



REVISTA
PROCURADORIA
da Câmara Municipal de São Paulo
2013

v.2 n.1 janeiro/dezembro 2013



CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**

REVISTA PROCURADORIA

da Câmara Municipal de São Paulo

v. 2 n. 1 janeiro/dezembro 2013

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câ. Mun. São Paulo	São Paulo	v. 2	n. 1	p. 1-204	jan./dez. 2013
-----------------------------	-----------	------	------	----------	----------------

Expediente

Editor	Paulo A. Baccarin
Comissão Editorial	Antonio Russo Filho, Carlos Eduardo de Araújo, Christiana Samara Chebib, Érica Corrêa Bartalini de Araújo, Ieda Maria Ferreira Pires, Juliana Tongu Reinhold, Luciana de Fátima da Silva, Mário Sérgio Maschietto, Paulo A. Baccarin
Capa	Equipe de Comunicação – CCI.3
Editoração gráfica	Fernanda Buccelli
Projeto gráfico, diagramação, CTP, impressão e acabamento	Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Tiragem	1.000 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.2, n.1 (2013) – São Paulo: CMSP, 2013-
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-Use Não-Comercial 3.0 Unported (CC-BY-NC 3.0)

As informações e opiniões veiculadas nos artigos que integram a revista são de inteira responsabilidade de seus autores, não refletindo necessariamente o posicionamento da Procuradoria da CMSP.

16ª Legislatura – 2013

Mesa

Presidente	José Américo – PT
1º Vice-Presidente	Marco Aurélio Cunha – PSD
2º Vice-Presidente	Aurélio Miguel – PR
1º Secretário	Claudinho de Sousa – PSDB
2º Secretário	Adilson Amadeu – PTB
1º Suplente	Gilson Barreto – PSDB
2º Suplente	Dalton Silvano – PV

Vereadores

Abou Anni – PV (suplente em exercício)	Juliana Cardoso - PT
Adilson Amadeu – PTB	Laércio Benko - PHS
Alessandro Guedes – PT (suplente em exercício)	Marco Aurélio Cunha - PSD
Alfredinho - PT	Mário Covas Neto - PSDB
Andrea Matarazzo - PSDB	Marquito – PTB (suplente em exercício)
Antonio Carlos Rodrigues - PR (licenciado)	Marta Costa - PSD
Ari Friedenbach - PROS	Milton Leite - DEM
Arselino Tatto - PT	Nabil Bonduki - PT
Atílio Francisco - PRB	Natalini - PV
Aurélio Miguel - PR	Nelo Rodolfo - PMDB
Aurélio Nomura - PSDB	Netinho de Paula – PC do B (licenciado)
Calvo - PMDB	Noemi Nonato - PROS
Celso Jatene - PTB (licenciado)	Orlando Silva – PC do B (suplente em exercício)
Claudinho de Souza - PSDB	Ota - PROS
Conte Lopes – PTB	Patrícia Bezerra - PSDB
Coronel Camilo – PSD (suplente em exercício)	Paulo Fiorilo - PT
Coronel Telhada - PSDB	Paulo Frange – PTB
Dalton Silvano - PV	Pr. Edemilson Chaves - PP
David Soares - PSD	Reis - PT
Donato - PT (licenciado)	Ricardo Nunes - PMDB
Edir Sales - PSD	Ricardo Teixeira - PV (licenciado)
Eduardo Tuma - PSDB	Ricardo Young - PPS
Eliseu Gabriel - PSB (licenciado)	Roberto Tripoli - PV
Floriano Pesaro - PSDB	Sandra Tadeu - DEM
George Hato - PMDB	Senival Moura - PT
Gilson Barreto - PSDB	Souza Santos - PSD
Goulart - PSD	Toninho Paiva - PR
Jair Tatto - PT	Toninho Vespoli - PSOL
Jean Madeira - PRB	Vavá - PT
José Américo - PT	Wadih Mutran – PP (suplente em exercício)
José Police Neto - PSD	

Sumário

Apresentação do Presidente José Américo.....7

Apresentação do Procurador Chefe Paulo Augusto Baccharin9

ARTIGOS

Notas Jurídico-Históricas sobre os Conflitos Federativos e Patrimonialismo no Estado Brasileiro – *José Antônio Dias Toffoli* 13

A Perda do Mandato e o Equilíbrio dos Poderes – *David Teixeira de Azevedo, Sandro Segnini* 27

A Teoria do Domínio do Fato (em Síntese) – *Sérgio Rosenthal*..... 31

Mandado de Segurança e a Desnecessidade de Execução Contra a Fazenda Pública por Intermédio de Precatório – *Antonio Russo Filho*..... 35

A inclusão dos nomes dos vereadores eleitos e não empossados no ano de 1947 pelo PST nos anais da Câmara Municipal de São Paulo como representantes dos cidadãos paulistanos, através da Resolução nº 13 de 17 de abril de 2013 – *Ieda Maria Ferreira Pires*..... 47

A denominação dos bens públicos e sua alteração na vigente legislação municipal de São Paulo – *Juliana Tongu Reinhold* 57

A aquisição de *softwares* livres pela Administração – *Lilian Vargas Pereira Poças* 75

Reflexões sobre a contribuição potencial da advocacia pública para o desempenho das atividades-fim dos Parlamentos – *Luciana de Fátima da Silva*..... 83

Julgamento da ADPF nº 153: interpretação equivocada da Lei da Anistia – *Paulo Baccharin* 105

PARECERES

Base de Cálculo de Horas Extras. Art 39 da Lei nº 13.637/03 – Inconstitucionalidade Flagrante. Art. 7º, inc. XVI c/c art. 39, § 3º da CF/88. Descumprimento da Norma Inconstitucional pelo Administrador Público. Propostas para Sanar a Apontada Antinomia. Parecer nº 239/2006 – *Paulo Augusto Baccharin* 113

Clipping Eletrônico – Considerações acerca da licitação do tipo Técnica e Preço – Parecer CJL nº 09/11 – *Conceição Faria da Silva* 123

Consulta Sobre a Legalidade de Publicação de Jornal Impresso para Divulgar as Ações Institucionais da CMSP e dos 55 Vereadores – Parecer nº 96/2011 – *Érica Corrêa Bartalini de Araujo*..... 131

Cadastro Informativo Municipal – CADIN – Lei Municipal nº 14.094/05 – Momento da Consulta – Entendimento dos Tribunais Judiciais e das Cortes de Contas – Parecer nº 145/2011 – <i>Conceição Faria da Silva</i>	135
Responsabilidade Subsidiária da Administração nos Contratos de Obras Públicas – Orientação Jurisprudencial n.º 191 – Tribunal Superior do Trabalho – Parecer nº 151/12 – <i>Carlos Benedito Vieira Micelli</i>	139
CNDT – Esclarecimentos à luz da legislação municipal – Posicionamento do TCU – Parecer n.º 205/2013 – <i>Conceição Faria da Silva</i>	145
Concessão de Honraria – Título de Cidadão Paulistano – <i>Carlos Eduardo de Araujo, Marcella Falbo Giacaglia</i>	151
Análise da viabilidade jurídica do PL nº 465/11, bem como dos argumentos do Poder Executivo contrários à sua aprovação – <i>Luciana de Fátima da Silva, Mário Sérgio Maschietto</i>	153

NOTAS TÉCNICAS

Regimento Interno da Câmara Municipal – Omissão – Bloco Parlamentar – Tratamento a ser conferido no que se refere à proporcionalidade das Comissões – <i>Luiz José Tegami</i>	161
Comissão Parlamentar de Inquérito. Utilização de dados sigilosos. Impossibilidade de dar publicidade aos dados sigilosos obtidos. Consulta formulada por e-mail pela Secretaria da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Estacionamentos em 26/03/2013 a respeito da resposta ao Ofício nº 01/2013 – <i>Christiana Samara Chebib, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Djenane Ferreira Cardoso</i>	167
Plano Diretor Estratégico – iniciativa legislativa – possibilidade de iniciativa conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo – <i>Luiz Eduardo de S.S. Thiago, Simona M. Pereira de Almeida</i>	169

PEÇAS JUDICIAIS

Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Municipal nº 15.499, de 07 de dezembro de 2011, que instituiu o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, e, por arrastamento, o Decreto nº 52.857, de 20 de dezembro de 2011, que a regulamenta – <i>José Luiz Levy, Paulo Augusto Baccarin</i>	181
Ação Direta de Inconstitucionalidade em razão da alteração ocorrida no inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, pela Emenda nº 31/2008 – <i>Cintia Talarico da Cruz Carrer, Andréa Rascovski Ickowicz</i>	191

Apresentação

Desde que assumi a Presidência da CMSP pautei-me por iniciativas que viabilizassem a exteriorização para a Sociedade daquilo que é feito no Parlamento Paulistano, tanto por parlamentares como por seus servidores, no diapasão de valorizar esse trabalho.

É nesse contexto que tenho a honra de lhes apresentar o segundo número da Revista da Procuradoria da CMSP.

Não é de hoje que nós, parlamentares, nos utilizamos e sabemos valorizar a Procuradoria da CMSP.

Qualquer parlamentar atuante na CMSP sabe da importância e qualidade do assessoramento jurídico prestado pela Procuradoria Legislativa. Do Setor de Elaboração Legislativa, passando pela Assessoria da CCJ, e Pesquisa Legislativa, todos somos “clientes”, como parlamentares, dos serviços por ela prestados.

Quando então se assume um cargo na Mesa Diretora do Parlamento, tornando-se, além de representante do povo, também dirigente de uma estrutura administrativa complexa, torna-se “cliente” uma vez mais dos serviços da Procuradoria Legislativa, através do imprescindível suporte nas Licitações e Contratos, na defesa judicial do Parlamento e suas prerrogativas, e assessoria jurídico-administrativa em geral.

Ciente desta realidade, nada mais natural que procurar repartir a experiência jurídica acumulada pela Procuradoria da CMSP com a sociedade em geral, e com a comunidade jurídica em especial, no intuito de oferecer eventuais subsídios e espaço privilegiado para discussões aprofundadas, em temas que pertinem à vida institucional do parlamento municipal e ao processo legislativo, elementos esses que, ao final, consubstanciam a Democracia.

É o que ora intentamos fazer.

José Américo

Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Apresentação

Chega ao segundo ano a Revista da Procuradoria da CMSP, uma iniciativa há longo tempo pensada e só recentemente viabilizada.

Neste processo, dois elementos merecem destaque: 1) o apoio incondicional da Presidência do Parlamento Paulistano, através de seus Presidentes, agentes públicos que há muito compreenderam a importância e necessidade de ter um corpo jurídico estável e devidamente qualificado para emprestar solidez às suas gestões e iniciativas no comando do Parlamento paulistano (maior parlamento municipal do Brasil e 5º maior parlamento do país, a contar do Congresso Nacional); e 2) a oxigenação trazida pelos colegas do último concurso, que colaboram não só com sua produção intelectual, bem como emprestando maior corpo institucional à Procuradoria.

Nossa Revista, assim é, a princípio, um produto desses fatores.

Mas, é mais que isso. Esta Revista é também resultado daquilo que nos une, estimula e de um desejo.

Em nossa empreitada, nos une a ideia de repartir nosso trabalho e conhecimento jurídico acumulado com todos aqueles que tenham interesse e apreço pelo funcionamento dos Parlamentos no país, pois certamente enfrentam questões e problemas que enfrentamos no nosso cotidiano.

Outrossim, nos estimula o desafio de construirmos uma referência sólida na produção de saber jurídico voltado às questões que permeiam o Parlamento. Enfim, almejamos produzir uma revista jurídica que seja referência a partir do viés institucional do Parlamento.

Mas, não uma referência autocentrada.

Nosso desejo é que nossa revista, já uma recém-nascida, se abra para todos quantos, no país inteiro, tenham a contribuir com seu conhecimento, naquilo que talvez possamos provisoriamente designar como “direito administrativo do parlamento” e demais temas pertinentes.

Dentro deste escopo, nesse segundo número, nossa publicação já conta com a participação de honrosos convidados, como o Min. Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, o Dr. Sérgio Rosenthal, advogado e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP e o Dr. David Teixeira Azevedo, advogado e professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo – USP, em coautoria com o Dr. Sandro Segnini.

Para as futuras publicações, pretendemos, através do site da Câmara Municipal de São Paulo, estabelecer um canal permanente com todos os eventuais colaboradores que assim o desejem, para o envio de textos, que serão selecionados pelo Conselho Editorial, a ser composto por membros da procuradoria e por membros externos a ela, num processo de seleção “duplo cego”. Tudo visando a qualidade do texto, independentemente de quaisquer outras considerações, num processo de transparência, a fim de agregar cada vez maior valor científico à publicação.

Aliás, “en passant”, neste diapasão, não podemos deixar de mencionar que realizamos o *II Encontro da Advocacia Pública do Poder Legislativo*, em parceria com a

Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em agosto de 2013, que abordou temas de interesse do cotidiano dos Parlamentos, enfatizando a necessidade de adequada estruturação das procuradorias.

Isso é o que nos une e estimula no presente e que desejamos no futuro.

Esperamos que mais colegas – como você que nos lê – juntem-se a nós nessa empreitada.

Paulo A. Baccarin

Procurador Chefe da Câmara Municipal de São Paulo

Artigos

Notas Jurídico-Históricas sobre os Conflitos Federativos e Patrimonialismo no Estado Brasileiro

José Antônio Dias Toffoli
Ministro do Supremo Tribunal Federal

1. Colocação do Problema

Hans Kelsen, em seus escritos autobiográficos, reconhece que sua Teoria Pura do Direito é resultante, em larga medida, de sua experiência como fiel servidor do Império Austro-Húngaro, especialmente após a deflagração da I Guerra Mundial, quando tomou parte direta de acontecimentos históricos ao assessorar o imperador Carlos. Ele afirmou textualmente que talvez “tenha chegado a essa visão porque o Estado que me era mais próximo e que eu conhecia melhor por experiência pessoal, o Estado austríaco, era aparentemente apenas uma unidade jurídica”.¹ E, como tivemos a oportunidade de realçar no estudo introdutório a esse verdadeiro *romance* sobre a vida do grande jurista do século XX, “aquele Estado multinacional e multi-étnico, que por tantos séculos prestou grande serviço à Europa, contendo conflitos e sustentando a diversidade de seus povos, era também o modelo real para a identificação entre Estado e direito, mas não porque o primeiro se sobreporia ao último, e sim porque o último daria substância ao primeiro”.²

Essa perspectiva é extremamente útil à compreensão do Brasil e de suas instituições jurídico-políticas, mormente quando em 2012 o Brasil celebrou 190 anos de sua independência política.

A ideia de que o Direito – e não o Poder –, o ordenamento jurídico – e não a Força –, e a norma – e não a Vontade do Soberano –, conformam e modelam o Estado brasileiro há de ser compreendida sob esse signo histórico. A despeito de diversos momentos de ruptura da ordem jurídica no País, é possível compreender a diferenciação específica do Brasil, em relação a outras nações de idêntica colonização, e a grandeza de seus fundamentos políticos. Mais ainda, evita-se o recurso retórico a explicações simplistas e a apelos em favor do abandono das linhas que sempre definiram a construção de nosso Estado de Direito.

As reflexões em torno do que poderíamos chamar de *particular constituição do Estado brasileiro* conduzem ao estabelecimento de duas premissas centrais: a) a

¹ KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de José Antônio Dias Toffoli e Otávio Luiz Rodrigues Júnior. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 72.

² DIAS TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo introdutório à terceira edição brasileira. In. KELSEN, Hans. *Op. cit.* P. XXXV.

existência de uma função protetiva da ordem jurídica, a ser exercida pelo conjunto de plexos estatais, por meio de seus agentes estruturados em carreiras jurídicas (mas não somente); b) a ocorrência historicamente perceptível de conflitos entre elementos externos aos plexos estatais e, também, no que se refere à distribuição interna do poder na federação, com o objetivo de controlar as instituições políticas e dar conteúdo às instituições jurídicas (e seus órgãos interpretativos).

Este exame, que é apenas seminal, dada a natureza deste escrito, condensa reflexões, aportes teóricos e um pouco da experiência como juiz constitucional.

2. A Função Protetiva da Ordem Jurídica

É muito vulgar a condenação, em textos especializados, do chamado *bacharelismo* e da *importação da burocracia lusitana* para o Brasil.³ Evidentemente, não se desconhece a perspectiva weberiana do elemento simbólico do poder burocrático, além de sua redução ao infinito, no que se refere à irracionalidade, sob a óptica kafkiana. Os berloques de linguagem e o pedantismo intelectual, elementos tão associados à chamada *cultura bacharelesca*, são geralmente opostos ao caráter dinâmico e progressista das denominadas Ciências Duras (Matemática, Física). Esses argumentos podem, em certa medida, ser continentes de alguns preconceitos e não poucas mistificações.

O aparato burocrático permitiu o controle do Poder pelo Direito. A existência de rituais, procedimentos e o apego às formas jurídicas, não se desconhecendo os problemas de sua aplicação desvirtuada, foram elementos de extrema importância para a afirmação simbólica do Direito como delimitador de condutas e, passando-se para o fenômeno estatal, como alicerce da soberania e do reconhecimento social do Estado brasileiro. Como já tivemos a oportunidade de salientar,

uma das heranças mais significativas da tradição portuguesa em nossa cultura político-jurídica está no aparato burocrático, que dá sustentação à máquina administrativa do Estado brasileiro. (...) Historiadores insuspeitos como Charles R. Boxer reconhecem a qualidade da estrutura burocrática que Portugal legou aos componentes de seu antigo Império de Ultramar.

Como nota visível dessa utilidade simbólica e funcional da burocracia a serviço da ordem jurídica, tem-se o desenvolvimento das chamadas carreiras jurídicas de Estado no País, cujas raízes deitam sua estirpe nas antigas corporações de

³ A título de exemplo, cite-se: SILVA, Wilton C. L. Os guardiães da linguagem e da política: o bacharelismo na república velha. In *Justiça & história*, v. 5, n. 10, p. 159-192, 2005.

procuradores dos feitos da Coroa e Fazenda Nacional, nos juízes de paz e nos juízes de fora, nos provedores, corregedores e desembargadores.⁴ Há, por assim dizer,

*uma linha permanente de tradição, no sentido próprio do termo, a saber, da sucessão por entrega de um plexo de valores, estruturas e procedimentos de geração a geração. É esse savoir faire que se revela no cotidiano de nossas relações político-administrativas, enaltecendo a marca positiva desse passado que se faz presente.*⁵

Dado o caráter fragmentário destas reflexões, não é possível avançar muito nesse ponto, tão susceptível de desdobramentos dos mais ricos. Fique-se, contudo, com a anotação de que o fortalecimento ou enfraquecimento dessa estrutura burocrática, em larga medida, pode ser enxergado sob o pano de fundo de lutas entre agentes econômicos, poderes não-estatais ou núcleos burocráticos regionais (ilhas-burocráticas, se assim se lhes pode chamar) contra uma certa noção de “estatalidade jurídica não-patrimonial”. Haveria, por conseguinte, um dilema existencial no Brasil, desde suas origens e que até hoje se conserva: a luta entre *localistas* e *unionistas* (com o paralelo histórico evidente com os textos de Hamilton, em *The federalist papers*) e o conflito entre *estatalistas* e *patrimonialistas*.

Nesses embates, em diversas ocasiões, o elemento político-simbólico (o Poder Monárquico, com sua face mais notória, o Poder Moderador) e o político-militar (os regimes de força, que empolgaram o antigo Poder Moderador) atuaram como forças de intervenção permanente. É de se atentar para o fato de que, no contexto do processo constituinte de 1823, a decisão de se incluir o *Poder Moderador* no concerto das instituições imperiais resultou do cálculo de que ele “asseguraria à Coroa o poder de preservar no Império o interesse público, entendido como *imparcialidade, equilíbrio institucional* ou *interesse nacional*, contra o interesse particular”. Outrossim, havia o desejo evidente que tudo o mais se deveria submeter ao projeto essencial de consolidação do Império e de tudo o que ele representava em termos territoriais, políticos e de soberania do nascente Estado brasileiro. Nesse sentido, o Poder Moderador seria compreendido como “a expressão do poder pessoal do monarca no controle estrutural da constitucionalidade”. Em reforço, os pais fundadores procederam à criação de um verdadeiro aparato simbólico em torno do

⁴ Essa influência portuguesa é bastante sensível também no modelo tributário brasileiro, especialmente no que se refere ao chamado “período joanino”, cujo exame, isento de posturas preconceituosas, tão comuns sobre o príncipe-regente e futuro rei D. João VI, encontra-se em: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História da tributação no período joanino (Brasil – 1808- 1821)**. Brasília: Esaf, 2008.

⁵ DIAS TOFFOLI, José Antonio. Apresentação. In: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Coords). **Conclusões do II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado**. Brasília: IP, 2011. p. 11.

imperador, de molde a que seu poder, as hierarquias do novo Estado e sua ordem jurídica fossem aceitos de modo mais simples.⁶

Hoje, parece ser uma verdade pouco contestada que o poder simbólico se radicou no Judiciário, a semelhança do que se deu na Alemanha Federal, no pós-guerra, especialmente após os embates com o gabinete do chanceler Konrad Adenauer. Fez história, a esse propósito, o julgamento do caso da televisão pública (*Rundfunkentscheidung*, BVerfGE 12, 205) pelo Tribunal Constitucional Federal. A decisão foi considerada pela unanimidade dos membros do gabinete Adenauer como errada (*falsch*) e foi necessário o então presidente do *Bundesver-fassungsgericht*, juiz Gebhard Müller, afirmar que nenhum outro órgão constitucional tem poderes para decidir sobre a adequação constitucional de um veredicto de sua Corte. Segundo Hans Vorländer, “foi uma luta pelo direito de interpretar a Constituição”.⁷ Em verdade, mais do que se retomar o problema central da controvérsia Kelsen-Schmitt sobre quem seria o guardião da Constituição, era esse um dos pontos de inflexão da passagem do poder simbólico para o Poder Judiciário nas grandes questões do Estado.

Essa tradição do poder simbólico é também visível no aparato e nas estruturas do Poder Judiciário, o que é contestado por vezes inconsequentes e por pensamentos aligeirados. Rigorosamente, assim como o monarca, o Judiciário esforça-se no mundo do simbólico e não na *espada* e na *bolsa*.

Antes de se passar para a próxima premissa, que já se esboçou no parágrafo anterior, cumpre destacar um último ponto: o discurso de menoscabo ao *poder de proteção* (muita vez simbólica) da burocracia sobre o Estado de Direito é grandemente semelhante ao usado pelos regimes totalitários dos anos 1930 em face de seus antípodas democráticos. Em *A invenção das tradições*, obra coletiva organizada pelo historiador comunista Eric Hobsbawn, descreve-se o uso das alegorias e dos elementos cenográficos pelo fascismo, o nacional-socialismo e o stalinismo em contraponto à (re)construção dos mitos régios na Grã-Bretanha, que reelaborou cerimônias de bodas e exéquias reais.⁸ A (re)construção de antigas formas (em larga medida, “imaginadas” ou “inventadas”) pela democracia britânica era a metáfora de uma *tradição* (e de uma estabilidade) do Estado de Direito contra a energia *moderna* de regimes autoritários. Hitler invadira a Polônia, sob o prestígio de uma fraude, por meio de ardis e ataques sem aviso prévio. Um arauto, com roupas medievais, proclamaria, em nome do rei, o estado de guerra contra a Alemanha, na entrada do Parlamento, seguindo as normas internacionais. Ao receber essa notícia, Hitler teria dito “essa será a última vez em que um país fará uma declaração formal de guerra”. Os agentes

⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril. **O momento monarquiano: O poder moderador e o pensamento político imperial.** Tese (Doutorado em Ciência Política). Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007. p. 126 e 148.

⁷ “*Es war ein Kampf um die Deutungshoheit über die Verfassung*” (VORLÄNDER, Hans. Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik. In. *Aus Politik und Zeitgeschichte* 61. Jahrgang 35-36/2011. 29. August 2011. S. 15).

⁸ HOBBSAWN, Eric; RÄNGER, Terence (Orgs). **A Invenção das tradições.** Tradução de Celina Cardim Calvante. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

totalitários abominam as formas e os elementos simbólicos, que dissuadem a Força e que se prestam a uma teologia dos tempos modernos, na qual o Direito e o Estado ocupam posições centrais.

Antes de concluir esta seção, é conveniente abordar o problema da estabilidade do aparato burocrático. Um dos pontos mais salientes da evolução do Estado brasileiro, especialmente se comparado a outros em idêntico estágio de crescimento econômico, é a *segurança jurídica* conferida aos membros das carreiras estatais. Nos últimos dez anos, o Brasil freou um perigoso processo de *precarização* das relações estatutárias e manteve-se na linha do texto original da Constituição de 1988. Em paralelo, sentiu-se uma estimulante retomada do reconhecimento econômico da importância das atividades dos integrantes da burocracia.

As comparações com o setor privado, os reclamos em face de uma aparente situação privilegiada dos servidores públicos e a condenação ao modelo de retribuições equânimes pelo Estado são reflexos da posição em favor do enfraquecimento da burocracia, que sempre goza de alguma simpatia midiático-popular. Mas, que precisa ser devidamente caracterizada, em termos históricos, com sua real finalidade: a debilitação dos plexos estatais com vistas à ineficácia de sua função protetiva do ordenamento jurídico. Esse raciocínio é quase sempre negligenciado pelos defensores dos interesses corporativos, que são criticados por agitarem bandeiras de caráter (aparentemente) não-igualitário e que se chocam com a realidade dos trabalhadores não-estatais. Com isso, ganham os corifeus de uma burocracia débil (e, por consequência, de uma ordem jurídica vulnerável) e se desmantelam os esforços em prol da integridade do Estado nacional, como instituição jurídico-política.

Nesse sentido, temos a ilustre companhia de Alexis de Tocqueville, que nunca poderá ser acusado de defensor parcial de interesses corporativos da burocracia, quando ele descreve a particular situação dos servidores públicos na jovem república dos Estados Unidos da América e dá como elemento diferenciador da democracia o fato de eles serem remunerados e terem, por esse efeito, sua independência.⁹

3. Os Conflitos de Forças Horizontais e Verticais

3.1. Conflito Vertical e o Problema do Patrimonialismo

A segunda premissa, que se pretende desenvolver, está na existência de um conflito permanente de forças horizontais e verticais pelo controle do Estado e por sua produção nomogenética (algo que, modernamente, parece se transferir para a função nomointerpretativa).

⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: Leis e costumes. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

Como realçado na seção anterior, é nítida a conflagração entre forças *patrimonialistas* e *estatalistas*.

Sobre isso, é imperativo afastar algumas tentações do reducionismo categorial, quando se usa dessas ferramentas terminológicas. Não se põem em causa aqui conceitos como livre-iniciativa, modo capitalista de produção ou apropriação da força de trabalho pelo capital. A dinâmica marxiana e seus modelos, que, em muitos casos, simplesmente dão explicações *novas* a respeito de fenômenos antigos, como o uso da força pelo mais poderoso como mecanismo de supremacia de classe, não precisa ser invocada para o modelo aqui exposto. Ela tem sua valia e não se podem esquecer algumas de suas lições, sob pena de se cair em platitudes e obviedades.

O certo é que sempre existiu, desde antes do nascimento político do Brasil, a noção de que o Estado deveria ser pilhado e apropriado por determinadas forças sociais. Poderíamos chamar esse fenômeno de *conflito vertical*, ou de “grande” conflito, porque ele se opera tanto no que se conhece por Estado-União, como no Estado-Unidades-federativas.

Há símbolos desse “patrimonialismo”, alguns dos quais expressamente combatidos pela Constituição de 1988, como a nova ordenação jurídica dos serviços registrares e notariais (artigo 236, §3º, CF/1988), com a imperatividade do concurso público e o não-reconhecimento judicial dos atos jurídicos contrários à nova ordem constitucional. Destaquem-se, ainda, situações como: a) o reconhecimento da impossibilidade da usucapião de bens públicos (artigo 183, § 3º, CF/1988); b) a universalidade da investidura por concurso público (artigo 37, CF/1988); c) a constitucionalização da ação popular, com a ampla legitimidade para sua propositura em ordem a “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (artigo 5o, inciso LXXIII, CF/1988); d) a definição dos princípios constitucionais da administração pública (artigo 37, *caput*, CF/1988); e) a universalidade do processo licitatório (artigo 37, inciso XXI, CF/1988).

Em muitos casos, coube ao Poder Judiciário tomar parte nesses conflitos, como outrora já fizeram o imperador (por meio do Poder Moderador) e os presidentes da República (em momentos de crise institucional) e dar *enforcement* ao antipatrimonialismo. A noção do Estado como uma “viúva” desvalida e sem protetores, é muito antiga e simboliza essa predatória relação de certos grupos sociais (em larga medida assimétricos) com o domínio do Governo. A apropriação do Estado, inclusive por processos democráticos, serviu, em muitos momentos, para legitimar práticas patrimonialistas.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a existência desse conflito vertical e tomado partido nessa matéria. A Súmula Vinculante STF nº 13 é um exemplo dessa atuação nos conflitos verticais, como bem explicitou o ministro Ayres Britto:

A Súmula Vinculante nº 13 reflete a jurisprudência deste nosso STF, no sentido de que viola a Constituição da República ‘a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro

grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas'. A edição da súmula visou a concretizar os princípios constitucionais da moralidade, eficiência e impessoalidade na Administração Pública e tem contribuído para afastar do Estado brasileiro o patrimonialismo que se faz tão recorrente em nossa história. A Constituição de 1988 não deixa dúvida de que o agente público toma posse no cargo, e não do cargo, e de que toda função pública é de ser exercida com o único propósito de favorecer o interesse igualmente público.¹⁰

Em outro decisório, encontra-se a seguinte referência:

A despeito da evidência dessa construção normativa, a sociedade brasileira assistiu, mesmo após longos anos de vigência da Lei Fundamental de 1988, à permanência de situações esdrúxulas, seja por inconstitucionalidade específica em face do citado art. 236, seja pela afronta direta aos princípios do art. 37, CF/1988, nomeadamente o primado da impessoalidade e da moralidade. A intervenção do c. CNJ nesse campo foi, registre-se, decisiva e absolutamente necessária, até para conscientizar os cidadãos sobre o modo como se exerciam esses serviços públicos sob as nefandas heranças do patrimonialismo. A esse respeito, aliás, outras questões merecem vir a lume, pondo em debate um modelo de exploração de serviços públicos que conserva diversos pontos de assimetria com o padrão constitucional de organização da estrutura dos órgãos e entes do Estado nacional.¹¹

Esse patrimonialismo, ressalte-se, não se limitava à dicotomia *público-privado*. As forças patrimonialistas, em diversas circunstâncias, apropriaram-se de partes do Estado para se imunizar contra a intervenção do próprio Estado. É esse o ponto de ligação entre os conflitos *verticais*, acima expostos, e os *horizontais*. A instalação de grupos hegemônicos setoriais ou regionais no Estado-Unidade-federativa era uma forma de patrimonialismo contra o Estado-União. Nesse sentido, muitos dos conflitos entre forças *localistas* e *unionistas* são meras projeções dos embates entre os que compreendem o Estado como um instrumento patrimonial e os que o desejam voltado para a construção interna de seus deveres constitucionais e para a afirmação (externa) de sua soberania. Evidentemente que não se desconhece a boa-fé de muitos dos defensores das ideias *localistas*, que, em diferentes momentos históricos,

¹⁰ Rcl 10676 MC. Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em 16/02/2011, publicado em DJe 25/02/2011.

¹¹ MS 28597, de minha relatoria, julgado em 05/02/2010, publicado em DJe 12/02/2010.

assumiram diversas roupagens ou finalidades políticas. Essa diferenciação, portanto, deve ser eximida da crítica simplificadora ou maniqueísta. O pensamento dos *localistas* (ou, como são mais conhecidos na literatura histórica, *federalistas*) poder-se-ia esconder sob o manto da conformação, por meio da união de interesses peculiares, do interesse geral, como afirmou o senador Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, em sessão da Assembleia Constituinte, no dia 18 de setembro de 1823.¹²

E não há como negar a generosidade de homens como o padre Gonçalo Mororó, Pessoa Anta, Francisco Miguel Pereira Ibiapina, Luís Inácio de Azevedo e Feliciano José da Silva Carapinima, condenados à morte e fuzilados em Fortaleza, capital da Província do Ceará, em 1825, por sua participação como líderes do movimento revolucionário conhecido como Confederação do Equador.¹³ A questão, todavia, está na necessidade de interpretar esses conflitos para além dos ideais emancipatórios – absolutamente louváveis –, e de se atentar para seus fundamentos políticos, tudo no contexto da construção de um Estado nacional, com características territoriais tão peculiares como é o caso do Brasil.

3.2. Conflito Horizontal e a Federação

Chega-se, assim, ao *conflito horizontal*. É esse o mais perceptível e historicamente evidenciado.

