituição estadual, **aproveita tão somente aos servidores públicos, não os agentes políticos não profissionais como os edis...**” (fl. 09);
- 5) Releve-se que em todos os julgados apontados na peça inicial, que fundamentariam a “**Inadmissibilidade de décimo terceiro subsídio**”, apresentam análise dos artigos 7º, inciso VIII, 39, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal (fls. 20/33);
- 6) “...O art. 3º da Resolução n. 6, de 23 de novembro de 2011, **contrasta com o art. 115, XV, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, XIII, da Constituição Federal...**” (fl. 33);
- 7) “...O vício avança sob outra perspectiva, consistente na **violação do art. 29, VI, da Constituição Federal**, em face da remissão contida no art. 144 da Constituição Estadual...” (fl. 40);
- 8) “...Esse dispositivo institui outra forma de revisão automática, só para legislatura posterior. No entanto, a inovação **não é compatível com o art. 29, VI, da Constituição Federal**, tomado como parâmetro por conta da remissão contida no art. 144 da Constituição Estadual, exigente de norma expressa para fixação do subsídio dos Vereadores e que não admite revisão ou reajuste automático...” (fls. 51/52).

Depreende-se que **as questões jurídicas discutidas na presente ADIn se cingem a três pontos**, todos de índole constitucional (federal), que não possuem

norma similar na Constituição do Estado de São Paulo. do que se infere a impossibilidade de se proceder ao confronto pretendido. São eles:

1) possibilidade de **previsão legal de pagamento de décimo terceiro subsídio (artigo 39, parágrafos 3º e 4º da CF)**;

2) possibilidade de **aplicação da revisão geral anual aos Srs. Parlamentares (artigo 37, inciso X, combinado com o artigo 39, § 4º, parte final, da CF)**; e

3) aplicação da **regra da revisão geral anual aos Srs. Parlamentares face à regra da legislatura (artigo 29, inciso VI, combinado com os artigos 37, inciso X e 39, § 4º, da CF)**.

Acerca desse aspecto, já se pronunciou esse E. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 125.586-0/5-00, proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça**, ora requerente, que tinha por objeto normas do Município de Taubaté que dispunham sobre os subsídios dos vereadores e revisão geral anual. No que tange ao tema versado – **violação ao artigo 125, § 2º, da CF** – pronunciou-se esse C. Órgão Especial:

“...Nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser intentada no caso de confronto entre leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

A tese da inconstitucionalidade das normas apontadas não pode prosperar em relação ao artigo 4º e “da expressão assegurada à revisão anual prevista no artigo 4º”, constante da parte final do artigo 5º da Lei 3.769/04, já que respeitado o princípio da legislatura na fixação anual, os subsídios dos vereadores tem “assegurado revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”, conforme previsto nos arts. 29, VI, 37, X e 39, § 4º, sem nenhuma ofensa a comando da Constituição Bandeirante.

Veja-se pela redação dos dispositivos apontados

“Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”

“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”

Diante disso, verifica-se que a Lei 3.769/04 não violou nenhuma norma da Constituição Estadual. O requerente pretende, na verdade, o confronto da Lei Municipal em apreço com dispositivos da Constituição Federal, mais especificamente o art. 29, que estabelece que o subsídio dos vereadores será fixado nas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a própria Constituição, os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e

os limites máximos fixados no referido dispositivo...” (j. 16.05.2007, Relator Desembargador Canellas de Godoy – destaques nossos)

Também sobre esse tema, manifestou-se o Exmo. Desembargador Relator sorteado, Dr. Paulo Shintate, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 117.425-0/8-00**:

“...Ocorre que a Constituição do Estado de São Paulo não contém dispositivos como os dos incisos VI e VII do artigo 29 da Constituição Federal, e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, as normas legais só podem ser impugnadas por violação à Constituição Estadual, não sendo possível, neste tipo de controle concentrado, verificar a incompatibilidade delas com a Lei Fundamental, motivo pelo qual não foram solicitadas informações a respeito do preenchimento dos requisitos posto nos incisos VI e VII do artigo 29 da Carta Magna. Não havendo condições de se declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma no que toca ao subsídio de vereador, a ação nesse particular deve ser julgada extinta sem o exame de mérito...” (destaques nossos – j. 17.08.2005)

E nos autos do **Recurso Extraordinário nº 529.596**, interposto em razão de acórdão prolatado por esse C. Órgão Especial, decidiu a Exma. Ministra Carmem Lúcia (Doc. 02):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SUBSÍDIOS DE PREFEITO, VEREADORES E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS: FIXAÇÃO. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO REPÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO.

.....
Autor da ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador Geral de Justiça alegou que teriam sido afrontados os arts. 5º, caput, e § 1º, 111, 128 e 144, da Constituição paulista porque, pela norma questionada “a Câmara Municipal teria delegado seu poder privativo de fixar os subsídios de seus membros, ao Chefe do Poder Executivo, com índices federais de reajustes anuais, em clara afronta à autonomia municipal, bem como por ferir o princípio que rege a legislatura” (fls. 105/106).

.....
7. Na espécie dos autos, o Tribunal a quo julgou a ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal em face da Constituição da República, e não da Constituição paulista, o que é vedado, conforme se depreende do acórdão recorrido:

“Cabe à Câmara Municipal fixar os subsídios dos seus vereadores, não podendo delegar esta competência para o Poder Executivo. Ainda, a regra do art. 29, inc. VI, da Constituição Federal, é incompatível com a revisão anual, geral, prevista na lei impugnada” (fl. 106).....” (destaques nossos, decisão de 31.05.2009)

Nessa senda, o saudoso Exmo. Ministro Menezes Direito, em 17.12.2008, concedeu liminar nos autos da **Reclamação nº 7396/MG** (Doc. 03), proposta pela Câmara Municipal de Belo Horizonte, tendente a suspender Adin e liminar relativa a lei municipal que tinha por objeto a previsão de décimo terceiro subsídio aos Vereadores de Belo Horizonte:

“...O caso trata de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ‘em face do inciso II do artigo 4º da Lei Municipal nº 8.938/2004, que prevê o pagamento de décimo terceiro salário aos Vereadores de Belo Horizonte, sob a denominação de parcela correspondente ao valor do subsídio devido no mês de dezembro de cada ano’ (fl. 40). Conforme se extrai da decisão reclamada aponta-se contrariedade ‘entre a lei municipal e a disposição da Constituição da República, repetida na Constituição Estadual (art. 39, §§ 3º e 4º da CR/88 e arts. 31, caput, e 165, § 1º, CE)’ (fl. 40).

.....
.....
*A decisão reclamada deferiu medida cautelar para suspender os efeitos do inciso II do art. 4º da Lei Municipal nº 8.938/2004, de Belo Horizonte, até o julgamento final desta ação direta de inconstitucionalidade. A alegada inconstitucionalidade da lei em face da Constituição do Estado de Minas Gerais teria ocorrido no ponto em que houve simples remissão do Texto do Estado à Constituição Federal. **Entendeu a decisão reclamada pela inconstitucionalidade do dispositivo da lei municipal porque desrespeitou o artigo da Constituição Estadual, que determinou a observância dos princípios da Constituição Federal.***

*Em primeira análise, considero pertinentes as alegações do ora reclamante, ressaltando que **esta Suprema Corte já decidiu que os Tribunais estaduais não têm competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade contra leis municipais, utilizando-se como parâmetro de controle a Constituição Federal.***

Também já se manifestou este Supremo Tribunal Federal posicionamento no sentido de que a circunstância de não ser o STF competente para processar o controle concentrado da lei municipal não obsta o conhecimento da reclamação, tendo em vista que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição Federal, expungindo do sistema jurídico as normas que lhe

venham contrariar e verificando a pertinência da ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa linha a Rcl nº 1692/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 15/9/04. Diante desse quadro, defiro o pedido de liminar para suspender a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.08.486655-7/000, bem como os efeitos da decisão liminar proferida naqueles autos...” (destaques nossos)

E nos autos da **Reclamação nº 1692/RJ**, que tratou de matéria semelhante à presente, apontou o Exmo. Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar procedente a respectiva Reclamação, acolhendo parecer do Ministério Público Federal (Doc. 04):

*“...Nas hipóteses em que **a Constituição estadual faz simples remissão à Federal, o Texto do estado não pode servir de parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais efetuado pelo tribunal estadual, sob pena de usurpação, em última análise, da competência desta Corte (cf. Rcl. 370, rel. min. Otavio Gallotti, Pleno, 09.04.1992 – nesse precedente, tratava-se de norma da Constituição de Mato Grosso que remetia ao art. 195 da CF para disciplinar a previdência daquele estado-membro).***

.....
.....
Observa-se, assim, que no caso ora em exame, não poderia o Tribunal de Justiça fluminense proceder ao controle concentrado da Lei Orgânica de Cabo Frio, pois, se o fizesse, tomaria por referência a Constituição Federal, em violação do disposto nos arts. 102 e 125, § 2º...” (destaque nosso)

Ainda, a existência da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 193**, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB - corrobora a tese ora explanada, na medida em que tem por objeto *“...a suspensão do andamento de todos os processos, bem como dos efeitos das decisões judiciais já proferidas, ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na presente ação de descumprimento (suspensão/vedação do pagamento do décimo terceiros subsídio aos agentes políticos detentores de mandato eletivo, com fundamento em inconstitucionalidade de leis municipais)...”* (Doc. 05).

Também tem por objeto tal matéria o **Recurso Extraordinário nº 650898**, onde foi reconhecida a **Repercussão Geral** sob a seguinte temática, ainda pendente de julgamento:

“Recurso extraordinário em que se discutem, à luz dos artigos 7º, VIII, XVII, 29, V, e 39, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não de órgão especial do tribunal de justiça analisar, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade de lei municipal

contestada em face da Constituição Federal, bem assim a possibilidade, ou não, de concessão de terço constitucional de férias, gratificação natalina e verba de representação a detentores de mandato eletivo que percebem subsídio” (Doc. 06)

Outrossim, confirma a necessidade de acatamento da tese ora explanada a possibilidade de existência de decisões dissonantes entre esse E. Tribunal de Justiça e o E. Supremo Tribunal Federal acerca das matérias ora em debate – as quais, frise-se, têm previsão expressa na Carta Magna – sem se olvidar, inclusive, que as decisões proferidas em ADPF têm efeito “erga omnes” e vinculante (art. 10, § 3º Lei nº 9.882/99).

Face ao exposto aguarda a cassação da liminar deferida, bem como a extinção do feito sem julgamento de mérito, sob pena de violação aos artigos 102, inciso I, letra “a” e 125, § 2º, da Constituição Federal tendo em conta, ainda, a possibilidade de decisões conflitantes entre esse E. Tribunal de Justiça e o E. Supremo Tribunal Federal.

b. Da parte dispositiva da r. decisão agravada

Como constante da própria decisão ora agravada, a presente ADIn tem por objeto os artigos 2º, 3º, 4º e 5º, da Resolução nº 06/2011.

Todavia, a despeito de tal fato, constou da parte dispositiva de tal decisão:

*“Diante do exposto, **concedo a liminar** e suspendo a eficácia da Resolução 06, de 23 de novembro de 2011, da Câmara Municipal de São Paulo.”*

Depreende-se, pois, que a decisão concessiva de liminar foi além do quanto pretendido, haja vista que suspendeu a íntegra da norma atacada – que é composto por sete artigos (Doc. 07) - e não apenas os artigos 2º a 5º, invocados como inconstitucionais.

Sobre essa questão, inclusive, foram opostos Embargos de Declaração ao Exmo. Desembargador Relator, ainda pendentes de julgamento na presente data.

Todavia, na remota hipótese de não se sanar tal vício através dos embargos de declaração opostos – caso reste superada, ainda, a preliminar acima aventada e a própria análise da ausência dos requisitos tendentes à concessão da liminar – requer a aplicação dos artigos 2º e 293 do Código de Processo Civil, para o fim de se limitar a concessão da liminar aos artigos 2º a 5º da Resolução nº 06/2011.

II. Da ausência dos requisitos tendentes à concessão de liminar

Relativamente aos requisitos para concessão de liminar, é patente a ausência. Vejamos.

a. Ausência do “*periculum in mora*” e existência de “*periculum in inverso*”

Ausente o requisito do “*periculum in mora*” necessário à concessão da medida liminar.

Isso porque, conforme se infere de decisão publicada no DOC do dia 22 de dezembro p.p., a E. Mesa da Edilidade Paulistana determinou, *in verbis* (Doc. 08):

*“CONSIDERANDO a **edição da Resolução nº 06/2011, da Câmara Municipal de São Paulo**, a qual dispôs sobre a fixação do subsídio dos Srs. Vereadores para a 16ª Legislatura 2013/2016, nos termos do art. 14, inciso VI, da lei Orgânica do Município e art. 29, inciso VI, alínea “f”, da Consituição Federal, além de dar outras providências;*

CONSIDERANDO que o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0034958-32.2011.8.26.0000, em curso perante o E Tribunal de Justiça deste Estado, se limita à Resolução da Câmara Municipal de São Paulo nº 05/92, já revogada;

CONSIDERANDO que, a despeito do quanto indicado no parágrafo anterior, o Exmo. Desembargador Relator do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar o pedido de liminar assinalou, relativamente à Decisão de Mesa de nº 1022/2011, que “revogada a deliberação da Câmara, ressurgirá o dúplice requisito, hábil a conceder a liminar pleiteada, para suspender a eficácia da Resolução nº 05, de 24 de agosto de 1991, da Câmara Municipal de São Paulo, assentando também que, em observância ao princípio da remuneração da atividade parlamentar, os vereadores da atual legislatura percebam, a título de remuneração, o valor do subsídio vigente no último dia da legislatura anterior – 31.12.2008 -, até o final julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade...”;

A MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições, reconhece e determina:

- 1) Nos termos da Resolução nº 06/2011, o valor da remuneração mensal dos Senhores Vereadores, a partir de março do corrente é aquele previsto em seu artigo 4º;*
- 2) **O valor correspondente à aplicação do percentual previsto no artigo 4º da Resolução nº 06/2011, será depositado em conta especial remunerada de titularidade da Câmara Municipal de São Paulo até o final julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou até que o Exmo. Desembargador Relator da ADIn nº 0034958-32.2011.8.26.0000 se pronuncie em contrário;***
- 3) Sejam revertidos à conta geral da Edilidade Paulistana os depósitos efetuados em conta especial, nos moldes da Decisão de Mesa nº 1022/2011, ora tornada sem efeito;*
- 4) Seja oficiado o Exmo. Desembargador Relator da ADIn nº 0034958-32.2011.8.26.0000, a fim de que se esclareça se a decisão exarada em*

04 de agosto p.p. alcança norma legal posteriormente editada, haja vista o limite do objeto de tal demanda, qual seja, Resolução nº 05/92” (destaque nosso)

Da transcrição de tal decisão depreende-se que, já **no mês de dezembro p.p., a E. Mesa Diretora entendeu por não disponibilizar o valor referente à diferença de remuneração aos Nobres Vereadores**; mantendo-se o pagamento da diferença em conta vinculada da Câmara Municipal de São Paulo.

E mesmo que assim não fosse, resta configurado o **“periculum in inverso”**, vez que, **ao contrário do que consta na r. decisão liminar**, no sentido de que *“deve ainda ser considerado que os vereadores já auferem bons rendimentos, compatíveis com a função exercida e acima da média dos demais trabalhadores, de modo que a medida de suspensão da resolução não causará danos e nem afetará a dignidade de tais agentes políticos”*, os **Srs. Vereadores recebem a título de remuneração, atualmente, a quantia bruta de R\$ 9.288,05 (nove mil, duzentos e oitenta e oito reais e cinco centavos); valor esse que vem sendo aplicado desde abril/2007** (Doc. 09), em razão do questionamento relativo à Resolução anterior (nº 05/92 – Adin nº 0034958-32.2011.8.26.0000), a qual determinava que a remuneração dos Srs. Vereadores corresponderia a 75% daquela percebida pelo Sr. Deputados Estaduais.

E a aplicação do percentual previsto no artigo 4º da Resolução impugnada teve como único propósito **repor o simples valor da moeda. Não se tratou, pois, de reajuste**, mas – como mencionado na própria norma – simples utilização do percentual aplicado aos servidores da Câmara Municipal de São Paulo para fins de reposição de perdas inflacionárias no respectivo período.

Sobre esse aspecto, constou da respectiva “Justificativa” do então Projeto de Resolução (Doc. 10):

“...A instituição de tal regra tem por fito a observância do princípio da “remunerabilidade parlamentar”, prevendo-se, então, mera atualização monetária incidente sobre o último valor fixado a título de remuneração dos nobres Edis, o que se deu em março de 2007.

O percentual previsto (22,67%) foi fixado com base na variação do IPCA – Índice considerado como medidor oficial de inflação do país – observando-se que tal parâmetro também foi utilizado para fins de reposição das perdas inflacionárias nas Leis Municipais nºs 15.138/2010 e 15.369/2011...”

Ainda, cabe lembrar que o pagamento em questão tem natureza alimentar, sendo certo que o **artigo 1º, inciso III, da Carta Magna**, estatui como fundamento do Estado democrático de direito a **dignidade da pessoa humana** – o que reafirma a existência de **“periculum in inverso”**, na medida em que, **assim como o nobre prolator da r. decisão agravada, os Srs. Vereadores também exercem um dos Poderes do Estado, tão relevantes para a manutenção da democracia quanto o poder judicante.**

b. Ausência do “*fumus boni juris*”

Com a devida vênia, de igual modo, ausente o requisito do “*fumus boni juris*”.

1. Do décimo terceiro subsídio (artigo 2º da Resolução nº 06/2011)

Nos moldes da r. decisão agravada, a plausibilidade do direito deduzido nessa matéria decorreria do seguinte fundamento:

“...A instituição de décimo terceiro subsídio a vereadores não parece condizente com o art. 124, § 3º da Constituição Estadual, a princípio, a benesse é destinada a trabalhadores e estende-se apenas aos servidores públicos, que têm vínculo profissional e permanente com a Administração, e não aos agentes políticos. Anote-se que a doutrina ressalta as diferenças no regime dos servidores e agentes políticos e inclusive MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“Direito Administrativo”, 22ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 534), ao tratar de subsídios e da extensão dos direitos sociais, faz menção à exclusão de benefícios como o décimo terceiro salário aos agentes políticos...” (destaque nosso)

O artigo 124, § 3º da Constituição do Estado de São Paulo prescreve:

“Aplica-se aos servidores a que se refere o “caput” deste artigo o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal”

Tal disposição não tem qualquer contrariedade com a previsão de pagamento de 13º subsídio aos nobres Edis, haja vista que o artigo 18 da Constituição do Estado de São Paulo é que deve ser interpretado face a tal disposição, atrelado à possibilidade de norma infraconstitucional prever, de forma expressa, tal benefício a agente político.

Inadmissível, portanto, o confronto aplicado, o que, por si só, faz cair por terra o fundamento da r. decisão agravada na matéria em análise.

Todavia, cabe apontar que a previsão de décimo terceiro subsídio é matéria que vem sendo discutida em todos os tribunais do Brasil.

I. Da possibilidade de previsão do 13º subsídio por lei infraconstitucional

O texto constitucional (**arts. 37, X e XI e 39, §3º e 4º**) é silente no que diz respeito à fixação do 13º subsídio aos agentes políticos, no entanto, a Carta Magna não veda o benefício, que pode ser atribuído mediante lei infraconstitucional que discipline o assunto.

Com efeito, não existindo na Constituição Federal, distinção entre agentes políticos detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários e outros

agentes políticos (membro de Poder), e também não dispendo o texto constitucional sobre o 13º subsídio de quaisquer agentes políticos, é cediço que o 13º subsídio dos Vereadores pode ser estabelecido por norma municipal, devidamente aprovada pela Câmara de Vereadores.

Este é, inclusive, o **atual entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça**, favorável à instituição do décimo terceiro subsídio, **desde que expressamente autorizado por lei** (Ag Reg nº 742.171/DF, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 03/02/2009, DJ 02.03.2009) – conforme, aliás, transcrições constantes da própria peça exordial.

E no âmbito do **E. Supremo Tribunal Federal**, consta o **Recurso Extraordinário nº 650898/RS**, que tem por objeto a matéria ora em debate, em que foi reconhecida a **repercussão geral** (Doc. 06), ainda sem julgamento de mérito.

E a temática de tal **Repercussão Geral (tema 484)** foi assim ementada (Doc. 06):

*“Recurso Extraordinário em que se discutem, à luz dos artigos 7º, VIII e XVII, 29, V, e 39, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de órgão especial do tribunal de justiça analisar, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal, bem assim a **possibilidade, ou não, de concessão de terço constitucional de férias, gratificação natalina e verba de representação a detentores de mandato eletivo que percebem subsídio**”*

No curso de tal procedimento, o **Ministério Público Federal, na qualidade de defensor do interesse da sociedade, assim se manifestou, apontando, inclusive, que evoluiu em relação a entendimento anterior** (Doc. 11):

*“...No mérito, **o tema está envolto em cizânia jurídica, motivo pelo qual, após estudo mais acurado, evoluiu-se em relação ao entendimento exposto no parecer exarado no RE 633238/RS, para trilhar a linha de inteligência a seguir esposada.***

De uma lado, como ilustra a posição majoritária do órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, defende-se que o fato dos exercentes de mandato eletivo serem pagos mediante parcela única (subsídio) exclui a possibilidade de percepção do terço de férias, gratificação natalina e verba de representação, por expressa vedação no Texto Magno (art. 39, § 4º, da CRFB/88). De outro, sufraga-se a tese da viabilidade de convivência entre os institutos, à exceção da verba de representação em prol de uma interpretação sistemática dos ditames magnos, pois o foco está no alcance da expressão “servidores ocupantes de cargos públicos” contida no art. 39, § 3º da CRFB/88.

Diante desse cenário, o deslinde da controvérsia perpassa pela aplicação do princípio da unidade constitucional, calcado na análise integrada das normas constitucionais. Canotilho delinea com precisão o referido princípio:

.....
.....
Nesse passo, os direitos fundamentais às férias e ao respectivo adicional, bem como à gratificação natalina, deve ser garantidos ao ocupante de cargo eletivo, já que a modalidade remuneração (subsídio) não detém força suficiente para arrostar os direitos assegurados no art. 39, § 3º, no âmbito do qual se insere o agente político.

Abalizada doutrina corrobora esse raciocínio:

“Sem embargo disso, a própria Constituição Federal, em face do § 3º do art. 39, permitiu o acréscimo ao subsídio de certas gratificações e indenizações, e determinados adicionais, como a gratificação de natal, os adicionais de férias, de serviços extraordinários, as diárias, as ajudas de custo e salário-família” (DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., Salvador; Podium, p. 227).

.....”
Em razão da natureza jurídica que lhe foi imposto constitucionalmente, o subsídio é constituído de parcela única. Por isso, o art. 39, § 4º, veda expressamente que tal parcela seja acrescida de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Obviamente, como a Carta Política deve ser interpretada de forma sistematizada, deve-se concluir que valores correspondentes aos direitos por ela assegurados no § 3º do art. 39 – como, para ilustrar, o décimo terceiro salário e o terço de férias – não são atingidos pela proibição de qualquer acréscimo. Aliás, como visto, o mesmo ocorre com o teto geral” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 455/456)...” (destaque nosso)

Mo mesmo sentido, manifestou-se o I. Advogado-Geral da União, Dr. Luis Inácio Lucena Adams, ao se pronunciar nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 193, na qualidade de defensor do erário público (Doc. 12); demanda essa que também tem por objeto a matéria em análise:

“...A gratificação natalina, todavia, não corresponde a parcela remuneratória que, cumulada ao subsídio, seria paga mensalmente, mas consiste, isso sim, em um décimo terceiro subsídio. É dizer, ela não integra a remuneração mensal, constituindo, apenas, mais um subsídio percebido durante o ano. Por isso, não se pode dizer que a gratificação natalina traduz-se em parcela cuja percepção cumulada com o subsídio violaria o Texto Constitucional.