Os pais fundadores do Estado brasileiro, quando da construção da independência em 1822, optaram por um modelo monárquico e centralizador. A experiência das vizinhas e recém-libertadas repúblicas da América espanhola foi deveras negativa. A ausência do poder simbólico da Monarquia, sustentáculo de um Império multiétnico, como o austro-húngaro¹⁴, e a sucumbência aos apetites das forças *localistas* – as chamadas *elites regionais* –, foram causas preponderantes do fracasso do projeto de uma “Grande América”, sonhado por Simon Bolívar. Por outro lado, a construção da unidade territorial norte-americana não poderia servir de modelo para o Brasil. Poucos percebem que os Estados Unidos nasceram como treze colônias – uma pequena faixa oriental da América do Norte – e não como um imenso gigante territorial, como

¹² “Cada cidadão é independente para tratar dos seus interesses, salvas as relações que o unem com a sociedade. E porque não havemos de conceder a mesma independência aos municípios e províncias? Assim como cada um é independente para prover em seus interesses, sem oposição ao interesse geral, muitos reunidos devem ter a mesma independência circunscrita do mesmo modo e sempre subordinada à inspeção geral do governo, a quem compete vigiar sobre os interesses particulares, porque da sua soma resulta o interesse geral, que lhe toca promover” (Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 18 de setembro de 1823).

¹³ “Terminou, assim, esse trágico episódio da história cearense. (...) ‘A Confederação do Equador – disse-o Júlio César da Fonseca – foi um sonho, um desses sonhos de reforma da Pátria, sem ambições e os preconceitos dos caçadores de glórias vãs, dos imitadores e copiadoras estêreis sem ânsia do bem, que se superpõe aos seus interesses, e só se preocupam com o seu eu. Pelos gestos de abnegação e sacrifício têm os seus heróis lugar de eminente destaque em nossa hagiografia cívica’” (GIRÃO, Raimundo. 4. ed. rev. atual. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1984. p. 140-141).

¹⁴ Não se deve esquecer que a imperatriz Leopoldina, esposa de D. Pedro I e mãe do futuro imperador Pedro II, era uma Habsburgo. Sua participação no processo de independência é destacada por muitos historiadores. Mais do que um vínculo puramente genealógico, não deixa de ser interessante essa ligação do Império do Brasil com o Império Austro-Húngaro.

era o Brasil em 1822, um Império! Além disso, a chamada Guerra de Independência de 1776 (na verdade, duas guerras, pois outra se daria em 1812) não passou de uma grande conflagração civil entre os colonos lealistas (ao rei Jorge III) e os favoráveis à autonomia em face de Londres. Tanto é verdade que houve, após a Primeira Guerra de Independência, uma migração em massa dos lealistas (derrotados) para o território do Canadá. E, em 1812, a Segunda Guerra de Independência não passou de uma tentativa de impedir que o Canadá fosse incorporado aos Estados Unidos¹⁵. Como cenário desses embates, os conflitos entre federalistas e republicanos, uma espécie de transposição para a realidade norte-americana dos que se chama aqui de *conflitos horizontais*.

A opção de 1822 é em tudo semelhante ao modelo habsburgo de um império centralizado, com fundamento na figura de um monarca, líder das forças armadas e sustentado numa ordem jurídica burocrática, de grande eficiência. A tentativa de cotejar o modelo republicano dos Estados Unidos de 1776 (uma nação minúscula, se comparada ao Brasil de 1822) com as escolhas feitas por ocasião de nossa Independência soam artificiais, para se dizer o menos.

Em 1824, deu-se o complemento jurídico ao processo político de 1822. A Constituição Imperial de 1824 é um texto de elevada qualidade técnica e serviu com grande eficiência à estruturação do país como uma gigantesca unidade territorial. O conturbado processo constituinte, interrompido bruscamente pelo imperador D. Pedro I, produziu material de relevo para o anteprojeto de Constituição outorgada, cuja elaboração coube precipuamente ao Marquês de Nazaré, ao Marquês de Caravelas e ao desembargador Francisco Carneiro de Campos. De Caravelas, o marquês, participou ativamente nos debates da Assembleia Constituinte, como demonstram as atas, tomando posições em favor do *centralismo* e de muitos pontos normativos que até hoje influenciam o constitucionalismo brasileiro. Leituras históricas apressadas – e pouco afeitas ao Direito –, tentam desmerecer a Constituição Imperial, como sendo um documento autocrático, mas esquecem que ela foi a alternativa possível em um conflito *horizontal*, cujo resultado está na vitória dos *unionistas*. A participação popular, outro ponto negligenciado, deu-se com a votação da Constituição pelas câmaras de vereadores do Império, o que não deixa de ser curioso sob todos os aspectos.

Os reflexos desses conflitos horizontais até hoje se manifestam no Brasil. No Império, as forças unionistas, tendo o imperador, a burocracia e o Exército (em tudo semelhante ao que se dava no Império Austro-Húngaro) como seus principais símbolos, desenvolveram mecanismos de permanente defesa do projeto de 1822-1824. A nomeação dos presidentes de províncias era uma valsa política. Pernambucanos

¹⁵ A construção da federação canadense apresenta características bem mais interessantes que o modelo norte-americano, embora não haja maior interesse dos pesquisadores brasileiros sobre esse modelo alternativo de comparação com o federalismo nacional. Sugere-se, para maior aprofundamento, a leitura de: ROCHER, François; SMITH, Miriam (Eds). **New trends in Canadian federalism**. 2 ed. Ontario: Broadview, 2003. (especialmente pp. 21-44).

governando o Rio Grande do Sul.¹⁶ Desembargadores mineiros em Tribunais sergipanos. Oficiais militares percorriam todo o país, misturando-se em quartéis e navios, unificando a nação recém-libertada. A troca de experiências, a construção idealizada de uma “comunidade nacional”, por meio de valores comuns, era o saldo desse processo de transferência de membros das elites políticas, jurídicas e militares pelas diversas regiões do Império.¹⁷

Na sequência a esse período de consolidação da *monarquia continental*, deu-se a abdicação do imperador D. Pedro I, em larga medida pelo fracasso na campanha da Cisplatina, que esgarçaria os sonhos autonomistas da província de São Pedro do Rio Grande, e pelos problemas de composição dos quadros dirigentes do Império. Havia, ainda, o problema da transferência *efetiva* de poder dos elementos lusitanos para os genuinamente brasileiros, o que alimentava constantes dissídios entre as forças de sustentação do poder pessoal do imperador.

Os conflitos horizontais, contudo, permaneciam em tensão contínua. As quedas de sucessivos gabinetes imperiais era um exemplo da necessidade de acomodação de forças e um imperativo político para que esses embates permanecessem no campo não-bélico. O exemplo das revoltas do período da Regência era permanentemente recordado: as divergências entre o modelo *unionista* e *localista* conduziram o país ao estado de guerra civil.

Os conflitos horizontais, no Império, também se exteriorizaram no Parlamento em face de sutis debates sobre a condução do processo legislativo. Um dos mais salientes desses problemas estava na divisão constitucional de atribuições entre o Senado e a Câmara dos Deputados. Na linguagem imperial, aludia-se à *Câmara vitalícia* (Câmara dos Senadores ou Senado, nos termos do artigo 14, Constituição de 1824) e à *Câmara temporária* (Câmara dos Deputados, artigo 14, Constituição de 1824). Uma das grandes tensões na legislatura de 1827 foi a de que as votações se dessem de maneira conjunta, como desejavam os deputados, ou que os sufrágios da Assembleia Geral (equivalente ao Congresso Nacional, artigo 13, Constituição de 1824) ocorressem separadamente. O Marquês de Caravelas, representante senatorial, defendia que as votações ocorressem não por *cabeça*, mas por *casas*. Segundo ele, ocorrendo a unificação do colégio de eleitores, teria origem “um novo corpo moral

¹⁶ Como já assinalamos em manifestação de voto: “(...) foi a grandeza, principalmente, do José Bonifácio em pensar, nosso patriarca, o estado unitário, que a solução do estado unitário manteria a unidade das várias elites regionais, e, com isso, a única solução seria a Monarquia e o Império, sob pena de acontecer com a nação brasileira o que ocorreu com as colônias espanholas. E o Imperador nomeava para presidir as províncias autoridades nascidas em outra localidade, portanto alienígena àquela dada elite local” (MS 30260, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA. Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-166 30-8-2011).

¹⁷ A história imperial é repleta de exemplos desse processo de formação da nacionalidade, a partir da transferência de quadros locais por todo o território brasileiro. Veja-se o caso de João Silveira de Souza, ministro dos Negócios Estrangeiros em 1868: Nascido em Santa Catarina, “foi professor de Direito nas Faculdades de São Paulo e do Recife. Deputado por Santa Catarina em várias legislaturas. Foi Presidente das Províncias do Ceará, do Maranhão e do Pará. Pertenceu também ao Conselho de S. M. o Imperador D. Pedro II” (CASTRO, Flávio Mendes de Oliveira. **1808-2008. Itamaraty: Dois séculos de História (1808-1979)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. v. 1 p.131).

de uma natureza diversa, que lhe podem dar o nome que quisessem, mas não o de Assembleia Geral, tal como qualifica a Constituição”.¹⁸

Posteriormente, como um testemunho veemente das preocupações do século XIX com o que, na linguagem deste artigo, se pode chamar de interpenetração dos *conflitos horizontais* nos *conflitos verticais*, Nabuco de Araújo, na sessão de 6 de abril de 1843, na Câmara dos Deputados, proclamou que “essa tendência centralizadora me parecia necessária como um dique imposto à torrente dos desvarios das Assembleias provinciais”.

Esse processo ultrapassará o século XIX e, com a crise do modelo monárquico, cujo ápice (em uma perspectiva muito simplificada, reconheça-se) esteve na quebra da lealdade militar ao imperador, será reconvertido na República.

A monarquia, ao longo do século XIX, fora um *dique*, para se valer da expressão de Nabuco de Araújo, contra as dilatações do *ideal federalista*, que, em última análise, também vinha acompanhado da prevalência dos interesses *localistas* e tudo o que isso representava. José Afonso da Silva considera como federalistas as rebeliões de 1817-1824, que redundaram na Confederação do Equador; a revolta de 1832; a Revolta dos Cabanos (1835), no Pará; a Praiera (1849), em Recife; a Guerra dos Farrapos (1835-1845), no Rio Grande do Sul. Segundo ele, “(...) a queda do Império resultou, em grande parte, do movimento federalista, agora esteado no desenvolvimento econômico das províncias, que ansiavam por maior autonomia.”¹⁹

Do poder moderador, passa-se ao estado de sítio, na Primeira República. Os militares, com o discurso *unionista*, ditado pela maneira como suas carreiras são constituídas, sob o signo da “comunidade nacional”, tentam assumir os mecanismos de equilíbrio de forças na federação, mesmo com a divisão entre o Exército (republicano) e a Marinha (monarquista).²⁰ Na ditadura de Floriano Peixoto, eles tentaram barrar a instalação do *federalismo republicano*, em sua expressão mais ampla. Sua derrota, que se deveu – além da divisão entre as armas –, também aos métodos truculentos do chamado “Marechal de Ferro”, tão bem descritos em “Triste fim de Policarpo Quaresma”, de Lima Barreto, repercutiu no longo período da República Velha, durante a qual as elites regionais – notadamente a paulista –, capturaram o poder central. No século XX, não é improvável que grande parte das convulsões militares, que redundaram em períodos de governo de exceção, fossem a expressão do

¹⁸ Anais do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Senadores. Sessão ordinária de 10 de julho de 1827.

¹⁹ E continua: “A adesão de Ruy Barbosa aos ideais republicanos decorreu exatamente da obstinação do Império em continuar unitário e centralizador, como ele próprio confessa nestas palavras: ‘Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à federação. Esse non *possumus*, dos partidos monárquicos foi o seu erro fatal” (SILVA, José Afonso da. *Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos*. In. AA.VV. *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. México: UNAM, 1988. t. III. p. 410-414).

²⁰ E desenvolvem uma nova *mitologia* em torno desse exercício do poder do Estado, como bem aponta José Murilo de Carvalho (*Forças Armadas e política no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 167): “(...) desde a Guerra do Paraguai e, sobretudo, desde a República, os militares se sentem donos absolutos do patriotismo e credores da gratidão da pátria”.

conflito entre visões *localistas* e *unionistas*, tão vivas na sociedade brasileira até hoje. Sem o imperador, sem a estabilidade da ordem jurídica (garantida por seu poder simbólico), sem as quedas de Gabinetes, *que atenuavam os conflitos horizontais*, e sem o Supremo de então assumir o papel para o qual fora criado – suceder o imperador no exercício do poder moderador e ser o grande árbitro e fiador da unidade nacional –, só restava então o uso da *Força* em detrimento do *Direito*.

4. As Instituições Jurídico-Políticas em Face dos Conflitos Horizontais e Verticais: Antigos Dilemas, Novos Atores

A redemocratização e o processo constituinte de 1987-1988 abriu espaço para o surgimento de novos atores no cenário dos conflitos horizontais e verticais, como jovens carreiras jurídicas de Estado (advocacia pública, v.g.) e a ampliação expressiva do papel interventivo do Poder Judiciário no que se refere ao patrimonialismo e ao sequestro do Estado-Unidade-Federativa por forças locais. A conflituosidade bélica, *que nunca foi bem aceita pelo espírito brasileiro, desde sua formação nacional e mesmo antes dela*, aparentemente foi abandonada de todo e ao Judiciário é que se cometeu o antigo papel de moderação simbólica, em cuja base, está a crença no mito, pois, como bem sustentou Francisco Campos, sua força decorre “da crença no seu valor teórico, pois um mito que se sabe não ser verdadeiro deixa de ser mito para ser mentira”.²¹ O enfraquecimento da força parlamentar – fenômeno universal nos dias de hoje –, tornou mais visível esse novo mister político-jurídico do Poder Judicial, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como já tive a oportunidade de salientar em voto proferido no MS n° 30.260.²²

Recentes julgamentos do STF, como a ADI n° 4.638 (Caso CNJ), dão a oportunidade para se identificar os elementos que historicamente têm pautado esses conflitos horizontais e verticais, destacados na segunda premissa deste ensaio. Veja-se o que tivemos a oportunidade de salientar em nosso voto, por ocasião do referido julgamento:

Contudo, ao longo da Primeira Regência, verificou-se uma absoluta falta de uniformidade na disciplina do judiciário brasileiro, do Judiciário nacional, surgindo a necessidade de se promover o assim denominado regresso. Foi, então, editada a Lei de Interpretação do Ato Adicional, de 12 de maio de 1840, capitaneada pelo Visconde de Uruguai, Paulino José de Sousa, lei essa que estabeleceu uma hermenêutica restritiva da autonomia das assembleias pro-

²¹ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 16.

²² “Não há uma elite, um liame único nacional, ideológico, por conta da Federação e da complexidade; Federação essa que deu origem à criação deste Tribunal como poder moderador da Federação, que é a competência nossa prevista no artigo 102 da Constituição” (MS 30260, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-166 30-8-2011).

vinciais, cujo cerne era exatamente o Judiciário. Naquela época, já se indagava: Quem deve disciplinar o Judiciário? As assembleias locais ou a nação? Deve-se ter uma disciplina uniforme ou uma disciplina disforme, respeitando as vontades locais? Na época, o rótulo do debate era ‘conservadores versus liberais’. Os conservadores defendiam uma maior autonomia da nação, do poder central perante as províncias; enquanto os liberais defendiam, ao argumento de que isso seria mais democrático, que, por estarem mais próximas do povo, às assembleias locais deveria caber disciplinar o autogoverno da respectiva província, a sua auto-organização, inclusive quanto ao Judiciário.

Com a República, esses rótulos mudaram de liberais e conservadores para federalistas – aqueles que defendem um maior poder das assembleias estaduais – e republicanos – aqueles que defendem o maior poder da Nação. Como se vê, esse debate perpassa a história brasileira até os dias atuais e a criação do Conselho Nacional de Justiça é resultado desse processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários foram marcados por uma diferenciada visão das atividades de correição, planejamento e organização da magistratura. De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor. De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro.²³

Convém apresentar um sumário das ideias expostas neste ensaio, que é uma peça literária sem grandes ambições, como disse Ortega y Gasset, “a ciência sem prova explícita”.

O Brasil contemporâneo convive com os benéficos resultados de um aparato burocrático de origens quinhentistas, ainda pautado por uma ideologia simbólica e pelo sentido de dever. Ibsen Noronha anota, com base em sólida pesquisa de fontes históricas, que “a cultura jurídica no Brasil começou a manifestar-se logo quando da chegada da primeira missão jesuítica enviada pelo rei D. João III”.²⁴

A posse de um conjunto orgânico de servidores é um dos grandes méritos do Brasil e permite distingui-lo de outras nações, cujos processos históricos e econômicos contemporâneos são muito similares. A segurança jurídica, por exemplo, seria um mero enunciado retórico, lastreado em documentos normativos sem conteúdo, acaso não existissem as carreiras de Estado, unidas pelo consenso em torno de uma “comunidade nacional imaginada”, como diria Benedict Anderson.²⁵

²³ Manifestação de voto na ADI 4638-MC-Ref, Relator Min. MARCO AURÉLIO, 2.2.2012, acórdão pendente de publicação.

²⁴ NORONHA, Ibsen. **Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista**: Consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008. p. 85.

²⁵ ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

O “grande” conflito – estatelistas e patrimonialistas –, e o “pequeno” conflito – localistas e unionistas –, são duas manifestações sócio-jurídico-políticas que deitam raízes na formação do Brasil. E, não é possível compreender a realidade atual do Poder Judiciário e de sua (aparente) crise sem que esses dados sejam colocados em mesa. Sob esse aspecto, cabe um chamado aos responsáveis pela investigação científica em Direito, História e Ciências Sociais, a fim de que abandonem certas premissas e que busquem novos horizontes para um Brasil que parece ter finalmente se reencontrado com sua vocação continental. A centralidade do Direito é um reflexo desse novo momento vivenciado no país. A solução de controvérsias por meios não-bélicos – um dos grandes avanços do constitucionalismo da Nova República –, é a retomada da antiga tradição imperial brasileira nesse campo. Cabe agora compreender que o Brasil precisa se libertar de amarras a seu desenvolvimento social por meio da liberação de energias do Estado para a realização de uma política maciça de expansão do *status civitatis*.²⁶

²⁶ “Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das Corregedorias dos Tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico-disciplinar inaugurado pelo CNJ. Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais, para colocá-lo em poder de um elemento externo, nacional, descomprometido com as particularidades regionais. É o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que se concerta com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do Direito por grupos específicos. Mas, como disse Victo Hugo, em *Os Miseráveis*, a marcha da História é inexorável. Quando muito se consegue retardá-la, mas, quando as energias do tempo irrompem os efeitos dessa retomada são muito mais drásticos. Se, como disse o autor francês, a reação deteve a mudança nos campos de batalha de Waterloo, em 1815, e no Congresso de Viena, a revolução fez-se duplamente implacável em 1848.” (Decisão, MS 29187 MC / DF – de minha relatoria, 15/12/2010).

A Perda do Mandato e o Equilíbrio dos Poderes

David Teixeira de Azevedo¹

Sandro Segnini²

A imposição da perda de mandato de parlamentares, como efeito da condenação criminal, pelo Supremo Tribunal Federal no caso “mensalão” dividiu opiniões na comunidade jurídica quanto a suposto desrespeito à separação dos poderes da República, e à possibilidade da perda dos mandatos vir a ser impedida por deliberações das Casas Legislativas.

Segundo Montesquieu, teórico clássico do tema:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”³

¹ Livre-docente pela USP. Especialista pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal na USP. Autor de diversas obras.

² Especialista pela USP. Coautor da obra “Código Penal Interpretado – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo”.

³ *O espírito das leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2005, pp. 167-168.

Maurice J. C. Vile⁴ flexibiliza a teoria da separação dos poderes afirmando que não é possível alocar funções específicas exclusivamente para cada ramo do governo, mas que se pode afirmar haver uma função mais apropriada para uma atuação específica, para tentar restringir cada ramo a formas de atuar específicas e assim fazer com que uma função seja a principal preocupação de tal ramo. O autor admite que a função de criar normas é exercida, em certo grau, por todos os ramos do governo, mas que o Legislativo deve ter interesse apenas na produção de normas gerais, na obrigatoriedade delas para os braços político e administrativo, e sujeição ao afastamento pelo Judiciário, apenas sob o fundamento de ofensa a princípios constitucionais básicos. O ramo legislativo deve restringir sua produção normativa a normas gerais sem tratar de indivíduos específicos, o que é parte essencial do Estado de Direito. O autor conclui que não pode haver Estado de direito se o Legislativo intervém arbitrariamente no processo administrativo ou judicial para favorecer ou prejudicar um indivíduo.

Inegável a importância da proteção constitucional ao equilíbrio dos poderes. Na presente questão, o sistema presente na Constituição e Legislação infraconstitucional torna possível o decreto da perda do mandato político pelo Judiciário sem prejuízo da separação dos poderes.

A Constituição prevê três hipóteses de suspensão ou perda do mandato eletivo em decorrência de decisão judicial: (i) condenação criminal transitada em julgado a pena privativa ou não-privativa de liberdade, enquanto perdurar a condenação (art. 15, III, e art. 55, VI, da CF); (ii) perda dos direitos políticos como efeito da condenação (art. 55, inc. IV, da CF); e (iii) perda ou suspensão de direitos políticos em virtude de decisão transitada em julgado do Tribunal Superior Eleitoral (art. 55, inc. V, da CF).

Para a hipótese de condenação criminal definitiva do STF, a Câmara dos Deputados deve autonomamente julgar, deliberar e decidir sobre a perda do mandato (art. 55, § 2º, da CF). Nesta hipótese, o Deputado pode estar condenado criminalmente mas continuar a exercer mandato, caso a decisão criminal não implique privação da liberdade. Se implicar, podem e devem os direitos políticos ser suspensos (art. 15, III da CF), retomando-os o parlamentar depois do cumprimento da reprimenda.

Já nas hipóteses de condenação criminal definitiva em que o STF declare a perda ou suspensão do mandato, (art. 92, inc. I, par. único, do CP) ou de decisão transitada em julgado do Superior Tribunal Eleitoral (art. 55, V, da CF), cabe tão-só à Câmara dos Deputados declarar a respectiva perda. A Casa Legislativa, nesta hipótese, não decide sobre a perda do mandato mas apenas a declara (art. 55, § 3º, da CF)

Aqui o equilíbrio entre os poderes, porquanto não é toda decisão do Poder Judiciário que implica perda ou suspensão do mandato. A Câmara dos Deputados tem plena liberdade de decisão sobre a manutenção ou perda dos direitos políticos de parlamentares condenados criminalmente. Contudo, quando a decisão criminal aplica como efeito da condenação a perda do mandato, a decisão da Casa Legislativa

⁴ *Constitutionalism and the separation of powers, liberty fund, Indianapolis, 1998, pp 415-417.*

é meramente declaratória. Ela apenas reconhece uma situação jurídica já fixada no cenário jurídico-político. Esta a sistemática da Constituição Federal que visa ao equilíbrio e harmonia dos Poderes.

Por estes motivos, a imposição da perda de mandato de parlamentares como efeito da condenação no julgamento do caso “mensalão”, não suprimiu poderes do Legislativo. Conforme constou do acórdão, fica “Afastada a incidência do § 2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional.” (AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-12-2012, Plenário, DJE de 22-4-2013.)

Se acontecer de o Parlamento não declarar a perda do mandato, a omissão não modifica o cenário jurídico: os direitos políticos estão suprimidos ou restringidos. Se o parlamentar participar de votações no Parlamento, seus atos estão revestidos de defeito jurídico que os marca de nulidade. Essa nulidade pode ter reflexos no “quorum” deliberativo da Casa Legislativa, a comprometer os trabalhos e viciar as deliberações.

Segundo o art. 47, CF, as deliberações de cada Casa do Legislativo e de suas Comissões devem ser tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. Pelo art. 60, I da CF, a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Segundo o art. 61, CF, “A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional”. Pelo art. 69, as Leis complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta.

Se a Casa não declarar a perda do mandato do parlamentar e este exercer a iniciativa de lei, esta será integralmente inconstitucional por vício do processo legislativo. O mesmo ocorrerá para a maioria, simples ou absoluta, para cuja configuração o voto do parlamentar tenha sido indispensável, viciados no todo a emenda constitucional, lei, ou ato aprovado. Pelo mesmo motivo, a própria participação do parlamentar nas votações dos §§ 2º e 3º do art. 55, CF poderá tornar nulas decisões ou declarações de perda de mandato por condenação criminal transitada em julgado. Todos estes vícios do processo legislativo poderão ser declarados pelo STF por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é prevista no art. 102, I, a da CF, pode ser proposta pelos legitimados nos incisos I a X do art. 103 da CF. É a ação pela qual o Supremo faz o controle direto da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Uma vez declarada inconstitucional a lei ou o ato, a decisão tem eficácia em face de todos, e vincula os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública (art. 102, § 2º, CF).

Também é possível o reconhecimento de tais vícios do processo legislativo pelo controle de constitucionalidade difuso por qualquer Juiz ou Tribunal em causas específicas. O próprio STF pode apreciar a matéria em sede de recurso

extraordinário previsto no art. 102, III, CF, dada a inegável repercussão geral das inconstitucionalidades.

Desta forma, restabelecer-se-ia o equilíbrio entre os poderes, perturbado não pela aplicação pelo STF do efeito da condenação previsto no art. 92, I do CP, mas pela eventual recusa do Legislativo em reconhecer uma realidade jurídica constituída por decisão do órgão judiciário competente, sem ofensa à Constituição.

A Teoria do Domínio do Fato (em Síntese)

Sérgio Rosenthal¹

I. Muito embora tenha ganhado destaque apenas recentemente, durante o julgamento da ação penal nº 470, promovida perante o Supremo Tribunal Federal contra notórios representantes da classe política brasileira e acompanhada atentamente por um grande número de cidadãos, a maioria dos quais leigos em matérias jurídicas, a denominada “teoria do domínio do fato”, sistematizada por Claus Roxin na década de 1960, foi introduzida à doutrina penal alemã em 1939, ou seja, há mais de setenta anos, por Hans Welzel, o qual, em sintonia com sua visão finalista do Direito Penal², incorporou ao conceito de *concurso de pessoas*, a noção de autoria vinculada àquele que possui o “controle” da ação criminosa.

Por meio da referida construção doutrinária (suscitada no momento em que os crimes do nazismo começavam a ser julgados, com a finalidade de evitar que os dirigentes do partido – os que estavam no comando – fossem considerados meros partícipes das atrocidades cometidas), passou-se a considerar *coautor* de um delito, e não apenas *partícipe*, aquele que, embora não tenha executado diretamente o verbo nuclear do tipo penal, o tenha determinado.³

Trata-se, portanto, da maneira encontrada pela academia para, em determinadas e específicas hipóteses, tratar o *mandante* (o autor intelectual do crime), que

¹ Sérgio Rosenthal – Advogado criminalista, especialista em direito penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, especialista em direito penal econômico pela Universidade de Coimbra, mestre em direito penal pela USP, ex-diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, ex-presidente do Movimento de Defesa da Advocacia – MDA e atual presidente da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP

² Como explica Julio Fabbrini Mirabete em seu Manual de Direito Penal, vol. 1, p. 104, “para a teoria finalista da ação (ou da ação finalista), como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente casual. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. No crime doloso, a finalidade da conduta é a vontade de concretizar um fato ilícito”. É certo, dessa forma, que a teoria do domínio do fato é inaplicável às hipóteses concernentes aos delitos culposos, uma vez que, para dominar o fato é preciso desejar o resultado.

³ Segundo comenta Eduardo Viana, com base nos estudos de Roxin, em excelente artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 251, “o domínio da vontade, em virtude dos aparatos organizados de poder, foi estruturado, pela primeira vez, no ano de 1963, devido ao processo movido na justiça de Israel contra Eichmann, que, durante a Segunda Guerra Mundial, era o responsável pelo transporte dos judeus aos campos de concentração. A tese central é que, em uma organização delitiva, o *homem de trás pode ser responsabilizado como autor mediato, ainda que os executores sejam penalmente responsáveis. Desse então, a doutrina tem se tornado dominante, sendo formalmente admitida pelo Tribunal alemão em 1994, no caso dos soldados do muro. Por ordenar que os soldados do muro de Berlim atirassem, para matar, em quem tentasse ultrapassá-lo, os membros do Conselho de Segurança do governo da Alemanha Oriental foram condenados como autores mediatos, os soldados por autores diretos de homicídio doloso. Portanto, duas autorias concomitantes*”.

não participa diretamente de sua execução, de uma forma diferente da prevista pelo Direito Penal clássico.

II. Como é elementar, o *concurso de pessoas ou de agentes* se dá pela cooperação consciente que se estabelece entre dois ou mais indivíduos para o cometimento de uma infração penal, podendo realizar-se através da *coautoria* e da *participação*. Existem ao menos três teorias, no que concerne à sua natureza jurídica: a *teoria unitária ou monista* – adotada em regra pelo Código Penal brasileiro – segundo a qual, não obstante a pluralidade de agentes e condutas, havendo apenas um resultado, cometem todos, de forma idêntica, um único crime; a *teoria pluralista*, em que havendo, da mesma forma, pluralidade de agentes e diversidade de condutas, ainda que se chegue a somente um resultado, cada agente responde por um delito (é o que se vê, por exemplo, em determinados contextos, no caso da corrupção ativa e passiva); e a *teoria dualista*, em que, observadas essas mesmas circunstâncias, deve-se distinguir os coautores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro.⁴

Segundo a doutrina, são *coautores* de um delito aqueles que, em cooperação, executam o comportamento que a lei define como crime, não sendo necessário que pratiquem condutas idênticas. Como exemplo, pode-se citar um caso de roubo, no qual um dos agentes aponta a arma para vítima enquanto o outro se apodera de seus pertences. Já os *partícipes*, são aqueles que, mesmo não praticando a conduta que a lei define como crime, contribuem, de qualquer modo, para a sua realização, ou seja, praticam uma atividade que contribui para a realização do delito (mediante participação material ou moral). É o caso do motorista do veículo que aguarda os assaltantes mencionados no exemplo anterior, para dar-lhes fuga, ou de um terceiro que os instiga a praticar o crime.

O Código Penal pátrio não faz, contudo, distinção expressa entre coautor e partícipe, estabelecendo, em seu artigo 29, *caput*, que “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”⁵,

⁴ Cf. Guilherme de Souza Nucci in *Código Penal Comentado*, RT, 11^a ed., p. 307.

⁵ Comentando esta opção do legislador, ressalta Celso Delmanto: “quando se fala em coautoria, tem-se, como visto, a ideia de divisão de trabalho. Isto porque a coautoria não deixa de ser a autoria de uma parte dos atos de execução por outra pessoa. (...) Ao se analisar a expressão “quem, de qualquer modo, concorre para o crime”, a doutrina tem enfatizado que ela implica que o coautor, para que assim seja considerado, detenha certo domínio funcional do fato, sob pena de não se configurar coautoria, mas, sim, eventual participação. Daí as palavras, com quem concordamos, de Nilo Batista: ‘O fundamento dessa (co)autoria reside também no domínio funcional do fato (funktionelle Tatherrschaft). Isso significa que só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o coautor tem reais interferências sobre o seu Se e o seu Como; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos (jeder das Schicksal der Gesamttat in der Hand hat), através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração, faria fracassar o fato’ (Concurso de agentes, 2^a Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, PP. 101-103). Assim, aquele que fica na rua, vigiando o local a fim de avisar os meliantes que entraram para furtar o imóvel caso os proprietários apareçam, seria um mero partícipe e não um coautor, por não assumir o domínio funcional do fato, com o que também concorda o referido autor (ob. cit., p. 112)”.

conquanto fixe parâmetros para a gradação da reprimenda nos parágrafos 1º e 2º, do mesmo dispositivo, segundo os quais “*se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço*” e “*se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível resultado mais grave*”.

Bem por isso, nos parece que, diferentemente do que ocorre em relação às legislações que adotam nítida distinção entre as figuras do coautor e do partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para este último, na prática, no Brasil, a teoria do domínio do fato não adquire a mesma relevância, uma vez que aqui, como se extrai do citado dispositivo legal, o partícipe pode inclusive receber reprimenda mais severa que o coautor de um delito, por conta de sua maior culpabilidade⁶.

III. Assim, em conclusão, o que impende ressaltar, especialmente a fim de impedir a difusão de conceitos distorcidos e equivocados, decorrentes, como se disse, da forma pouco técnica com que a imprensa divulgou a “teoria do domínio do fato” durante o julgamento do caso do *mensalão*, é que tal construção doutrinária: a) destina-se a distinguir entre coautor e partícipe, mas não altera em absolutamente nada o espectro de abrangência do artigo 29, do Código Penal; b) não se aplica aos chamados delitos culposos, uma vez que para possuir o domínio do fato é preciso desejar o resultado; e, principalmente, c) não permite seja um indivíduo responsabilizado pela prática de um delito apenas e tão somente em razão de ocupar posição de comando em uma estrutura organizacional. Vale dizer, a aplicação dessa teoria ao ordenamento jurídico pátrio não autoriza a responsabilização objetiva em matéria penal e não torna prescindível, em nenhuma hipótese, a demonstração do efetivo envolvimento do agente no evento criminoso, assim como da existência do liame subjetivo, ou seja, da intenção de praticar o crime.