Ademais, mesmo que, por mera hipótese, fosse considerado como parcela de percepção cumulada, ao argumento de que o pagamento do 13º (décimo ter-

ceiro) dar-se-ia cumulativamente com o subsídio de um determinado mês, ainda assim não se poderia sustentar que sua percepção encontraria obstáculo na Constituição da República.

Efetivamente, **o artigo 39, § 4º, da Lei Maior não veda o recebimento cumulado do subsídio com toda e qualquer vantagem pecuniária, conforme se poderia inferir da literalidade de seu texto.** É que a interpretação de referido dispositivo constitucional deve ser conjugada com o disposto no artigo 39, § 3º, da Carta Magna, que assegura aos servidores públicos a percepção do décimo terceiro salário.

Confira-se

No mesmo sentido, confira-se o entendimento de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. Atlas. 3ª ed. 2003, p. 936/937), in verbis:

“O subsídio constitui, obrigatoriamente, parcela única, como afirmado pelo art. 39, § 4º, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a EC nº 19/98, ao afirmar que o membro do Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Veda-se, portanto, qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

(...)

Não obstante essa vedação, é importante salientar que o servidor público remunerado por subsídio único faz jus às seguintes verbas:

*– em face do § 3º, do art. 39: **décimo terceiro salário** (...).” (Grifou-se).*

*No que toca, por derradeiro, ao entendimento de que a Constituição Federal não contemplaria o pagamento de gratificação natalina a detentores de cargos políticos, cumpre ressaltar que **a inexistência de expressa previsão constitucional quanto ao assunto não obsta que norma infraconstitucional preveja o pagamento de referida gratificação. Sendo assim, constata-se ser válida a norma ordinária que estabeleça o pagamento de décimo terceiro salário aos agentes políticos...**” (destaques nossos)*

E de acordo com o I. Jurista Celso Antônio Bandeira de Mello “O disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por ‘parcela única’, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos

incisos do art. 7º, a que ele se reporta” (Curso de Direito Administrativo, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2002).

Das simples transcrições acima resta patenteada a ausência de plausibilidade do direito invocado, devendo-se apontar que o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais já pacificou entendimento no sentido de ser devido o décimo terceiro subsídio aos agentes políticos, anotando, inclusive, que *“Admitir a alegação de que o décimo terceiro não é devido aos Vereadores implicaria reconhecer, consequentemente, a verossimilhança do argumento de que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário também não poderiam receber tal verba, na medida em que o artigo 39, § 4º e § 6º, da Constituição da República, insinua que eles se incluem entre os agentes políticos”* (Incidente de Inconstitucionalidade n. 1.0042.03.004956-5/002, j. 12/08/2009, DJe 27/11/2009).

2. Da alegada vinculação (artigo 3º da Resolução nº 06/2011) e da aplicação da revisão geral anual (artigo 37, inciso X, combinado com o artigo 39, § 4º, da CF)

Sob esse aspecto, indicou a r. decisão agravada, que a plausibilidade da tese invocada residiria na violação ao artigo 115, inciso XV, da Constituição do Estado de São Paulo, o qual prescreve:

“é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal”

Ocorre que **a previsão inserta no artigo 3º da Resolução nº 06/2011 não procedeu à vinculação de “espécies remuneratórias”, mas sim à aplicação da determinação da “revisão geral anual”, em consonância ao artigo 37, inciso X, combinado com o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal.**

E mesmo que assim não fosse, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal que a disposição que veda a vinculação, inserta no inciso XIII do artigo 37 da Constituição Federal, não se aplica aos agentes políticos, mas apenas aos servidores públicos, conforme **Recursos Extraordinários nºs 181715-1 – São Paulo e 358374/PR**, sendo certo que neste último restou assentado:

“...Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão assim ementado (fls. 893):

“APELAÇÃO – AÇÃO POPULAR – CÂMARA MUNICIPAL – MUNICÍPIO – MAJORAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS VEREADORES – RESOLUÇÕES – VÍCIO DE CONSTITUCIONALIDADE – VINCULAÇÃO AOS DEPUTADOS ESTADUAIS – PROCEDÊNCIA PARCIAL – PROVIMENTO.

É vedada a fixação dos subsídios de vereadores com base em comando legislativo inconstitucional.”

2. Pois bem, **a parte recorrente sustenta violação aos incisos VI e VII do art. 29 da Magna Carta de 1998, com a redação dada pela EC nº 01/92.**

.....
3. Tenho que a insurgência merece acolhida. É que o entendimento da Instância Judicante de origem destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que me parece juridicamente correta. Leia-se, a propósito, a ementa do RE 181.715, da relatoria do ministro Marco Aurélio:

“REMUNERAÇÃO – VEREADORES – FIXAÇÃO – REMUNERAÇÃO DE DEPUTADOS ESTADUAIS. Até a vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1992, inexistia óbice a que viesse a ser fixada a remuneração dos vereadores de acordo com o que percebido, na totalidade, pelos deputados estaduais. A referência contida no inciso XIII do artigo 37 da Carta de 1988 à remuneração de pessoal do serviço público restringe o preceito aos servidores em geral, não alcançando os agentes políticos.....” (destaques nossos)

Esclarecido, pois, que a norma do artigo 3º da Resolução impugnada traz mera regra de “revisão geral anual”, limitada apenas ao **índice de correção monetária aplicado aos servidores públicos**, e não a índices tendentes a aplicar reajuste.

A fim de que não restem quaisquer dúvidas, transcreve-se a disposição impugnada:

“No curso da Legislatura indicada no art. 1º, o subsídio fixado será corrigido monetariamente, todo mês de março, a partir do ano de 2014, pelo índice aplicável para tal fim aos servidores da Câmara Municipal de São Paulo, conforme definido em lei específica, observados os limites previstos no art. 29, inciso VI, “f” e inciso VII”

Nesse passo, tem-se que o julgado indicado na r. decisão agravada (ADI 349/RS), não tem qualquer relação com a hipótese em apreço, na medida em que a norma impugnada naquele controle concentrado de constitucionalidade (artigo 4º da Lei nº 11.894/2003 do Estado do Rio Grande do Sul) determinava a vinculação de reajustes, e não de mera correção monetária. Com efeito, no v. acórdão consta o texto da norma impugnada, *in verbis*:

“O Governador, o Vice-Governador e os Secretários de Estado terão suas remunerações reajustadas, automaticamente, nos mesmos índices e nas mesmas datas dos reajustamento concedidos aos servidores do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, respeitada a legislação vigente” (destaque nosso)

O **artigo 37, inciso X, da Carta Magna** não apenas autoriza, mas até determina, a edição de norma prevendo a revisão geral ANUAL, também no que toca aos subsídios de que trata o **artigo 39, § 4º**, sem qualquer distinção, nos seguintes termos (redação de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98):

“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”

Corroborava tal entendimento a redação anterior desse dispositivo que se limitava a prever:

“a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”

Nesse sentido, editou o E. Tribunal de Contas deste Estado o “Manual Básico de Remuneração dos Agentes Políticos Municipais”, sendo certo que especificamente sobre “Revisão Geral Anual – RGA” orientou que *“...O princípio da imutabilidade dos subsídios não quer dizer que esses devam permanecer, durante todo o tempo, nominalmente inalterados; a própria Constituição assegura revisão anual geral sempre na mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X)...”*.

De igual modo, o E. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, assim se pronunciou:

“Acórdãos nº 25/2005, 558/2004, 680/2003, 582/2003, 2.380/2002 e 1.081/2002. Agente político. Subsídio. Reajustamento. Possibilidade exclusiva mediante a revisão geral anual. Vedação à concessão de aumentos que não representem atualização da moeda. É assegurada aos vereadores a revisão geral ANUAL, sempre na mesma data e sem distinção de índices, nos exatos termos do inciso X do artigo 37 da Constituição Federal. Os aumentos reais ou adequação de valores percebidos por determinada categoria de servidores, ou ainda, as majorações verificadas em razão da reestruturação de Plano de Cargos e Carreiras e as realizadas em razão de mandamento constitucional, não devem ser repassados ou estendidos aos vereadores em razão do princípio da irreversibilidade” (fonte: <http://www.controlecidadao.com.br>);

Também o E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em sessão de 10/03/2010, assim se pronunciou (Doc.13):

“EMENTA: Consulta – Câmara Municipal – Agentes políticos – Subsídios – Revisão geral anual – Obrigatoriedade – Fixação do índice mediante lei

específica (ou por lei/resolução tratando-se do subsídio de vereadores) – Observância da iniciativa privativa estabelecida pela CR/88 – Desnecessidade de utilização do mesmo índice aplicado à revisão geral anual dos servidores públicos do Executivo municipal aos servidores e agentes políticos do Legislativo municipal.

Entendo pela obrigatoriedade da revisão geral ANUAL para a reposição dos valores dos subsídios percebidos pelos agentes políticos; entretanto, os índices a serem aplicados devem ser fixados por meio de lei específica, observada a iniciativa privativa estabelecida pela CR/88, não sendo obrigatória a utilização do mesmo índice aplicado na revisão geral anual dos servidores públicos do Município”;

Outrossim, cabe mencionar decisão do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, do E. Supremo Tribunal Federal, a qual, fazendo referência a decisão exarada pelo Juízo “*a quo*”, “*a contrario sensu*”, permite a aplicação da revisão geral de subsídio, desde que prevista em lei/resolução e tendente à reposição de perda de valor aquisitivo da moeda (Recurso Extraordinário nº 656064/MG, publicado em 11.10.2011):

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão assim ementado: “AÇÃO POPULAR – AUMENTO DOS SUBSÍDIO DOS AGENTES POLÍTICOS. – Demonstrada a irregularidade no reajuste dos subsídios do Prefeito, Vice Prefeito, Secretários Municipais e Procuradora do Município, não prevista em lei ou resolução específicas, cujo índice é superior à inflação, estão obrigados a devolver ao erário os valores indevidamente percebidos” (fl. 645). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 37, X e 39, § 4º, da mesma Carta, ao argumento de que o reajuste nos subsídios do recorrente deu-se em virtude da revisão geral anual prevista constitucionalmente. A pretensão recursal não merece acolhida. O Tribunal de origem, com apoio no conjunto fático-probatório dos autos e na legislação local aplicável à espécie (Leis municipais 4.850/2000 e 4.863/2000, Lei Complementar municipal 24/2001 e Lei Orgânica do Município de Teófilo Otoni), concluiu que “o reajuste concedido aos apelantes, além de ser superior ao ‘índice oficial de aferição de perda do valor aquisitivo da moeda’, não ocorreu através de Lei ou resolução específica” (fl. 656). Assim, para entender em sentido diverso, seria necessário o reexame do acervo probatório deste feito e das normas locais pertinentes à espécie, o que é vedado pelas Súmulas 279 e 280 do STF...” (destaques nossos).

No âmbito desse C. Órgão Especial, pronunciou-se, através de declaração de voto, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0406915-54.2010.8.26.0000, o Exmo. Desembargador Walter de Almeida Guilherme, com a clareza que lhe é peculiar:

*“...3. Pois bem, pela redação da lei impugnada, mostra-se de meridiana clareza que a mesma não está a **fixar** subsídio de Vereador, mas sim, procedendo à sua **revisão geral ANUAL**. Não é a mesma coisa.*

*Se a fixação do subsídio de Vereador deve ser operada por resolução, para garantir a autonomia do Legislativo, o mesmo não se diga com relação à sua revisão anual geral, pois esta **não é cláusula garantidora da independência daquele Poder**, mas regra geral da Constituição, existente para preservar a remuneração de todos os servidores públicos de sorte a manter seu poder aquisitivo ante a natural corrosão da moeda, em maior ou menos extensão.*

*Desse modo, **nada há de inconstitucional que lei e não resolução haja procedido à revisão geral anual dos subsídios dos Vereadores de Ipi-guá, cumprindo determinação do inciso X do artigo 35 da Constituição Federal que assegura aquela revisão da remuneração dos servidores públicos e dos subsídios...**” (destaque nosso)*

Corroborada, pois, a ausência de plausibilidade da tese defendida, vez que em dissonância com previsão expressa do **artigo 37, inciso X, da Carta Magna**.