⁶ Conforme sintética explicação de Luiz Flavio Gomes: “A culpabilidade, como um dos fundamentos indeclináveis da pena, consiste no poder agir (concretamente) de modo diverso, conforme o Direito. E, por outro lado, tendo como enfoque a valoração do objeto, é o juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato que podia se motivar consoante à norma e podia agir de modo diverso, mas não age. Entendemos que possui tríplice função: a) é fundamento da pena, b) é limite da pena e c) é fator de graduação da pena. É fundamento da pena, pois se o agente não é culpável deixa de se aplicar a pena. Trata-se de limite da pena, nos termos do que dispõe o artigo 29, do Código Penal. E, por final, é fator de graduação da pena, pois estipula o artigo 59, do Código Penal, que o juiz deverá atender à culpabilidade, dentre outros critérios, para estabelecer a pena aplicável, a quantidade de pena, o regime inicial e a possível substituição da pena privativa de liberdade”.

Mandado de Segurança e a Desnecessidade de Execução Contra a Fazenda Pública por Intermédio de Precatório

Antonio Russo Filho¹

Resumo: Trata-se de ensaio que procura demonstrar que a sentença concessiva de mandado de segurança torna certa a obrigação de pagar valores vencidos antes da propositura do *writ*, bem como que o pagamento dos valores vencidos após a impetração do *mandamus* não se submetem ao regime de precatórios para sua satisfação.

Palavras-chaves: Mandado de segurança – Valores atrasados – Regime de precatórios – Desnecessidade.

“Merita la gratitudine degli uomini quel filosofo ch’ebbe il coraggio dall’oscuro e disprezzato suo gabinetto di gettare nella moltitudine i primi semi lungamente infruttuosi delle utili verità.”
Cesare Beccaria.²

I. Do Mandado de Segurança

O mandado de segurança teve sua origem no *habeas corpus*, que tinha sua utilização concebida fora do âmbito penal pela doutrina e pela jurisprudência a fim de possibilitar ao indivíduo um meio processual rápido e eficaz que tutelasse seus direitos face às ilegalidades e abusos de poder praticados por agentes do Estado no exercício de suas atribuições.

A Constituição Republicana de 1891 no § 22 do art. 72 determinava que caberia *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Como o dispositivo constitucional não se referia a que ilegalidade ou abuso de poder seriam passíveis de

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público e Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Cesare Beccaria. *Dei Delitti e delle Pene*. Torino: Einaudi, 2013, p. 10. “Merece a gratidão dos homens o pensador que teve a coragem do seu obscuro e desprezado escritório colocar para as pessoas as primeiras sementes muitas vezes infrutuosas das verdades úteis”.

correção por intermédio do *habeas corpus*, o entendimento dominante expandiu suas dimensões a fim de que não ficasse restrito apenas às hipóteses em que a ilegalidade ou o abuso de poder importasse em restrições à liberdade física do indivíduo. Esse alcance do *habeas corpus* restou bem ilustrado no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 3.536 (publicado na Revista Forense vol. 22, p. 301).

Já na Constituição de 1934 foi instituído um instrumento de garantia especialmente voltado a tutelar direito então definido como “certo e inconstestável”, que fosse lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridades públicas, com a observação do mesmo procedimento do *habeas corpus*.

Suprimido pelo regime autoritário instaurado com constituição do “Estado Novo” outorgada em 1937, o mandado de segurança voltou a figurar novamente como garantia constitucional na Constituição de 1946, que concedia o *mandamus* agora para tutelar “direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*”. Mesmo a Constituição do regime também autoritário instaurado em 1964 manteve a garantia do mandado de segurança.³

Redemocratizado o país, a Constituição de 1988 previu a concessão de mandado de segurança para a proteção de interesses individuais e coletivos. Em relação à tutela de interesses individuais, determina no inciso LXIX de seu art. 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias individuais, que:

“Art. 5º (...)

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

No campo infraconstitucional o mandado de segurança hoje é disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 – depois de quase 58 anos de vigência de Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que anteriormente disciplinava o instituto.

Quanto à natureza jurídica, o mandado de segurança se constitui em uma ação constitucional de conhecimento com caráter mandamental, que pode – dependendo do objeto da ação – assumir dupla feição, ou seja, além de provimento mandamental, conter implícito provimento de caráter condenatório, constitutivo e declaratório.

Em consonância com o exposto no parágrafo antecedente, preleciona Pedro Roberto Decomain, referindo-se ao mandado de segurança, que no “*tocante às quatro modalidades de ação de conhecimento – condenatória, constitutiva, declaratória ou mandamental –*, o mandado de segurança pode assumir feições combinadas de ação condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental. Prepondera, todavia, no mandado de segurança, o caráter de ação mandamental, exatamente porque lhe é inerente que a

³ Cf: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 4ª. Ed., p. 7/12.

*autoridade apontada como coatora, em caso de procedência do mandado de segurança, deva atender precisamente ao que na sentença lhe for determinado”.*⁴

Parece que mesmo quando o mandado de segurança tem caráter declaratório, remanesce o ato da autoridade pública – praticado ilegalmente ou com abuso de poder e que não reconhece determinado fato juridicamente relevante ou a autenticidade de um documento –, ato este que deve ser desfeito mediante o provimento jurisdicional de caráter mandamental que, reconhecendo a existência do fato ou a autenticidade do documento, determine a insubsistência do ato administrativo.

Entretanto, o que importa destacar, para a finalidade a que este ensaio se propõe, é o caráter especial do mandado de segurança, caráter este que o difere de todas as demais ações de natureza civil e se consubstancia no fato de constituir-se este em uma via célere para a correção de ilegalidades ou abusos de direitos praticados por agentes do Estado contra o indivíduo. O aspecto do mandado de segurança que melhor o caracteriza como instrumento de salvaguarda dos direitos individuais contra a opressão do Estado é a **sumariedade** de seu procedimento, que constitui uma via rápida para a restauração da legalidade violada pelos agentes públicos e, portanto, a interpretação de suas regras procedimentais e executórias deve sempre conferir a este instrumento de salvaguarda dos direitos individuais a máxima celeridade e efetividade.

Por tal razão, assevera Hely Lopes Meirelles que o mandado de segurança diferencia-se das demais ações “*apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil*”.⁵

Desta forma, tendo em conta esta natureza peculiar do mandado de segurança, a questão que se propõe é se este instrumento de garantia contra lesões a direitos do indivíduo em face do Estado seria compatível com a morosa execução por intermédio de precatórios, de que trata o art. 100 da Constituição Federal e os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

II. Da Execução por Intermédio de Precatórios

As sentenças que condenam a Fazenda Pública à obrigação de fazer consistente em pagamento de quantia certa submetem-se, para sua satisfação, ao regime do precatório.

No regime dos precatórios, o juízo da execução elabora o precatório, ou seja, expede ordem de pagamento de quantia líquida contra a Fazenda Pública, encaminhando-o ao presidente do tribunal competente a fim de que este dê ciência à entidade pública devedora de que deve incluir o crédito em seu orçamento a fim

⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei nº 12.016/09)*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 17.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª. Ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2008, p.35.

de satisfazê-lo. Os pagamentos requisitados até 1º de julho de cada ano deverão ser pagos até o final do exercício do ano seguinte, com valores devidamente atualizados.

Contudo, a prática tem revelado que esta regra nunca é cumprida, ou seja, a Fazenda Pública não cumpre sua obrigação de pagar até o final do exercício seguinte e nem dos subsequentes. Passam-se muitos anos até que a Fazenda Pública finalmente satisfaça a obrigação de pagar expressa no precatório e o Judiciário assiste inerte a esta omissão dos entes estatais, sequer dando efetividade aos mecanismos constitucionais que poderiam compelir a Fazenda Pública a satisfazer os seus débitos oriundos de precatórios judiciais.

De fato, apesar da previsão constitucional de que a União intervenha nos Estados e este nos Municípios na hipótese do inadimplemento da Fazenda Pública superar dois anos consecutivos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a intervenção não pode ser decretada quando a razão alegada para a não quitação do precatório é a insuficiência de verbas orçamentárias.

Consoante ressalta com propriedade Daniel Amorim Assumpção Neves *“resumindo a situação: o Poder Executivo não paga, o Judiciário não se importa e o Poder Legislativo cria novas normas jurídicas para piorar ainda mais este cenário”*.⁶

De fato, a situação dos credores da União, dos Estados e dos Municípios só veio a piorar com a promulgação da Emenda Constitucional nº 30/2000, que determinou o parcelamento dos débitos dos entes públicos em prestações anuais em um prazo de dez anos. Esta emenda trouxe a inovação de que o não pagamento da parcela ao final do exercício tem o condão de liberar o credor do pagamento de tributos do ente público devedor, e a Fazenda Pública, temerosa de que de este efeito liberatório pudesse acarretar diminuição de suas receitas, passou a dar preferência à quitação de tais débitos em detrimentos dos precatórios de natureza alimentar, situação esta que somente veio a modificar-se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que proibiu a compensação de precatórios com tributos.

É interessante recordar que a redação original do art. 100 da Constituição Federal excluía os créditos de natureza alimentar da necessidade de quitação por intermédio do regime de precatórios. Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou entendimento de que os créditos de natureza alimentar não estavam dispensados de pagamento por intermédio de precatório, mas deveriam constituir uma categoria distinta dos créditos de demais natureza (Súmula nº 655 – STF), circunstância que não contribuiu de modo algum para a celeridade de sua quitação, pelo contrário, em razão dos fatos acima descritos, tais créditos terminaram por serem preteridos em favor dos créditos de outra natureza, cujo não pagamento determina a liberação do credor de recolher os impostos para o ente público devedor.

O panorama acima traçado denota de modo contundente que o regime de precatórios é um sistema de execução que além de injusto, é extremamente moroso,

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2012, 4ª. ed., p. 1092.

dando ensejo a que a lesão patrimonial derivada de ato ilegal ou praticado com abuso de poder por parte de agentes do poder público perdure por um período além do razoável, fato que tem levado muitos juristas e parte da jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, ao entendimento de que o regime de execução por intermédio de precatórios não se coaduna com a natureza especial do mandado de segurança.

III. Da Execução em Mandado de Segurança e o Regime de Precatório

Não raras vezes, o reconhecimento de que o ato praticado pela autoridade pública estava eivado de vício de ilegalidade ou abuso de poder em sede de mandado de segurança acarreta à Fazenda Pública obrigação de pagar quantia certa.

Tal situação se verifica principalmente em mandados de segurança impetrados por servidores públicos visando o restabelecimento de gratificações ou qualquer tipo de vantagem ilegalmente suprimida por ato de alguma autoridade pública.

Desta forma, no caso de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público, duas questões de grande relevância se propõem: a primeira consiste no estabelecimento dos limites objetivos do julgado, ou seja, se a sentença torna certa a obrigação de pagar valores vencidos antes da propositura do mandado de segurança, e a segunda questão prende-se à necessidade ou não da observância do regime de precatório – como nas execuções comuns contra a Fazenda Pública –, ou se o pagamento, ao menos em relação às parcelas vencidas após a propositura do mandado de segurança, deveriam ser efetivados diretamente mediante a simples expedição de ordem de pagar pelo Poder Judiciário.

No tocante à questão inicialmente colocada, embora o Supremo Tribunal Federal tenha emitido a respeito do tema a Súmula 271 (que não tem caráter vinculante), recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e a posição de diversos juristas que se debruçaram sobre a matéria apontam para a necessidade de alteração de tal posicionamento e as razões apontadas se coadunam com o princípio da economia processual e a necessidade de se emprestar maior celeridade aos procedimentos judiciais, principalmente aqueles de caráter mandamental.

A referida súmula do Supremo Tribunal Federal resume o posicionamento então dominante naquela Corte Constitucional no sentido de que *“a concessão do mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”*. Assim, nos termos da referida súmula, o impetrante, mesmo tendo certeza do seu direito, advinda da sentença concessiva de mandado de segurança, deve buscar as vias ordinárias a fim de obter o pagamento dos valores vencidos antes da propositura da ação mandamental.

Entretanto, parece evidente que, na espécie, remeter o impetrante para as vias ordinárias além de contrariar o princípio da economia processual, vai contra a

razoabilidade, na medida em que no novo processo somente poderia ser decidido de forma igual à decisão proferida em sede de mandado de segurança, sob pena de se afrontar a garantia da coisa julgada, ou seja, é uma medida que cria entraves processuais para o impetrante fazer valer o seu direito de receber os valores vencidos antes da propositura do mandado e que não se assenta em um fundamento de ordem relevante.

Neste sentido, preleciona Humberto Theodoro Júnior que *“seria sumamente injusto exigir do servidor público que propusesse ação ordinária para haver a prestação alimentar que a sentença do mandado de segurança já lhe reconheceu. Assim, tudo aquilo de que o impetrante foi ilegal ou abusivamente privado, por efeito imediato do ato invalidado pela sentença do mandamus deve ser-lhe proporcionado como efeito necessário do próprio deferimento da ordem judicial impetrada”*.⁷

No mesmo diapasão assevera Cassio Scarpinella Bueno com propriedade que *“não se trata, evidentemente, de reduzir o mandado de segurança a mera ação de cobrança, coisa que a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal não tolera; não se trata de apequenar o papel a ser desempenhado pelo mandado de segurança no Estado Democrático de Direito. Muito pelo contrário. Aproveitar-se da sentença concessiva do mandado de segurança para regular, em definitivo, e da forma mais ampla possível, o direito do impetrante (ajustar retroativamente o seu padrão de remuneração com o afastamento da ilegalidade ou abusividade que autoriza a impetração) é enaltecer, como sói acontecer, a função e a figura do mandado de segurança, em estreita consonância com sua previsão constitucional, ou com o seu ‘modelo constitucional’ (CF, art. 5º, LXIX). Trata-se, ademais, de forma eficaz de combater todos os possíveis reflexos que o ato, ilegal ou abusivo de direito do impetrante – reconhecido jurisdicionalmente – poderia pretender surtir na esfera jurídica. É medida que neutraliza, em prol do impetrante, isto é, do particular que se apresenta titular de direito líquido e certo perante o Estado-juiz, os efeitos pretéritos, presentes e futuros do ato administrativo que é questionado no mandado de segurança”*.⁸

No mesmo rumo da tese traçada nas linhas precedentes caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, no julgamento do MS nº 12.397/DF, o Ministro Arnaldo Esteves Lima defende o posicionamento de que os efeitos patrimoniais da sentença proferida em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato reconhecido pelo Judiciário como ilegal ou abusivo e violador de direito líquido e certo.

No voto condutor do referido acórdão, assevera o Ministro Arnaldo Esteves Lima que *“os enunciados das Súmulas 269/STF e 271/STF devem ser interpretados com temperamentos. Não se pode, efetivamente, deixar de consignar que tal jurisprudência sumulada formou-se há mais de 45 anos. Houve, em tal interstício de tempo, mudanças jurídicas, sociais e econômicas a recomendar não simplesmente o seu abandono, mas, sim, a sua aplicação de forma consentânea com a nova realidade superveniente. (...). De fato, na*

⁷ THEODORO, Humberto Júnior. *O Mandado de Segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38/39.

⁸ BUENO. Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança – Comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade das Súmulas 269/STF e 271/STF. Refoge à lógica do razoável obrigar o servidor a ingressar novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período aquém da data do ajuizamento do mandamus, se tal pode e deve – sem menosprezo aos direitos e garantias do devedor –, que deve pagar exatamente o que deve, nem mais, nem menos, como é óbvio, tal como se apurar –, inclusive, se necessário for, nos mesmos autos do writ, conforme, por exemplo, preconizado na Lei 11.232/05, que alterou o CPC, arts. 475-A e seguintes. Em geral, administrativamente, o próprio órgão ao qual vinculado funcionalmente o servidor tem como fazer e disponibilizar os cálculos dos valores atrasados, efetuando o seu pagamento, independentemente de precatório. Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário”.⁹

No mesmo teor do acórdão acima citado são os acórdãos prolatados no REsp. 29.950/SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ de 1º/3/93 e REsp 206.413/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 2/8/99 .

A segunda questão acima aventada, ou seja, acerca da necessidade ou não da observância do regime de precatório para o pagamento de parcelas vencidas após a propositura do mandado de segurança, tem provocado divisão tanto da doutrina quanto da jurisprudência pátria, pode-se encontrar opiniões em ambos os sentidos.

A controvérsia recrudescceu após a edição da Lei nº 12.016/09, que passou a disciplinar o mandado de segurança, revogando a disposição expressa no § 3º do art. 1º da Lei 5.021/66. Tal disposição determinava que o pagamento dos atrasados deveria dar-se de acordo com o estabelecido no art. 204 da Constituição Federal anterior a 1988, artigo este correspondente ao art. 100 da atual Constituição, portanto, sujeitava os atrasados ao regime dos precatórios. A referida disposição era vazada nos seguintes termos:

“Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º – VETADO

⁹ STJ – 3ª. Seção. MS 12.397/DF, Rel Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 16/06/2008.

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

Contudo, ao disciplinar a questão, o art. 14 da Lei nº 12.016/99 não fez qualquer referência à sujeição do pagamento de valores atrasados ao regime do precatório. Neste sentido, determina o referido preceptivo legal que:

“Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º **O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”**

Do cotejo entre a lei revogada e as disposições da lei atual que rege o mandado de segurança, pode-se depreender que – como o acima já foi salientado –, não há mais disposição legal submetendo o pagamento das parcelas vencidas após a propositura do *mandamus* ao regime de precatório para a sua satisfação. Ora, se tal disposição foi expressamente revogada, a interpretação que melhor se coaduna com a sumariedade do mandado de segurança, que exige providências rápidas e efetivas a fim de que sejam corrigidos os efeitos do ato ilegal ou abusivo, é que o pagamento de tais verbas deverá ser executado mediante simples ordem judicial, sem a necessidade de execução por intermédio de precatórios.

Quando o § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/99 diz que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial, a interpretação que deflui como mais natural é a de que as prestações que se vencerem a partir do ajuizamento da inicial serão pagas **via ordem judicial**, e se por ventura existirem prestações anteriores à propositura do *mandamus*, essas serão executadas nos termos dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 100 da Constituição Federal, ou seja, por intermédio do regime normal de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatórios.

A circunstância do *caput* do art. 100 da Constituição Federal determinar a observância do regime de precatórios para quitação de **pagamentos originados em sentença judicial**, devidos pela Fazenda Pública, não milita em desfavor das conclusões externadas nas linhas precedentes, uma vez o ordenamento jurídico compõe-se de um arcabouço de normas que devem ser interpretadas de modo sistemático, a fim de se extrair a interpretação que seja mais adequada ao instituto jurídico objeto da exegese e aos ideais de justiça, que são os fins e a razão de ser do sistema jurídico.

Por esta razão, a interpretação literal, que conduziria ao entendimento de que na hipótese vertente deve aplicar-se o regime de precatórios, deve ser afastada porque, como evidenciado, o instituto do mandado de segurança, as sentenças mandamentais, não se coadunam com o regime de precatórios, de forma que a **interpretação sistemática** das disposições expressas no art. 100 da Constituição Federal com o instituto do mandado de segurança conduz à exegese de que, *in casu*, em virtude da natureza jurídica da ação mandamental, o regime de precatórios não é aplicável à espécie.

É importante ter presente que a razão de ser do mandado de segurança é possibilitar ao indivíduo **uma via rápida de correção de atos ilegais** e abusivos praticados pelo Estado em detrimento de seu direito líquido e certo. Desta forma, a sujeição **desse meio de correção** ao regime de precatórios, além de contrariar a necessária sumariedade do *mandamus*, sem a qual esta ação especial não tem sentido de existir e, termina por incentivar a autoridade pública a praticar atos abusivos e ilegais que possam tolher direito líquido e certo do servidor, principalmente porque a via morosa da execução por precatório deixa a reparação dos efeitos de seus atos para administrações futuras. Certamente a autoridade pública sopesaria os efeitos de seus atos com mais critérios se soubesse de antemão da possibilidade de sua correção rápida e eficaz por parte do Judiciário, via mandado de segurança.

A posição acima externada encontra eco no magistério de Marçal Justen Filho, para quem a regra contida no § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/99 “*deve ser interpretada em termos, uma vez que não poderá proteger atos administrativos flagrantemente abusivos, destituídos de qualquer fundamento plausível. A interpretação se impõe especialmente em virtude da ausência de capacidade financeira da maioria dos Estados e Municípios, que não logram liquidar os precatórios contra si emitidos. Ou seja, a remessa do impetrante ao regime de precatórios pode equivaler à frustração da eficácia da tutela jurisdicional. Mais ainda, pode constituir-se num incentivo à prática de condutas arbitrárias pela autoridade pública*”.¹⁰

Por seu turno, Humberto Theodoro Júnior preleciona que “(...) *no silêncio da lei, o melhor entendimento é o daqueles que, como Eduardo Talamini, defendem não ser compatível com a estrutura constitucional do mandado de segurança o procedimento lermo e ineficiente como o da execução contra a Fazenda Pública, disciplinada pelos arts. 730 e 731 do CPC. Se a Lei nº 12.016 qualifica como crime de desobediência o não acatamento imediato do comando da sentença prolatada na ação constitucional ‘sub examine’*,

¹⁰ JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 9ª. ed., p. 1.248.

realmente não se mostra razoável a tese da submissão da execução, 'in casu', ao regime comum dos precatórios".¹¹

Márcio Henrique Mendes da Silva, em comentários ao § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/99, assevera que *"agora a regra existente é a do § 4º do art. 14 que não faz mais menção à liquidação nem a submissão a regime de precatório. A partir do novo regramento, parece clara a intenção de legalizar uma prática já existente no âmbito da administração, que é a de efetuar o pagamento imediato dos atrasados, cumprindo a decisão mandamental, e não uma obrigação de pagar quantia certa, essa sim submetida ao regime de precatório".¹²*

No âmbito do Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça é a corte que tem mais frequentemente se posicionado no sentido de que os valores devidos desde a data da impetração até a data da sentença concessiva do writ não se submetem ao regime de precatórios. Neste sentido são as ementas dos acórdãos abaixo aduzidos:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ABATE-TETO. MANDADO DE SEGURANÇA. VALORES DEVIDOS ENTRE A DATA DA IMPETRAÇÃO E A CONCESSÃO DA ORDEM. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior assentou a orientação de que, em sede de mandado de segurança, o pagamento das parcelas compreendidas entre a data da impetração e a concessão da ordem independe do rito do precatório previsto no art. 730 do CPC.

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1204693/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma STJ, DJe 08/02/2012)."

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. VALORES DEVIDOS ENTRE A IMPETRAÇÃO E A CONCEÇÃO DA ORDEM. REGIME DE PRECATÓRIOS. DESNECESSIDADE.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, o relator está autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível.

2. Segundo compreensão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de segurança, o pagamento das parcelas compreendidas entre a data da impetração e a concessão da ordem independe do rito previsto no art. 730 do Código de Processo Civil.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1246593/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª. Turma STJ, DJe 28/06/2011).

¹¹ THEODORO, Humberto Júnior. *O Mandado de Segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 40.

¹² DA SILVA, Márcio Henrique Mendes. FERREIRA, Olavo. A. Vianna Alves. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85/86.

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INDICAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRECEDENTE DO STJ. PENSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAS VENCIDAS ENTRE A IMPETRAÇÃO E A CONCESSÃO DA ORDEM. SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A indicação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC, sem particularizar qual seria a suposta omissão do Tribunal de origem que teria implicado ausência de prestação jurisdicional, importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF.

2. A execução de parcelas remuneratórias vencidas entre a data da impetração de mandado de segurança e a concessão da ordem não se submete ao regime de precatório previsto no art. 100 da Constituição Federal. Precedente da Terceira Seção.

3. Recurso especial conhecido e improvido.” (REsp 904699/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª. Turma STJ, DJe 02/02/2009).

No âmbito dos tribunais estaduais há várias decisões em igual sentido. Em acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restou decidido que *“dado o caráter mandamental do ‘writ’, que se destina a suprir atos omissivos das autoridades administrativas, ao determinar a r. sentença inclusão das parcelas não pagas na folha de pagamento do impetrante, fê-lo a título de obrigação de fazer, isso é perfeitamente cabível, porquanto o pagamento somente tem lugar por via reflexa, como corolário daquela”*.¹³

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também podem-se encontrar decisões no sentido de que os valores devidos a partir da impetração do mandado de segurança não se submetem ao regime de precatórios. Neste diapasão, em acórdão proferido em agravo de instrumento, decidiu-se que *“o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público, vencidos a contar da impetração do ‘mandamus’, pode ser demandado mediante execução da sentença mandamental, sendo dispensada a submissão ao regime de precatório. A observância do rito do art. 730, do CPC, para pagamento de parcelas que se tornaram devidas após a impetração, já tidas como ilegais, não se compatibiliza com a celeridade e singeleza do procedimento do mandado de segurança, nem mesmo com a sua finalidade precípua de salvaguardar liberdades públicas, constitucionalmente asseguradas”*.¹⁴

Em virtude do quanto exposto no presente ensaio a interpretação que melhor atende aos objetivos e à razão de ser do mandado de segurança é aquela que professa a tese de que as parcelas que se vencerem a partir da data da propositura do *mandamus* devem ser pagas via ordem judicial. Como vimos, o mandado de segurança é uma garantia constitucional que visa proporcionar ao indivíduo uma via célere para a

¹³ Apelação Cível nº 637.615-5/5-00, Rel. Des. Jair de Souza, 7ª. Câmara de Direito Público do TJSP, 28/09/2007.

¹⁴ Agravo de Instrumento Cível nº 0259053-08.2011.8.13.0000, 1ª. Câmara Cível TJMG, 31/08/2011.

correção de atos lesivos e abusivos praticados pelos prepostos do Estado contra direito líquido e certo. A execução por intermédio de precatórios é extremamente morosa e não se compatibiliza, portanto, com a celeridade que o legislador constitucional pretendeu conferir ao instituto. A regra que impunha o regime de precatórios para pagamento de parcelas vencidas após a impetração do mandado de segurança (§ 3º do art. 1º da Lei 5.021/66) foi revogada pela nova lei de regência do mandado de segurança, Lei nº 12.016/09, de forma que nada obsta a adoção da interpretação acima ventilada.

Desta forma, as parcelas que se vencerem após a impetração do *mandamus* devem ser pagas mediante ordem judicial, uma vez que quanto a estas a sentença proferida no mandado de segurança tem **eficácia mandamental**, conforme se pode depreender das disposições legais insertas no § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/09, que determina que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público será efetuado relativamente às prestações que se vencerem **a contar da data do ajuizamento da inicial**.

No tocante às parcelas anteriores à data da propositura da inicial, cujo pagamento constitui efeito necessário do deferimento da ordem impetrada, a sentença não possui **eficácia mandamental**, até por força da disposição expressa no § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/09, devem ser executas nos termos das disposições expressas nos arts. 730 e 731 do CPC, combinados com a disposição do art. 100 da Constituição Federal, ou seja, dependem de expedição de precatório para o seu pagamento.

Referências Bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança – Comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DA SILVA, Márcio Henrique Mendes. FERREIRA, Olavo. A. Vianna Alves. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei nº 12.016/09)*. São Paulo: Dialética, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 4ª. ed.

JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 9ª. ed.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª. Ed. atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2012, 4ª. ed.

THEODORO, Humberto Júnior. *O Mandado de Segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A inclusão dos nomes dos vereadores eleitos e não empossados no ano de 1947 pelo PST nos anais da Câmara Municipal de São Paulo como representantes dos cidadãos paulistanos, através da Resolução nº 13 de 17 de abril de 2013.¹

Ieda Maria Ferreira Pires²

Resumo: Este artigo trata da reparação simbólica consistente na inscrição do nome dos vereadores eleitos não empossados em 1947 nos anais da Câmara Municipal de São Paulo, como representantes dos cidadãos paulistanos não empossados. Em novembro de 1947, ocorreram eleições municipais no Brasil e como o Partido Comunista do Brasil estava na ilegalidade, os chamados “candidatos do Prestes” disputaram a eleição pelo Partido Social Trabalhista, porém, mediante decisão da Justiça Eleitoral, impulsionada pelas forças que influenciavam o Governo Dutra, não foi permitida a posse destes, portanto, atualmente, nos ventos das Comissões da Verdade, aprovou-se no ano de 2013 a Resolução nº 13 de 2013. Este artigo avalia a arbitrariedade do impedimento de posse.

Palavras Chaves: Eleição de 1947. Vereadores eleitos em 1947. Posse impedida.

1. Introdução

A Sociedade pretende restabelecer a verdade dos fatos históricos no Brasil, tanto assim que além da Comissão Nacional da Verdade instituída através da Lei Federal nº 12528/11, instalada em 16 de maio de 2012, há várias outras Comissões em diversas esferas de poder, com atribuições parecidas.

A referida Comissão Nacional da Verdade se fundamenta no artigo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, que, em síntese, concede anistia àqueles que foram vítimas de atos de exceção no período histórico compreendido entre 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988.

¹ Artigo inspirado da Resolução nº 13 de 17 de abril de 2013, que propugna pela inserção nos Anais da Câmara Municipal de São Paulo dos nomes dos vereadores eleitos não empossados em São Paulo no ano de 1947, referidos como representantes dos cidadãos paulistanos.

² Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada pela PUC São Paulo e especialista em Direitos Humanos pela mesma instituição; Procuradora do Município de Mairiporã nos anos 2003 a 2012.

Com efeito, o desafio posto é a necessidade de que os fatos sejam descortina- dos trazendo a verdade à tona, tomando-se por princípio a soberania do povo, mas, respeitando-se os limites históricos e jurídicos, a fim de reparar os erros de cunho ditatorial e ilegítimos, ainda que de forma simbólica.

Deste modo, em várias instâncias democráticas há iniciativas parecidas no sentido de reconhecer os equívocos frutos de atos de exceção e com a clara intenção de recuperá-los, mesmo que apenas com a finalidade de que não voltem a ocorrer.³

Do objeto de análise deste artigo, veremos que a Câmara Municipal de São Paulo, aprovou a Resolução nº 13/2013, para estabelecer a menção nos anais da Casa aos quator- zes vereadores eleitos e não empossados no ano de 1947, como representantes do povo paulista, com a franca intenção de reparar simbolicamente o ato que impediu a posse.

Segue o teor da Resolução em comento:

RESOLUÇÃO Nº 13 DE 17 DE ABRIL DE 2013

(PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 14/13)

(VEREADOR ORLANDO SILVA – PC do B)

Dispõe sobre a inclusão dos vereadores eleitos em 1947 pelo PST, porém não empossados, nos anais da Câmara Municipal de São Paulo como representantes do povo não empossados, e dá outras providências.

A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO resolve:

Art. 1º Ficam os nomes de Mário de Souza Sanches, Orlando Luís Pioto, Adroaldo Barbosa Lima, Antonio Donoso Vidal, Armando Pastrelli, Ca- lil Chade, Elisa Kauffmann Abramovich, Iturbides Bolivar de Almeida Serra, Benedicto Jofre de Oliveira, Benone Simões, Raimundo Diaman- tino de Souza, Meir Benaim, Mauro Gattai, Luiz João e Carlos Niebel inscritos nos anais desta Câmara Municipal como representantes dos cidadãos paulistanos não empossados.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Câmara Municipal de São Paulo, 18 de abril de 2013.

JOSÉ AMÉRICO, Presidente

Publicada na Secretaria Geral Parlamentar da Câmara Municipal de São Paulo, em 18 de abril de 2013.

KAREN LIMA VIEIRA, Secretária Geral Parlamentar.

Neste sentido o presente artigo se destina a proceder a uma reflexão sobre o tema, e analisar, mesmo que de forma breve, os aspectos jurídicos da questão, com a perspectiva de colaborar com o reconhecimento da verdade histórica.

³ Cumpre explicitar que não são objeto de análise deste artigo os demais atos proferidos em outras instân- cias com a intenção de reparar os atos ilegítimos.

2. Contexto Histórico

Em 02 de dezembro de 1945 foi eleito para Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra, de origem militar, e que em apenas um ano de mandato impulsionou uma verdadeira “caça” aos comunistas e ao Partido Comunista Brasileiro.

Esta intenção não tinha outro propósito senão conter o “avanço comunista” no país, em resposta a grande popularidade de seu maior ídolo nacional na época, Luiz Carlos Prestes, fato este que pode ser verificado com a leitura de artigo que recuperou o clima da ocasião, de autoria de Renato Rebelo, atual Presidente do Partido Comunista do Brasil:

Em São Paulo, no dia 15 de julho de 1945 o Partido realiza comício do estádio do Pacaembu com a participação de mais de 100 mil pessoas, o maior estádio de futebol que existia na época. Nesse dia, Prestes recebe a notícia da morte de sua esposa, Olga Benário, em Berlim, e faz pronunciamento defendendo a realização de eleições para a Assembleia Constituinte. Pablo Neruda, um dos mais importantes poetas de língua castelhana do século 20 e que em 1971 recebeu o prêmio Nobel de Literatura, recitou um poema em homenagem a Prestes. Este ato acabou tendo grande repercussão internacional.⁴

Diante da grande popularidade dos ideais dos comunistas, e a despeito do avanço eleitoral que se anunciava, as forças que circundavam a política do Presidente Dutra influenciaram o Tribunal Superior Eleitoral que, em alinhamento com o contexto da época, cassou o registro do Partido, sob a alegação de que o mesmo pregava ideologia unipartidária, e ainda, por se chamar “Partido Comunista do Brasil”, dando a entender que seria uma espécie de “filial” do Partido Comunista da União Soviética.

Com a intenção de comprovar o clima anticomunista da época e a política de Dutra a qual tinha o desígnio de privilegiar os Estados Unidos anunciando a Guerra Fria, segue análise muito bem efetuada, publicada em sítio da internet, em artigo do CPDOC da Fundação Getúlio Vargas, pela Professora Dulce Pandolfi.

No Brasil, as repercussões da Guerra Fria foram imediatas. No dia 7 de maio de 1947, após uma batalha judicial, o PCB teve seu registro cassado. Nesse mesmo dia, o Ministério do Trabalho decretou a intervenção em vários sindicatos e fechou a Confederação Geral dos Trabalhadores do Brasil, criada pelo movimento sindical em setembro de 1946 e não reconhecida oficialmente pelo governo. O PCB apelou para o Judiciário, requerendo habeas corpus para o livre funcionamento das suas sedes, mas o pedido foi negado. Em seguida, os comunistas tentaram organizar uma nova agremiação partidária, o

⁴ RABELO, Renato: Devolução do Mandato de Prestes foi reparação histórica, disponível em: http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=214356&id_secao=1, acesso dia 18/07/2013.

Partido Popular Progressista (PPP), incorporando as teses centrais do PCB. O TSE também negou o registro para o PPP. A exclusão dos comunistas do sistema político-partidário culminou em janeiro de 1948, com a cassação dos mandatos de todos os parlamentares que haviam sido eleitos pelo PCB. Sob o impacto da cassação, o PCB lançou um manifesto pregando a derrubada de imediata do governo Dutra, considerado um governo “antidemocrático”, de “traição nacional” e “a serviço do imperialismo norte-americano”. Além de perseguir os comunistas, o governo Dutra, totalmente alinhado com os Estados Unidos, em outubro de 1947 rompeu as relações diplomáticas do Brasil com a União Soviética.⁵

Assim, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, proferida em 07 de maio de 1947, foi cancelado o registro do Partido Comunista do Brasil, lembrando que sua legalidade havia sido restituída mediante Constituição Federal de 1946, e que seus estatutos defendiam o pluripartidarismo.

Apenas para ilustrar, a base jurídica utilizada pelo TSE para efetivar o cancelamento foi o preceito do art. 141, §13 da Constituição Federal de 1946, mas, com cunho ideológico, garantindo erroneamente, que o partido pregava princípios que “afrontavam o regime democrático”.⁶

Então, com a cassação do registro, a orientação do PCB na época foi de que seus militantes e simpatizantes deveriam se candidatar por outros partidos, e, o partido escolhido em São Paulo, foi o PST.

Neste passo, o líder dos comunistas, Luiz Carlos Prestes publicou em setembro de 1947, artigo, no qual faz uma análise da situação fática e recomenda posição aos Comunistas frente às eleições Municipais que foram disputadas em novembro de 1947:

Nessas condições, como devemos proceder? Que devemos fazer nós, comunistas, diante da proximidade das eleições municipais por todo o país, estando, como estamos, privados do direito de registrar candidatos sob legenda própria e de fazer campanha eleitoral sob a bandeira gloriosa de nosso partido, ainda perseguido com o seu registro eleitoral cassado pelo TSE? É claro que em nossa luta pela democracia têm as próximas eleições municipais importância decisiva e que é dever dos comunistas delas participar sem poupar esforços e sem esquecer que está no município realmente autônomo e com um governo livremente eleito a base da democracia no país, como muito bem compreendem

⁵ Disponível em: Entre dois governos: 1945-1950 > A cassação do Partido Comunista no cenário da Guerra Fria, <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/CassacaoPC>. Dulce Pandolfi, acesso dia 25/07/2013.

⁶ Art 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §1 a 12 – omissis. §13 – É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.”

*os elementos mais reacionários da classe dominante, as velhas oligarquias semi-feudais, que tudo farão para conservar seu poder nos municípios, como garantia indispensável ao sucesso da reação das próximas eleições estaduais e nacional, especialmente a eleição do futuro.*⁷

Portanto, em consonância com a orientação de Prestes, os candidatos: Mário de Souza Sanches, Orlando Luís Pioto, Adroaldo Barbosa Lima, Antonio Donoso Vidal, Armando Pastrelli, Calil Chade, Elisa Kauffmann Abramovich, Iturbides Bolivar de Almeida Serra, Benedicto Jofre de Oliveira, Benone Simões, Raimundo Diamantino de Souza, Meir Benaim, Mauro Gattai, Luiz João e Carlos Niebel, disputaram a vaga de vereadores, pelo Partido Social Trabalhista (PST), nas eleições municipais em 1947.

Entretanto, no transcorrer das eleições, o Diretório Nacional do PST, estimulado pelas forças que rodeavam o Presidente Dutra, em especial, pela política externa brasileira cada vez mais próxima dos Estados Unidos, e com aversão a qualquer referência à União Soviética, e, mais ainda, com o escopo de barrar o avanço comunista, iniciou o processo de cancelamento das candidaturas.

Assim, o próprio Presidente do Diretório Nacional do PST ingressou com pedido de cancelamento das candidaturas no TSE, desautorizando a própria existência dos Diretórios Estaduais e Municipais de São Paulo.

Com efeito, apesar da diplomação dos quatorze eleitos promovida pelo Tribunal Regional Eleitoral, o TSE, na época em funcionamento no Rio de Janeiro, através do recurso nº 659, vencido por quatro votos contra dois, determinou a anulação das candidaturas e, portanto, impediu a posse dos quatorze eleitos.

Vejamos uma análise de Eduardo José Afonso (2006, p. 293), publicada em artigo da Revista Projeto História da PUC-SP, que relata o impedimento da posse dos eleitos:

A grande vitória comunista, no entanto, foi abortada, pois um movimento surgiu imediatamente após a divulgação dos resultados, suspendendo a legalidade do PST, sob a acusação de que os candidatos de São Paulo não poderiam ter-se lançado pela legenda, uma vez que o Diretório Estadual não existia no estado. O próprio Vitorino Freire, senador da República pelo PSD, no dia 6 de novembro de 1947, sem que o PCB tivesse ciência, entrou com um recurso no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pedindo a impugnação da candidatura dos comunistas. O julgamento do TSE somente ocorreria em 31 de dezembro daquele ano. Os “candidatos de Prestes” eleitos pelo PST tinham certeza que assumiriam seus postos Apesar da coesão de propósitos da Assembléia, os comunistas ainda enfrentariam muitos reveses. No dia 26 de novembro, no Palácio da Justiça, os vereadores escolhidos da cidade de São Paulo

⁷PRESTES, Luiz Carlos: disponível: http://pcb.org.br/fdr/index.php?option=com_content&view=article&id=211:participemos-ativamente-das-eleicoes-municipais-escreve-prestes-em-1947&catid=1:historia-do-pcb. Acesso dia 15/07/2013.

*foram diplomados pelo TRE; ali estavam, também, os comunistas eleitos pelo PST. Após a diplomação, na Praça do Patriarca, quando participavam da recolha de assinaturas contra a cassação dos mandatos, foram violentamente reprimidos pela polícia e detidos.*⁸

Note-se que tal decisão está baseada na franca intenção de não permitir que os candidatos conhecidos na época como “candidatos de Prestes” assumissem os cargos para os quais foram eleitos, em total desacordo com a vontade popular e, portanto, em desarmonia com o princípio da soberania popular, expresso efetivamente também na Constituição Federal de 1946.⁹

Cumpra ressaltar que nem todos os quatorze eleitos no ano de 1947 eram exatamente, na acepção da palavra, militantes comunistas, mas a decisão do TSE, ao fixar a inexistência dos diretórios Estaduais e Municipais, atingiu a todos.

Outra importante referência reside no fato de que entre os eleitos estava a primeira mulher que teria assento no parlamento Municipal, Elisa Kauffmann Abramovich, como se pode saber mais de brilhante artigo assinado por Jose D’Amico Bauab, intitulado: “A primeira eleição ao parlamento paulistano pós-ditadura Vargas e o drama dos vereadores comunistas”.¹⁰

3. Reparação Simbólica

É certo que neste ano de 2013, várias medidas foram adotadas por diversas instâncias democráticas, para restituir simbolicamente mandatos ou homenagear os representantes populares eleitos e não empossados, ou cassados.

Desta forma, em 20 de março do corrente ano, mediante o projeto de Resolução nº 144/12, foram restituídos os mandatos de quatorze Deputados Federais pela Câmara dos Deputados que foram cassados no ano de 1948.

Dentre os vários deputados, é indispensável mencionar o escritor Jorge Amado, e os políticos: Maurício Grabois, Carlos Marighela e João Amazonas.

E, no Senado Federal, em sessão solene, ocorrida em 22 de maio de 2013, foram restituídos os mandatos de Senador de Luiz Carlos Prestes e seu suplente Abel Chermont, sendo que seus familiares, nas pessoas da viúva de Carlos Prestes e do neto de Abel Chermont, receberam as homenagens.

⁸ AFONSO, Eduardo José, Pesquisa publicada na revista, Projeto História, São Paulo, n.33, p. 289-297, dez. 2006, disponível em: http://www.pucsp.br/projetohistoria/downloads/volume33/pesquisa_01.pdf. Acesso em 17/07/2013.

⁹ “Art 1º – Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.”

¹⁰ CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Disponível em São Paulo na Tribuna, primeira legislatura, organizador: Luiz Casadei Manechini. <http://www2.camara.sp.gov.br/dce/publicacoes/sao-paulo-na-tribuna.pdf>, pág. 43. Acesso dia 16/07/2013.

A simbologia destes atos é de muita valia, seja pela mínima recomposição da verdade histórica, seja pela preleção para que nosso Estado não seja tomado de assalto novamente por atos de exceção que desrespeitem a opinião popular.

Cumpra salientar que no ato de restituição de Luiz Carlos Prestes, o atual Presidente do Senado, assim se manifestou:

Peço publicamente desculpas à família pela atrocidade patrocinada pelo Estado contra um ilustre brasileiro.¹¹

Neste passo, a Câmara Municipal de São Paulo aprovou em 17 de abril de 2013, projeto de Resolução de autoria do vereador Orlando Silva (PCdoB), que promove um desagravo ao impedimento de posse sofrido pelos vereadores eleitos em 1947, pelo Partido Social Trabalhista (PST), por motivação política e ideológica.

De acordo com o texto da Resolução, os quatorze vereadores eleitos e não empossados foram referidos nos anais da Casa, como representantes dos cidadãos brasileiros não empossados.

O projeto foi aprovado em votação simbólica, por unanimidade de todos os líderes partidários, como se pode constatar no sítio da Câmara Municipal de São Paulo¹².

A medida adotada pela Câmara Municipal São Paulo presta homenagem substanciada em lançar o nome dos eleitos nos anais da Casa, e assim faz referência ao fato para que este se perpetue na história, e seja feita justiça com os vereadores eleitos e suas famílias, sem, contudo, desrespeitar o ato jurídico da época.

Note-se que, como foi explanado, o Governo Federal pretendeu conter o avanço dos comunistas, que observamos seriam Deputados da lavra de Jorge Amado, Maurício Grabois, Carlos Marighela e o Senador Carlos Prestes, e tantos outros candidatos de origem popular, que sem dúvida, intimidaram, por suas empatias.

Neste contexto, o governo federal, representado pelas forças conservadoras, além de promover a cassação do Partido Comunista do Brasil, conseguiu anular os votos dos candidatos comunistas que disputaram o pleito municipal de São Paulo pelo pequeno partido (PST). Esta anulação dos votos foi promovida pelo próprio Presidente do Diretório Nacional do PST, que questionou a legitimidade de seus diretórios.

Assim o Tribunal Superior Eleitoral, aliás, recém-criado, acatou a representação do Diretório Nacional do PST e esta decisão culminou na anulação dos votos do PST em São Paulo, vale dizer, flagrante ato de exceção.

Ora, o Presidente Nacional do Diretório do PST alegou que seu partido, que obteve quase 30% (trinta por cento) dos votos no pleito, por uma questão meramente burocrática não seria apto a ocupar nenhuma cadeira, frise-se, na primeira eleição, após o Estado Novo no Município de São Paulo, fato que é no mínimo curioso.

¹¹ GUERREIRO. G. Cerimônia no Senado marca devolução de mandato a Prestes. *Folha de São Paulo*. Disponível <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1283031-cerimonia-no-senado-marca-devolucao-de-mandato-a-prestes.shtml>

¹² Vejamos no link: http://www.pcdob.org.br/noticia.php?id_noticia=211338&id_secao=39

Ocorre que, mesmo com a certeza de que se tratou de uma decisão de qualidade jurídica duvidosa, é certo que, em face de tal *decisium* foram impetrados os recursos válidos na ocasião, todos negados.

Portanto, cumpre salientar que no processo em comento foram utilizados todos os meios próprios de recursos e assim a decisão final proferida, apenas em abril de 1948, e se tornou, para o espectro jurídico, ato jurídico perfeito, sob o manto da coisa julgada.

Vejamus como a doutrina, na pessoa do Professor Nelson Nery Júnior, se manifesta acerca de tal atributo da decisão.

*A coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença*¹³.

Respeitante à Resolução, cumpre salientar, que de maneira precisa se constituiu em reconhecer a característica antidemocrática da decisão, mas, em nome do respeito às decisões jurídicas não propôs a nulidade da mesma, totalmente fora das competências da Câmara Municipal de São Paulo.

Neste sentido, o desafio foi alcançado, na medida em que, o texto da Resolução atendeu seu objetivo, eis que conseguiu identificar o ato de exceção cometido nos idos de 1947 e 1948, e propôs solução simbólica e eficaz para homenagear os perseguidos, sem macular decisão de cunho Jurisdicional.

4. Conclusão

Como já dito anteriormente neste artigo ao escrevê-lo, a pretensão se resumiu a gerar reflexão acerca das diversas iniciativas análogas para que se possa restituir a verdade histórica no Brasil, fomentando a notícia sobre atos nascidos de ditaduras e assemelhados que foram uma constante em nosso país, propugnando como contribuição, para que não se repitam.

Tanto assim, que a própria Constituição Cidadã que, neste ano, comemora vinte e cinco anos de existência, determinou em seu art. 8º do ADCT, que de plano, são anistiados os atos de exceção cometidos entre 1946 a 1988.

Faz-se, contudo, necessária uma grande força nacional para que os atos como estes aqui repudiados sejam suficientemente referidos, discutidos, comentados, para que as novas gerações não aceitem ulteriores autocracias ou ações que não sejam chanceladas pelas instituições democráticas.

¹³ NERY JÚNIOR. N. *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2.003. 791.p.

Atualmente, há em andamento no Brasil várias Comissões da Verdade, que apesar de se concentrarem no período mais longo e nebuloso de ditadura em nosso país, de 1964 a 1988, também alcançam atos como os aqui em comento.

No âmbito da Câmara Municipal de São Paulo está em andamento a Comissão Municipal da Verdade Vladimir Herzog, e está em trâmite uma resolução que pretende reconhecer como antidemocráticos atos de caráter excepcionais que impediram a soberania da vontade popular em vários momentos da história, e a presente reflexão trazida pelo artigo deve fomentar que sejam reconhecidos como ilegítimos atos desta natureza para que se restabeleça a verdade histórica e para que dialogicamente estes não voltem a ocorrer.

Referências Bibliográficas

AFONSO, Eduardo José, Pesquisa publicada na revista, Projeto História, São Paulo, n.33, p. 289-297, dez. 2006, disponível em: http://www.pucsp.br/projetohistoria/downloads/volume33/pesquisa_01.pdf.

Acesso em 17/07/2013.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Disponível em São Paulo na Tribuna, primeira legislatura, organizador: Luiz Casadei Manechini. <http://www2.camara.sp.gov.br/dce/publicacoes/sao-paulo-na-tribuna.pdf>, pág. 43. Acesso dia 16/07/2013.

GUERREIRO, G. Cerimônia no Senado marca devolução de mandato a Prestes. *Folha de São Paulo*. Disponível <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1283031-cerimonia-no-senado-marca-devolucao-de-mandato-a-prestes.shtml>

NERY JÚNIOR, N. *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003. 791.p.

PANDOLFI, Dulce, **Entre dois governos: 1945-1950 > A cassação do Partido Comunista no cenário da Guerra Fria**, <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/CassacaoPCDulcePandolfi>, acesso dia 25/07/2013.

PRESTES, Luiz Carlos: disponível: http://pcb.org.br/fdr/index.php?option=com_content&view=article&id=211:participemos-ativamente-das-eleicoes-municipais-escreve-prestes-em-1947&catid=1:historia-do-pcb.. Acesso dia 15/07/2013.

RABELO, Renato: Devolução do Mandato de Prestes foi reparação histórica, disponível em: http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=214356&id_secao=1, acesso dia 18/07/2013.

A denominação dos bens públicos e sua alteração na vigente legislação municipal de São Paulo

Juliana Tongu Reinhold¹

Resumo: O presente artigo trata, de modo breve, das linhas gerais sobre a denominação dos bens públicos na ordem constitucional vigente, e, mais especificamente, do delineamento do tema na perspectiva da legislação vigente no Município de São Paulo. Diante da recente alteração, surge mais uma hipótese legal em que se admite a alteração da denominação das vias e demais logradouros públicos municipais: quando a denominação fizer homenagem à autoridade que tenha cometido crime de lesa-humanidade ou atos que importem em grave violação de direitos humanos. O enfoque é o da validade da alteração de denominação quando a homenagem feita antes é considerada, posteriormente, desmerecida, na forma do novo permissivo legal, e em face do ordenamento jurídico vigente e jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema. O método é descritivo, pretendendo-se incentivar o debate sobre temas importantes no processo legislativo municipal. Conclui-se que o legislador deverá, obedecendo aos princípios decorrentes do regime político e às regras do devido processo legislativo, avaliar criteriosamente as razões das propostas de alteração de acordo com a nova sistemática, deliberando sobre o interesse público nestes casos.

Palavras-chave: Denominação. Bens públicos. Homenagem. Alteração legislativa. Violação de direitos humanos. Repressão. Regime militar.

“O homem não existe para a lei, mas sim a lei existe para o homem.” Karl Marx

1. Introdução

Tema de elevada importância em nosso sistema jurídico é o do nome atribuído aos bens públicos. Isso porque, submetidos que estão ao regime jurídico de direito público, a denominação destes bens se cerca de regras próprias, o que traz muita repercussão prática.

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo e especialista em Direito Penal pela Faculdade Autônoma de Direito Penal de São Paulo – Fadisp.

Tem-se que, de um lado, o nome é elemento essencial para a identificação das pessoas e das coisas. Assim sendo, especificamente no que tange aos nomes das ruas e demais logradouros públicos, estes bens integram o sistema viário e fazem parte do traçado urbano, de modo que os seus nomes são importante aspecto da ordenação do território, matéria de competência do Município.

Mas, é preciso considerar, por outro lado, que a denominação dos logradouros públicos, além de constituir um elemento do espaço urbano conforme salientado, afeta os cidadãos de modo ainda mais particular, porque são designativas dos locais onde moram, onde trabalham, onde circulam, enfim, onde vivem. Neste aspecto, a correta identificação destas localidades é indispensável para o pleno desenvolvimento da cidadania. Ter a rua em que se mora adequadamente identificada faz parte de uma regular condição de habitação.

Merecem destaque, neste tema, não só as regras gerais sobre a denominação do bem, como também as possibilidades legais de alteração de um nome já consagrado, por ser considerado pelo legislador, posteriormente, homenagem desmerecida.

O assunto tem sido discutido na Câmara Municipal Paulistana em relação aos bens públicos cujos nomes reverenciam agentes públicos que foram responsáveis por violação de direitos humanos, notadamente durante o regime militar, período compreendido entre 1964 a 1985.

É interessante questionar, no aspecto jurídico, a legitimidade de tal alteração.

Assim sendo, é essencial a análise, primeiro, dos critérios para a denominação de logradouros públicos, e a partir daí, a análise crítica da legislação pertinente, para avaliação da possibilidade de alteração dos nomes dos bens públicos naquela hipótese referida. Deste modo, pretende-se incentivar e enriquecer a discussão sobre este tema, uma vez que o seu debate tornou-se necessário no cotidiano dos Parlamentos Municipais.

2. A Denominação dos Bens Públicos na Ordem Constitucional de 1988

As coisas públicas assim o são qualificadas exatamente por estarem de alguma forma aplicadas à satisfação de necessidades coletivas, isto é, de acordo com o critério de Hariou², há uma afetação formal da coisa à utilidade pública.

Como bem apto à satisfação das necessidades coletivas, e sob a luz do vigente ordenamento jurídico, é inconcebível admitir que a designação da coisa pública atenda a interesses privados, prejudicando ou beneficiando pessoa determinada, exigindo-se objetividade também no ato de sua denominação.

Por isso, intuitivamente não se admite, por exemplo, que o nome de uma Escola Estadual ou rua do complexo viário municipal, por exemplo, bens de uso especial ou de uso comum do povo, recebam o nome do Governador do Estado em

² Apud CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, v. II, p. 885.

exercício, ou do Prefeito Municipal que pretende se reeleger. Esta prática é vedada pelo ordenamento jurídico.

Dentre os preceitos que devem ser observados no ato da denominação desta espécie de bem, tendo em vista as suas características próprias, primeiramente é a Constituição da República de 1988 que reafirmou a adoção do regime político republicano já em seu primeiro artigo. Reforçada está, portanto, a ideia de governo instituído pela vontade popular, estruturado como Estado Democrático de Direito.

Então, partindo-se da premissa de que se optou por uma República Constitucional, assentada na soberania popular, há que se concluir que os dirigentes do Estado são escolhidos pelo povo, e em seu interesse devem exercer o Poder. Inadmissível, deste modo, que na denominação dos bens públicos não seja observado o mesmo interesse público, sob pena de configurar-se o desvio de finalidade do ato de denominação.

Portanto, certas práticas na denominação da coisa pública são incompatíveis com o sistema político adotado, além de afrontarem diretamente normas constitucionais, expressas ou não.

Dentre as regras expressas no texto constitucional, o art. 37 consagrou, pela primeira vez com este nome, o princípio da impessoalidade, além de mencionar como princípio autônomo, regente de toda atuação da Administração Pública, o da moralidade administrativa³.

Do princípio da impessoalidade decorre que o administrador não pode, a pretexto de praticar o ato administrativo na forma da lei, prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, pois neste caso estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público⁴.

Assim, o princípio da impessoalidade confunde-se na tradicional doutrina do Direito Administrativo com o princípio da finalidade, não podendo ser ignorado, nunca, que “em última análise, os fins da Administração se consubstanciam na defesa do *interesse público*, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”⁵, conforme já dizia com precisão Hely Lopes Meirelles.

De modo que se sintetiza a impessoalidade, nas palavras de Alexandre de Moraes:

*Esse princípio completa a ideia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo da manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou*⁶.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 68 e p. 77.

⁴ Idem, p. 67.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 77.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 321.

Nesta linha de raciocínio, é inconcebível que a escolha de um nome para titularizar um bem público não atenda a interesses gerais.

Já a utilização do nome de servidores ou de agentes públicos em geral em logradouros públicos pode configurar medida de autopromoção.

Preocupada com a promoção pessoal das autoridades mediante utilização indevida da máquina administrativa, a Constituição da República, em seu art. 37, § 1º, corolário do princípio da impessoalidade, dispõe que “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”.

De novo nas lições de Hely Lopes Meirelles, o princípio também deve ser entendido “para excluir a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos sobre suas realizações administrativas”, e, nesta medida, a vinculação do nome das autoridades aos prédios, obras e serviços públicos em que atuaram em razão de seu cargo público representa ofensa direta à Constituição.

Aliado a outros dispositivos legais, este art. 37, § 1º, tem sido apontado como fundamento para a invalidação do ato de nomeação de equipamentos públicos, quando homenageada autoridade de algum modo vinculada ao titular da propriedade do bem.

Para ilustrar, esta foi a orientação adotada pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando manteve decisão de primeira instância que julgara inconstitucional a designação de prédio público que sedia Tribunal Trabalhista com o nome “Fórum José Sarney”⁷:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DENOMINAÇÃO DE NOME DE PESSOA VIVA EM PRÉDIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – ART. 37, CAPUT E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 37, caput, da Constituição Federal consagra como princípio da Administração Pública a impessoalidade, dispondo em seu § 1º que “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”.

2. A Lei Federal nº 6.454/77 proíbe “em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração Indireta.”

3. A inscrição de nome de pessoa viva em bens públicos atenta contra o princípio da impessoalidade.

4. Remessa oficial e apelação improvidas.

⁷ TRF/1ª Região, Processo 0004279-46.2005.4.01.3700, Relatora Desembargadora Federal Selene Almeida, julgado em 17 de abril de 2013. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>, acesso em 24 de julho de 2013.

Na seara eleitoral, a vedação a esta prática é reforçada pela norma do art. 74 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que comina ao candidato que infringe a regra do art. 37, § 1º, da Constituição da República com o cancelamento do registro ou do diploma. Caracteriza abuso de autoridade o uso indevido da estrutura administrativa para a promoção pessoal do candidato, caso em que a cassação do registro ou do diploma é imperativa, conforme já decidiu mais de uma vez o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

Neste sentido, para ilustrar o entendimento daquela Corte, oportuno transcrever a ementa da decisão proferida pelo E. Tribunal Superior Eleitoral nos autos do Agravo de Instrumento nº 4271 – SP, de Relatoria do Douto Ministro Fernando Neves julgado em 29 de maio de 2003⁸:

Ementa: Investigação judicial – Prefeito candidato à reeleição – Uso de caracteres pessoais em bens públicos – Cores – Iniciais do nome – Slogans de campanha – Princípio da impessoalidade – Art. 37, § 1º, da Constituição da República – Desobediência – Abuso do poder político – Art. 74 da Lei 9.504/97. Fatos ocorridos no período de campanha eleitoral – Competência da Justiça Eleitoral.

Fatos incontroversos – Testemunhas – Desnecessidade – Cerceamento de defesa – Não-ocorrência.

Sentença proferida e reformada pelo Tribunal Regional antes do pleito – Competência da Justiça Eleitoral assentada por decisão do TSE – Nova decisão da Corte Regional confirmando a sentença – Cassação do registro – Possibilidade – Art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/90.

Nestes casos submetidos à apreciação da Justiça Eleitoral, a mera associação do bem público ao candidato por meio de cores ou iniciais do nome já pode caracterizar promoção pessoal inadmitida no sistema. Com mais razão se deve afastar o ato de nomeação do bem com o nome da autoridade.

Cabe considerar, ainda, que, além das consequências eleitorais, a irregularidade na nomeação de bens públicos pode caracterizar improbidade administrativa e trazer ao seu responsável a aplicação da legislação pertinente, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis ao caso concreto.

O fato de o homenageado pelo ato de denominação ser pessoa viva encontra restrições em diversos estatutos legais, conforme se verá, e constituirá ato repellido pela ordem constitucional vigente em determinadas circunstâncias. Caso seja prática expressamente vedada por algum diploma legal vigente naquela esfera política, a denominação de bem com nome de pessoa viva será ilegal.

Contudo, considerado o ato em abstrato, apenas de acordo com a ordem constitucional vigente, deve-se concluir que também será ilegítimo o ato caso constitua

⁸ Acesso em 21 de julho de 2013, disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia-por-assunto>>.

promoção pessoal de autoridade, que se vale do seu poder de autoridade para obter vantagem ilícita. Ou seja, é necessário ver a intenção por trás do ato de denominação.

Conforme apontamentos de Inácio Antonio Gomes de Lima, devem ser consideradas, no ato da nomeação, as razões que levaram a louvar uma ou outra personalidade:

Por meio do princípio da impessoalidade, veda-se o favorecimento dos próprios agentes públicos ou autoridades, assim como, o favorecimento alheio, isto é, dos administrados que com a Administração se relacionam, não importando se remunerados ou não. O atendimento da Administração deve estar voltado ao interesse público, não buscando a promoção pessoal dos que detêm o poder ou vínculo administrativo, e nem muito menos dos indivíduos em geral.

Perquirir o interesse geral é a missão fundamental da Administração na sua função institucional. As prerrogativas dadas pela lei aos responsáveis pela coisa pública, canalizam as suas ações a um interesse superior...

(...)

É compreensível que as pessoas que exercem cargos públicos, vale dizer, cargos políticos e os servidores públicos ocupantes de cargos comissionados ou que possuam subordinação hierárquica direta com os chefes dos governos ou órgãos públicos municipais, estaduais e federais, responsáveis pela condução dos negócios públicos, desde que ainda não tenham falecido, estejam plenamente vedados de receber qualquer homenagem por meio da denominação de bens públicos com o seu nome. E essa proibição deve ser mais rigorosa em face daqueles que estejam exercendo atualmente cargo ou função política na administração.

No entanto, servidores públicos que não possuam subordinação hierárquica aos governantes ou aos chefes de repartições públicas em geral, assim como, todos quantos, sem qualquer vínculo com a Administração Pública, mas tenham uma reconhecida folha de serviços prestados à sociedade, sem interesses pessoais ou escusos, nas áreas de educação, saúde, assistência social, segurança pública, cultura, desporto, meio ambiente e outras, possam se homenageados com seus nomes nos bens de propriedade do Poder Público. Uma coisa é homenagear-se outrem, simplesmente por capricho, sentimento ou interesse pessoal da autoridade; outra, homenagear-se a quem pautou-se durante grande parcela de tempo de sua vida, dedicando-se diuturnamente em prol do interesse da sociedade.⁹

⁹ Inácio Antonio Gomes de Lima, *Homenagem a pessoa viva por meio da denominação de bens públicos e sua viabilidade jurídica*, disponível em <www.webartigos.com/artigos/homenagem-a-pessoa-viva-por-meio-da-denominacao-de-bens-publicos-e-sua-viabilidade-juridica/29755/>, acesso em 24 de julho de 2013.

Portanto, em ato público de homenagem, por meio de denominação de bem público que carregue o nome de autoridade pública, imprescindível que se avalie qual a finalidade desta denominação. Assim se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 572221/RN, julgado em 9 de dezembro de 2011, concluindo, sobre a matéria, que:

Qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios que regem a Administração Pública. O princípio da impessoalidade é um deles e a afixação de nomes de membros de poder ou de servidores em prédios públicos ofende tal princípio (RE 191.668). Pois bem, pelo modo constitucional de equacionar a questão (§ 1º e caput do art. 37), não há que se falar em averiguação da finalidade da promoção (eleitoral, por exemplo) para fazer incidir a referida regra proibitiva. A aposição de nomes de falecidos brasileiros e brasileiras ilustres em edificações estatais só é admissível como forma de educação e informação por tudo que representaram na construção de partes de nossa história. Não se podendo, por isso, cogitar de simples homenagens¹⁰.

Com base nestes breves apontamentos, pode-se concluir que, ainda que inexistisse qualquer outra norma jurídica infraconstitucional a reger a denominação concreta dos bens públicos, esta já encontra limitações derivadas do regime político e dos princípios adotados pelo nosso sistema constitucional.

3. Tratamento Legal do Tema

Em harmonia com a ordem constitucional vigente, a legislação infraconstitucional estabelece regras rígidas para a denominação dos bens públicos em cada esfera de governo.

Enfatizando a impossibilidade de promoção pessoal dos agentes públicos e consagrando o princípio da impessoalidade, é repetida exaustivamente, e em diferentes diplomas legais, a impossibilidade de atribuir-se nome de pessoa viva a bem público de qualquer natureza, pertencente à União, aos Estados, aos Municípios, ou aos entes da Administração Indireta.

Este é o teor da regra do art. 1º da Lei Federal nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, em relação aos bens federais. A lei foi alterada recentemente pela Lei Federal nº 12.781 de 10 de janeiro de 2013, para acrescentar-se que também não se admite

¹⁰ STF, Recurso Extraordinário nº 572221/RN, julgado em 9 de dezembro de 2011, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=572221&origem=AP>>. Acesso em 29 de julho de 2013.

a atribuição de nome de pessoa que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava aos referidos bens.

Algumas Constituições Estaduais são ainda mais específicas quanto à vedação de utilização de nomes de pessoas vivas em avenidas, praças, ruas, ou outros equipamentos públicos. A regra é estampada expressamente no art. 20, inc. V, da Constituição do Estado do Ceará¹¹, por exemplo, e foi questionada perante o E. Supremo Tribunal Federal. O E. Tribunal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 307, julgada em 13 de fevereiro de 2008¹², afastou a inconstitucionalidade da previsão, de inspiração ética, por tratar-se de preceito compatível com o princípio da impessoalidade, sem ofensa à autonomia municipal.

Esta restrição afeta não só o Legislativo e o Executivo, mas, inclusive, os órgãos do Poder Judiciário. Nesta esfera, a proibição de atribuição de nome de pessoa viva a bem público sob administração de órgãos do Poder Judiciário foi expressa na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 140, de 26 de setembro de 2011.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 115, § 1º, repete a regra do art. 37, § 1º, da Constituição da República, em perfeita simetria, proibindo a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos nos atos de publicidade oficial, regra que deve ser aplicada na denominação, por exemplo, das vias e demais logradouros públicos.

Também harmônica com o ordenamento jurídico vigente, a Lei Orgânica do Município de São Paulo elenca a “denominação das vias e logradouros públicos obedecidas as normas urbanísticas aplicáveis” dentre a matéria de competência do Município, em seu art. 13, inc. XXI, delegando à legislação ordinária a regulamentação mais minuciosa do tema.

4. Regras sobre a Denominação de Vias Públicas no Município de São Paulo

No âmbito do Município de São Paulo, o delineamento da denominação e da alteração da denominação das vias, logradouros e próprios municipais é dado pela Lei nº 14.454, de 27 de junho de 2007.