3. Do invocado desrespeito à vedação de fixação ou alteração da remuneração dos vereadores durante a legislatura (artigos 3º e 4º da Resolução nº 06/2011)

Segundo a r. decisão agravada *“Afigura-se, ainda, verossímil a tese de desrespeito à vedação de fixação ou alteração da remuneração dos vereadores durante a legislatura (arts. 111, 115, VI e 144, da Constituição Estadual e art. 29, VI da Constituição Federal), porque os arts. 3º e 4º da Resolução antecipam reajustes anuais, atrelados aos dos servidores e prevêem inclusive, reajuste para remuneração de período precedente”*.

Volta-se a afirmar, com a devida vênia, o sério equívoco em que incorreu o Exmo. Desembargador Relator – provavelmente em razão do equívoco constante da peça exordial – vez que **tanto o artigo 3º quanto o artigo 4º da norma impugnada não tratam de reajuste de subsídio, mas de mera aplicação de índice de correção monetária tendente a preservar o valor da moeda, nos moldes do artigo 37, inciso X, da Carta da República**.

Releve-se que a regra da anterioridade de legislatura apenas se aplica para fins de **fixação (artigo 29, inciso VI CF)** do subsídio, não para a mera correção do valor, decorrente da revisão geral anual prevista no artigo 37, inciso X da Carta Magna, como fundamentado de forma ampla no item acima.

E especificamente sobre a situação fática, como já apontado no item relativo ao *“periculum in mora”* (III.a), os **Srs. Vereadores recebem, atualmente, a título de remuneração a quantia bruta de R\$ 9.288,05 (nove mil, duzentos e oitenta e oito reais e cinco centavos); valor esse que vem sendo aplicado desde abril/2007** (Doc. 09), em razão do questionamento relativo à Resolução anterior (nº 05/92 – Adin nº 0034958-32.2011.8.26.0000), a qual determinava que a remuneração dos Srs. Vereadores corresponderia a 75% daquela percebida pelo Sr. Deputados Estaduais.

Sobre esse aspecto, constou da respectiva “Justificativa” do então Projeto de Resolução (Doc. 10):

“...A instituição de tal regra tem por fito a observância do princípio da “remunerabilidade parlamentar”, prevendo-se, então, mera atualização monetária incidente sobre o último valor fixado a título de remuneração dos nobres Edis, o que se deu em março de 2007.

O percentual previsto (22,67%) foi fixado com base na variação do IPCA – Índice considerado como medidor oficial de inflação do país – observando-se que tal parâmetro também foi utilizado para fins de reposição das perdas inflacionárias nas Leis Municipais n.ºs 15.138/2010 e 15.369/2011.

Cumpra apontar que se aplicada a regra prevista na Resolução n.º 05/92 – ora em vigor – o reajuste do valor percebido pelos Nobres Edis redundaria em um aumento no percentual aproximado de 61,84%...”

E as Leis Municipais n.ºs. 15.138/2010 e 15.369/2011, previram, de forma distinta, os índices que representavam mera correção da moeda daqueles que tinham por escopo a aplicação de verdadeiro reajuste (Doc. 14).

4. Do artigo 5º da Resolução n.º 06/2011

Por fim, indica a r. decisão agravada que “O mesmo se pode afirmar quanto à alegação de necessidade de ato-normativo fixando remuneração pelo mandato dos agentes políticos (art. 29, VI, da CF). Ao que parece, a exigência não é atendida quando o art. 5º prevê manutenção do valor e correção monetária da Resolução para o caso de ausência de norma de fixação de subsídio”.

Porém, é certo que tal disposição não afasta a necessidade de fixação do subsídio para a legislatura subsequente. Pelo contrário: relembra a aplicação, nesse particular, do artigo 14, inciso VI da Lei Orgânica deste Município.

Apenas na hipótese de não vir a ser fixado o novo subsídio, o valor então aplicado **será mantido**, procedendo-se à simples atualização monetária nos moldes do artigo 3º.

Frise-se: o princípio da anterioridade de legislatura se aplica para fins de fixação de subsídio (artigo 29, inciso VI, CF), mas não para mera atualização monetária (artigo 37, inciso X, CF).

Caso assim não se entenda, cairia por terra o próprio ditame constitucional da remunerabilidade da atividade parlamentar municipal (artigo 29, inciso VI, CF), haja vista a possibilidade de ocorrência de inflação que passe a corroer, na quase totalidade, o valor do subsídio (relembre-se que há quase cinco anos os Srs. Vereadores não recebem qualquer atualização incidente sobre o valor que percebem).

Tal situação redundaria na impossibilidade de pessoas menos abastadas pretenderem participar da atividade parlamentar, violando, pois, até mesmo o **princípio democrático** (artigo 1º, “caput”, CF).

IV. Do Pedido

Comprovado que a matéria objeto da presente ADIn encontra-se essencialmente regulamentada no âmbito da Constituição Federal, aguarda-se a cassação da liminar deferida, com posterior extinção do feito, sem apreciação do mérito (cf. item II. a, supra – **artigos 102, inciso I, “a” e 125, § 2º, CF), considerando-se, ainda, a possibilidade de decisões contraditórias entre esse E. Tribunal de Justiça e o E. Supremo Tribunal Federal (ADPF 193).**

Na remota hipótese de assim não se entender, face à ausência dos requisitos do “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”, aguarda e está certa a Câmara Municipal de São Paulo, ora Agravante, que esse C. Órgão Especial se dignará **cassar a liminar prolatada, em observância aos ditames dos artigos 1º, “caput” e seu inciso III, 29, inciso VI, 37, inciso X e 39, § 4º da Constituição Federal.**

E no caso de ser mantida a r. decisão liminar agravada – atrelada a eventual não recebimento dos embargos de declaração opostos perante o Exmo. Desembargador Relator – requer que a concessão da liminar seja limitada ao pleito formado, ou seja, artigos 2º a 5º da Resolução nº 06/2011 (item II.b), por ser medida de

JUSTIÇA !

São Paulo, 17 de fevereiro de 2012

Andréa Rascoski Ickowicz

Procuradora Legislativa Supervisora – RF 11.075

OAB/SP 130.317

Mário Sérgio Maschietto

Procurador Legislativo Chefe – RF 11.066

OAB/SP 129.760

Artigos

As Audiências Públicas como Expressão do Princípio da Democracia Participativa¹

Luciana de Fátima da Silva²

1. Introdução

O estudo e a discussão acerca da democracia participativa têm sido muito frequentes na atualidade, fato que pode ser constatado, por exemplo, pela existência de grande quantidade de entidades da sociedade civil ligadas ao tema e pela realização da 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social, que tem como “objetivo principal promover a transparência pública e estimular a participação da sociedade no acompanhamento da gestão pública, contribuindo para um controle social mais efetivo e democrático que garanta o uso correto e eficiente do dinheiro público”³.

A participação direta da população no governo encontra previsão em vários diplomas legais, destacando-se o art. 37, § 3º da Constituição Federal que assegura a participação do usuário na administração pública direta e indireta, na forma que venha a ser disciplinada na legislação infraconstitucional.

Merece destaque, também, o Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257/01 que dedica um capítulo específico para tratar da gestão democrática da cidade, tida como uma das diretrizes da política urbana (art. 2º, II). Note-se que o Estatuto traz um rol exemplificativo de instrumentos que devem ser utilizados para a concretização deste modelo de gestão, dentre os quais se incluem as audiências públicas (art. 43, II).

Igualmente, não podemos deixar de mencionar a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar Federal nº 101/00, que estabelece a obrigatoriedade de realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, como instrumentos que visam assegurar a transparência na gestão fiscal (art. 48, p. único).

Dentre os instrumentos existentes para viabilizar a participação popular destacam-se as audiências públicas que, para a finalidade deste tópico introdutório,

¹ Artigo adaptado da monografia apresentada no curso de especialização em Gestão Pública Legislativa, realizado pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo.

² A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em junho de 2008, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, formada em 2000. Pós Graduada em Direito Municipal pela UNIDERP/Anhanguera, em 2010, e Pós Graduada em Gestão Pública Legislativa pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo, em 2012.

³ Informações extraídas do site oficial da conferência: <<http://www.consocial.cgu.gov.br/objetivos/>> Acesso em 14/12/11.

podem ser definidas como reuniões versando sobre assuntos específicos, geralmente em cumprimento à previsão legal, realizadas pelo Poder Público com a finalidade de permitir a manifestação da população acerca do assunto em pauta.

Dadas as possibilidades de contato direto entre a população e autoridades responsáveis pela condução do tema em discussão e do estabelecimento de diálogo imediato, quebrando um pouco a sensação de distância entre a população e os governantes, cremos que as audiências públicas constituem, em tese, um mecanismo profícuo de implementação da democracia participativa.

O presente trabalho objetiva contribuir para a difusão do tema, abordado sempre na perspectiva da dimensão do princípio constitucional da democracia participativa, destacando os aspectos relevantes de sua disciplina jurídica.

Esperamos contribuir para uma reflexão crítica do assunto, buscando demonstrar principalmente que é necessário abandonar a pura retórica e focar as características e necessidades centrais da audiência pública, a fim de que ela possa ser, de fato, utilizada como instrumento de gestão democrática da cidade.

2. Panorama histórico

A partir da década de 50 do século passado o Brasil experimentou um período de desenvolvimento da economia, através de investimentos governamentais no setor industrial, culminando no denominado milagre econômico. Neste contexto ocorreu também o processo de urbanização do país, que passou a contar com a maior parte da população vivendo nas cidades.

Infelizmente, o desenvolvimento da economia brasileira não foi acompanhado por avanços na área social, muito pelo contrário, a concentração de renda prevaleceu como traço característico, acirrando a desigualdade entre a população.

A concentração da população nas cidades, sem que estas estivessem preparadas para absorver o grande número de pessoas que pretendia se fixar em seu território, desencadeou problemas severos e multifacetários como o da falta de moradia digna, que, por sua vez, gera problemas de saúde e de meio ambiente.

Com efeito, a ausência de planejamento fez com que as cidades não tivessem condições de prover à população os serviços básicos de infra-estrutura adequados, como, por exemplo, o de saneamento. Assim, foram se formando núcleos populacionais em áreas periféricas das cidades, onde as pessoas viviam em condições de higiene inadequadas e degradando o meio ambiente, problema que persiste até os dias de hoje, sendo um grande nó na política pública habitacional.

As pessoas que passaram a viver em tais áreas encontravam-se em um beco sem saída, pois precisavam migrar para as regiões onde havia possibilidade de trabalho e subsistência. Porém, ainda que melhor do que em seus locais de origem, as condições de vida nas cidades também eram insatisfatórias.

Por outro lado, a proximidade entre as pessoas com problemas semelhantes possibilitou a formação dos movimentos populares, associações de amigos de bairro

e entidades afins que passaram a exercer pressão sobre os governantes para alterar este estado de coisas, para que fosse possível o acesso a condições de vida mais dignas.

Neste contexto, em 1983 foi apresentado o primeiro projeto de lei do Poder Executivo para traçar normas sobre política urbana (PL nº 785/83), o qual, nas palavras de Mariana Moreira⁴, foi motivado pelos “reclamos populares por moradia e melhores condições de vida”.

Notamos que em um primeiro momento o foco da atuação social era exercer pressão sobre os governantes para que os governos estivessem, de fato, voltados ao atendimento do interesse público, das necessidades sociais, para que se cumprissem as promessas de campanha eleitoral. Posteriormente, houve uma evolução no sentido de se exigir também espaços de participação popular dentro do governo.

As palavras do sociólogo Rudá Ricci⁵ bem situam o cenário que pretendemos mencionar acima:

As políticas brasileiras de participação popular à gestão pública tiveram início nos anos 80. Inicialmente, muitas dessas experiências foram acolhidas com alto grau de desconfiança por parte de movimentos sociais e lideranças populares, por perceberem tentativas de cooptação política por parte de governantes. Neste momento a cultura política hegemônica nos mais diversos movimentos sociais que se estruturaram a partir do processo de liberalização ou redemocratização política por que passou o país, era declaradamente anti-institucionalista. Ocorre que no final da década de 80 e início dos anos 90, muitas lideranças e assessores desses movimentos sociais começam a se eleger prefeitos. O discurso e a expectativa gerados por esta novidade política sugeriam a criação de “áreas ou zonas de gestão popular”. Nestas localidades, o compromisso tácito dos governantes seria a prioridade em investimentos sociais, em especial, em áreas mais carentes, a transparência, a valorização dos mecanismos de apresentação de demandas coletivas e a participação direta da população na definição de ações públicas.

Em suma, foi se formando um ambiente que cada vez mais clamava por maior abertura à participação popular no governo, atingindo o ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagra a democracia participativa, contendo várias hipóteses que prevêm a participação popular, e reconfigura o papel do Município.

Apenas a título ilustrativo, podemos citar como alguns exemplos das normas constitucionais acima mencionadas o art. 29, XII, que prevê a cooperação de associações representativas no planejamento municipal e o art. 29, XIII, que prevê a

⁴ MOREIRA, Mariana. *A história do Estatuto da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 28.

⁵ RICCI, Rudá. *Contradições na implementação das ações de participação*. Revista Espaço Acadêmico, nº 36, maio/2004. Disponível na Internet: <<http://www.espacoacademico.com.br/036/36ricci.htm>>. Acesso em: 28/02/12.

iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros.

3. A audiência pública como espaço ideal para a concretização do princípio da democracia participativa no plano fático.

Conforme já assinalado, as audiências públicas, a rigor, são realizadas em razão de expressa determinação legal, sem prejuízo, evidentemente, da realização de audiências públicas para abordagem de determinado assunto de interesse da sociedade como um todo sempre que o Poder Público entender necessário e oportuno.

Na Constituição Federal a referência expressa existente sobre as audiências públicas consta do inciso II, § 2º, do art. 58, que versa sobre a possibilidade das comissões das Casas Legislativas do Congresso Nacional realizarem audiências públicas com entidades da sociedade civil.

Porém, da definição doutrinária cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶ para a expressão audiência pública parece que é possível extrair outras raízes constitucionais do instituto:

O instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.

Verifica-se que a audiência pública está ligada à idéia de processo administrativo, já que ela própria pode ser compreendida como um processo administrativo e integra outro processo administrativo, relativo ao ato ou norma legal para cuja concepção a realização da audiência é indispensável.

E, em sendo processo administrativo, incidem sobre ela todos os dispositivos constitucionais pertinentes ao tema, destacando-se a garantia do devido processo legal, que, por sua vez, compreende o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

No que tange ao instituto do processo e suas garantias são oportunas as ponderações de André Del Negri⁷ em relação ao rito de produção das leis:

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. Apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Disponível na Internet: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf>. Acesso em 04/01/12.

⁷ NEGRI, André Del. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 140-145.

A dialógica, a negociação e o discurso recaem sobre a noção de Processo. Trata-se de requisitos essenciais à formação de um provimento final exigidos pela presença do contraditório.

De acordo com essa dialogicidade inerente ao contraditório e à ampla defesa, há a exigência, no decorrer do Processo, da participação de sujeitos (parlamentares) guardando entre si a simetria de suas posições exercitadas num espaço procedimental isonômico enquanto instância crítica de construção da lei (provimento). ...

Se o debate não for amplo, se não houver a participação parlamentar plenária e da sociedade pela crítica processualizada incessante e, sim, o acatamento da posição de um líder, não se poderia falar que na produção da lei houvesse a vontade do legislador político (o cidadão). - grifamos

Mencionados os contornos legais de maior relevo em relação ao tema estudado neste trabalho, cumpre, ainda, abordar duas questões pertinentes ao âmbito jurídico das audiências públicas, quais sejam, os efeitos que delas decorrem e as consequências da não realização ou da realização irregular de tais audiências.

Pois bem, no que tange aos efeitos gerados pela audiência pública o que se indaga é se as manifestações da população teriam o condão de vincular as ações do Poder Público, traduzindo, uma espécie de partilha do poder entre os representantes políticos eleitos e os cidadãos, ou se serviriam apenas de orientação ao Poder Público para que ele pudesse conhecer o posicionamento da sociedade a respeito dos assuntos a serem por ele decididos, ou seja, a audiência pública teria apenas um caráter informativo/consultivo, sendo desprovida de qualquer conteúdo decisório.

Defender a tese da vinculação parece razoável diante do risco de, caso se entenda não haver algum tipo de eficácia vinculatória, o Poder Público simplesmente sentir-se autorizado a ignorar o conteúdo de tais audiências, realizando-as simplesmente como parte de um procedimento formal e não com a finalidade de estabelecer um diálogo com a sociedade, valendo-se delas como instrumento de gestão. Maria Paula Dallari Bucci⁸ parece inclinar-se por este entendimento:

Finalmente, há a questão mais complexa dos efeitos a serem atribuídos às audiências públicas e às posições nelas produzidas, se vinculantes ou não. Sobre essa questão, embora não haja ainda conclusão definitiva da doutrina processual administrativista, deve-se considerar que sem a vinculatividade perderia grande parte de seu sentido a realização das audiências públicas, que teriam papel apenas figurativo.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão Democrática da Cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 348.

Por todos, cite-se o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao defender a possibilidade de vinculação do Poder Público ao resultado das audiências públicas⁹:

Esta é, por fim, a modalidade de participação do administrado de maior significação. Só a lei pode instituí-la, pois, na verdade, comete-lhe uma parcela do poder decisório do Estado e, com ela, também uma fração de responsabilidade nos resultados de uma decisão administrativa. Da mesma forma, ela permite gradação no envolvimento do participante, desde a simples provocação da Administração, para que a leve a tomar uma decisão, até a co-decisão, pelo voto ou pelo veto, seja em audiências públicas, seja em colegiados deliberativos ou quaisquer outras modalidades abertas à inventiva política. Serão, algumas delas, particularmente úteis quando a Administração deva tomar decisões discricionárias, sujeitas a muitas variantes e, por isso mesmo, comportando inúmeras opções.

Porém, a exigência de fundamentação para o acolhimento ou não das manifestações populares quando da decisão sobre o ato administrativo ou legislativo a ser editado, já é uma forma de impedir que a audiência pública seja negligenciada pelo Poder Público e, por outro lado, não se pode ignorar que se as manifestações proferidas em audiência possuísem caráter vinculante não estaria ocorrendo partilha do poder ou codecisão, mas, sim, substituição dos representantes políticos eleitos pela população presente à audiência.

Neste sentido é o posicionamento de Mariana Mencio¹⁰:

Diante dos argumentos expostos, optamos pela posição que defende a não vinculação dos órgãos públicos aos resultados ventilados na audiência pública. Ao lado dos argumentos expostos pelos doutrinadores que advogam esse entendimento, acrescentamos que a audiência pública nem sempre pode contar com a presença de todos os setores da sociedade, envolvidos no problema, que demanda decisão. ... não é razoável que apenas uma minoria, que compareceu, possa deliberar em nome de outros setores da sociedade. Nesse caso, os institutos da democracia participativa não podem se sobrepor aos institutos da democracia representativa, que, por força de previsão legal, possibilita por meio de eleições livres e democráticas a escolha dos representantes políticos, que deverão deliberar sobre os assuntos administrativos e legislativos.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. *Apud* MENCIO, Mariana, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰ MENCIO, Mariana. *Op. cit.*, p. 155.

Não entendemos que a Lei possa estabelecer a vinculação total dos resultados, sob pena de romper com o princípio da democracia representativa, que autoriza por lei a realização de eleições em que poucos escolhidos decidam em nome de muitos cidadãos.

Em razão da clareza do texto, também são oportunas as ponderações de Adolfo Ignacio Calderón¹¹ a respeito do assunto, ainda que versem sobre outro instrumento da democracia participativa:

No entanto, delegar a um Conselho Municipal – composto por representantes da “sociedade civil organizada” e do poder público – a responsabilidade de definir as prioridades governamentais e a política local de uma determinada área da política urbana, implicaria não só uma reestruturação da engenharia institucional, mas também uma nova forma de gerir a coisa pública – uma nova concepção do funcionamento do sistema político.

Ora, na ideologia liberal, a tomada de decisão é uma função que está nas mãos e sob a responsabilidade dos governantes democraticamente eleitos, e não é compartilhada com os grupos de interesses que desejam ver atendidas suas demandas. Mesmo assim, convém destacar que nenhuma estrutura de poder é imutável. Os agentes responsáveis pela tomada de decisões, dentro da função governativa, podem ser alterados desde que existam propostas consensuais que se tornem hegemônicas, que sejam viáveis e que possibilitem a governabilidade.

Creemos, portanto, que o posicionamento mais condizente com o ordenamento jurídico-político vigente é aquele que entende não serem vinculantes as manifestações da população em audiências públicas, devendo, no entanto, por óbvio, serem consideradas, sopesadas e respondidas de modo fundamentado pelos representantes políticos responsáveis quando da formulação de sua decisão, pois, caso contrário, restaria totalmente sem sentido a participação popular prevista pelas normas legais.

Ressalte-se que qualquer irregularidade ou inconsistência eventualmente presente na fundamentação da decisão que acolher ou rejeitar as manifestações populares poderá ser contestada pela população, tanto na via administrativa quanto na via judicial, razão pela qual acreditamos que a motivação já seja um mecanismo adequado para conter eventual propensão a negligenciar as audiências públicas, especialmente tendo em vista a necessidade de equilibrar os princípios da democracia representativa e participativa.

¹¹ CALDERÓN, Adolfo Ignacio. *Participação popular: uma abordagem na lógica da função governativa*. Disponível na Internet: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v09n04/v09n04_05.pdf>. Acesso em 04/02/2012.

O último aspecto jurídico a ser pontuado, relativo às consequências da não realização ou da realização irregular das audiências públicas, não desencadeia conflitos na doutrina.

Pois bem, havendo previsão legal acerca da necessidade de realização de audiência pública como parte integrante do processo de formação da vontade estatal via edição de ato administrativo ou lei, a sua não realização implica na nulidade da decisão proferida.

Assim, caso seja editado o ato administrativo ou a lei sem que seja realizada a audiência, deverá ocorrer sua anulação para que seja realizada a audiência e, só então, após ponderadas as manifestações da sociedade, outro ato ser editado em seu lugar.

Igualmente, entendemos que se a audiência for realizada, mas não tiverem sido respeitados todos os ditames legais pertinentes já abordados, tais como, ampla publicidade, disponibilização de informações e documentos e prestação dos esclarecimentos que forem solicitados pela população, o ato deve ser anulado e refeito.

4. A audiência pública e os processos de formulação, implementação e acompanhamento de políticas públicas.

As audiências públicas, conforme já salientado, são realizadas para tratamento de qualquer matéria que tenha como pano de fundo interesse coletivo, por força de determinação legal ou por opção do Poder Público.

Assim, a apreciação e deliberação de diversas matérias pressupõem a realização de audiências públicas. Vejamos alguns exemplos na legislação:

- formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II c/c 43, II, do Estatuto da Cidade);
- elaboração de plano diretor e fiscalização de sua implementação (art. 40, §4º, I, do Estatuto da Cidade);
- propostas de Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual (art. 44 do Estatuto da Cidade e art. 48, parágrafo único da Lei Complementar Federal nº 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal).