A norma consolida a legislação municipal sobre o tema, reproduzindo a regra de que não é permitida a designação de via ou logradouro com o nome de pessoa viva (art. 2º). Ademais, estabelece a necessidade de denominação em língua portuguesa,

¹¹ “Art. 20. É vedado ao Estado e aos Municípios:
(...)

V – atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula.”

¹² STE, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 307/CE, julgada em 13 de fevereiro de 2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+307%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+307%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a87ac5n>. Acesso em 25 de julho de 2013.

exceto no caso de brasileiros de origem estrangeira ou para homenagem de personalidade reconhecida por relevante serviço prestado ao Município, ao Estado brasileiro ou a toda a Humanidade (art. 3º).

Protegem-se os nomes que se consagraram tradicionalmente e que tenham se incorporado à cultura da cidade (art. 4º), ressalvadas as hipóteses que autorizam a alteração dos nomes dos bens municipais.

Da leitura de todas as referências normativas que tratam da atribuição de nomes a bens públicos infere-se que, quando utilizado o nome de pessoa, o ato é nitidamente de homenagem. Deste modo, de alguma forma é avaliado o mérito da pessoa a ser homenageada, analisando-se a relevância das ações praticadas em vida.

Nesse sentido, o art. 7º da norma em análise, quando dispõe sobre a denominação e da alteração de denominação de próprios, unidades municipais e obras de arte, exige que a proposta de denominação seja acompanhada de biografia da pessoa a ser homenageada, além de limitar a homenagem para o caso de personalidade que tenha prestado serviço importante, praticado “ações meritórias e relevantes”, além da órbita individual.

A mesma exigência não é repetida expressamente para a denominação das vias, ruas ou outros logradouros públicos, entretanto, quando se sugere a adoção do nome de uma ou outra personalidade para a denominação de um bem público, a autoridade que sugere o nome justificará a sua escolha, demonstrando a sua pertinência, argumentando com base nos relevantes serviços prestados por aquela personalidade para a coletividade.

No caso específico dos estabelecimentos de ensino, quando for homenageada uma personalidade, esta deve preferencialmente ser educador que tenha atuado na comunidade, ou pessoa de biografia exemplar, para estimular o estudo (art. 8º).

O importante é reiterar que o ato de denominação que se utiliza de nome de alguma personalidade é um ato de estima, modo de reconhecimento do valor da vida e obra de uma pessoa.

Enfatizando a necessidade de o homenageado ser merecedor deste reconhecimento, o Decreto nº 49.346, de 27 de março de 2008, que regulamenta a Lei nº 14.454, em seu art. 9º, ao oferecer critérios para a escolha de denominação de logradouros públicos, estabelece que a escolha deve recair “em pessoa que tenha prestado serviços relevantes em algum campo de atividade ou conhecimento humano, devendo constar, do processo de denominação, os dados biográficos do homenageado e a relação de suas obras e ações meritórias relevantes”.

Alternativamente, de acordo com este diploma legal, serão escolhidos datas ou fatos históricos que representem, efetivamente, passagens de notória e indiscutível relevância (inc. II); nomes que envolvam acontecimentos cívicos, culturais e desportivos (inc. III); nomes de obras literárias, musicais, pictóricas, esculturais e arquitetônicas consagradas (inc. IV); nomes de personagens do folclore (inc. V); nomes de corpos celestes (inc. VI); topônimos (inc. VII); nomes de acidentes geográficos, de espécime da flora e da fauna (incs. VIII e IX).

Sendo assim, seja feita homenagem à personalidade importante, seja escolhida outra nomenclatura, fica claro que de alguma forma se pretende que o ato de

denominação tenha finalidade educativa, informativa ou de orientação social, a teor do expresso no art. 37, § 1º da Constituição da República, que trata da publicidade dos atos de governo.

Tanto é assim que o art. 12 da Lei nº 14.454, com alterações introduzidas pela Lei nº 15.254, de 12 de agosto de 2010, determina a incorporação gradativa, no sistema de emplacamento das vias, de informações sucintas, de caráter informativo, sobre a origem e o significado do nome, biografia e atividades relevantes do homenageado, do fato ou da data histórica.

Daí se conclui que, além da finalidade de identificação da coisa, a denominação das vias públicas também serve para a transmissão e desenvolvimento do conhecimento.

5. Regras sobre a Alteração de Denominação de Logradouros Públicos até a Publicação da Lei Nº 15.717, de 23 de Abril de 2013

Partindo-se da premissa de que a partir do momento em que escolhido o nome das vias e dos logradouros públicos, e que estes fazem parte do traçado urbano, forçoso concluir que é essencial a manutenção de estabilidade nos nomes das vias de circulação da cidade, sob pena de o nome não servir ao seu propósito, que é de identificação da coisa.

Logo, no caso das vias de circulação, a alteração de denominação deve ser feita de forma cautelosa, e até que seja divulgado o novo nome adotado, podem surgir transtornos na mobilidade urbana, enquanto não se difundir a nova nomenclatura.

Com base nesta necessidade de estabilização das relações sociais apoiada firmemente no princípio da segurança jurídica, resguardam-se nomes que já se consagraram tradicionalmente, exceto nas hipóteses taxativas que admitem a alteração na denominação do logradouro.

Aliás, ilustrando a importância do valor segurança jurídica em nosso ordenamento, o E. Supremo Tribunal Federal, que, em decisão da Relatora Ministra Ellen Gracie, negou seguimento a recurso extraordinário, manteve denominação de estádio municipal com o nome do Prefeito em exercício ao tempo do ato de denominação, asseverando que:

Não há como ser revogada uma lei, passados quase 30 (trinta) anos, sob o fundamento de que a ocorrência de vício desde a origem do ato legislativo a tornaria irregular de pleno direito. Tal ocorre frente ao princípio da segurança jurídica, que visa à estabilização das relações sociais, de modo que passado largo espaço de tempo não mais podem ser questionados vícios formais ou materiais havidos à época da edição de certa norma¹³.

¹³ STF, Agravo de Instrumento nº 794351/MG, julgado em 14 de junho de 2011, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=AI&numero=794351&origem=AP>>. Acesso em 25 de julho de 2013.

Desta forma, e tendo em vista que a segurança jurídica tem matriz constitucional, a Lei nº 14.454 trata em seu art. 5º, de modo taxativo, dos casos em que é admitida a mudança do nome de logradouros públicos.

A norma contemplava, antes de sua alteração, três hipóteses diferentes: a) nos casos em que há homonímia (art. 5º, inc. I); b) quando a denominação gere ambiguidade de identificação (art. 5º, inc. II); e, por fim, c) nos casos em que a denominação exponha ao ridículo os moradores e domiciliados ao redor do logradouro (art. 5º, inc. III).

Acrescente-se que, para que seja possível a alteração de denominação no terceiro caso, é indispensável que a propositura esteja instruída com documento que demonstre a expressa anuência de, no mínimo, dois terços dos moradores ou domiciliados no local, devidamente identificados, nos termos do § 2º do citado dispositivo legal.

Diante deste quadro legal, não havia espaço para alterar a denominação de logradouro em razão de desmerecida homenagem a personalidade tirânica, despótica ou criminosa.

Isto é, em termos estritamente jurídicos, o fato de posteriormente verificar-se que determinada rua carregava nome de alto oficial do período de ditadura militar brasileira, para ilustrar, não autorizava a escolha de outro nome.

Com efeito, sequer cabia subsunção de situação destas ao caso em que a denominação expõe os moradores ao ridículo, porque o fato de o logradouro ter o nome de um Presidente que pertenceu ao regime militar não os sujeita à zombaria ou a brincadeiras de mau gosto.

Esta era a conclusão técnica diante de iniciativas como a verificada no Projeto de Lei nº 651/2008, da nobre Vereadora Soninha, que denominava “Elevado Minhocão” o logradouro público atualmente denominado “Elevado Presidente Costa e Silva”. A propositura tramitou perante a Câmara Municipal de São Paulo e foi arquivada em 2009, por força do término da legislatura.

6. A Nova Hipótese de Alteração de Denominação dos Logradouros Públicos

Atualmente, a Lei nº 15.717, de 23 de abril de 2013, inseriu o inc. IV a este art. 5º, para permitir a alteração também “quando se tratar de denominação referente à autoridade que tenha cometido crime de lesa-humanidade ou graves violações de direitos humanos”.

Note-se que, ao contrário da regra vigente antes, hoje existe uma situação em que se permite a alteração de denominação quando não se considera mais merecedor o homenageado. Trata-se, porém, de uma hipótese bastante específica, cujos contornos devem ser analisados.

De acordo com a justificativa da proposta, de autoria dos nobres Vereadores Jamil Murad e Orlando Silva, a consolidação da democracia pressupõe o conhecimento pleno da história do país. Refutam que autoridades responsáveis por atrocidades continuem a ser homenageadas, e seus nomes cultuados em logradouros públicos.

Com a mesma intenção de permitir que sejam “eliminados os resquícios autoritários do período da Ditadura-Civil-Militar”, ainda que através da alteração de “resquícios simbólicos que celebram o período ditatorial”, foi apresentado o Projeto de Lei nº 219/2013, de autoria do nobre Vereador Nabil Bonduki. A proposta é de alteração também da Lei nº 14.454, de 28 de junho de 2007, para acrescentar outra hipótese de alteração de denominação de logradouros públicos, neste caso “quando se tratar de denominação que faça referência a agentes públicos que contribuíram para a instalação e manutenção do regime militar entre o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, conforme Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979”.

Este o fundamento do Projeto de Lei nº 177/2013, que tramita na Câmara Municipal de São Paulo, de autoria do nobre Vereador Nabil Bonduki, publicado no Diário Oficial em 3 de abril de 2013, de novo para denominar “Minhocão” o logradouro público denominado “Elevado Costa e Silva”. A propositura objetiva a retirada de nome de Presidente de regime militar e de símbolo de período ditatorial, que teria atentado contra a democracia e contra os direitos fundamentais dos cidadãos.

Igualmente, no Projeto de Lei nº 243/2013, publicado no Diário Oficial em 24 de abril de 2013, de autoria do nobre Vereador Orlando Silva, pretende-se a alteração do logradouro público denominado “Rua Doutor Sérgio Fleury”, sob a alegação de que é uma iniciativa de reparação histórica, porque o delegado teria sido “figura de triste memória na história recente do Brasil”.

Realmente, destacou-se que a utilização de nome de personalidade para nomeação de um bem público é uma homenagem, um ato público de reconhecimento de valor. Adicione-se a este fato a conclusão de que no atual sistema jurídico os atos públicos de nomeação de bem possuem nítida conotação didática, com caráter educativo, de informação e de orientação social.

Em virtude destas considerações, deve-se mesmo avaliar a legitimidade de ter nome de rua ou de outro logradouro público, que, como já sublinhado, é bem de toda a coletividade, associado a personalidades que lutaram contra as históricas conquistas do povo, como a democracia, os direitos e as garantias individuais, os valores inerentes à sociedade pluralista, sem preconceitos de qualquer natureza, enfim, todos os princípios incorporados hoje ao texto de nossa Constituição Cidadã.

Entretanto, é preciso fazer algumas ponderações críticas a respeito da alteração da denominação de logradouros públicos, independentemente do vetor valorativo que movimenta a pretensão.

Primeiramente, a legislação já resguardava, no caso da alteração em razão de nome que expõe os moradores do local ao ridículo, a vontade destas mesmas pessoas moradoras, ao exigir a sua anuência com a alteração.

Isto é, por vezes, a alteração, a despeito de seu inegável valor democrático e do meritório propósito de reafirmação de um valor superior, atenta contra a conveniência da população diretamente afetada, que pode se demonstrar contrária à mudança.

É que é a população diretamente afetada quem arcará com os inconvenientes relacionados à regularização das matrículas dos imóveis e, indiretamente, a mudança

na nomenclatura pode trazer como consequência problemas na identificação do local, o que pode gerar transtornos mais globais, envolvendo toda a população que se utilize da via de circulação.

Na nova sistemática, também se demonstrou preocupação com a vontade dos moradores e das pessoas domiciliadas na localidade cujo nome se pretende alterar: na nova redação, o § 3º do art. 5º exige consulta à população diretamente afetada, que deverá ser devidamente identificada.

Outra preocupação está estatuída no art. 6º da lei de regência da matéria, não alterado, que dispõe que a seleção do logradouro cuja denominação deva ser substituída deve ocorrer de forma a causar o menor inconveniente para a cidade, considerando-se, para tanto, o seu significado na malha viária, a sua notoriedade, o seu valor histórico, antiguidade e densidade das edificações, em particular, as não residenciais.

Prestigia-se com a norma o já mencionado princípio da segurança jurídica, que impõe, neste caso, estabilidade nos nomes das vias de circulação. Será, na forma da lei, um valor a ser ponderado com aqueles que motivam a proposta de alteração.

Sobre a alteração dos nomes das ruas e demais logradouros públicos quando o contexto foi de homenagem de personalidade associada ao regime militar, ainda convém avaliar a eficácia da alteração em concreto, porque a finalidade desta alteração é a reparação simbólica do mal acontecido durante período obscuro de nossa história.

De um lado, a alteração de um nome que signifique desmerecida homenagem acaba por, de certo modo, representar uma correção de antiga injustiça, além de repúdio estatal de práticas antidemocráticas que teriam sido cometidas pelas personalidades louvadas pela denominação.

Contudo, considerando que a finalidade do ato de denominação também é didática, e a própria lei já expõe a necessidade de gradativamente ser inserida maior quantidade de informações a respeito da personalidade exaltada por uma denominação, seria a alteração a mais eficaz forma de conscientização da população acerca das injustiças ocorridas no passado?

No bojo das discussões que acompanham a criação da Comissão Nacional da Verdade pela Lei Federal nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, e demais iniciativas semelhantes em outras esferas de governo que também se prestam a “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (art. 1º), a mera alteração de uma nomenclatura pode não significar a tão almejada compensação das vítimas da ditadura e reparação histórica das atrocidades cometidas durante os períodos de regime autoritário.

Objetiva-se conquistar o esclarecimento de fatos e de circunstâncias das violações aos direitos humanos. Não seria este esclarecimento mais eficaz mediante efetivo conhecimento da vida e da obra da personalidade que ficou enaltecida em um nome de rua?

Colocadas de lado as divagações a respeito dos efeitos práticos da alteração de nome de logradouros públicos nestas circunstâncias, no aspecto jurídico, é preciso ponderar eventuais obstáculos para a alteração da denominação nos termos em que editada a nova lei.

Foi contemplada a hipótese de alteração quando a autoridade exaltada em uma denominação tenha “cometido crime de lesa-humanidade ou graves violações de direitos humanos”.

O conceito de crime de lesa-humanidade é de Direito Internacional, e surge pela primeira vez nos Princípios de Nuremberg, em 1950, revistos em 1998, pelo Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002¹⁴.

O artigo 7º deste diploma legal define os crimes contra a humanidade, cujo julgamento compete ao Tribunal Penal Internacional por força do artigo 5º deste documento internacional. Esta Corte possui jurisdição adicional e complementar à do Estado, ou seja, “condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno”, nas palavras de Flávia Piovesan¹⁵.

Dentre o rol das condutas que recebem a repressão penal estão o desaparecimento forçado de pessoas, a tortura, a perseguição política de grupo de indivíduos, quando “cometidas no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento deste ataque”.

Enfim, são incriminadas diversas condutas imputadas às autoridades estatais em tempos de regime autoritário.

Todavia, os princípios que regem o Direito Penal e a aplicação de penas demandam maior rigor na interpretação da norma jurídica. Neste passo, existe uma série de garantias do cidadão, que também foram lentamente conquistadas pela humanidade, expressas em direitos que tutelam a dignidade da pessoa humana. É para a proteção do indivíduo que a Constituição da República veda a pena de morte, exceto em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*), reforça o princípio da legalidade em matéria de crimes e de penas (art. 5º XXXIX), estatui a garantia da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica ao réu (art. 5º, XL), atesta firmemente que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), e assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), dentre tantas outras garantias.

Esta última ficou conhecida na doutrina como princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência. A propósito, a lição do processualista Fernando da Costa Tourinho Filho, que esclarece que o princípio “se espalhou pelo mundo civilizado, ditado pelo pensamento jurídico-liberal, e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, o proclamou”¹⁶. Do princípio decorre que enquanto não proferida sentença penal, presume-se a inocência do acusado.

Aliás, em âmbito internacional também são asseguradas aos acusados as “garantias de um tratamento justo em todas as fases do processo, de acordo com os

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte II)*, disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1633577/crimes-contra-a-humanidade-conceito-e-imprescritibilidade-parte-ii>>, acesso em 24 de julho de 2013.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 223.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, V. I, p. 63.

parâmetros internacionais”, conforme assinala Flávia Piovesan ao estudar o Tribunal Penal Internacional¹⁷. Vale dizer, o reconhecimento da existência de crime contra a humanidade também se cerca de garantias processuais.

Como o ato de denominação é público, seja por meio de lei ou de outro instrumento normativo autêntico, parece conflitar com os princípios consagrados constitucionalmente a certificação legal de que determinada pessoa tenha cometido crimes, sem sentença penal condenatória transitada em julgado. É que, a contrário senso, o ato que altera a denominação com base neste novo permissivo legal estaria atestando formalmente a culpabilidade da autoridade anteriormente homenageada, sem o respeito ao devido processo legal.

Ainda que a personalidade homenageada por meio de ato de denominação já esteja morta, o sistema jurídico preserva a sua reputação, impedindo-se que sejam atingidos os seus parentes, mesmo de modo indireto. Esta proteção vem respaldada pela norma de diferentes diplomas legais, apenas para ilustrar, na esfera civil, o Código Civil legitima a proteção de direitos da personalidade de pessoa morta (art. 12, parágrafo único e art. 20, parágrafo único); na esfera criminal, o Código Penal tipifica a calúnia contra mortos (art. 138, § 2º).

Por outro lado, a lei também permite a alteração de denominação em uma segunda hipótese, qual seja, caso a autoridade homenageada tenha “cometido grave violação de direitos humanos”.

Neste caso, talvez não tenha sido atraída a aplicação dos mesmos princípios pelo fato de não ter se exigido que a atitude da pessoa que foi injustamente homenageada tenha sido criminosa, isto é, a lei não colocou como exigência o cometimento de um crime em sentido estrito a embasar a alteração pretendida.

Em posição mais restritiva, também nesta situação a alteração do nome da via ou outro logradouro público, atestando o cometimento de uma grave violação de direito humano por meio de lei ou outro ato administrativo, afetarà de modo ilegítimo o nome da personalidade que havia sido homenageada.

Todavia, neste segundo caso, seria possível defender que a notoriedade dos fatos históricos, ainda mais quando pautada no bojo das discussões sobre a efetivação do direito à memória e à verdade histórica, seria suficiente para legitimar alteração de denominação de logradouro público.

A repercussão de um ato de denominação que declare que uma personalidade de nossa história não era merecedora de um ato público de louvor, por ter sido responsável por crimes contra a humanidade ou atos de repressão que se traduzam em grave violação de direitos humanos, também deve ser analisada sob a perspectiva das decisões da jurisprudência pátria acerca da Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concede anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos

¹⁷ Op. cit. p. 225.

servidores e representantes sindicais que foram punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, em 29 de abril de 2010, em que foi Relator o Ministro Eros Grau, afastou o argumento de que ofende a dignidade da pessoa humana a concessão de anistia ampla, nos termos em que editada a lei¹⁸.

Argumentou-se que o reconhecimento da conexão criminal, com o efeito de anistiar os crimes paralelos aos crimes políticos, seria inconstitucional. Todavia, foi afastada a tese.

Ficou decidido que a “motivação política”, a caracterizar os crimes conexos aos crimes políticos, significou sim uma anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A norma, entretanto, deve ser interpretada de acordo com o momento histórico da transição para a democracia, sem poder-se, trinta anos após a sua promulgação, relevar-se a vontade política da ocasião.

Deste modo, a norma concedeu anistia de caráter bilateral, ampla e geral, e a Lei de Anistia deve ser entendida como veículo de uma decisão política assumida naquele momento.

Foi separada a questão da validade da anistia da questão do acesso à verdade histórica, porque, nas palavras do então Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, “é evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado”. Arguiu que para além da discussão acerca da punibilidade, é preciso posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica, o que não seria atingido por meio do rompimento com os atores sociais e anseios das classes e instituições políticas do final dos anos 70, concluindo com a proposição de “desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas”.

No que tange às atuais denominações que homenageiam autoridades que teriam praticado a repressão estatal, é preciso avaliar se a sua alteração teria o condão de “apagar o passado”, e se seria medida efetivamente utilizada para a reconstrução dos fatos históricos e conscientização popular.

Diante da atual norma que a permite, será preciso avaliar, diante do Projeto de Lei em concreto, se esta a medida mais adequada para a concretização deste direito fundamental à verdade histórica; em segundo plano, se a reparação simbólica às vítimas da ditadura não afronta de modo inconciliável os direitos fundamentais das pessoas anteriormente homenageadas.

Observe-se que, no processo legislativo paulistano, a nossa Lei Orgânica Municipal, atenta à necessidade de estabilidade e de segurança jurídica nos nomes das vias de circulação e de outros bens municipais, exige o voto favorável da maioria

¹⁸ STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, julgada em 29 de abril de 2010, disponível em <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28153%2EENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ck54gum>. Acesso em 29 de julho de 2013.

absoluta dos membros da Câmara para deliberação sobre “alteração de denominação de próprios, vias e logradouros públicos” (art. 40, § 3º, XVI). Esta exigência foi repetida no art. 103, I, *q*, do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo (Resolução nº 2, de 26 de abril de 1991).

Então, caberá ao legislador, diante de propositura concreta, sopesar de modo criterioso a necessidade e a viabilidade da medida.

Por último, é preciso anotar que Constituição Brasileira de 1988, inaugurando novo regime político, disciplinou a forma pela qual atualmente é exercido o Poder Soberano. A democracia, pilar de nosso Estado de Direito e hoje conceito nitidamente associado ao voto, pressupõe a eleição de quem irá decidir¹⁹. Desta forma, legitimar-se-á o nascimento da norma jurídica, porque a vontade manifestada pelos representantes eleitos no processo legislativo corresponderá à vontade geral.

Conforme já se anotou, o sistema constitucional assentou-se na soberania popular, e desde que os legítimos representantes dos cidadãos, seguindo o devido processo legislativo, entenderem que é do interesse público a alteração da denominação dos bens públicos de acordo com os parâmetros assinalados, há que se entender legítima a pretensão.

6. Conclusão

De todo o exposto, fica clara a necessidade de se ponderar com cautela a legitimidade de alterar denominação de logradouro público para o fim de corrigir o que atualmente se entende injusta homenagem.

Foi analisada a hipótese de alteração de denominação nos termos da norma vigente. Hoje, a legislação municipal só permite que a homenagem concedida através de ato de denominação seja considerada desmerecida quando a personalidade exaltada pelo nome do bem seja associada a um crime contra a humanidade ou a violação grave de direitos humanos.

A despeito da necessidade de serem consideradas, criteriosamente, as razões que fundamentam a proposta de mudança, a fim de que não seja cometida, inversamente, uma injustiça contra a personalidade antes homenageada, e à sua família, que eventualmente pode ser atingida, entendemos legítima a alteração, desde que aprovada de acordo com as regras do devido processo legislativo.

Reitere-se que, antes de esgotar a matéria, objetiva-se incentivar o debate da questão e enriquecer a discussão sobre tema relevante no processo legislativo municipal.

¹⁹ BOBBIO, Norberto, *Democracia: os fundamentos*, in Michelangelo Bovero (org.), p. 372.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. Democracia: os fundamentos. *In*: BOVERO, Michelangelo (Org.). Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo, Vol. II. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES DE LIMA, Inácio Antonio. Homenagem a pessoa viva por meio da denominação de bens públicos e sua viabilidade jurídica. Disponível em: <www.webartigos.com/artigos/homenagem-a-pessoa-viva-por-meio-da-denominacao-de-bens-publicos-e-sua-viabilidade-juridica/29755/> Acesso em 24 de julho de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte II). Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1633577/crimes-contra-a-humanidade-conceito-e-imprescritibilidade-parte-ii>>. Acesso em 25 de julho de 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, V. 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A aquisição de *softwares* livres pela Administração

Lilian Vargas Pereira Poças¹

Resumo: O presente artigo visa debater a aquisição preferencial de *softwares* livres pela Administração Pública Municipal, em detrimento dos *softwares* considerados “fechados”. Indaga-se se o Município poderia prever em edital ou em legislação específica a aquisição preferencial deste produto ou se haveria ofensa à isonomia entre os licitantes. O estudo aborda a questão à luz dos princípios da Administração Pública e dos ditames da legislação federal sobre direitos autorais. Questiona-se, por fim, a competência municipal para versar sobre o tema.

Palavras-chave: *Softwares* livres. Licitação. Legislação municipal.

Os *softwares* livres são aqueles cuja licença de uso preveja quatro liberdades fundamentais, quais sejam, executar, copiar, modificar e distribuir sem que seja necessário pedir permissão ao criador do programa.

Por outro lado, os programas cujo código fonte seja considerado “fechado” – também chamados de “*softwares* proprietários” – são aqueles em que a empresa proprietária cobra licença para utilização, não possibilitando que seja copiado, distribuído ou alterado.

Confira-se a definição de *software* livre contida no portal do Governo Federal:

*O software livre não se confunde com software de código aberto. Um software pode ter seu código aberto, mas não propiciar as liberdades descritas na introdução ao presente estudo com relação a seus usuários. Em outras palavras, todo software livre deverá ter o seu código aberto, mas nem todo software de código aberto será um software livre. Ele só o será no caso de, além do código aberto, garantir através de uma licença as quatro liberdades fundamentais: executar, estudar, redistribuir e aperfeiçoar.*²

Discute-se atualmente se há respaldo jurídico a legislações que prevejam a obrigatoriedade de a Administração Pública Municipal utilizar preferencialmente os *softwares* livres, sendo que a eventual aquisição de programas “fechados” somente será permitida quando houver justificativa técnica comprobatória da ineficiência dos abertos.

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em processo civil pela Escola Paulista da Magistratura.

² Disponível em <http://www.softwarelivre.gov.br/publicacoes/Estudo_FGV.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2013.

Com efeito, já há normas em nosso ordenamento jurídico pátrio prevendo que a Administração Pública deve privilegiar a contratação dos *softwares* que possibilitam acesso irrestrito e gratuito ao código fonte, bem como garantem a possibilidade de o usuário ceder e poder alterar parcial ou totalmente o programa, adaptando-o às suas necessidades.

Destaque-se, nesse sentido, o Decreto nº 5.111/2005, do Estado do Paraná, que estabelece diretrizes para o licenciamento de programas de computador de titularidade de entidades da Administração Estadual, bem como a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul.

Oportuno mencionar, no que tange à mencionada Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que o Supremo Tribunal Federal já foi instado a manifestar-se sobre o tema, sendo correto afirmar que, no momento, não há decisão definitiva da Corte Suprema a respeito dessa questão.

De fato, tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3059) a respeito da Lei Estadual nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul.

Em apreciação liminar sobre a matéria, o Ministro Relator Ayres Brito havia suspenso a eficácia da norma, por entender, em análise prévia do tema, que a lei teria versado sobre matéria de competência da União para produzir normas gerais em tema de licitação; que teria violado o princípio da separação dos Poderes, além de supostamente criar restrição no âmbito de competição dos interessados em contratar com o Poder Público (medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 3.059-1, julgada em 15/4/2004).

Todavia, após analisar o tema com maior profundidade e apreciar o mérito do pleito, o Ministro Relator concluiu que “a diferença entre *software* livre e *software* proprietário não está em nenhuma qualidade intrínseca de qualquer das duas tipologias de programas informáticos, mas em aspectos relacionados com a licença de uso. O *software* é livre, se o titular do respectivo direito autoral repassa ao usuário o código-fonte do programa, permitindo seu mais desembaraçado conhecimento, alteração, cessão e distribuição”.³

O Ministro Relator ponderou, ademais, que “todos os que tenham desenvolvido *software* e que tenham interesse em contratar com a administração pública podem competir em igualdade de condições, sem que a preferência por um programa livre constitua obstáculo. Basta que, para tanto, disponibilizem o código-fonte do *software*”, observou.

A respeito da suposta interferência nas decisões do administrador público, o Ministro sustentou que “a preferência legal pelo *software* livre apenas exige do administrador um reforço de motivação para escolha contrária, ou seja, de *software* do tipo proprietário. Isso no interesse do desenvolvimento tecnológico nacional,

³ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=222735>>, acesso em 17 de outubro de 2013.

aferível abstratamente, com reflexo na preservação de dados que, não raro, consultam a própria segurança do país”.

A decisão final a respeito da sintonia da lei impugnada com o ordenamento jurídico depende do posicionamento dos demais Ministros.

No momento, o processo encontra-se com vistas ao Ministro Luiz Fux.⁴

Merecem destaque, outrossim, os casos de sucesso de migrações e implementações de *software* livre⁵ em vários órgãos do Governo Federal, os quais têm migrado para os programas de dados abertos, com vistas a possibilitar maior inclusão digital.

A análise acerca da possibilidade de a Administração Pública Municipal preferir a aquisição de *softwares* livres em detrimento daqueles definidos como “fechados” ou “proprietários” envolve a resposta às seguintes questões:

1) A preferência pelos programas abertos de informática encontra amparo legal, à luz dos princípios da Administração Pública e dos ditames da legislação federal a respeito dos direitos autorais?

2) Há competência municipal para dispor sobre regra que deverá nortear a aquisição preferencial de determinado produto, isto é, regra sobre contratação?

Entendemos que as duas perguntas merecem respostas afirmativas. Senão, vejamos.

De fato, a preferência pela contratação de *softwares* livres tem amparo no ordenamento jurídico.

A primeira preocupação que vem em mente ao se deparar com a questão é se haveria eventual ofensa ao princípio da igualdade de condições aos concorrentes, diante da preferência da Administração Pública pelos *softwares* abertos em detrimento dos demais *softwares*.

Contudo, basta compreender que não se está privilegiando um produto em detrimento do outro, mas sim uma forma de contratação, para se concluir que tal princípio encontra-se devidamente protegido.

Com efeito, “a diferença entre um *software* livre e um *software* proprietário é uma diferença que se dá meramente a partir dos termos do contrato de licença atribuído a cada um deles. Se o contrato de licença incluir as quatro liberdades constantes da definição do *software* livre acima mencionadas, o *software* será considerado como “livre” a partir dos critérios da Free Software Foundation. Se esse contrato de licença não incluir essas quatro liberdades, ele não será considerado, para esses efeitos, como *software* livre pela Free Software Foundation (Fundação do Software Livre)”.⁶

Na hipótese de a Administração Pública estabelecer, quando da licitação para aquisição de *softwares*, que dará preferência aos *softwares* abertos, qualquer empresa do ramo da informática que queira participar do certame poderá fazê-lo, desde que informe o código fonte e permita a execução, cópia, distribuição ou alteração independentemente do pagamento de licença.

⁴Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3059&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 17 de outubro de 2013.

⁵ Disponível em <<http://www.softwarelivre.gov.br/casos-de-sucesso>>

⁶ Disponível em <http://www.softwarelivre.gov.br/publicacoes/Estudo_FGV.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2013.

Logo, não há que se cogitar em ofensa ao princípio da igualdade.

Não bastasse, a preferência por tais programas é norteada pelo princípio da eficiência administrativa, como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO: “a eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público”.⁷

Ao dar preferência pelos *softwares* livres, a Administração Pública está, em última análise, otimizando seus recursos.

As licenças dos *softwares* livres conferem maior liberdade aos usuários, que podem cedê-los sem custos e podem, inclusive, modificá-los, garantindo, assim, maior economia e eficiência.

Para maior esclarecimento da questão, importa conferir os ensinamentos de MARCELO ANDRADE FÉRES:

A origem estrangeira da expressão, em que se poderia colher uma ambivalência, tanto programa livre, quanto programa grátis, tem levado algumas pessoas a se confundirem, adotando a segunda tradução, o que é incorreto. Essa modalidade de software, também conhecida por aberto ou não proprietário, não é necessariamente gratuito. Seu nome, assim, evidencia as liberdades dela decorrentes, pois a sua licença, aliada ao conhecimento de seu código fonte, além de permitir o uso para qualquer propósito, autoriza a reprodução, a alteração e a redistribuição.

...

*O aparecimento do software livre está vinculado a uma relativização dos direitos autorais, em prol do desenvolvimento da sociedade. Ao lado da internet, os programas abertos concorrem para a disseminação da informação. Por seu intermédio, busca-se a tão almejada inclusão digital dos cidadãos. O conhecimento do código fonte dos programas, socialmente compartilhado, gera idôneas possibilidades de concreta participação do indivíduo no mundo contemporâneo da informática.*⁸

Além disso, ao compartilhar o código fonte, está-se privilegiando o princípio da transparência e publicidade, o que facilita o acesso à informação.

Nesse sentido, o art. 37 da Carta Magna corrobora a aquisição de *softwares* livres pela Administração, pois prevê a publicidade como princípio a ser seguido por qualquer dos Poderes das três esferas de governo.⁹

⁷JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, pág. 447.

⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Marcelo_rev72.htm.

⁹ “Art. 37 A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência...” (destacamos).