É comum ainda a previsão nas leis orgânicas municipais da realização de audiências públicas para a disciplina de vários assuntos. A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, é bastante rica neste aspecto, conforme demonstram alguns dispositivos mencionados a seguir:

- art. 41, VIII e XI: prevêem a obrigatoriedade de realização de ao menos duas audiências públicas durante a tramitação de projetos de lei que versem sobre meio ambiente e atenção relativa a criança e ao adolescente;
- art. 41, § 2º: prevê que serão realizadas audiências públicas durante a tramitação de outros projetos de leis mediante requerimento de 0,1% (um décimo por cento) de eleitores do Município;
- art. 32, § 3º: prevê a possibilidade de solicitação de audiência pública pela

- população, por meio de representantes de entidades ou eleitores (no mínimo um mil e quinhentos) para tratar de assunto de interesse público;
- art. 69-A, § 3º: prevê a realização de audiências públicas gerais, temáticas e regionais, inclusive nas Subprefeituras, para debate público sobre o programa de metas da gestão municipal;
 - art. 159, § 2º: prevê o requerimento de realização de audiência pública por moradores e associações das áreas nas quais serão realizados projetos de implantação de obras ou equipamentos, de iniciativa pública ou privada, que tenham, nos termos da lei, significativa repercussão ambiental ou na infraestrutura urbana, antes da decisão final sobre o projeto;
 - art. 160, § 1º: assegura a realização de audiências públicas nas hipóteses em que a execução de obras, prestação de serviços e demais atividades urbanas dependam de aprovação de estudo prévio de impacto ambiental e sócio-energético;
 - art. 217: determina que o sistema único de saúde do Município promova audiências públicas periódicas, como mecanismos de controle social de sua gestão.

A existência de tantas previsões para realização de audiências públicas, faz presumir que na ótica do legislador são elas mecanismos adequados para propiciar a participação popular e que permitem ao Poder Público facilmente tomar conhecimento sobre as opiniões e pretensões da população.

Com efeito, as audiências propiciam o contato direto entre a população e o Poder Público, sem que haja a necessidade do preenchimento de guias, recolhimento de taxas, protocolo de requerimentos e espera por uma resposta formal, exigências que contribuem para a imagem burocrática, no sentido pejorativo do termo, que é atribuída ao Poder Público.

Por óbvio, os problemas apontados pela população não são passíveis de solução imediata nas audiências públicas, mas o fato de poder expor um ponto de vista, de manifestar-se prontamente sobre aquilo que o Poder Público estiver explanando na audiência já é reconfortante, dando vazão à necessidade que todo ser humano tem de expor seu pensamento e de ser ouvido especialmente quando estão em pauta seus interesses.

Note-se que se o Poder Público já possuir a resposta para os questionamentos formulados na audiência, repassando-a aos cidadãos, melhor ainda será a situação. E mesmo que a resposta não seja imediata, desde que ela seja dada em tempo razoável pelo Poder Público, após as apurações que se fizerem necessárias a tanto, a audiência terá cumprido o excelente papel de possibilitar o diálogo entre a sociedade e os órgãos estatais. A este respeito são precisas as palavras de Lúcia Valle Figueiredo¹²:

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2012.

Enfim, faz-se necessária intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas, sim, de diálogo entre as autoridades e os cidadãos.

...

Aliás, como sugerem, até mesmo, os vocábulos *audiência* e *pública* (lembramos descender do latim a palavra audiência, que vem de *audire* e sua significação etimológica é *ouvir*) deverá necessariamente haver diálogo entre a Administração Pública e os participantes e não monólogo, sob pena de se frustrar a participação popular.

Ademais, outro fator fundamental a ser ressaltado é que para a população brasileira, em sua esmagadora maioria, mostra-se muito mais eficaz a comunicação oral do que a comunicação escrita.

Analisando agora o aspecto procedimental, o rito adotado para realização das audiências, cumpre registrar que, embora haja expressa determinação legal quanto à realização de audiências públicas para a disciplina de várias matérias, conforme demonstrado acima, não existem normas procedimentais gerais acerca de sua realização. São elas realizadas de acordo com as diretrizes e regras estabelecidas no âmbito da administração dos entes federativos onde se realizam.

Nesta esteira, entendemos que para que o instituto das audiências públicas não fique sujeito exclusivamente ao alvedrio, à vontade política das autoridades públicas – o que pode resultar apenas no uso demagógico desta via, eis que fartamente prevista na legislação e nos procedimentos administrativos, mas carente de efetividade em termos de participação e de alteração do plano fático – é de todo recomendável a existência de normas gerais disciplinando o respectivo processo, visando resguardar sua efetividade, já que o controle por meio dos princípios constitucionais apesar de ser absolutamente cabível e oportuno, é mais difícil, mais aberto, e muito suscetível a interpretações mais formalistas.

O grau de ressonância que os institutos de democracia participativa possuem no plano da realidade, sem dúvida, é preocupação frequentemente retratada na literatura existente sobre o assunto.

Entretanto, a resposta para esta questão é das mais difíceis de ser encontrada, pois não estamos diante de um objeto que pode ser definido com precisão e avaliado por critérios totalmente objetivos. Por outras palavras, a própria idéia de ressonância, de alcance da participação popular é, em si, muito volúvel e irá depender da visão do observador da questão.

Constatamos, então, que medir o impacto que a participação popular pode alcançar na realidade das políticas públicas é tarefa das mais árduas, mas, extremamente necessária, e que está conectada a outra questão que é descobrir as vias que permitem tornar concreta, real, a participação popular.

Neste contexto da construção do que chamaremos de uma teoria da sedimentação da participação popular, encontramos a análise de Rudá Ricci¹³ que elenca três

¹³ RICCI, Rudá. *Op. cit.*

fases sucessivas em que se desdobra o processo de participação, a saber, legitimação, efetividade e institucionalização.

Para este autor, a fase de legitimação corresponde à etapa inicial do processo. É a fase em que a participação popular é aceita tanto interna quanto externamente, ou seja, a participação no desenho das políticas públicas é aceita tanto no interior do governo, quanto pela própria sociedade. Podemos dizer que nesta fase o governo passa a prever cada vez mais a participação na gestão pública, no processo que envolve as políticas públicas, entendendo-a como canal efetivo de apresentação de demandas sociais e de deliberação conjunta e a população, por sua vez, tem a capacidade de participar, está mobilizada para isso.

A fase seguinte é a da efetividade e se traduz no enraizamento da participação popular enquanto etapa obrigatória. Nesta fase o governo passa a ver a participação como um elemento essencial do processo de gestão e a sua principal característica é a integração entre a sociedade civil e o governo.

A última fase é a da institucionalização da nova cultura política, na qual, nas palavras do citado autor, ocorreria a “superação da estrutura burocrática de organização estatal por um outro sistema de gestão, de natureza híbrida (instâncias estatais onde agentes de governo e sociedade civil estariam assentados para gerenciar as políticas públicas)”.

Registre-se que Ricci aponta no estudo mencionado que as duas iniciativas de participação popular mais legitimadas técnica e politicamente são os conselhos setoriais e o orçamento participativo, mas observa que mesmo em relação a elas nos encontramos, no máximo, ingressando na fase da efetividade:

Esboçamos, quando muito, o ingresso na fase de efetividade. É possível perceber, ainda, que as práticas participacionistas em nosso país, mesmo não tendo superado a fase de mera legitimação política, estão circunscritas quase que exclusivamente ao âmbito local e municipal. Não chegaram a causar impacto ou reflexo nas práticas de gestão pública de entes superiores da política nacional. Nem mesmo os partidos que instalaram e gerenciaram sistemas de governança social em diversos municípios brasileiros parecem adotá-los como compromissos políticos quando instalados nos governos estaduais e federais. Este é o caso específico do PT e PSDB.

Conclusão

As audiências públicas são um meio para concretização do princípio constitucional da democracia participativa, constituindo, ao menos sob o enfoque da lei, instrumento de gestão, conforme expressamente disposto no Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01, art. 43, II).

O princípio da democracia participativa foi expressamente contemplado na Constituição Federal ao lado da democracia representativa, sendo que a opção do

constituente brasileiro por esse regime híbrido foi impulsionada pela descrença da população na efetividade do regime representativo clássico para atender as necessidades e interesse públicos.

Todavia, a democracia participativa não pode ser vista sob uma perspectiva imaculada e como panaceia para todos os males. Aliás, aqueles que se dedicam ao tema advertem sobre a necessidade de aprofundamento dos estudos, destacando a importância de investigar os impactos da participação social na elaboração e na implementação de políticas públicas¹⁴.

É necessário efetuar a ponderação entre estes dois princípios – democracia participativa e representativa – para que um não anule os benefícios potenciais do outro. Ademais, é bom ter sempre em mente que o sistema representativo é indispensável em razão da dimensão populacional e da complexidade das relações sociais na atualidade.

Procuramos abordar aspectos jurídicos importantes sobre as audiências públicas, destacando que: i) todo o procedimento a elas relativo deve observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente os princípios da publicidade e da democracia participativa; (ii) as manifestações populares ou o resultado, por assim dizer, das audiências públicas não vinculam a atuação do Poder Público, mas isso não significa que tais audiências sejam inúteis, pois qualquer que seja a decisão a respeito do assunto submetido à audiência deverá ser a mesma fundamentada, em especial quando tratar-se de rejeição às sugestões apresentadas pela população; e iii) a não realização ou a realização irregular das audiências públicas previstas em lei gera a nulidade do ato administrativo ou lei editados sem observância da prescrição legal, devendo ser feito todo o procedimento necessário à regular edição dos mesmos.

¹⁴ Neste sentido são as ponderações de Vera Schattan P. Coelho; Alexandre Ferraz; Fabíola Fanti e Meire Ribeiro: “Entretanto, trabalhos recentes que partiram dessa perspectiva mais otimista apontaram que algumas questões importantes sobre o potencial democrático dos processos participativos permanecem em aberto. Diante da informalidade que caracteriza essa forma de participação, como verificar se grupos tradicionalmente marginalizados – sem conexões político-partidárias e que não pertencem à rede de relações dos gestores públicos – estão sendo incluídos nos processos deliberativos ou tendo acesso aos seus benefícios distributivos? Os mecanismos participativos estariam de fato promovendo maior transparência no modo de conduzir as políticas públicas? Há inovação nas políticas geradas a partir das informações fornecidas pelos representantes da sociedade civil? Em suma, esses trabalhos chamam a atenção para a ausência de especificação sobre a qualidade dos processos de democratização (inclusão, envolvimento, transparência) ou dos efeitos atribuídos à participação (inovação, distribuição)”. In SCHATTAN, Vera P. Coelho e outros. *Mobilização e participação: um jogo de soma zero? - um estudo sobre as dinâmicas de conselhos de saúde da cidade de São Paulo*. Revista novos estudos – CEBRAP, nº 86, São Paulo, 2010. Mencionem-se, ainda, as reflexões de Danielle Martins Duarte Costa: “...a participação pública da sociedade civil não gera automaticamente um processo de transformação da cultura política predominante em determinada sociedade. É preciso questionar até que ponto um processo que permite a incorporação dos cidadãos nas decisões políticas pode ser caracterizado, de fato, como de ‘participação popular’. A pesquisa revela que as diferenças de grau e forma de incorporação dos atores sociais em arenas de gestão participativa estão diretamente relacionadas às diferenças na proporção de pessoas habilitadas a participar do controle das políticas sociais, bem como pelas diferenças entre as culturas cívicas e a instituição e mobilização das esferas públicas.” In COSTA, Danielle Martins Duarte. *Vinte anos de orçamento participativo: análise das experiências em municípios brasileiros*. Revista Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, v. 15, n. 56, São Paulo: 2010.

As audiências públicas possuem características que as qualificam como um mecanismo potencial de transformação da relação entre o cidadão e o Poder Público, no sentido de promover a aproximação de ambos.

Contudo, apesar de já existir há bastante tempo exigência legal da realização de audiências públicas para disciplina de determinadas matérias, tal como orçamento, constatamos que a população, de um modo geral, ignora as possibilidades de participação e não está qualificada para o processo.

Assim, para que não fiquemos apenas na retórica, é preciso investimento real na democracia participativa, por meio do estímulo e da capacitação da população para participar.

Em suma, a participação política envolve, acima de tudo, uma questão cultural e só encontrará condições de se realizar de modo mais efetivo quando o valor cidadania estiver introjetado nas consciências individuais, seja no ambiente público seja no privado.

Neste ponto, é oportuno, aliás, refletir que os ambientes público e privado não são herméticos e absolutamente distintos entre si. O comportamento que é criticado pela sociedade no setor público muitas vezes é repetido no setor privado como se neste ambiente fosse válido.

Analisemos, por exemplo, a corrupção. Do ponto de vista moral, em que difere a exigência por parte de um agente público de vantagem indevida para beneficiar um particular em uma licitação, da exigência, na esfera privada, do pagamento de um valor mensal, formulada por um funcionário de uma empresa para que selecione e mantenha determinado prestador de serviços para a empresa? Em ambos os casos não deveriam ser apenas o mérito, a capacidade técnica, o preenchimento dos requisitos legais, os critérios para seleção dos prestadores de serviços?

Se na hipotética situação levantada acima no ambiente privado a pessoa se sente autorizada a adotar tal comportamento, se, eventualmente, tornar-se um dia agente público (seja servidor, seja representante político), persistirá ela na conduta ou mudará seu padrão de comportamento? Infelizmente, tudo leva a crer que não só persistirá neste padrão moral de comportamento como tenderá a acreditar que poderá auferir ainda mais vantagens por vários meios, ante o senso comum formado acerca da permissividade e impunidade que impera no espaço público.

Infelizmente, para grande parte da população, o termo público não é sinônimo de coletivo, daquilo que é de direito e de responsabilidade de todos, sendo compreendido, ao contrário, como algo que não é de ninguém e que, portanto, pode ser usufruído por todos sem qualquer compromisso ou responsabilidade.

Creemos que os comportamentos hipotéticos acima descritos são igualmente condenáveis e que a partir do momento em que nos conscientizarmos da intersecção entre os espaços público e privado, já teremos nos adiantado bem no longo caminho a percorrer para o aperfeiçoamento de nossa sociedade, sem utopias, dentro daquilo que é possível à natureza humana.

Em síntese, cremos que nenhuma utilidade terá o estudo e a discussão sobre o assunto objeto deste trabalho, se não houver investimento sério na qualificação da

população para poder participar (entendendo-se por qualificação o ato de proporcionar a todos o conhecimento sobre como funcionam as instituições políticas e como se estabelecem as políticas públicas), pois, só assim, se poderá falar que há, de fato, direito de participação.

Por fim, entendemos que embora esta qualificação possa ocorrer através de várias iniciativas, ela deve se dar, indispensavelmente, por meio da educação formal, pois a cidadania é um dos fundamentos do Estado brasileiro e caso o Poder Público se mantenha inerte quanto a este aspecto, corremos o risco de levantarem-se vozes contrárias ao sistema participativo sem que, na prática, ele nunca tenha sido efetivamente implementado.

Note-se que acerca da inclusão de temas relacionados à participação popular no currículo da educação escolar, Evandro Martins Guerra¹⁵ posiciona-se com bastante ênfase:

Trata-se também da necessidade do desenvolvimento de uma cultura política sólida e de educação cívica para que a sociedade compreenda que participação é um exercício de cidadania, e que, assim como o voto, é um direito e componente definidor dos rumos do país.

...

No controle social, é grave a falta de interesse da sociedade em acompanhar os atos produzidos pela Administração Pública, principalmente os de natureza financeira e orçamentária. Nesse ponto, urge a implementação de políticas públicas educacionais voltadas à conscientização do cidadão, à formação de uma cultura fiscal, desde a educação básica, passando pelos ensinos fundamental e médio, até o nível superior.

A necessidade de um específico processo de educação para o fortalecimento do direito de participação também está presente na análise de Rudá Ricci¹⁶:

Contudo, é possível iniciar um processo de aprofundamento e sistematização das experiências de gestão participativa existentes, difundidas e implementadas de maneira desarticulada e desconexa ao longo do país. A sistematização desta pauta poderia criar uma cultura política mais complexa e madura deste campo ideológico. A partir daí, um outro passo, mais ousado, poderia ser tomado: a criação de uma rede de Escolas da Cidadania (à exemplo das Casas de Cidadania dos EUA, nos anos 50, que fundamentaram o movimento anti-racista no sul do país), que procurassem criar espaços de reflexão sobre a nova institucionalidade política a ser sedimentada no país, aumentando a capacidade de gestão so-

¹⁵ GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. Revista Fórum de Contratação e de Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 46-56, out. 2008.

¹⁶ RICCI, Rudá. *Op. Cit.*

cial de lideranças sociais. Finalmente, esta rede de escolas da cidadania poderia desencadear a institucionalização de práticas participacionistas no território nacional através de uma Lei de Responsabilidade Social. Afinal, trata-se de um diálogo com uma cultura política arraigada em nosso país. Uma cultura peculiar, instável, insegura, indecisa, pendular. Toda cultura ambivalente, enfim, não consegue fixar uma convicção. Por se tratar do dilema do copo pela metade, que depende do ponto de referência do observador, este traço cultural brasileiro institui uma disputa política constante. E é exatamente deste ponto que devemos partir para consolidarmos a democracia em nosso país.

Em suma, entendemos que deve ser destacada a importância de se atribuir o dever de difundir a cidadania primeiramente ao Estado por meio da educação formal, porque muitas vezes em seu meio social o indivíduo não terá condições de absorver este valor. Assim, ainda que em seu ambiente familiar ou que na comunidade em que esteja inserido o indivíduo não receba estímulos e/ou abertura à participação, ao menos no ambiente escolar receberá esta formação e, deste modo, inclusive, poderá contribuir para transformar o meio em que vive.

Luciana de Fátima da Silva

Procuradora Legislativa

OAB/SP 181.552

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz e COUTO, Cláudio Gonçalves. *A redefinição do papel do Estado no âmbito local*. Disponível na Internet: <http://cedec.org.br/files_pdf/ArdefinicaodopapeldoEstadonoambitocal.pdf>. Acesso em 04/01/12.

AVRITZER, Leonardo (org.). *A participação em São Paulo*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A Democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 04/11/2009.

BOSCO, Maria Goretti Dal. *Audiência pública como direito de participação*. Disponível na Internet: <<http://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645537/audiencia-publica-como-direito-de-participacao>>. Acesso em 04/02/12.

CALDERÓN, Adolfo Ignácio. *Participação popular: uma abordagem na lógica da função governativa*. Disponível na Internet: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v09n04/v09n04_05.pdf>. Acesso em 04/02/2012.

COSTA, Danielle Martins Duarte. *Vinte anos de Orçamento Participativo: análise das experiências em municípios brasileiros*, Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, v. 15, n. 56, São Paulo, 2010.

DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal nº 10.257/01)*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*, Editora Brasiliense, 1ª edição, São Paulo, 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2012

GUERRA, Evandro Martins. *Controle sistêmico: a interação entre os controles interno, externo e social*. Revista Fórum de Contratação e de Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 46-56, out. 2008.

HERMANY, Ricardo, BONELLA, Danielle Soncini. *Processo Legislativo Social a partir da esfera local*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/campos/ricardo_hermany.pdf>. Acesso em: 16/10/2009.

KLIKSBERG, Bernardo. *Como pôr em prática a participação?* Disponível na Internet: <<http://www2.flem.org.br/cadernosflem>>. Acesso em 16/10/2009.

LEAL, Rogério Gesta. *A Cidade democrática de Direito no Brasil: marcos regulatórios*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 04/11/2009.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública*. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em 03/01/12.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; *Gestão Pública*. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino e VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Administração Pública Brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública*. Belo horizonte: Editora Fórum. Revista Fórum Administrativo-Dir. Público, ano 9, nº 95, p.23-34, jan. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. Disponível na Internet: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf>. Acesso em 04/01/12.

_____. *Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, setembro/outubro/novembro, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-23-SETEMBRO-2010-GUSTAVO-JUSTINO-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2012.

RICCI, Rudá. *Contradições na implementação das ações de participação*. Revista Espaço Acadêmico, nº 36, maio/2004. Disponível na Internet: <<http://www.espaco-academico.com.br/036/36ricci.htm>>. Acesso em: 28/02/12.

SANTIN, Janaína Rigo e MATTIA, Ricardo Quinto. *Gestão Democrática da Cidade: novo paradigma para a Administração Pública*. Governet. A Revista do Administrador Público. Boletim do Legislativo, Curitiba, v. 46, páginas 76-86, fevereiro/2009.

_____. *O tratamento histórico do Poder Local no Brasil e a gestão democrática municipal*. Anais do II Seminário Nacional “Movimentos Sociais, Participação e Democracia”, 25 a 27 de abril de 2007, UFSC, Florianópolis, Brasil. Disponível na Internet: <http://www.sociologia.ufsc.br/npms/janaina_rigo_santin.pdf>. Acesso em: 26/11/2009.

SANTOS, Agnaldo dos. *Os desafios do controle social nas políticas públicas*. Disponível na Internet: <http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=134> Acesso em 04/01/2012.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos; *Horizonte do Desejo – Instabilidade, fracasso coletivo e inércia social*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007, 2ª edição.

SCHATTAN, Vera P. Coelho; FERRAZ, Alexandre; FANTI, Fabiola e RIBEIRO, Meire. *Mobilização e participação: um jogo de soma zero? – um estudo sobre as dinâmicas de conselhos de saúde da cidade de São Paulo*. Revista novos estudos – CEBRAP, nº 86, São Paulo, 2010.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito, Democracia e Legitimidade*. Disponível na Internet: <<http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/pdf/Direito%20Democracia%20e%20legitimidade.pdf>>. Acesso em: 10/11/09.

SIRAQUE, Vanderlei; *Controle Social da Função Administrativa do Estado*, São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 2009.

SLEUMER, Fernando Lamego. *A nova principiologia do direito administrativo – 1ª parte*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, Revista Fórum Administrativo, nº 99.

Análise da Competência Municipal para Legislar sobre Meio Ambiente Frente à Edição da Lei Nacional nº 12.305/10

Marcella Falbo Giacaglia¹

Simona M. Pereira de Almeida²

Assunto em voga atualmente é a preservação do meio ambiente, alçado à categoria de princípio constitucional impositivo pela Constituição Federal que determinou ao Poder Público, em todas as suas esferas, Federal, Estadual e Municipal, o poder-dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (artigos 225 e 23, inciso VI).

Há que se observar que o Município, nos termos do disposto no art. 24, VI c/c art. 30, I da Constituição Federal, detém competência legislativa suplementar para disciplinar sobre a matéria.

Como se verifica do texto do art. 24, § 1º, em matéria de legislação concorrente, cabe à União legislar sobre normas gerais, sendo que os Estados federados irão completar a legislação federal, detalhando-a segundo suas peculiaridades, mas respeitando os limites da lei federal (art. 24, § 2º, da CF).

Entretanto, caso a União não expeça as normas gerais, os Estados e o Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º, da CF).

Por fim, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º, da CF).

Com relação à atuação do Município surgem duas correntes.

A primeira, defendida por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, entende que os Municípios não foram contemplados na competência concorrente e portanto não concorrem com a União e os Estados nas matérias constantes do art. 24 da CF (PAULO e ALEXANDRINO, 2011, p. 355-356).

Segundo os autores, os Municípios possuem competência genérica para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II, da CF) e também para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF), mas esta atuação legislativa não significa concorrência com a União e os Estados-membros.

¹ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1992, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Paulista.

² A autora é Procuradora da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1998, mediante concurso público. É graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e Especialista em Direito Constitucional pela Unisul.

Desse entendimento decorre que na ausência de normas gerais e estaduais sobre matérias do art. 24, da CF, apesar do disposto no art. 30, II, da CF, não adquirem os Municípios competência legislativa plena para editar normas gerais e específicas. Poderá o Município eventualmente disciplinar a matéria com fundamento no art. 30, I, da CF, mas essa atuação nada teria a ver com a competência concorrente, razão pela qual a superveniência de norma federal ou estadual não teria o condão de suspender a eficácia da legislação municipal.

Sobre o assunto note-se ainda o entendimento de Anderson Furlan e William Fracalossi, segundo os quais na ausência de normas gerais expedidas pela União ou pelos Estados em matéria ambiental, a atuação legislativa municipal deriva diretamente do art. 30, I da CF, que atribui à Comuna competência para legislar sobre assuntos de interesse local, senão vejamos :

Não se pode negar aos Municípios competência para implementar a proteção ao meio ambiente, sendo impositivo reconhecer que a norma do art. 30, II, reconhece também a competência para suplementar a legislação federal e estadual inerentes ao meio ambiente. Nessa suplementação, obviamente, os Municípios não podem editar normas gerais, pois estão adstritos aos interesses locais (o art. 30, I, deve ser conjugado com o inc. II da CF). Em outras palavras : “[a]tribuindo, a Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios, legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local. A legislação municipal, contudo, deve se restringir a atender as características próprias do território em que as questões ambientais, por suas particularidades, não contem com o disciplinamento consignado na lei federal ou estadual. A legislação supletiva, como é cediço, não pode ineficacizar os efeitos da lei que pretende suplementar.” (FURLAN e FRACALOSSO, 2010, p. 238).