A nossa Lei Orgânica Paulistana também, em seu artigo 2º, III, estabelece que a organização do Município observará a transparência e o controle popular na ação do governo.

Ao cuidar da Administração Municipal, em atendimento ao princípio da publicidade e do direito à informação, a Lei Orgânica Paulistana traz, no art. 81, a transparência como preceito a ser observado.¹⁰

Expressa, ainda, a Lei Orgânica Municipal, em seu art. 146, a competência municipal para “implantar e manter atualizado o sistema municipal de informações sociais, culturais, econômicas, financeiras, patrimoniais, administrativas, físico-territoriais, inclusive cartográficas e geológicas, ambientais e outras de relevante interesse para o Município, assegurada sua ampla e periódica divulgação, e garantindo seu acesso aos municípios (...)” (grifo nosso).

Cumpra salientar o disposto pela Lei Municipal nº 14.668/2008, que institui a Política Municipal de Inclusão Digital. A mencionada lei, em seu art. 4º, III, estabelece expressamente como princípio da Política Municipal de Inclusão Digital a **opção preferencial pelo software livre**.

Sendo assim, ao privilegiar a aquisição de *softwares* livres, a Administração Pública encontra respaldo no ordenamento jurídico e está em sintonia com os princípios norteadores de suas decisões.

A respeito da consonância com a legislação que protege os direitos autorais, importa ressaltar o quanto segue:

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o *software* como objeto de direito de autor, regido pela Lei do *Software* (Lei nº 9.609/98), aplicando-se, subsidiariamente, a Lei de Direito Autoral (Lei 9.610/98).

Cabe ao titular do direito autoral a definição da forma como disporá desse direito, se em regime proprietário ou em regime livre.

A Lei do *Software* é clara sobre a possibilidade de condicionamento dos direitos sobre os *softwares*, ao estabelecer que “os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, **salvo estipulação contratual em contrário**” (Lei nº 9.609/98, art. 5º, *caput*, grifamos).

Com relação ao *software*, a Lei 9610/98 derroga parcialmente os direitos morais de autor, quais sejam, os direitos de reivindicar a autoria da obra, ter seu nome anunciado, conservá-la inédita, opor-se a modificações ou atos que prejudiquem sua reputação, retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada (Lei 9610/98, art. 24), restando apenas o direito de reivindicar a paternidade da obra e o de se opor a reproduções que ofendam a sua honra ou reputação (art. 2º, § 1º).

¹⁰ “Art. 81 A administração pública direta e indireta obedecerá aos princípios e diretrizes da legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade**, razoabilidade, unidade, indivisibilidade e indisponibilidade do interesse público, descentralização, democratização, participação popular, **transparência** e valorização dos servidores públicos. Parágrafo único. Cabe ao Município promover a modernização da administração pública, buscando assimilar as inovações tecnológicas, com adequado recrutamento e desenvolvimento dos recursos humanos necessários.” (grifo nosso).

Além disso, os *softwares* livres possuem licença, na qual estão expressas as liberdades de seus usuários, garantindo, assim, a segurança jurídica necessária.¹¹

No que se refere à competência municipal para editar normas específicas sobre licitação e contratos administrativos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é o de que é permitido aos Estados e Municípios legislar para complementar as normas gerais ditadas pela União, a fim de adaptá-las à sua realidade, desde que sempre seja respeitada a seguinte premissa: a igualdade de condições de todos os concorrentes, estatuída pelo art. 37, XXI, da Constituição Federal.

De fato, de acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Entretanto, desde que respeitada a igualdade de condições de todos os concorrentes, os demais entes federativos podem editar normas locais sobre licitação e contratos.¹²

Ainda sobre a competência municipal para legislar sobre licitações e contratos administrativos, merece destaque a lição de ANGÉLICA GUIMARÃES, segundo a qual “a Constituição Federal de 1988, no artigo 30, I e II, atribui, repita-se, aos

¹¹ Para garantir aos usuários de que não há ato de infração de direito do autor, foram criados instrumentos de lei em forma de licença. A mais usada para projetos de *Software Livre* é a chamada GNU GPL (General Public License/ Licença Pública Geral), ou simplesmente GPL, formulada no final da década de 1980. É a mais popular em grande parte devido à sua adoção para o Linux. A Free *Software* Foundation é a entidade que gerencia e publica a licença GPL.

No Brasil, a constitucionalidade da Licença Pública Geral – GPL foi analisada pela Fundação Getúlio Vargas, a pedido do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI)

O estudo, apresentado em 2005, sinalizou que a GPL, além de não ir contra a Constituição, também não feria o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser utilizada com o devido amparo legal – inclusive para a liberação de *softwares* desenvolvidos pelo setor público”, Disponível em <http://www.brasil.gov.br/sobre/ciencia-e-tecnologia/software-livre/licencas-e-legislacao>, acesso em 17 de outubro de 2013.

¹² A esse respeito, confira-se o trecho do seguinte julgado, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO – MG.

VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO.

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI, da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes.

Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa *pólis*, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição Federal” (destacamos; Recurso Extraordinário 423.560, DJe 19/06/2012).

Municípios duas espécies de competência legislativa, quais sejam: privativa para matéria de interesse local e suplementar para as matérias de interesse material comum aos demais entes federados, cabendo ao aplicador da norma determinar o conteúdo material da competência legislativa municipal, sem olvidar a estrutura do sistema jurídico brasileiro e a conseqüente distinção entre normas de caráter nacional e as federais e locais. Sem dúvidas, em matéria de licitações e contratos não há que se discutir a competência municipal suplementar, e como o legislador erroneamente entendeu por capitular no mesmo diploma legal, também a gestão de bens públicos, que como dito é matéria eminentemente de prevalente interesse local e tipicamente de Direito Administrativo, neste ponto, dentre outros, asseveramos a competência privativa do Município".¹³

Destarte, a preferência dos *softwares* abertos pela Administração Pública não fere a legislação em vigor e pode ser expressa tanto por lei, como pelo Administrador ao tornar público o edital de determinada licitação.

A fim de garantir o respeito à igualdade de condições entre os licitantes, é importante não pairar dúvidas sobre o fato de se estar privilegiando uma forma de contratação e não um produto em si. Outrossim, convém fazer constar a previsão expressa acerca da possibilidade de aquisição de programas de informática não caracterizados como abertos, desde que mediante a apresentação de justificativa técnica.

Referências Bibliográficas

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Rio de Janeiro. “Estudo sobre o *software* livre”, comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação. Rio de Janeiro, março de 2005. In http://www.softwarelivre.gov.br/publicacoes/Estudo_FGV.pdf (acesso em 26 de junho de 2013).

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

FÊRES, Marcelo Andrade. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Marcelo_rev72.htm (acesso em 26 de junho de 2013).

GUIMARÃES, Angélica. Competência Municipal em Matéria de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

¹³ GUIMARÃES, Angélica. Competência Municipal em Matéria de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pág. 214.

Reflexões sobre a contribuição potencial da advocacia pública para o desempenho das atividades-fim dos Parlamentos

Luciana de Fátima da Silva¹

Resumo: Através deste artigo pretende-se analisar a contribuição que os membros dos órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo podem oferecer para o desempenho das atividades-fim dos Parlamentos. Acredita-se ser importante o estudo e a discussão do tema, pois, a par das atribuições inerentes à advocacia de qualquer instituição pública – estas também afetas às procuradorias legislativas ou órgãos afins componentes da estrutura do Poder Legislativo – a partir da análise de aspectos essenciais da advocacia pública, do processo legislativo e da função fiscalizadora do Parlamento, constata-se que é grande a contribuição que pode ser dada tanto na seara do processo legislativo quanto na seara da função fiscalizadora, colaborando para a atuação/produção parlamentares de boa qualidade e, conseqüentemente, causando um impacto positivo na sociedade.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Parlamento. Processo legislativo. Função fiscalizadora. Advocacia Pública. Procuradoria.

Sumário: I. Introdução. II. Aspectos fundamentais da advocacia pública e especificidades das procuradorias legislativas. III. Processo Legislativo. III.1. Considerações Gerais. III.2. Receita de lei: a Lei Complementar nº 95/98. III.3. O papel das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo. IV. Função Fiscalizadora do Parlamento. V. Estrutura da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo voltada à função legislativa do Parlamento local. VI. Considerações Finais.

I. Introdução

O presente estudo se situa no campo das atividades-fim dos Parlamentos, traçando um panorama geral sobre as funções legislativa e fiscalizadora do Poder Legislativo com foco no espaço existente para a atuação das procuradorias legislativas,

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-graduada em Gestão Pública Legislativa pela Universidade de São Paulo (USP-EACH) e em Direito Municipal pela UNIDERP/Anhanguera. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

evidenciando as razões pelas quais tais órgãos podem contribuir para a qualificação da atuação/produção parlamentares.

O trabalho está estruturado em cinco partes, além de uma breve introdução. A primeira aborda os aspectos fundamentais da advocacia pública e as especificidades das procuradorias legislativas, enfatizando a importância de tal função – qualificada pela Constituição Federal como atividade essencial à Justiça – para a organização e manutenção da estrutura político-jurídica do estado brasileiro. A segunda parte versa sobre o processo legislativo e subdivide-se em três tópicos: i) considerações gerais; ii) a Lei Complementar nº 95/98; e, iii) o papel das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo; enfocando-se em cada um destes tópicos o campo para a atuação das procuradorias legislativas e em que consiste a sua potencial contribuição para a qualificação da atuação/produção parlamentares. A terceira parte aborda a função fiscalizadora do Poder Legislativo, também sendo demonstrado o espaço e a importância da atuação das referidas procuradorias legislativas para o desempenho desta tão importante e, por vezes, esquecida função do Parlamento. A quarta parte expõe sucintamente a estrutura da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo voltada à função legislativa do Parlamento local. Por fim, na última parte sintetizam-se as conclusões.

Importante que se diga, desde logo, que os integrantes dos órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo – na verdade os de todos os Poderes – jamais devem se esquecer de que as escolhas (*rectius*, decisões) incumbem aos representantes políticos, que receberam o mandato da população em eleições regulares. Portanto, devem os membros das procuradorias manter-se vigilantes para sempre divisar o limite existente entre seu *mister* de orientação e o direito de determinar as escolhas políticas, o qual, de modo algum, lhes pertence².

Ressalte-se, porém, que se é fato que o mandato pertence ao representante político, igualmente é fato que a responsabilidade pelo exercício deste mandato lhe pertence e é neste campo que se situa a atividade da advocacia pública, notadamente alertando sobre as possíveis consequências, em seus variados graus e instâncias, dos atos que destoem do ordenamento jurídico³.

² Quanto a este fato, não há o que questionar, mas é sempre bom lembrá-lo como fez o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, no 1º Encontro Latino-Americano de Advocacia do Estado realizado em março de 2012 pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

³ Ressalte-se, por exemplo, que apesar de se tratar, indubitavelmente, de um tema polêmico existe discussão acerca da possibilidade de responsabilização civil do Estado por ato legislativo. Sobre o assunto Gina Copola assim se posiciona: “O Estado deve responder por danos específicos, graves, especiais e anormais causados por lei inconstitucional, sem que isto represente qualquer afronta à soberania das leis ou à imunidade parlamentar, conforme acima demonstrado”, referindo, inclusive, a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo tal responsabilidade, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 158.962-PB, ementada nos seguintes termos: “Ato legislativo. Inconstitucionalidade – Responsabilidade civil do Estado. Cabe responsabilidade civil pelo desempenho inconstitucional da função de legislador.” (COPOLA, Gina. *A responsabilidade do Estado por atividade legislativa*. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro/2012, p. 1041/1045).

Pois bem, espera-se que ao propor estas reflexões sobre o espaço existente para a atuação dos procuradores legislativos em relação às atividades-fim do Parlamento fique clara a possibilidade de uma contribuição positiva para referida instituição e, em última análise, para a sociedade, sem resvalar em uma ingerência política indevida, eis que esta atuação deve pautar-se em critérios técnico-jurídicos.

II. Aspectos Fundamentais da Advocacia Pública e Especificidades das Procuradorias Legislativas

A advocacia pública foi enquadrada pelo legislador constituinte como uma das funções essenciais à Justiça, estando as previsões existentes sobre o tema na Constituição Federal inseridas no Título IV – Da organização dos Poderes.

Seja pela localização do tema no texto constitucional, seja por sua essência⁴, a atividade afeta à advocacia pública está intimamente relacionada com a organização e manutenção da estrutura político-jurídica estatal.

O Estado brasileiro constitui-se em Estado Democrático de Direito, organizado sob a forma de república federativa composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, tendo como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

As assertivas acima constam dos primeiros artigos da Constituição Federal e revelam os traços primordiais do Estado. Assim, os agentes inseridos na estrutura do Poder Público, notadamente os representantes políticos e os membros do Poder Judiciário devem pautar sua atuação na observância destes traços essenciais que o legislador constituinte concebeu para o país. Por outras palavras, o exercício de qualquer atividade pública não pode prescindir do respeito à democracia, à autonomia dos entes federativos e ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

A existência e atuação de órgãos de advocacia pública insere-se exatamente neste contexto, vez que seus membros no exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos analisarão e informarão previamente aos agentes públicos se suas condutas ou propostas estão respeitando ou não os ditos traços primordiais do Estado.

Vê-se, portanto, que a advocacia pública é atividade fundamental para a preservação das características essenciais do Estado e deve compor a estrutura de todos os Poderes. Destaque-se que o exercício do controle da atuação do Poder Público pelos órgãos de advocacia pública ocorre previamente e, com isso, pode impedir a

⁴ A qual em termos bastante singelos, pode ser definida como a função de analisar preventivamente a adequação da atuação do Poder Público ao ordenamento jurídico, através de orientação fornecida no âmbito interno do ente federativo a que esteja vinculada, bem como a de defender seus interesses, que outros não podem ser senão os da sociedade.

prática de ilegalidades em benefício do interesse público, conforme acentua Júlio César Werneck Martins⁵:

Diversas são as instituições encarregadas da árdua tarefa de reprimir esses eventos; Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Judiciário e Polícia Federal são conhecidas pela sociedade por suas repetidas exposições na mídia, destacando suas atividades e atuação em cada caso concreto que chegue a conhecimento público.

Todos esses órgãos públicos têm em comum o momento de atuação. Agem sempre após a ocorrência do ilícito, seja investigando, denunciando ou condenando. São órgãos de repressão. Não se discute sua relevância ou eficiência, assim como também não se questiona o fato de que, mais eficiente que reprimir é prevenir. Neste momento, ganha destaque o trabalho elaborado pela Advocacia Pública. (sem grifos no original)

Registre-se, ainda, que cada um dos Poderes deve ter seus próprios órgãos de advocacia pública, notadamente porque, com frequência, as questões que se colocam à apreciação encerram conflito no exercício do poder, pondo em xeque o princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

Por oportuno, observe-se que no Estado de São Paulo recentemente foi criado no âmbito do Tribunal de Justiça o cargo de advogado através da Lei nº 14.783/12, a fim de suprir a carência de profissional voltado à defesa dos interesses institucionais do Judiciário Paulista, consoante se depreende da justificativa do projeto que deu origem à lei (PL nº 1.433/09).

Não obstante, os órgãos de advocacia pública mais conhecidos no meio jurídico são aqueles situados na estrutura do Poder Executivo, ou seja, as procuradorias dos Estados e a Advocacia Geral da União, que encontram assento nos artigos 132 e 131 da Constituição Federal, respectivamente, e as procuradorias existentes nos Municípios de maior porte, estas também em vias de inserção no texto constitucional⁶. Esses órgãos têm por atribuição a defesa judicial e extrajudicial dos entes federados, bem como a consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Exemplificando as atividades decorrentes de tais atribuições temos o ajuizamento de execuções fiscais (tão importante para que os recursos devidos ingressem nos cofres públicos permitindo o atendimento das mais variadas e crescentes demandas sociais, por saúde, educação, moradia, etc.); a elaboração de pareceres em licitações (tão importante para o correto emprego do dinheiro público); a atuação em processos disciplinares (fundamental para ser mantida a adequação do serviço público e para assegurar a regularidade deste

⁵ MARTINS, Júlio César Werneck. *A advocacia pública e o controle do Estado*. Disponível em: <http://www.anauni.org.br/html/artigos/julio.html>. Acesso em 23/10/12.

⁶ Conforme PEC nº 153/03, que altera o art. 132 da CF para incluir em seu texto os procuradores do Município, aprovada na Câmara dos Deputados em 10/04/12, e que está em tramitação no Senado.

processo, em especial o contraditório e a ampla defesa ao servidor envolvido); e, a orientação sobre a adequação das políticas públicas à legislação vigente, tanto no aspecto de sua formulação quanto de sua execução. Percebe-se, em suma, que *tais órgãos desempenham atividades que guardam relação com o típico exercício da função administrativa* pelos governantes dos respectivos entes da Federação.

Em regra, os órgãos de advocacia pública acima mencionados possuem estrutura consolidada no que tange à existência de legislação própria de regência das carreiras, abordando aspectos como atribuições, evolução funcional e remuneração. Assim, em que pese o fato de existir a necessidade de uma regulamentação mínima nacional da atividade de advocacia pública, enfatizando, por exemplo, as prerrogativas indispensáveis ao exercício de tal função⁷, as procuradorias estaduais, as municipais e a advocacia pública federal conseguiram fixar sua identidade, possuem tradição e um tratamento normativo dotado de certa uniformidade, fatores que contribuem para a maior facilidade na divulgação do trabalho por elas realizado e também na divulgação da importância deste trabalho para a sociedade.

Embora sem gozar, em regra, do mesmo estágio de desenvolvimento enquanto carreira pública de Estado a que remete, tal qual no âmbito do Poder Executivo, também na esfera do Poder Legislativo encontram-se as procuradorias legislativas ou órgãos afins voltados à defesa dos interesses e prerrogativas de tal Poder, bem como à sua consultoria e assessoramento jurídicos.

Note-se que em relação à institucionalização de tais órgãos, as procuradorias do Poder Legislativo, ou órgãos afins, estão previstas na quase totalidade das Constituições dos estados brasileiros⁸. Também algumas Leis Orgânicas de Municípios⁹ versam sobre a matéria.

No que tange ao suporte à atividade administrativa do Poder Legislativo, as procuradorias legislativas exercem o mesmo tipo de atribuições exercidas pelas procuradorias existentes na esfera do Poder Executivo, ou seja, seus membros são responsáveis pela emissão de pareceres em matérias como licitações e servidores públicos; pela análise de contratos; atuam em processos disciplinares; etc., ressalvando-se que esta atuação se dá em espectro menor já que, evidentemente, restrita ao âmbito interno do Poder Legislativo, no exercício daquilo que se pode denominar atividade-meio do Parlamento.

No setor judicial a atuação das procuradorias legislativas volta-se à defesa dos interesses institucionais, das prerrogativas do Poder Legislativo, tarefa esta dotada

⁷ Neste sentido, vide PEC 452/09, que altera e acresce dispositivos na Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição Federal, e que está em tramitação na Câmara dos Deputados e, ainda, as conclusões de Júlio César Werneck Martins no artigo já citado: “Um advogado somente poderá exercer livremente a relevante função de protetor do erário público se devidamente integrado a uma carreira independente e bem estruturada”. (op. cit.)

⁸ De acordo com pesquisa realizada pela Internet, apenas as Constituições de cinco Estados não trazem previsão de órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo: Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco e Sergipe (dados de agosto/2013).

⁹ Citem-se, a título de exemplo, as Leis Orgânicas dos Municípios de Diadema, Campinas, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

da maior relevância. É cediço que as Casas Legislativas não possuem personalidade jurídica, não podendo integrar, indistintamente, os polos ativo ou passivo de ações judiciais, havendo tal possibilidade apenas na hipótese em que estiver subjacente a discussão sobre interesses institucionais do Poder Legislativo. Em tal ocasião, é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina a capacidade processual do órgão legislativo, diante da importância da controvérsia e porque, muitas vezes, é o próprio Chefe do Poder Executivo, representante do Município, que fere tais prerrogativas, violando o princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes.

Já no campo das atividades-fim do Parlamento, ao qual está voltado o presente estudo, as procuradorias podem atuar no processo legislativo, dando suporte à elaboração de projetos de lei e outras normas, bem como analisando os aspectos de constitucionalidade, juridicidade e regimentais dos projetos apresentados e, no campo da função fiscalizadora, podem atuar assessorando os trabalhos das comissões permanentes das Casas Legislativas, e, mais especificamente, das comissões parlamentares de inquérito, orientando acerca das medidas a serem adotadas, por exemplo, nas hipóteses de não encaminhamento das informações solicitadas ou não atendimento de convocações de agentes públicos para prestar esclarecimentos, por parte do Poder Executivo.

III. Processo Legislativo

III.1. Considerações Gerais

O processo legislativo se desenvolve segundo as normas traçadas na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 95/98 e, conforme o caso, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais, e, ainda, segundo as normas traçadas nos regimentos internos das Casas Legislativas.

Na Constituição Federal há uma seção específica para regular o tema, disciplinando aspectos importantes como a iniciativa privativa e a vedação ao aumento da despesa prevista em determinados casos (artigos 61, § 1º e 63).

É entendimento pacífico na jurisprudência e na doutrina que as normas contidas na Constituição Federal acerca do processo legislativo devem obrigatoriamente ser observadas pelos Estados e Municípios quando da elaboração de suas leis.

Há necessidade de observância compulsória de tais normas ante o seu fim específico de preservação do equilíbrio no exercício do poder. Veja-se, por exemplo, a questão da iniciativa reservada de certas leis. Dispõe o art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal, que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Cite-se, também, a alínea “e” do mesmo dispositivo, a qual põe, igualmente, sob o crivo da iniciativa reservada a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 84, VI. Ambas as hipóteses mencionadas visam resguardar o exercício

da função administrativa, partindo da premissa de que o momento para o início da discussão sobre estas matérias, bem como seu tratamento inicial deve ser decidido pelo Chefe do Executivo, Poder incumbido desta típica função estatal. Não é difícil perceber o quão inviável seria a possibilidade de se admitir livremente a apresentação de projetos de lei de iniciativa parlamentar propondo a criação de cargos ou de órgãos na estrutura do Poder Executivo, já que nenhum planejamento seria possível, ante a iminência de alterações propostas pelo Legislativo a qualquer momento. Por igual razão, inviável também seria projeto de lei de iniciativa dos Chefes do Poder Executivo que visasse disciplinar a estrutura administrativa do Poder Legislativo.

A Lei Complementar nº 95/98, por sua vez, sobre a qual serão tecidas considerações com maior detalhamento mais adiante, traz normas gerais de processo legislativo destinadas à União, aos Estados e aos Municípios e normas específicas endereçadas à União sobre consolidação da legislação federal.

Já nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas dos Municípios há espaço para o regramento das peculiaridades do processo legislativo de tais entes.

Importante ponderar que, ainda que eventualmente não expressamente repetidas as normas contidas na Constituição Federal no texto das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, sua observância é compulsória, consoante já assinalado. Por outro lado, além da disciplina das questões próprias dos âmbito estadual e municipal, há espaço para a previsão de outras normas visando dar cumprimento aos princípios constitucionais que devem reger o processo legislativo.

Neste sentido, mencione-se, por exemplo, que a Lei Orgânica do Município de São Paulo prevê em seu art. 27, VIII, a possibilidade de instalação da Tribuna Popular, expediente que viabiliza o debate entre a população – por meio de representantes de entidades ou movimentos sociais – e os Vereadores, sobre questões de interesse do Município ou proposituras em apreciação na Câmara. Nitidamente a referida Tribuna Popular é um mecanismo que visa dar cumprimento ao princípio da democracia participativa.

Por fim, deve ser feita uma consideração a propósito da temática da democracia. Convém ponderar que sendo o processo legislativo a via pela qual será originada a lei, esta, por excelência, o instrumento de exteriorização da vontade estatal, é fácil compreender a importância da regularidade de seu desenvolvimento e a razão pela qual não pode ele apartar-se dos ditames do regime democrático adotado pelo estado brasileiro. A respeito da vinculação entre o processo legislativo e a democracia são oportunas as ponderações de André Del Negri¹⁰:

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.

¹⁰ NEGRI, André Del. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 140-145.

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). ...

Rosemiro Leal ao discorrer sobre a existência de um direito democrático, observa com apoio em Marcelo Gattoni e Genaro Carrió, que a atividade construtora da lei “no Estado de Direito Democrático (se algum dia alcançado), há de passar, à sua legitimidade, pela principiologia do Processo Constitucional proceduralizado, em que maiorias e minorias estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e da ampla defesa de suas idéias.”...

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). – sem grifos no original

III.2. Receita de lei: a Lei Complementar nº 95 /98

O parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal previu a edição de uma lei complementar disciplinando a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Trata-se de dispositivo constante do texto original da Carta e foram necessários dez anos para que fosse editada a LC nº 95/98.

A lei em questão é verdadeira “receita de bolo” para fazer leis e, como boa receita, se for observada tende a garantir, ao menos do ponto de vista formal, uma legislação de boa qualidade.

A Lei Complementar nº 95/98, em seu artigo 11, elenca os requisitos que devem ser obrigatoriamente observados na redação do texto de uma lei, tais como a precisão, a clareza e a ordem lógica, exemplificando as formas pelas quais se pode atender a tais requisitos: utilizar a ordem direta na construção das frases; usar frases curtas e concisas; utilizar com cautela os recursos de pontuação, evitando abusos apenas para ostentar estilo; buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente¹¹; evitar o uso de sinônimos com caráter meramente estilístico.

Acrescente-se, também, como previsões de impacto altamente positivo constantes de referida lei complementar: i) a vedação, como regra, à disciplina do mesmo assunto por mais de uma lei (art. 7º, IV), pois visa evitar que a proliferação de

¹¹ Acerca deste requisito convém lembrar a polêmica gerada pela alteração efetuada no Senado no texto do projeto de lei aprovado na Câmara que deu origem à Lei Complementar nº 135/10, conhecida como Lei da Ficha Limpa, sob o argumento da necessidade de uniformização do tempo verbal. Para detalhes sobre a polêmica: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-anteriores/ficha-limpa-senado-enviara-explicacoes-ao-supremo/>. Acesso em 26/07/13.

leis, talvez até conflitantes, obstaculizem a efetividade dos comandos legais que se pretendeu instituir; e, ii) a necessidade de revogação expressa dos dispositivos afetados pela nova lei editada, não sendo cabível o recurso apenas ao mecanismo de revogação genérica “revogadas as disposições em contrário” (art. 9º), pois viabiliza a clareza quanto às leis em vigor, prestigiando a segurança jurídica.

Do ponto de vista da técnica, é intuitivo que o advogado seja o profissional mais preparado para a construção do texto legal, já que a base deste é a linguagem jurídica. Note-se que, por ora, é objeto de análise apenas o aspecto formal, sem se atentar para questões outras como competência ou iniciativa legislativas para a matéria sobre a qual o legislador pretende dispor.

Por outras palavras, neste momento o que se analisa não é especificamente a compatibilidade da propositura com todas as regras pertinentes do ordenamento jurídico. Vale dizer, o direcionamento, ou melhor, a vontade legislativa externada, por óbvio, será sempre do parlamentar, ele descreverá a situação concreta e os objetivos que pretende atingir com a edição da norma. Com base nestas informações será redigido o texto e, ainda que ele padeça de outros vícios que, repita-se, não serão levados em consideração neste momento, o ganho obtido com a simples observância da Lei Complementar nº 95/98 já será muito relevante.

Cabe consignar que o papel do procurador neste caso não é o de mero redator – o que poderia ser compreendido como trabalho de somenos importância – pois, certamente antecede à elaboração do texto legal uma fase de orientação ao parlamentar acerca da adequação de suas pretensões sob o ponto de vista jurídico. Por outras palavras, o procurador poderá esclarecer a existência de possíveis vícios no projeto e se estes são sanáveis ou não.

E ainda que, mesmo diante das orientações jurídicas recebidas, o legislador opte pela elaboração e apresentação do projeto nos moldes por ele concebidos, haverá o ganho sob o aspecto formal, consoante já destacado, uma vez que a lei a que o projeto poderá dar origem será pautada pela técnica legislativa adequada. Em suma, o objetivo do legislador restará claro, a norma será inteligível e, com isso, será demarcada com clareza sua posição política, cujo acerto ou desacerto, considerado em uma perspectiva mais ampla do que a jurídica, poderá ser aferido posteriormente.

III.3. O papel das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo

Uma vez concebido o texto de um projeto de lei ou de outras normas e regularmente apresentado, será ele encaminhado à análise das comissões permanentes que se relacionem com a matéria nele versada.

As comissões permanentes podem ser definidas como órgãos fracionários do Poder Legislativo, divididas por áreas de especialização, com competências pré-definidas e que se destinam à análise das matérias em debate no Parlamento de acordo com suas especialidades, bem como ao exercício das demais funções parlamentares pertinentes à sua competência, na forma disciplinada no regimento interno de cada Casa Legislativa.

Especificamente no campo do processo legislativo, desempenham papel de destaque as Comissões de Constituição e Justiça, isto porque, em princípio¹², é delas o veredicto acerca dos aspectos constitucionais, legais e regimentais. Muito significativo, portanto, é o papel de tais comissões, as quais poderão impedir a tramitação de projetos já no seu nascedouro, como ocorre, por exemplo, na Câmara Municipal de São Paulo, em que esta é a primeira comissão a se pronunciar (art. 70 do Regimento Interno) ou depois de todo o debate sobre a matéria como ocorre na Câmara dos Deputados, onde é a última comissão a emitir parecer¹³.

O controle de constitucionalidade das leis é assunto que vem sendo discutido cada vez com maior frequência e sob múltiplos enfoques no meio jurídico. Ele se fundamenta na necessidade de manter a compatibilidade do ordenamento infraconstitucional e também das emendas à Constituição com as normas constitucionais, em razão do princípio da supremacia da Constituição. Diversas são as classificações doutrinárias do controle de constitucionalidade, sendo que no que pertine ao aspecto temporal ele pode ser classificado como preventivo – ocorre antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico e é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo – ou como repressivo – ocorre após o ingresso da norma no ordenamento e é exercido pelo Poder Judiciário.

Deve ser observado que em matéria de controle de constitucionalidade, muito se tem ouvido falar atualmente no fenômeno da judicialização da política ou da politização da justiça, ganhando força neste contexto o debate sobre quem são os intérpretes mais autorizados da Constituição, quem pode dar a palavra final sobre a existência ou não de violação às normas constitucionais. Este cenário é muito bem ilustrado por Inocêncio Mártires Coelho¹⁴:

Sob essa perspectiva, em que a constituição emerge ao mesmo tempo como texto político e fórmula jurídica, crescem de importância as questões relativas à sua interpretação...

...

Sobre a jurisdição constitucional, aliás, já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la, e, para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não se descobrir nenhuma fórmula mágica que permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.

...

¹² A palavra final é do Plenário, eis que os regimentos internos das Casas Legislativas devem prever a possibilidade de apresentação de recurso em face de parecer da CCJ no sentido da inconstitucionalidade da propositura.

¹³ AZEVEDO, Luiz H. Cascellini de, *O controle legislativo de constitucionalidade*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, p. 49.

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional e Política*. Revista Direito Público nº 10 – Out-Nov-Dez/2005, p.5-15.

Se vivemos em um Estado de Direito, torna-se imperioso que a leitura da sua constituição se faça em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, do qual participem os diversos atores sociais – agentes políticos ou não – porque, afinal, todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na constituição os seus direitos e obrigações.

...

De outra parte, não havendo clima para contestações à própria lei fundamental – cuja legitimidade ninguém põe em dúvida – em razão disso nota-se que os fatores reais de poder, procurando racionalizar as suas disputas, resolveram deslocar, se não todas, pelo menos grande parte das questões políticas para a arena da jurisdição constitucional, uma privilegiada constituinte de plantão na qual quem vence o conflito das interpretações acaba vencendo, também, aquelas disputas e constitucionalizando as suas opiniões.

...

Em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheamento apassivador, porque tanto um quanto o outro não se coadunam com o princípio da lealdade constitucional e, afinal, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como guarda da constituição.

...

Diante de tudo isso, pode-se dizer que, a rigor, não existe conflito, antes uma fecunda interdependência, entre Direito e Política, entre constituição e realidade constitucional, entre Estado Constitucional de Direito e Estado Judicial de Direito, porque ao fim e ao cabo foi a própria constituição que instituiu a jurisdição constitucional e lhe atribuiu poderes praticamente ilimitados para dar a última palavra sobre o sentido e o alcance da lei fundamental.

Pois bem, cumpre observar que o controle prévio de constitucionalidade exercido no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça é um controle de natureza política e, portanto, não vinculado a uma análise técnica no sentido da inconstitucionalidade, ou mesmo da constitucionalidade, do projeto.

Acerca da natureza desta função das Comissões de Constituição e Justiça, Marco Antonio Hatem Beneton¹⁵ assim se posiciona:

Como bem apontou o professor ALEXANDRE DE MORAES, compete à Comissão de Constituição e Justiça – e aqui pode-se dar caráter de generalidade às demais Casas Legislativas brasileiras – manifestar-se, via parecer, sobre a constitucionalidade e juridicidade das matérias que lhe são apresentadas

¹⁵ BENETON, Marco Antonio Hatem. *Algumas notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Revista Jurídica 9 de Julho. Julho/2003.

como decorrência da tramitação interna do processo legislativo. Esse parecer, apoiado em interpretações subjetivas decorrentes do confronto entre os textos constitucionais e os textos dos projetos legislativos, tem caráter essencialmente político e procura atender à demanda social encartada no espírito do projeto. Além do mais, imunes que estão pelo art. 53 da CF, poderão os parlamentares declinar qualquer razão para admitir ou vedar a viabilidade de qualquer proposição.