A segunda corrente, com a qual nos alinhamos, defende que os Municípios, embora não incluídos expressamente no *caput* do art. 24, não foram excluídos da partilha das competências concorrentes, justamente porque a eles cabe, nos termos do art. 30, II, suplementar a legislação estadual e federal no que couber, por óbvio, dentro dos limites do interesse local, como determina o art. 30, I.

Sobre o tema da competência suplementar do Município com fundamento nos arts. 24 e 30, I e II, da Constituição Federal assevera Fernanda Dias Menezes de Almeida :

Como dissemos antes, trata-se de modalidade de competência legislativa concorrente primária, porque prevista diretamente na Constituição, mas diferente da competência concorrente primária-

ria que envolve a União e os Estados. E diferente porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência suplementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local.

[...]

O próprio artigo 30, II, esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber. É preciso, pois, verificar quando cabe essa legislação.

Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em assuntos que digam respeito ao interesse local. Nenhum sentido haveria, por exemplo, em o Município suplementar a legislação federal relativa ao comércio exterior ou relativa à nacionalidade e à naturalização. Da mesma forma, seria sem propósito que a lei municipal suplementasse a legislação estadual atinente ao funcionalismo do Estado ou à organização da Justiça estadual. (ALMEIDA, 2007, p. 139).

No âmbito das competências materiais comuns, que pressupõem para o seu exercício a competência legislativa concorrente prevista no artigo 24, a questão da legislação municipal suplementar fica mais delicada.

Parece-nos que a competência conferida aos Estados para complementarem as normas gerais da União não exclui a competência do Município de fazê-lo também. Mas o Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais.

Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender a suas peculiaridades. Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então o Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes. (ALMEIDA, 2007, p. 140-141, grifo nosso).

Ressalte-se que, conforme Paulo Affonso Leme Machado, suplementar, como ensina a boa doutrina, “não é somente ornamentar uma norma geral, como se essa competência representasse uma superfluidade. Adicionar, completar e aprimorar a

norma federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo. O contrário é praticar um federalismo ‘consentido’, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas.” (LEME MACHADO, 2010, p. 263).

Por fim, também Uadi Lammêgo Bulos reconhece a competência dos Municípios para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II, da CF), como uma manifestação da competência legislativa concorrente prevista no art. 24, da CF, afirmando que:

[...] a municipalidade poderá suprir os vazios e omissões dos legisladores federal e estadual, inclusive quanto aos assuntos dispostos no art. 24. Dois são os requisitos para o exercício dessa especial tarefa de índole federativa : (i) acatamento aos modelos federal (Constituição da República) e estadual (textos constitucionais dos Estados-membros) ; (ii) rigorosa obediência do princípio da predominância do interesse local. Deveras, apenas as necessidades imediatas do Município (interesses locais) sujeitam-se ao crivo da competência suplementar, ainda que a satisfação delas se projete nos planos dos Estados-membros (interesse regional) e até da União (interesse federal) [...] o poder supletivo conferido pela Carta de 1988 às municipalidades [...] possui destino certo e incontestável: impedir que a inércia legislativa da União prejudique a vida do Município, paralisando serviços imprescindíveis, tais como transporte coletivo, polícia das edificações, vigilância sanitária de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação e uso do solo urbano, dentre outros temas que dizem respeito ao interesse local. (BULOS, 2011, p. 975).

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não invadem a competência federal as normas editadas pelo Município que protejam mais eficazmente o direito do consumidor, o meio ambiente e a saúde pública, matérias estas inseridas na competência legislativa de todos os entes federativos, conforme ilustram os segmentos abaixo:

“Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão somente, assegurar a proteção ao consumidor.

Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis.” (ADI nº 2.832-4/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

“Em matéria de proteção à saúde e de defesa do meio ambiente, a competência legislativa é concorrente, a teor do art. 24, VI e XII, da Constituição.

De outro lado, também, a defesa da saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna é competência do Estado genericamente compreendido. Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

...

Por fim, como bem ressaltai, em voto oral, quando do julgamento da ADI 3.937-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio,

‘tenho defendido, não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na Corte Estadual a qual pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção do meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios’. (ADPF nº 109 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 22/04/2009, grifamos)

Cabe considerar ainda que, em defesa do meio ambiente, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, também previu expressamente o poder-dever do Município de zelar pelo meio ambiente em seu art. 7º vazado nos seguintes termos:

“Art. 7º É dever do Poder Municipal, em cooperação com a União, o Estado e com outros Municípios, assegurar a todos o exercício dos direitos individuais, coletivos, difusos e sociais estabelecidos pela Constituição da República e pela Constituição Estadual, e daqueles inerentes às condições de vida na cidade, inseridos nas competências municipais específicas, em especial no que respeita a:

I – meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações;”

Já seu art. 181 diretriz a ser observada pelo Poder Público para a elaboração de uma política de cunho participativo de proteção ao meio ambiente, *in verbis*:

Art. 181. O Município, mediante lei, organizará, assegurada a participação da sociedade, sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para coordenar, fiscalizar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, no que respeita a:

I – formulação de política municipal de proteção ao meio ambiente;

Estabelecida a competência legislativa suplementar para os municípios legislarem sobre proteção e defesa do meio ambiente, há que se trazer ao debate a Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, aplicável a todos os entes da Federação.

Indagação interessante sobre o tema reside no esgotamento, ou não, da competência legislativa sobre a matéria diante da edição da Lei Nacional nº 12.305/10. Em outras palavras, se dispondo a Lei Nacional sobre a matéria, restaria algum campo de atuação para o legislativo Municipal.

A resposta a esta indagação é positiva e será melhor explicitada com a apresentação de um exemplo concreto extraído da atuação do Legislativo Paulistano.

Trata-se da determinação da realização de logística reversa para os medicamentos vencidos.

A chamada logística reversa encontra sua definição legal estampada no inciso XII, do art. 3º da Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, como instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

O art. 33 da Lei Federal de Resíduos Sólidos enuncia os que são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, *in verbis*:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II – pilhas e baterias;

III – pneus;

IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Vemos que a Lei Federal de Resíduos Sólidos, de aplicação nacional, não expressamente previu a situação dos medicamentos vencidos, restando, sob esse aspecto, uma lacuna passível de ser preenchida pelo exercício da competência legislativa suplementar dos Municípios para disciplinarem questões atinentes a proteção do meio ambiente.

Cabe observar ainda que a instituição do sistema de logística reversa para os medicamentos vencidos encontra consonância com o princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 3º, XVII e art. 30, da Lei Federal 12.305/10) e do poluidor pagador.

Por fim, há que se salientar que não se trata de interferência estatal indevida no âmbito da atividade econômica, porquanto a Constituição Federal no art. 170,

VI, ao lado da consagração do princípio da livre iniciativa (artigos 1º, IV e 170, IV), elegeu a defesa do meio ambiente como um dos limites a serem observados no desenvolvimento de atividades econômicas, uma vez que na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade.

Nesse exato sentido, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.” (ADIn nº 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1-9-05, DJ de 3-2-06, grifamos)

Aliás, a norma que o projeto em análise pretende instituir vai exatamente ao encontro do que dispõe o art. 170, VI da Constituição federal, abaixo transcrito, conferindo tratamento diferenciado a determinado segmento industrial em razão do impacto que seu processo produtivo atual causa ao meio ambiente:

“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:

...

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;” (grifamos)

Assim, não obstante o art. 33 da Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, arrole aqueles fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes que se encontram obrigados a implantar o sistema de logística reversa, nada impede que o Município, no exercício de sua competência legislativa suplementar, discipline a matéria, no âmbito do interesse local e com fundamento ainda no Poder de Polícia Administrativa, desde que o faça sempre de forma mais benéfica ao meio ambiente e nunca para amainar o disposto em norma estadual ou federal.

Nesse sentido é o entendimento de João Lopes Guimarães Júnior (*in* A Questão da Ética no Meio Ambiente Urbano. Artigo extraído em 10/09/08 da página da internet: <http://www.ambientebrasil.com.br>):

“Sem dúvida nenhuma, o Município tem competência para legislar sobre urbanismo e sobre a tutela do meio ambiente urbano que, por serem assuntos de interesse local, estão no âmbito traçado pelo art. 30, inc. I, da Constituição Federal. Normas que controlam a poluição visual podem portanto ser editadas pelo Município.

Essa competência, todavia, não é privativa. A mesma Constituição Federal, ao organizar o Estado brasileiro, cometeu à União e aos Estados competência para “legislar concorrentemente sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao paisagístico, responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor estético e paisagístico” (art. 24, incs. VI, VII e VIII).

...

Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo veio no sentido de que, cuidando-se de matéria ambiental, de competência legislativa concorrente com a União, “Estados e Municípios não podem abrandar exigências contidas em leis federais através de lei local”. (grifo nosso).

Corroborando o acima exposto, tem-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, espelhados nos arestos abaixo reproduzidos à guisa de exemplo:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.” (STF - ADIn nº 3.540-MC, jul. em 01/09/05, grifamos)

“O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador, e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização

dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.” (STJ - REsp. 605.323, julg. 18/08/05, grifamos)

Marcella Falbo Giacaglia

Procuradora Legislativa

Simona M. Pereira de Almeida

Procuradora Legislativa

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Competências na Constituição de 1988. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. Direito Ambiental. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PROCURADORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Procurador Legislativo Chefe

Mário Sérgio Maschietto

Procuradoras(es)

Adela Duarte Alvarez

Andréa Rascovski Ickowicz – *Supervisora do Setor Judicial*

Antonio Rodrigues de Freitas Jr.

Antonio Russo Filho

Breno Gandelman

Caio Marcelo de Carvalho Giannini – *Supervisor do Setor de Pesquisa e Assessoria de Análise Prévia das Proposituras*

Carlos Eduardo de Araújo

Carlos Benedito Vieira Micelli

Carolina Canniatti Ponchio

Christiana Samara Chebib

Cintia Talarico da Cruz Carrer

Conceição Faria da Silva

Djenane Ferreira Cardoso

Érica Corrêa Bartalini de Araújo

Danielle Piacentini Stivanin

José Luiz Levy

Juliana Tongu Reinhold

Juliana Trindade Von Teschenhausen Eberlin

Karen Lima Vieira – *Supervisora do Setor de Elaboração Legislativa*

Lilian Vargas Pereira Poças

Luciana de Fátima da Silva

Luiz Eduardo de Siqueira S. Thiago – *Supervisor do Setor Jurídico-Administrativo*

Luiz José Tegami
Manoel José Anido Filho
Marcella Falbo Giacaglia – *Supervisora do Setor do Processo Legislativo*
Maria Cecília Mangini de Oliveira
Maria Helena Pessoa Pimentel
Maria Nazaré Lins Barbosa
Paulo Augusto Baccarin
Raimundo Batista
Rogério Justamante De Sordi
Sebastião Rocha – *Supervisor do Setor de Contratos e Licitações*
Simona M. Pereira de Almeida

Servidores de suporte administrativo

Clarice Carvalho – *Supervisora do Expediente*
Nelson Minoru Horie
Alessandra Labaki
Paulo Henrique da Silva Lopes
Isis Duarte Rodrigues
Lívia Salomão Nogueira
Danillo Nunes da Silva
Caio César Maia de Oliveira
Yoshie Kamei Tawada
José Joaquim Neto
Carlos Roberto Andrade
Sonia Maria Soares Ferreira
Patrícia Jamelli Guimarães – *estagiário*
Thamyris Calixto – *estagiário*
Mayara Aragão da Costa – *estagiário*
Guilherme Pacheco Botelho – *estagiário*

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**