Consigne-se que essa modalidade de controle de constitucionalidade não é alvo de atenção detalhada por parte da doutrina jurídica, como aponta Luiz H. Cascelli de Azevedo¹⁶:

Enquanto para uns o trabalho da CCJR constituiria um controle prévio de constitucionalidade, como vimos anteriormente, alguns outros dispensam poucos comentários sobre a possibilidade de caracterizar-se um controle prévio de constitucionalidade ...

(...)

Outros afirmam que a atividade exercida pela CCJR traduz um controle preventivo, político e interno de constitucionalidade, mas não realizam uma descrição pormenorizada de como as Casas legislativas trabalham no sentido de escoimar as proposições de vícios, de forma a evitar que essas se transformem em leis flagrantemente inconstitucionais.

É fato que a doutrina jurídica volta sua atenção ao controle repressivo de constitucionalidade, exercido na via judicial. Provavelmente, esse desinteresse se deve exatamente ao caráter político do controle exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, o trabalho realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça não deve ser desacreditado e, sim, aperfeiçoado, buscando-se meios para desenvolver uma cultura que atente para os parâmetros formais e materiais traçados na Constituição a limitar a atividade legislativa, pois que este consiste em um importante canal para impedir o ingresso de normas viciadas no ordenamento jurídico. Novamente são oportunas as ponderações de Luiz H. Cascelli de Azevedo¹⁷:

Diante de tudo o que foi exposto, concluímos que, em nosso sistema jurídico, não se pode menosprezar o trabalho realizado pela CCJR com o controle legislativo de constitucionalidade de proposições e a importância deste para o sistema geral de controle de constitucionalidade.

É certo que não podemos ignorar, ao lado do trabalho técnico, a perspectiva política que perpassa as suas decisões. Entretanto, a interpretação política da Consti-

¹⁶ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli, op. cit., p.107/108.

¹⁷ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli. Op. cit., p. 133 e 136.

tuição (na sua melhor aceção) não se caracteriza como tarefa exclusiva das Casas Legislativas, porquanto também o Poder Judiciário, num primeiro momento, e, enfim, toda a sociedade não podem perder de vista esta perspectiva ...
(...)

... Em outras palavras, o aperfeiçoamento e a vinculação à Constituição poderão levar, um dia, ao reconhecimento de que o controle legislativo de constitucionalidade de proposições se constitui num verdadeiro controle prévio de constitucionalidade.

Sob o ponto de vista jurídico, não há dúvida de que a análise da compatibilidade do projeto de lei com as normas constitucionais pode ser efetuada pelos procuradores. Poderão eles orientar sobre a interpretação válida, razoável, aceitável, de acordo com o posicionamento da doutrina e do Poder Judiciário em relação às questões suscitadas e às matérias em debate.

Neste ponto vale lembrar que existem também as zonas cinzentas, consistentes nas situações em que há mais de uma possibilidade de interpretação respaldada em critérios razoáveis. Nestes casos, grande pode ser a contribuição dos procuradores no sentido de, com seus estudos e desenvolvimento de novas teses¹⁸, ajudar a flexibilizar, a elastecer o campo disponível para atuação parlamentar e, conseqüentemente, contribuir para o fortalecimento da instituição Poder Legislativo, sempre visando o atendimento do interesse público. Sob este ângulo, são pertinentes as colocações de Ronny Charles Lopes de Torres¹⁹:

A atividade de consultoria jurídica não pode ser comparada ao labor de um técnico, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas. A Ciência do Direito permite a criação de novos parâmetros e a construção de paradigmas capazes de demonstrar uma nova concepção do ordenamento sobre a relação jurídica em questão.

Ademais, deve-se frisar que o Advogado de Estado tem sua competência constitucional restrita aos limites de manifestação relacionados ao campo do direito, motivo pelo qual ela jamais vinculará, completamente, atos administrativos que encerram em si elementos de gestão ou que detenham qualquer esboço de discricionariedade administrativa.

¹⁸ Neste sentido pode ser citado o trabalho desenvolvido por Sérgio Antônio Ferrari Filho no artigo intitulado "A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição". Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001A/estudo_iniciatpriv.pdf>. Acesso em 02/08/13.

¹⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 153.

Outra peculiaridade a ser levada em conta nesta análise é que normalmente o tempo de maturação dos processos políticos é lento, de modo que a edição de lei sobre determinados assuntos, *pressupondo o regular desenvolvimento do processo legislativo*, pode demandar grande lapso temporal. Assim, ao longo da tramitação de uma dada matéria o seu enquadramento jurídico pode se alterar. Por exemplo, a interpretação acerca da titularidade da competência legislativa para a disciplina de determinada matéria pode sofrer mudanças, ampliando-se a competência legislativa de determinado ente. Neste sentido, é ilustrativo o posicionamento do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ao indeferir a liminar pleiteada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109, que visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.113/01, que dispõe sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto, e seu Decreto regulamentador nº 41.788/02, ambos do Município de São Paulo:

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’. (DJ 22/04/2009, sem grifos no original).

Contudo, jamais se deve perder de vista que o controle de constitucionalidade que está em pauta é um controle político – e não jurídico, de modo que não se mostra factível a expectativa de que seja exercido em padrões rigorosos e restritivos. Vale dizer, se existem discussões e teorizações até mesmo acerca do controle repressivo exercido no âmbito da jurisdição constitucional, revelando uma busca ideal sobre quem seria o intérprete mais autorizado da Constituição, não é razoável pretender que em sede do controle preventivo – o qual, repita-se, sequer é alvo de atenção e estudos mais aprofundados – as Comissões de Constituição e Justiça adotem como praxe uma postura que represente limitação à atividade legislativa, efetuando uma análise centrada exclusivamente em aspectos jurídicos.

Não se quer com isso dizer que as Comissões de Constituição e Justiça possam proferir seus pareceres à margem dos aspectos jurídicos envolvidos. Pelo contrário, a atuação de referidas comissões embora esteja, por óbvio, inserida em um contexto político – o qual é indissociável de toda a atividade parlamentar – é a que mais se depara com a questão das limitações e balizamentos que o ordenamento jurídico impõe à atividade política. Relembre-se que a função primordial de seu parecer é exatamente atestar a conformidade ou não das proposições com a Constituição. Registre-se que assim o é em todas as Casas Legislativas e há muito tempo. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, o regimento interno prevê desde o ano de 1823 a existência de um órgão voltado à análise da constitucionalidade das proposições²⁰.

Por outras palavras, em todas as suas deliberações as Comissões de Constituição e Justiça deverão analisar os fundamentos jurídicos, indicando a sua compreensão quanto a eles, análise esta que ficará sujeita à revisão judicial, já que dar a palavra final sobre a conformidade ou não das leis e atos normativos com a Constituição é função típica do Poder Judiciário, que se manifestará mediante provocação dos legitimados a iniciar o controle repressivo.

Frise-se bem que não se pretende defender a ideia de que as Comissões de Constituição e Justiça devam ter uma atuação *pro forma*, emitindo pareceres favoráveis à tramitação de todo e qualquer projeto de lei. É claro que se almeja a responsabilidade política, o comprometimento dos parlamentares com a sua função pública para que, em casos sedimentados²¹ e ante as orientações jurídicas fornecidas pelas procuradorias, exerçam o controle de constitucionalidade, de modo a impedir o ingresso de normas viciadas no ordenamento jurídico, ante o prejuízo social que decorre da declaração de sua inconstitucionalidade que poderá ocorrer em momento posterior. Note-se, entretanto, que essa postura decorre de um processo de amadurecimento político da sociedade como um todo.

Com efeito, muitos parlamentares, por exemplo, apresentam projetos de lei a despeito da existência de entendimentos jurídicos no sentido de que sobre eles paira vício de iniciativa, respaldados na necessidade de dar uma resposta à sociedade acerca de determinado assunto e quando recebem a orientação jurídica de que uma das formas corretas de dar essa resposta, tendo em vista a divisão funcional do Poder, seria o envio de indicação ao Poder Executivo²², aduzem que esta seria uma medida inócua, desprovida de ressonância social, ao passo que a lei, sim, seria compreendida pela população como uma ação concreta.²³

²⁰ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli, op. cit., p. 38

²¹ Como na hipótese dos projetos de lei autorizativos impróprios, por exemplo.

²² Ou a via da função fiscalizadora do Parlamento, lembrando que, muitas vezes, o problema não é de falta de leis e, sim, de não cumprimento da legislação existente.

²³ Acresça-se a este cenário o fato de que mesmo que a hipotética lei venha a ser declarada inconstitucional, tal fato dificilmente vai chegar ao conhecimento da maior parte da sociedade e, ainda que chegue, provavelmente, a compreensão da questão ficará prejudicada ante a notória ausência de conhecimento sobre o funcionamento das instituições. Por outras palavras, se a lei for julgada inconstitucional e, portanto, retirada do ordenamento jurídico, a “culpa” pela continuidade do problema que supostamente tal lei pretendia resolver passará a ser atribuída ao juiz.

O fato é que muito se fala em política e quase sempre em um sentido pejorativo, mas poucos se dispõem a dedicar algum tempo de suas vidas para compreender o mecanismo de funcionamento das instituições; poucos se dispõem a refletir sobre os problemas, a interação entre eles e suas possíveis soluções e, o que é mais grave, poucos se dispõem a participar dos espaços formais em que se deliberam as políticas públicas (conselhos e audiências públicas, por exemplo)²⁴. Guardadas as devidas proporções, pode-se comparar essa situação com a dinâmica da vida em condomínio: as reuniões têm sempre reduzido número de condôminos e criticar o síndico por não resolver os problemas da vida comunitária é um lugar-comum.

Enfim, o que se pretendeu demonstrar é que o controle prévio de constitucionalidade exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça é uma etapa importante do processo legislativo, que pode contribuir para a manutenção da higidez do ordenamento jurídico, sendo que o fato de possuir viés político não deve sepultar as esperanças de que ele possa se mostrar útil e efetivo, eis que o razoável é esperar que os parlamentares desempenhem suas funções com responsabilidade.

A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 32.033, cujo ponto central era a possibilidade ou não de controle jurisdicional de projetos de lei em tramitação, é lapidar no sentido de por em destaque a atuação comprometida que se espera do Poder Legislativo em sua função de controle prévio de constitucionalidade, conforme demonstra o segmento de sua ementa²⁵:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.

(...)

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel

²⁴ Na verdade a maior parte da população sequer tem conhecimento da possibilidade de participação e muitos dos que têm conhecimento não acreditam no processo. Trata-se de uma questão cultural, da ausência de uma cultura de participação política e para alterar este quadro é fundamental que as instituições públicas se tornem verdadeiramente permeáveis à participação. A respeito desta temática é enriquecedora a leitura do artigo "Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas", de autoria de Bernardo Kliksberg. Disponível em: <<http://www.flem.org.br/paginas/cadernosflem/pdfs/CadernosFlem8-VersaoCompleta.pdf>>. Acesso em 04/08/13.

²⁵ Apud CARDOSO, Oscar Valente. O controle preventivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24916>>. Acesso em: 05/08/13.

do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. (sem grifos no original)

IV. Função Fiscalizadora do Parlamento

A função fiscalizadora é, ao lado da função de elaboração das leis, a razão de ser do Poder Legislativo.

A Constituição Federal prevê no art. 49, X, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” e quando aborda a autonomia dos Estados e Municípios para se auto organizarem expressamente prevê a necessidade de obediência aos princípios por ela instituídos, conforme se depreende dos artigos 25 e 29, *caput*.

No que tange aos Municípios, a Constituição foi ainda mais explícita ao estabelecer de modo expresso no inciso XI do art. 29 a necessidade de organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal.

Portanto, emerge claramente do texto constitucional que legislar e fiscalizar são as funções típicas do Poder Legislativo, não tendo sido estabelecida qualquer distinção entre estas duas funções em termos de relevância institucional.

Assim, fiscalizar é tão importante quanto legislar e para o exercício desta função fiscalizadora do Parlamento a Constituição prevê no art. 58 diversos instrumentos, dentre os quais os mais difundidos são os pedidos de informação e as convocações para prestação de esclarecimentos.

As Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas, da mesma forma, aparelham os Legislativos estaduais e municipais para que possam se desincumbir da função constitucional de fiscalizar os atos do Poder Executivo.

Cumpra observar que a função de fiscalizar pertence ao Parlamento, enquanto órgão colegiado, sendo exercida através de deliberação do Plenário ou das Comissões. É importante lembrar, também, que essa função é comumente desempenhada no âmbito das comissões permanentes, embora as que mais se destaquem sejam as Comissões Parlamentares de Inquérito, que são comissões temporárias.

Com efeito, a exposição que as CPIs têm na mídia, aliada aos instrumentos de que dispõem para a persecução de seus fins – mais abrangentes do que aqueles à disposição das demais comissões, já que às CPIs expressamente foi conferido pelo legislador constituinte poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – são fatores que fazem com que seu trabalho se destaque. Porém, a hipótese de um

determinado assunto não ser objeto de uma CPI ou a eventual hipótese de não haver CPI em andamento não significa que não esteja ocorrendo fiscalização sobre os atos do Poder Executivo, na medida em que, consoante já salientado, a fiscalização está entre as atribuições cotidianas das comissões permanentes.

Pois bem, no campo da função fiscalizadora assume especial relevância para o bom desempenho desta missão institucional que o Parlamento conte com uma procuradoria devidamente estruturada²⁶, para que nas hipóteses de conflitos ou de resistência infundada por parte do Poder Executivo, possam ser utilizados os meios adequados a fim de assegurar o respeito a esta típica função do Poder Legislativo. Neste ponto cumpre observar que o papel das procuradorias ou órgãos afins de assessoramento jurídico do Poder Legislativo já foi reconhecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, ilustrativamente, do segmento abaixo reproduzido do acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 94/RO:

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade da existência de carreiras especiais para a representação judicial de assembleias e tribunais nos casos em que os poderes em questão necessitem de praticar em Juízo, em nome próprio, uma 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. (DJE 16/12/11)

De outra forma não poderia ser, já que somente através de profissionais vinculados a sua própria estrutura o Poder Legislativo terá condições reais de proteger suas prerrogativas. Com efeito, imagine-se quão anômala seria a situação de estar o referido Poder na dependência da atuação de procuradores vinculados à estrutura administrativa do Poder Executivo, os quais ainda que evidentemente qualificados e comprometidos com suas funções enquanto advogados do ente público e não dos governantes, ficariam, no mínimo, em uma posição bastante delicada e encontrariam obstáculos de toda sorte para poderem adotar as providências cabíveis.

Registre-se, por fim, que na hipótese de óbices à função fiscalizadora do Parlamento, vários são os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados de acordo com a situação concreta que estiver em análise, tais como, mandado de segurança, instauração de processo para apuração de infração político administrativa, condução coercitiva de testemunhas, etc.

²⁶ O que envolve, dentre outros fatores, a existência de uma lei de regência própria da carreira de procurador, a exemplo do que ocorre com as carreiras de advocacia pública situadas na esfera do Poder Executivo; remuneração adequada e que os cargos sejam providos por meio de concurso público.

V. Estrutura da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo Voltada à Função Legislativa do Parlamento Local

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo possui três setores dedicados à atividade legislativa, quais sejam: setor de elaboração legislativa; setor de pesquisa e assessoria de análise prévia das proposições e setor do processo legislativo (artigo 2º, incisos III, V e VI, da Lei nº 14.259/07, com a redação dada pela Lei nº 14.381/07).

Ao setor de elaboração legislativa compete elaborar proposições e substitutivos a pedido dos Vereadores, Mesa, Comissões Permanentes e Temporárias, Secretário Geral Parlamentar e Secretário Geral Administrativo; e assessorar juridicamente Vereadores, Mesa e Comissões na elaboração legislativa.

Já ao setor de Pesquisa e Assessoria de Análise Prévia das Proposituras compete assessorar o Presidente da Câmara na análise prévia de proposições e designação das Comissões Permanentes competentes; realizar pesquisa e informar quanto à existência de similaridade de proposições em trâmite na mesma sessão legislativa e matéria legal em vigor, a fim de orientar o Presidente da Câmara quanto ao exame de admissibilidade das proposições; realizar pesquisa e informar quanto à existência de similaridade de proposições em trâmite na Câmara Municipal de São Paulo e matéria legal em vigor, a fim de fornecer subsídios ao trabalho das Comissões Permanentes e do Plenário.

Por fim, ao setor de Processo Legislativo compete apresentar análise jurídica sobre aspectos de constitucionalidade e legalidade das proposições submetidas à Comissão de Constituição e Justiça; prestar assessoramento e elaborar pareceres jurídicos à Presidência e à Mesa sobre questões regimentais suscitadas dentro ou fora das sessões plenárias; prestar assessoramento e consultoria jurídica à Mesa, à Presidência, aos Vereadores, às Comissões Permanentes, ao Secretário Geral Parlamentar e a quem for determinado pela Mesa.

VI. Considerações Finais

Por meio do presente artigo almejou-se trazer algumas reflexões sobre a contribuição potencial dos órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo para o desempenho das atividades-fim dos Parlamentos, visando colaborar para a boa qualidade da atuação/produção parlamentares.

Espera-se que tenha sido demonstrada a necessidade e a importância de que o Poder Legislativo conte com uma procuradoria própria em sua estrutura, para além do controle de legalidade dos atos administrativos, já que os procuradores podem contribuir no aspecto formal da elaboração das leis, na análise técnica da constitucionalidade dos projetos e para a efetividade da função fiscalizadora.

Tal como ocorre no âmbito do Poder Executivo, em que a atuação dos procuradores guarda relação com a função administrativa, que é a atividade-fim daquele

Poder, também no âmbito do Poder Legislativo se faz imperiosa a presença dos procuradores para que as funções legislativa e fiscalizadora possam se desenvolver em conformidade com o ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, André de Camargo. *Da Capacidade Judiciária da Câmara Municipal – Uma nova abordagem.* BDM – Boletim de Direito Municipal – junho/2008.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O controle legislativo de constitucionalidade.* Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

BENETON, Marco Antonio Hatem. *Algumas notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.* Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Revista Jurídica 9 de Julho. Julho/2003.

CARDOSO, Oscar Valente. *O controle preventivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24916>>. Acesso em: 05/08/13.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional e Política.* Revista Direito Público nº 10 – Out-Nov-Dez/2005, p.5-15.

COPOLA, Gina. *A responsabilidade do Estado por atividade legislativa.* BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro/2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social.* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2002.

FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição.* Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001A/estudo_iniciativpriv.pdf>. Acesso em 02/08/13.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Qual autonomia para as Procuradorias-Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional.* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 146, p. 17-29, abr. 2013.

KLIKSBERG, Bernardo. *Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas.* Disponível em:< <http://www.flem.org.br/paginas/cadernosflem/pdfs/CadernosFlem8-VersaoCompleta.pdf>>. Acesso em: 04/08/13.

MARTINS, Júlio César Werneck. *A advocacia pública e o controle do Estado.* Disponível em: <http://www.anauni.org.br/html/artigos/julio.html>. Acesso em 23/10/12.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* Editora Atlas, 8ª edição, São Paulo, 2011.

NEGRI, André Del. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164.

Julgamento da ADPF nº 153: interpretação equivocada da Lei da Anistia

Paulo Augusto Baccarin¹

Resumo: Propõe-se uma reflexão acerca do julgamento da ADPF nº 153 do STF no tocante ao entendimento da Lei nº 6.683/79, Lei da Anistia, sob o prisma dos conceitos basais de “crime político” e “crime conexo” solidificados já à época da Lei pela doutrina. Considerando a noção de necessária insurgência contra o Estado para perfazimento do crime político, conclui-se equivocada a aplicação da Lei da Anistia em favor dos agentes do Estado que torturaram, sequestraram, mataram e ocultaram cadáveres, de modo que, sendo a autoanistia desprovida de valor perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, caberia submeter o julgamento em comento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Redemocratização. Lei de Anistia. Regime Político. Crime conexo.

Por ocasião da elaboração do relatório da Comissão Municipal da Verdade “Vladimir Herzog”, em atendimento à solicitação do seu relator, vez que designado para assessorar tal comissão na qualidade de Procurador, tivemos a oportunidade de nos debruçarmos com vagar na questão do julgamento da ADPF nº 153, pelo STF, que, emblemático do sinuoso e pusilânime processo de redemocratização do Brasil, entendeu que a Lei nº 6.683/79 era destinada a “ambos” os lados, resistentes e repressores.

Para nossa surpresa, em tal julgamento, verificamos que o STF afastou-se francamente da linha que até então norteava a sua jurisprudência, que tangenciava o tema, observada especialmente nos pedidos de extradição, num julgamento “meta-jurístico”, no dizer, inclusive, de um de seus membros.

As considerações que lá esboçamos foram encampadas e terminaram por constar do Relatório Final de dita Comissão. A seguir, aqui, trazemos à lume o quanto foi expandido.

Impende notar que a Lei nº 6.683, de 28/08/1979, dita Lei da Anistia, é de clareza torrencial, em seu **art 1º**, ao estipular a quem ela se destina, quem são os atingidos por ela, quem são, enfim seus destinatários/beneficiários.

Neste sentido estabelece que “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Exerce a função de Procurador Chefe da Câmara Municipal de São Paulo, nomeado em 03/01/2013.

crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (destaque nosso).

O § 1º do art. 1º dispõe ainda: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

Assim, tal lei veio à lume para anistiar aqueles que tivessem cometido CRIMES POLÍTICOS e CRIMES CONEXOS a eles.

Crimes políticos, a doutrina tanto anterior à Lei nº 6.683/79, como posterior, já definia o que são, classificando-os em crimes políticos puros e impuros (ou próprios e impróprios). Vale dizer, já à época da promulgação desta lei, a definição sobre o que se entendia por crimes políticos, e portanto, a noção exata do que se colocou no texto do art. 1º e seu § 1º era de conhecimento jurídico palmar.

Crime político, já definia a **Enciclopédia Saraiva do Direito**, em edição de 1977,² “É o crime de lesa-majestade (v.). Difere do crime comum, devido a sua natureza política, evidenciada pelo fato de ofender ou ameaçar a ordem política vigente em um país, direta ou indiretamente. É todo delito cujo motivo é de ordem política.

“Existem os crimes políticos puros ou próprios, que tem por objeto jurídico apenas a ordem política, sem que sejam atingidos bens ou interesses jurídicos individuais ou outros do Estado. Na atual LSN, caracterizam-se como puros ou definidos nos arts. 8º, 10, 13, 22, 24 etc. Os crimes políticos relativos ou impróprios expõem a perigo ou lesam também bens jurídicos individuais ou outros que não a segurança do Estado, como os descritos nos arts. 15, 18, 20, 26, 27, 28, 29 etc. A distinção, conforme o art. 2º da LSN, é feita por um critério objetivo-subjetivo, que leva em conta a natureza do interesse jurídico e a intenção do sujeito ativo do crime.” (grifo nosso)

Luiz Vicente CERNICCHIARO³, em edição de 1974, já definia, no mesmo diapasão, em seu “Dicionário de Direito Penal”, que crime político é “Modalidade cometida contra a ordem política do Estado, assim como todo crime, de qualquer categoria, determinado por motivos políticos (CUELLO CALON, Derecho Penal, ed. 1961, pág. 270)”.

MIRABETE⁴, no mesmo sentido, em edição de 1998, continua afirmando:

“Os crimes comuns são os que atingem bens jurídicos do indivíduo, da família, da sociedade e do próprio Estado, estando definidos no Código Penal e em leis especiais. Já os crimes políticos lesam ou põem em perigo a própria segurança interna ou externa do Estado.

² ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO, verbete *crime político*, pg. 408, Volume 21 – Editora Saraiva, 1977, Edição Comemorativa do Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977.

³ Luiz Vicente Cernichiaro, in DICIONÁRIO DE DIREITO PENAL, Volume único – 1ª edição, Editora Universidade de Brasília – 1974

⁴ Mirabete, in MANUAL DE DIREITO PENAL, volume 1– Parte geral, pg 121, Editora Atlas – 23ª edição – 2011.

...

Existem os crimes políticos puros ou próprios, que tem por objeto jurídico apenas a ordem política, sem que sejam atingidos bens ou interesses jurídicos individuais ou outros do Estado. Na atual LSN, caracterizam-se como puros ou definidos nos arts. 8º, 10, 13, 22, 24 etc. Os crimes políticos relativos ou impróprios expõem a perigo ou lesam também bens jurídicos individuais ou outros que não a segurança do Estado, como os descritos nos arts. 15, 18, 20, 26, 27, 28, 29 etc. A distinção, conforme o art. 2º da LSN, é feita por um critério objetivo-subjetivo, que leva em conta a natureza do interesse jurídico e a intenção do sujeito ativo do crime. O genocídio é crime político relativo”.

Crime conexo⁵, por sua vez, na lição de CERNICCHIARO, na obra citada é o “Delito relacionado a outro porque praticado para a realização ou ocultação do segundo, porque estão em relação de causa e efeito, ou porque um é cometido durante a execução do outro. Modalidade unida a outra por um ponto comum. Assim, o crime de homicídio, executado para eliminar a testemunha de um roubo”.⁶

⁵ Obra citada.

⁶ Sobre **crimes conexos**, Damásio de Jesus, aprofunda:

“Pode suceder que o mesmo sujeito pratique vários crimes sem que entre eles haja qualquer ligação. Assim, o sujeito pode praticar um furto; dias depois, um homicídio. Não há qualquer circunstância em comum entre os dois crimes, a não ser a identidade do agente. São independentes.

Ao contrário, pode acontecer que exista um liame, um nexa entre os dois delitos, nesse caso, fala-se em crimes conexos. Assim, o sujeito pode cometer uma infração para ocultar outra. Então, não temos delitos independentes, pois estão ligados por um liame subjetivo.

A conexão pode ser:

- a) teleológica ou ideológica;
- b) Consequencial ou causal;
- c) Ocasional.

Há conexão teleológica (ou ideológica) quando um crime é praticado para assegurar a execução de outro. Ex.: o sujeito mata o marido para estuprar-lhe a esposa. Há dois crimes: homicídio e estupro (art. 213). O primeiro é denominado crime-meio; o segundo, crime-fim. No caso, o homicídio é qualificado pela conexão teleológica (art. 121, § 2º, V, 1ª figura). Os dois delitos permanecem ligados pelo laço de causa e efeito, aplicando-se a regra do concurso material (art. 69, caput). Para que vigore a conexão qualificadora do homicídio é irrelevante a efetivação da intenção do criminoso quanto ao crime-fim, isto é, não importa que não tenha sido sequer tentado (hipótese em que não há concurso).

Existe conexão consequencial (ou causal) quando um crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro.

Exs:

^{1º)} o sujeito, após furtar, incendeia a casa para fazer desaparecer qualquer vestígio. O fato do incêndio é cometido para assegurar a ocultação do furto.

^{2º)} o sujeito, após praticar um crime de dano, mata a testemunha para que ela não o aponte como autor. O homicídio é praticado para assegurar a impunidade do dano.

^{3º)} A, depois de praticar um *conto do vigário* em concurso com B, mata-o para ficar com todo o produto do estelionato, um bem imóvel. O homicídio é cometido para assegurar vantagem em relação ao outro crime, sendo qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, v, última figura.

A ocultação não se confunde com a impunidade. Na primeira, o crime-meio tem por fim o fato criminoso; o agente pretende que o delito não seja conhecido. Na segunda, tem-se em vista o agente; o fato não é ocultado, mas sim é realizada a conduta para que o autor do crime-fim não seja conhecido.

A conexão é ocasional quando um crime é cometido por ocasião da prática de outro. Ex.: subtração de joias da vítima estuprada. O furto é praticado por ocasião do cometimento do estupro, não havendo entre eles relação de meio e fim.” (cf. Damásio de Jesus, in *CURSO DE DIREITO PENAL – PARTE GERAL*, pg 212 e 213, Editora Saraiva, 21ª edição, 1º volume, 1998,.

Assim, crimes políticos são aqueles que são cometidos pelo agente que se insurge contra a ordem de poder estabelecida. *Conexos* a esses crimes políticos, são portanto os que com ele se relacionam em “causa e efeito”, um decorre do outro, no diapasão da definição jurídica palmar de “conexão” acima trazida.

O § 1º da Lei de Anistia, portanto, em NADA inovou, apenas deixou claro que consideravam-se conexos, os crimes comuns (“de qualquer natureza”) com os crimes políticos ou de natureza política, numa CLARA referência que seriam considerados anistiados os crime conexos aos crime políticos puros (“crimes políticos”) e aos crimes políticos impuros (“crimes praticados por motivação política”).

Vale lembrar que esses conceitos jurídico-doutrinários, (crime conexo, crime político puro e impuro) à época da promulgação da Lei da Anistia, eram sobejamente conhecidos e correntes. Assim, não estamos falando de conceitos cunhados “a posteriori”, de modo que se sabia perfeitamente o que se estava pondo na lei.

Ora, assim sendo, é de clareza solar que SÓ podem cometer crimes políticos, e conexos a estes, OS QUE SE INSURGEM CONTRA o Estado. Jamais os agentes do Estado, pois isso é um contrassenso ABSOLUTO ao próprio enquadramento de crime político. A menos que os agentes do Estado também estivessem aliados aos resistentes, e também quisessem DERRUBAR a ordem vigente. Nesse caso, seriam resistentes também. Só assim, pois, para agentes da ordem posta, praticarem crimes políticos.

Portanto, agente de um determinado regime político de um Estado que sequestra, tortura, estupra e mata presos políticos, não está cometendo nenhum crime político, ele está cometendo um crime comum.

Deste modo, fica claro, pelo que se pode conceber como crime político (puro ou impuro, conexo ou não), que só o próprio insurgente político é que pode ser seu autor. E é a esses autores que se dirigiu a lei de anistia. Pois não é concebível que agentes do Estado cometam crimes CONTRA a ordem política vigente, vez que tornar-se-iam então, eles, também, insurgentes.

Por esse motivo, ontológico, a Lei de Anistia não se refere, e portanto, nunca atingiu os agentes do Estado que torturaram, sequestraram, mataram e/ou ocultaram cadáveres.

Ainda que se superasse o óbice ontológico apontado (só o insurgente pode atacar a ordem política vigente, e assim cometer crime político, não o agente de Estado, nesta qualidade), é de se ter ainda em conta que CONEXÃO de crimes, diz respeito a crimes praticados pelo mesmo autor ou coautores, que se relacionam logicamente, inclusive no tempo e espaço. E não, à reação para reprimir crimes políticos. E reprimir, diga-se, ao arrepio da lei (vez que nenhuma norma no Brasil existiu que determinasse a tortura ou a morte de presos ou que se ocultasse cadáveres).

Entretanto, estranhamente, no julgamento da ADPF nº 153 o Supremo Tribunal Federal, destoando de toda sua construção jurisprudencial até então observada nos pedidos de extradição, mudou de rumo e criou, aí sim, um conceito de “conexão” jamais visto nos anais da jurisprudência ou doutrina brasileiras.

Criou um conceito próprio e tão amplo de conexão, encontrando-o no § 1º da Lei n. 6.683/79, que se tornaram “conexos” aos crimes políticos perpetrados pelos resistentes ao regime, até mesmo a reação ilegal dos agentes do Estado.

E assim, nesse “passe de mágica” declarou-se que os agentes de Estado, em reação (ilegal, vez que a tortura, a morte e a ocultação de cadáver jamais foram previstas em lei ou ato) aos resistentes políticos também estavam anistiados de seus crimes comuns.

A interpretação assumidamente “metajurídica” (Peluso) encontrada pelo STF para o conceito de “conexão” dada no julgamento da ADPF nº 153 constituiu-se em um exemplo de evidente equívoco daquele Tribunal, e efetivamente, um obstáculo à reparação das vítimas e seus familiares, e ao fim e ao cabo, ao resgate da verdade e da justiça.

Não bastasse, é fato que na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a autoanistia é absolutamente nula e sem nenhum valor.

Também está consolidado no Direito Internacional que a tortura sistemática cometida por um determinado governo, durante um prazo razoável, é considerada crime contra a humanidade.

Diante desses fatos, bem como, do disposto no art. 5º, § 3º, da CF/88, e ainda dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, nos parece que o julgamento da ADPF nº 153 levado a cabo pelo STF, deve ser submetido, dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para que esta, no exercício de suas atribuições, se pronuncie sobre tal.

Pareceres

Base de Cálculo de Horas Extras
Art. 39 da Lei nº 13.637/03 – Inconstitucionalidade
Flagrante
Art. 7º, inc. XVI c/c art. 39, § 3º da CF/88
Descumprimento da Norma Inconstitucional pelo
Administrador Público
Propostas para Sanar a Apontada Antinomia
Parecer nº 239/2006

Paulo Augusto Baccarin¹

Senhora Advogada-supervisora:

Consulta-nos o Senhor Advogado-chefe da ACJ acerca das medidas judiciais cabíveis face às conclusões dos **Pareceres nº 333/05 e 054/06 da ACJ 1**.

Na verdade, a questão em foco é o quanto dispõe o art 39 da Lei nº 13.637/03 (Reforma Administrativa) em face do disposto na Constituição Federal nos art. 7º, inc. XVI c/c art. 39, § 3º (bem como, nos art. 124, §3º da Constituição Estadual e art. 89 da Lei Orgânica, desde logo alertamos).

Com efeito, dispõem tais artigos:

Art. 39 da Lei nº 13.637/03: Para efeito da remuneração por horas extras e horas de serviço noturno, considerar-se-á o valor do vencimento básico do servidor integrado na forma dos artigos 23 e 24, desta lei; padrão de vencimento do servidor que permaneceu, por opção, na situação anterior a esta lei e padrão do servidor celetista (grifos nossos).

Art. 39, §3º da CF/88: Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ...XVI, ... ;

Art. 7º, “caput” e inc. XVI da CF/88: São direitos dos trabalhadores rurais e urbanos ... ;

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (grifos nossos).

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Exerce a função de Procurador Chefe desde janeiro de 2013.

Ora, como se pode notar, o art 39 da lei municipal está em frontal desacordo com o disposto na Constituição Federal.

A Lei Maior textualmente está a garantir aos servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada que a “hora extra” devida seja da ordem de 50% a maior daquilo que é pago a título de REMUNERAÇÃO pelo trabalho normal.

Ora, para que isso possa matematicamente ocorrer, mister é que a “hora extra” seja calculada com base na REMUNERAÇÃO e não com base no PADRÃO DE VENCIMENTO percebido pelo servidor.

Isto porque, como é lição palmar na doutrina, REMUNERAÇÃO significa “... *Atualmente... o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários, quer não. Assim, abrange o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade*”². *Nesses termos, a palavra ‘remuneração’ é comumente usada em lugar da locução vencimentos*” (cf. Diógenes Gasparini, in “Direito Administrativo”, pg. 182, 10ª ed., Saraiva, 2005)

Já o padrão de vencimento é sinônimo de vencimento. Neste sentido, esclarece ainda Diógenes Gasparini, na obra citada: “*Vencimento tem aceção estrita e corresponde à retribuição pecuniária a que faz jus o servidor pelo efetivo exercício do cargo. É igual ao padrão ou valor-de-referência do cargo fixado em lei*”. (destaques no original, grifo nosso).

Assim sendo, face ao assegurado na Constituição, vários servidores da Edilidade têm protocolado pedidos administrativos no sentido de que seja respeitado o disposto na Lei Maior quanto ao pagamento de suas horas extras, vale dizer, que o cálculo se dê sobre o total da remuneração percebida, e não apenas e tão somente tomando por base o vencimento padrão de cada qual, como determina o art. 39 da Lei nº 13.637/03.

Instada a se manifestar, a ACJ 1, através dos Pareceres retrocitados, manifestou-se no sentido de que o mandamento constitucional deva prevalecer sobre mera lei ordinária, uma vez verificado o confronto, como no caso.

Desta forma, verificada tamanha antinomia no Ordenamento, entre a lei municipal e a Constituição da República, formula-nos a Chefia de ACJ qual seria o encaminhamento possível para saná-la.

Estes os quadrantes da questão. Passemos, pois, aos possíveis encaminhamentos.

Por primeiro, cumpre enfrentar a questão sob o prisma administrativo dos pedidos que estão sendo protocolados pelos servidores desta Casa.

Neste sentido, **endossamos as conclusões dos Pareceres citados.**

Com efeito, a Constituição da República é o fundamento de validade de TODO o Ordenamento jurídico, e como corolário da rigidez constitucional (art. 60 da CF/88) o que com ela colida, frontalmente, é tido por inválido, não gerando efeitos. Mormente quando a investida inconstitucional se dá contra o indivíduo, sob patrocínio e benefício indevido da Administração (na jurisprudência do STF, ressalve-se, por vezes, se reconhecem e têm-se por consolidados os efeitos de normas e atos inconstitucionais quando, em razão do decurso de tempo e inexistência

² Antigamente, esclarece o mesmo autor, o termo *remuneração* compreendia somente a parte representada por “*quotas de produtividade*” – valor variável, calculado sobre sucumbências e multas arrecadadas pelos servidores.

de má-fé por parte do indivíduo beneficiado, opta-se pela segurança jurídica das relações estabelecidas).

Aliás, do contrário, as normas constitucionais desnaturalizar-se-iam, e ontologicamente, perderiam a razão de ser.

Isto porque no arcabouço lógico-jurídico do Ordenamento encontra-se a necessária supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do mesmo, condição estruturante “*sine qua nom*” dos sistemas jurídico-políticos modernos, que encontram na Constituição posta seu fundamento de validade (e na norma fundamental pressuposta, o fundamento daquela).

Outrossim, na mais palmar noção de Constituição, aliás, temos que a mesma cuida de estabelecer regras que, fundamentalmente, visam estruturar o Estado e impor-lhe limitações ao exercício do poder, estabelecendo, por outro lado, direitos e garantias aos cidadãos face às investidas daquele.

Ora, no caso em tela, temos que a **Constituição**, no Capítulo dos Direitos Sociais, em seu **art. 7º, inc. XVI** estabelece o direito à percepção das horas extras laborais tendo por base de cálculo a **remuneração** (o total) paga ao trabalhador e não parte do seu “*soldo*” (note-se que não fosse assim, matemática não muito profunda, transformaria essa conquista dos trabalhadores, sejam do setor público ou privado, em migalha, esvaziando este direito social por inteiro).

Para que não pairasse dúvidas ainda a respeito, o **art. 39, § 3º da CF/88**, no Capítulo “*Da administração Pública*”, Seção II “*Dos Servidores Públicos*”, explicitamente dispôs que tal direito se estenderia àqueles que laboram no setor público (note-se que, ainda que assim não fosse, não poderia ser diferente, pois, do contrário estar-se-ia violando o princípio da igualdade, criando-se distinção sem qualquer lógica, pois o “trabalho”, quer no setor público, quer na iniciativa privada, continua tendo ontologicamente a mesma natureza – apenas o tipo de vínculo jurídico sob o qual se estabelece a relação laboral é que pode diferir – e, portanto como “*ubi ius, ubi ratio*”, as horas extras a maior seriam devidas de qualquer forma a todos. Não por outra razão o direito à sobre remuneração na jornada laboral extraordinária está topologicamente no capítulo “*Dos Direitos Sociais*” dentro da Constituição).

Mas, não bastasse a supremacia das normas constitucionais já citada e seus consequentes lógico-jurídicos, temos ainda que a **Constituição Estadual**, em SIME-TRIA à Federal, estabelece em seu **art. 124, § 3º**, no Título III, “*Da Organização do Estado*”, no Capítulo “*Dos Servidores Públicos do Estado*” o MESMO direito à horas extras sobre a Remuneração, “*in verbis*”: “*Aplica-se aos servidores a que se refere o ‘caput’ deste artigo o disposto no art. 7º, ..., XVI, ... da Constituição Federal*”(grifos nossos).

E, no mesmo diapasão, a própria **Lei Orgânica de São Paulo**, em atenção ao art. 144 da Constituição Estadual, textualmente dispõe, no seu **art. 83**: “Para a organização da administração pública direta e indireta é obrigatório, além do previsto nos art. 37 e 39 da Constituição da República...” (grifos nossos).

Entretanto, apesar de tudo isso, o art. 39 da lei nº 13.637/03 dispõe no sentido de que a base de cálculo deve ser **menor**, do que aquela constitucionalmente

prevista, vale dizer, as horas extras devem ser calculadas sobre o padrão de vencimento e não sobre o total da remuneração percebida pelo servidor.

Diante de tal afronta às normas superiores que regem a matéria, **impõem-se a desconsideração, pela autoridade administrativa desta Edilidade, do quanto disposto no art. 39 da Lei nº 13.697/03, com supedâneo no quanto já discorrido nos Pareceres nº 333/05 e 054/06 da ACJ 1e nesta manifestação.**

Do contrário, a pretexto do cumprimento de uma norma, (inconstitucional, diga-se de passagem) **configurar-se-á enriquecimento ilícito da Administração.**

A questão na Jurisprudência pátria também está no mesmo diapasão desde há muito.

O tema então aparece sobre a rubrica de inexecução de ato normativo pelo chefe do Poder Executivo sob o argumento de inconstitucionalidade.

Embora se refira especificamente ao Chefe do Poder Executivo, a argumentação nesses casos expedida se aplica ao vertente caso, vez que, apesar de estarmos no Poder Legislativo, estamos tratando, “*in casu*”, do atípico exercício de suas funções, qual seja a administração de seu pessoal próprio, como corolário da separação dos Poderes.

“*En passant*”, tão antiga quanto a teoria da separação dos Poderes, o é também a constatação de que a mesma não é totalmente “pura”, sendo que o Legislativo e o Judiciário, por exemplo, a par de suas funções primordiais, típicas por assim dizer (legislar e decidir o direito no caso concreto), também exercem funções administrativas (neste sentido, atípicas).

Retornando, assim, ao tema, no MS nº 156.451 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, (rel. Des. Antonio Chaves – doc. 01) lê-se:

“Ao executar a lei, cumpre ao Executivo verificar a sua constitucionalidade. Isso porque lei inconstitucional é nula.

A matéria tem sido objeto de reiteradas manifestações deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Assim, no mandado de segurança nº 128.077, encareceu a Colenda Quarta Câmara Civil, em venerando acórdão de 7/11/1963, relator o Exmo. Sr. Des. Bandeira de Mello: ‘Ao executar as leis cumpre ao Executivo verificar a sua constitucionalidade. Isso porque lei inconstitucional é nula e írrita, e, portanto, não deve ser aplicada. Antes de o Executivo observar as leis lhe cabe o encargo maior de fazer respeitar a Constituição. Por conseguinte, apresenta-se até inverossímil a execução por ele de lei inconstitucional. Legítimo, assim, o ato do Executivo ao negar a força de lei, por padecer da nulidade e, por conseguinte, inexistir juridicamente, a contrária à Constituição’.

Na verdade, lei inconstitucional é lei juridicamente inexistente; seria superfeição pretender executá-la, a título precário, para posterior revogação dos atos praticados, com graves inconvenientes.”

No julgamento do MS nº 127.559, ainda pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (rel. Des. Coelho de Paula , *in* RDA 85 – **doc. 02**), afirma-se:

“Pois, com a eiva da inconstitucional, a lei em questão não seria tal, porque sobre ela e antes dela pairava a Constituição, que, essa sim, devia ser obedecida.

Isso porque, negando-se a aplicar a lei inconstitucional, apenas estaria desconhecendo uma lei nula e que nascera morta, por não ter tido momento algum de validade, como já decidira este Tribunal (Revista dos Tribunais , vol. 323/341)

No mérito, a denegação do pedido era de rigor. Ao chefe do Poder Executivo é lícito deixar de executar lei que considere inconstitucional, até, que o Poder Judiciário, provocado por quem de direito, decida a respeito da constitucionalidade ou não da lei.”

E na expressiva decisão no MS nº 15.886-DF, o STF reconheceu à autoridade administrativa o direito a não cumprir um ato normativo por inconstitucional, após exaustivos debates (cf. RTJ do STF, vol. 41 – **doc. 03**).

Deste julgado, vale destacar as lições dos eminentes ministros Cândido Motta Filho e Prado Kelly:

“O Sr. Ministro Cândido Motta Filho: Sempre sustentei que toda lei é presumidamente constitucional.

Porém, isso não impede que o Poder Executivo, como guarda que também é da Constituição, se recuse a cumprir a lei, quando evidente e indisputável, a sua inconstitucionalidade.

Rui, que cita ao propósito inúmeros tratadistas americanos, diz, em seus Atos Inconstitucionais: “descumpre-se a lei para cumprir a Constituição.”

...

“O Sr. Ministro Prado Kelly: Até esta oportunidade, depõem todos os precedentes citados: a reação está admitida na jurisprudência do Supremo, está justificada na própria opinião expendida, com sua autoridade, pelo eminente Relator. Está certa a doutrina? Havia bons fundamentos para defendê-la? Tenho que sim, Sr. Presidente. Em primeiro lugar, pelo princípio da hierarquia das leis. Desde que se situa a Constituição acima de todos os outros textos, ao aplicador ou intérprete se depara uma opção; se as normas colidem, opta-se entre a Constituição e a lei. Assim, quando o intérprete aplica a Constituição, não está infringindo a lei. A questão a resolver converte-se noutra: se existe incompatibilidade entre a lei e a Constituição. O Presidente da República, ao

dar primazia, para ato seu, a um dispositivo constitucional sobre o dispositivo legal, permanece fiel ao seu juramento de obediência à Constituição. Tais os conceitos correntes em doutrina. Mas todos os constitucionalistas realçam (depois do famoso ensinamento de Marshall, na América do Norte, e a lição de Rui Barbosa, no Brasil) a nulidade de qualquer norma que entre em colisão com a norma constitucional.

Li, com a atenção que me merece, o parecer de um dos maiores juristas que o Brasil tem tido, o Professor Francisco Campos: mas li também outros conceitos seus, ainda agora repetidos em obra do Professor Temístocles Brandão Cavalcanti (Do controle da constitucionalidade): "Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido."

Entretanto, sobreleva nos casos vertentes que a inexecução de um ato normativo por inconstitucionalidade decorreu de um ato próprio do Chefe do Executivo, declarando a recusa em cumprir a lei inconstitucional, servindo este, então, de orientação aos agentes administrativos inferiores.

De fato, não faria sentido que o juízo de inconstitucionalidade de uma lei ficasse ao talante das centenas ou milhares de autoridades administrativas encarregadas de expediente diário.

Ainda no esteio da jurisprudência pátria, também o eminente ministro Moreira Alves, na Reclamação nº 980, (*in* RDA 140 – **doc.04**) a qual relatou, assinalou:

"O Sr. Ministro Moreira Alves: ... Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação – que em largos traços, expus – dos que têm entendimento igual.

E assim entendo nos casos em que esse descumprimento ocorre na recusa da prática de um ato concreto, não vejo razão para não entender o mesmo quando, configurado objetivamente a espécie de inconstitucionalidade a que visa – o que impede abusos de autoridades inferiores, em detrimento, não só do particular, mas igualmente da própria administração Pública – o Chefe do Poder Executivo determina a seus subordinados, por ato normativo, que se recusem a cumprir leis eivadas de inconstitucionalidade daquela espécie."

Na doutrina, outrossim, precisas são as lições de Elival Silva Ramos³, “*in verbis*”(doc. 05) :

“ ...

Em outras palavras, compete ao Poder Legislativo revogar a legislação precedente, se assim o deliberar, mas não atacá-la no plano da validade, anulando-a ou declarando-a nula.

...

Se a lei inconstitucional é nula de pleno direito e destituída de toda e qualquer eficácia desde o seu nascimento, o que o Executivo faz é simplesmente reconhecer ou declarar essa situação. Tal declaração, por certo, não vincula terceiros, que sempre poderão questionar em juízo o entendimento da Administração, prevalecendo, afinal, o que o Poder Judiciário decidir a tal respeito. Todavia, não há como se pretender que o poder Executivo, obrigado que está, tanto quanto os demais poderes, a observar a Constituição, a deixe de lado para cumprir a lei que se lhe parece inconstitucional.

No Brasil, ‘a tese de que o poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa’, consoante assinou Adroaldo Mesquita da Costa, em parecer exarado no exercício do cargo de Consultor-Geral da República. E vitoriosa, complementamos nós, na doutrina, mas, especialmente, na jurisprudência do Supremo tribunal Federal.

...

Ao proferir o seu voto, na condição de relator, o Ministro Moreira Alves fez uma breve resenha, até então, da jurisprudência do tribunal, colecionando opiniões doutrinárias que, majoritariamente, sufragavam a tese de que ao Poder Executivo é lícito descumprir a lei inconstitucional. Concluiu, filiando-se a essa tese, nos termos seguintes:

‘Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para defesa de seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?’

Não nos parece, entretanto, que esse poder-dever da administração seja isento de certos condicionamentos.

³ A inconstitucionalidade das leis. São Paulo : Saraiva, 1994. p.238

Inicialmente, por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob alegação de inconstitucionalidade legislativa, deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa.

...

O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle em via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção a aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos ab initio ao ato impugnado.

...

Independentemente de apresentarem eficácia plena, contida ou limitada, todas as normas constitucionais podem atuar como parâmetro da inconstitucionalidade. Mesmo a parametricidade direta das normas de eficácia limitada é inegável, apesar da maior dificuldade na caracterização do vício, em face da profunda imprecisão semântica especialmente das normas programáticas.

...

Dentre as várias possibilidades de interpretação de uma norma legal, deve-se orientar o hermenêuta pela finalidade de produzir a harmonia intra-sistemática, afastando as exegeses que conduzam à inconstitucionalidade.

...

O combate ao vício de inconstitucionalidade, em prol do princípio da supremacia constitucional, é extremamente importante para a Democracia por fortalecer: o Estado de Direito; o respeito aos Direitos Humanos Fundamentais; o consenso mínimo que deve existir em torno das instituições que canalizam a participação política; a separação de Poderes; e a estrutura federativa. O resguardo à supremacia constitucional é ainda mais vital às instáveis Democracias dos Estados em desenvolvimento, atribuindo maior estabilidade às suas instituições políticas.

...

Já o Poder executivo, especialmente nos sistemas, como o nosso, que agasalham a sanção de nulidade, tem o poder-dever de descumprir a lei inconstitucional. Essa faculdade, todavia, apresenta certos limites, devendo ser exercida pelo Chefe do Poder, em decisão consistentemente fundamentada e em sintonia com a orientação do Tribunal incumbido de dar a última palavra em matéria de constitucionalidade."

Destarte, por todo o exposto, aliado ao fato de que se trata de inconstitucionalidade patente, sugerimos:

Que seja elaborado pela Mesa/ Presidente um ato administrativo no sentido de orientar os agentes administrativos desta Edilidade a tomar em consideração a REMUNERAÇÃO/VENCIMENTOS (total) percebidos pelo servidor, quando do cálculo de suas horas extras, conforme determina a Constituição da República, desconsiderando-se o disposto no art. 39 da Lei municipal nº 13.637/03;

Outrossim, para harmonizar formalmente a legislação municipal, sugerimos a propositura de um projeto de lei no sentido de harmonizar, pois, a redação do atual art. 39 da Lei nº 13.637/03 com o disposto na CF/88, e por conseqüência, na Constituição do Estado e na Lei Orgânica Municipal.

Como tal medida, porém, a rigor, depende de circunstâncias políticas, e não apenas técnico-jurídicas, envolvendo mesmo a aquiescência de outro Poder (sanção), e vez que o preceito contido na Constituição Federal (art. 7º, inc. XVI) acha-se repetido na Constituição Estadual (art. 124, § 3º), e esta então conflita com a norma municipal em apreço, outra hipótese de solução definitiva seria a propositura, junto ao Poder Judiciário (TJ-SP), de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte da E. Mesa desta Câmara.

No mais, é de bom alvitre lembrar que a **manutenção desta situação** de antinomia entre a lei municipal e a Constituição Federal **institucionaliza** uma fonte de litigiosidade entre a Câmara e os servidores lesados que inevitavelmente desaguará no Judiciário, com resultados desfavoráveis de todo previsíveis, desde logo, em desfavor da Edilidade, gerando, pois, pagamentos acrescidos de juros e correção, **sempre em desfavor do Interesse Público primário.** (cf. R. Alessi)

É como analiso e submeto a questão.

São Paulo, 28 de junho de 2006.

Paulo A. Baccarin
OAB/SP nº 138.129

Clipping Eletrônico – Considerações acerca da licitação do tipo Técnica e Preço

Parecer CJL nº 09/11

Conceição Faria da Silva¹

Sr. Pregoeiro,

Em atendimento ao solicitado por V. Sa., passo à análise preliminar da Minuta de Edital de fls. 429/477 e ao exame da manifestação do Sr. Diretor de Comunicação Externa desta Casa Legislativa.

O Pregão nº 04/2011, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para execução de serviços de captação, seleção e digitalização de matérias jornalísticas sobre a Câmara Municipal de São Paulo, com criação de *site* para divulgação do material clipado, foi suspenso “*sine die*” por sugestão do atual Diretor de Comunicação Externa da Câmara Municipal de São Paulo, para readequação das especificações técnicas, conforme Ata de Reunião nº 37/2011(fl. 423) publicada no D.O.C.S.P. de 17.03.2010, pág. 83, 4ª col. (cf. fl. 425).

Note-se que a empresa XXXXXX apresentou impugnação ao Edital (cf. fls. 417/422), contudo a D. Comissão de Julgamento de Licitações deixou de apreciá-la, em razão de o certame encontrar-se suspenso, conforme Ata de Reunião nº 41/2011 (fl. 426), publicada no D.O.C.S.P. de 18.03.2011, pág. 58, 3ª col. (cf. fl. 428).

Às fls. 429/477, o Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP juntou aos autos Minuta de Edital de Pregão do tipo Melhor Técnica e Menor Preço, e às fls. 478/479, apresentou os motivos das alterações propostas.

Em primeiro lugar, cumpre observar que os tipos de licitação são estabelecidos pela Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), no artigo 45, § 1º e § 5º:

“Art. 45 [...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II – a de melhor técnica;

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal, graduada em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

III – a de técnica e preço;

IV – a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

[...]

§ 5º É vedada a utilização de outros tipo de licitação não previstos neste artigo”.

Por sua vez, o art. 4º, X, da Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), estabelece:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observando os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;” (destaquei).

Assim, a Minuta de Edital, nos moldes apresentados pelo Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP, não se coaduna com a modalidade licitatória Pregão. Outrossim, da manifestação apresentada às fls. 478/479, depreende-se, salvo melhor juízo, que o que se pretende seria uma licitação do tipo técnica e preço.

Definido o tipo de licitação que se pretende adotar, qual seja, técnica e preço, e excluída a modalidade de licitação Pregão, o próximo passo é verificar qual seria a modalidade cabível no presente caso.

Adotando-se como parâmetro a pesquisa de preços consubstanciada no mapa de preços de fls. 313, verifica-se que o valor médio apurado no mercado para o objeto do Edital de Pregão nº 04/2011 que se encontra suspenso é de R\$ 660.800,00. Portanto, de acordo com o critério de valor apontado pelo art. 23, II, c, da Lei Federal nº 8.666/93, a modalidade a ser adotada seria, em princípio, concorrência.

Cumprido observar que, uma vez alterado o objeto, deverá ser realizada nova pesquisa de preços para nova reserva de recursos orçamentários e para deliberação da E. Mesa Diretora desta Edilidade, inclusive, se o caso, para eventual adequação da modalidade licitatória.

Entretanto, antes de tudo, há que se observar que, de acordo com o art. 46, da Lei Federal nº 8.666/93:

“Art. 46 Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior”.

O § 4º do artigo anterior a que se refere o dispositivo legal em comento refere-se a bens e serviços de informática.

Na manifestação de fls. 478/479, o Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP afirma:

“Em que pese o serviço ser produzido por sistema computadorizado, entendendo que o serviço que se quer licitar é de natureza predominantemente técnica, requerendo de seus executores aptidão profissional para ler, interpretar e classificar informações jornalísticas divulgadas pelas mídias. Ou seja, trata-se de um serviço que requer a aplicação intensiva e específica de determinada técnica jornalística”.

Considerando essa assertiva, verifica-se, em uma primeira análise, que o objeto pretendido para a futura contratação não se enquadra às exigências legais.

O Ministro Benjamim Zymler do Tribunal de Contas da União – TCU, Relator do Acórdão nº 2471/2008 do Plenário, esclarece o que seria “natureza predominantemente intelectual”:

“Aduzo que tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humana são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos”.

Contrastando o conceito trazido pelo Ministro Benjamim Zymler com a manifestação do Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP, extrai-se, salvo melhor juízo, que a técnica jornalística a ser adotada para a execução do objeto que se pretende licitar é pré-estabelecida e conhecida, não se subsumindo perfeitamente à expressão “natureza predominantemente intelectual”.

Corroborando com esse entendimento, o Tribunal de Contas da União², cujas decisões consistem em paradigmas para a Administração Pública em geral, tem determinado a anulação de certames em que o órgão tenha adotado um desses tipos de licitação especiais (melhor técnica ou técnica e preço) em que não predomina o caráter intelectual. A propósito, merece destaque o Acórdão nº 653/2007 do Plenário, relatado pelo Min. Benjamim Zymler:

“2. É vedada a licitação do tipo ‘técnica e preço’ quando não estiver perfeitamente caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. 46, ‘caput’, da Lei nº 8.666/93” (destaquei).

² Precedentes: TCU, Acórdãos n.os 653/2007, 2.118/2008, 2.471/2008, 237/2009, 265/2010 e 767/2010, todos do Plenário.

Assim, é necessário que se verifique se o rol de serviços descritos no Anexo I – Termo de Referência – Especificações Técnicas do futuro Edital, em sua maioria, possui natureza predominantemente intelectual, de forma a permitir a opção pelo tipo de licitação técnica e preço.

Importante observar que, em alguns momentos, na execução de quase todos os serviços, senão de todos, exige-se algum ou alguns serviços com caráter intelectual, contudo, nem sempre este será predominante.

Assim, deve existir a certeza positiva de que a maioria dos serviços que compõem o objeto a ser licitado possui natureza predominantemente intelectual, sob pena de o gestor público incorrer em flagrante ilegalidade.

Em relação à natureza predominantemente técnica, apontada pelo Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP, esta não é apta a ensejar a escolha do tipo de licitação técnica e preço, pois no acórdão supracitado o Min. Relator Benjamim Zymler aponta que a concentração num mesmo certame de serviços de natureza ampla e distinta pode ser a causa da complexidade do objeto e da exigência de aspectos técnicos e de gestão diferenciadas, sem que isso signifique que a natureza das atividades descritas, consideradas individualmente, seja predominantemente intelectual.

Marçal Justen Filho³, renomado autor no ramo de licitações e contratos administrativos, ensina que:

“É necessário insistir acerca da distinção entre critério técnico de identificação do objeto licitado e critério técnico de julgamento. São questões radicalmente distintas, que desempenham funções inconfundíveis...”

Mais adiante, o autor prossegue:

“Sob um certo ângulo, poderia afirmar-se que a licitação visa a selecionar a melhor proposta possível, inclusive do ponto de vista técnico. Mas a distinção entre licitação de menor preço e de técnica não se relaciona imediatamente com essa questão”.

Ademais, na manifestação de fls. 478/479, o Sr. Diretor de Comunicação Externa afirma:

“Quero dizer que o critério de MENOR PREÇO não é suficiente ou adequado, no caso em exame, para se encontrar a proposta mais vantajosa para a Câmara, e sim a combinação de TÉCNICA E PREÇO. Adotar exclusivamente o critério de menor preço nos dá uma indiscutível garantia – ter, quase seguramente, o pior serviço do mercado”.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2008, 12ª ed., p. 573 e 580.

Data venia, esse entendimento não é acolhido pelos Tribunais judiciais, tampouco pelas Cortes de Contas, bem como pela doutrina especializada no assunto. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu⁴:

“2 – O esmero na contratação de serviços de qualidade pode ser alcançado por meio de critérios objetivos e racionais de qualidade, que não justifica a forma licitatória técnica e preço”.

Marçal Justen Filho⁵ afirma que é *“profundamente incorreto reputar que a licitação de menor preço destina-se a adquirir produtos de qualidade inferior”* e ensina que a Administração pode adotar licitação de menor preço impondo um padrão máximo⁶ de qualidade, haja vista que a Administração sempre objetiva a melhor prestação possível.

O mesmo autor⁷ afirma, ainda, que *“é perfeitamente possível que uma prestação de natureza predominantemente intelectual seja objeto de licitação de tipo menor preço”*, pois a Administração Pública deve *“exigir sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável”*.

Da lição do eminente jurista conclui-se que o objeto que se enquadra na licitação de tipo técnica e preço pode ser objeto de licitação de tipo menor preço e, portanto, na modalidade Pregão. Contudo, o inverso não é verdade. O objeto que se enquadra na licitação de tipo menor preço não pode ser objeto de licitação de tipo técnica e preço, pois esta última é licitação de tipo especial, que não constitui opção discricionária, mas vinculada ao preenchimento do requisito *“serviços de natureza predominantemente intelectual”*, cujo art. 46, *caput*, da Lei nº 8.666/93, traz um rol exemplificativo que pode auxiliar na elucidação do caso concreto.

Isto posto, faço as seguintes recomendações:

1 – Recomendo que o presente processo seja encaminhado ao Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP para que seja esclarecido, de forma objetiva, clara e detalhada, se as atividades descritas no Anexo I – Termo de Referência – Especificações Técnicas da Minuta de Edital ora apresentada, isoladamente consideradas, constituem, em sua maioria e sem margem de dúvidas (conforme acima exposto), serviços de natureza predominantemente intelectual.

Cumpra observar que tais esclarecimentos do Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP são determinantes para avaliação jurídica do enquadramento ou não do objeto a ser licitado à hipótese legal descrita no art. 46, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93. Outrossim, conforme explicitado no presente Parecer, não se trata de

⁴ TRF 1ª Região. AG 1997.01.00.023107-7/DF. 2ª Turma. DJ 29 jan. 2002.

⁵ Ob. Cit. p. 581.

⁶ Por equívoco, constou a palavra ‘máximo’ onde deveria constar ‘mínimo’.

⁷ Ob. Cit. p. 579.

opção preferencial ou discricionária, mas de tipo licitatório especial, cuja aplicação depende de decisão motivada e excepcional.

1.1 A fim de atender à urgência recomendada pela E. Mesa desta Casa Legislativa, conforme informado às fls. 479, caso o Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP responda afirmativamente ao questionamento acima, recomendando que os autos sejam encaminhados à SGA.22 para realização de nova pesquisa de preços, com os parâmetros a serem delineados pelo Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP, de forma a possibilitar êxito na pesquisa.

1.1.1 – Após a realização da pesquisa de preços e obtido o preço médio de mercado, recomendando que o processo seja encaminhado à SGA.23 para verificação da disponibilidade orçamentária.

1.1.2 – Motivada a escolha do tipo de licitação técnica e preço, efetivada a pesquisa de preços do objeto a ser licitado com os novos contornos dados pelo Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP e havendo recursos orçamentários disponíveis, recomendando que o processo seja encaminhado à E. Mesa para análise e deliberação acerca da revogação ou não da Decisão de Mesa nº 1040/2011 (fl. 319) que autorizou a abertura do Pregão nº 04/2011 que se encontra suspenso e da abertura ou não de novo processo licitatório na modalidade Concorrência do tipo técnica e preço.

Para análise da E. Mesa cumpre apontar o que segue:

- a) A Minuta de Edital de Concorrência do tipo técnica e preço apresenta maior complexidade em face de uma Minuta de Edital de Pregão, o que demanda maior tempo na sua elaboração pela D. Comissão de Julgamento de Licitações e maior tempo na análise jurídica, em obediência aos termos do art. 38, Parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93;
- b) O Edital de Concorrência, quando a licitação for do tipo técnica e preço, deverá ser publicado com antecedência mínima de 45 dias da realização do certame, conforme determina o art. 21, § 2º, I, b, da Lei nº 8.666/93;
- c) De acordo com o art. 41 e parágrafos, existe a possibilidade de ocorrência de impugnação ao Edital que, eventualmente, pode acarretar a suspensão do certame;
- d) Os prazos recursais a serem adotados são os previstos na Lei Federal nº 8.666/93 e são mais extensos do que os previstos na Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão);
- e) A modalidade de licitação Concorrência enseja a formação de uma Subcomissão de Julgamento de Licitações composta por, no mínimo, 7 (sete) membros, sendo presidida pelo Sr. Presidente da Comissão de Julgamento de Licitações, nos termos do disposto no art. 2º do Ato nº 978/07.

Em síntese: a licitação na modalidade Concorrência demanda maior tempo, o que poderá acarretar, de acordo com o juízo de conveniência e necessidade da Alta Administração, a prorrogação do ajuste firmado com a atual contratada que presta esses serviços para a CMSP, por período suficiente à viabilização da nova contratação decorrente do certame.

1.2 – Se a resposta do Sr. Diretor de Comunicação Externa da CMSP for negativa, ou mesmo positiva, caso a E. Mesa Diretora desta Casa Legislativa decida pela manutenção da Decisão de Mesa nº 1040/2011, a Minuta de Edital de Pregão nº 04/2011 poderá sofrer ajustes de ordem técnica, inclusive, levando-se em conta o exposto na impugnação da empresa XXXXX.

Se os ajustes acarretarem alteração substancial no objeto a ser licitado, recomenda-se a realização de nova pesquisa de preços e, se for o caso, readequação da reserva de recursos orçamentários e consequente reapreciação pela E. Mesa.

Ademais, na mesma hipótese, a impugnação apresentada pela empresa XXXXX deverá ser apreciada pela D. Comissão de Pregão.

É o Parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa., ressaltando que a opção pelo tipo de licitação técnica e preço não está sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade pela Administração, mas sim ao princípio da legalidade estrita, haja vista o requisito objetivo de o serviço ter a característica de natureza predominantemente intelectual, sob pena, inclusive, de responsabilização dos gestores públicos que optarem por esse tipo especial de licitação sem que esteja preenchido esse requisito objetivo.

São Paulo, 25 de março de 2011.

Conceição Faria da Silva

Procuradora Legislativa

OAB/SP 209.170

Consulta Sobre a Legalidade de Publicação de Jornal Impresso para Divulgar as Ações Institucionais da CMSP e dos 55 Vereadores

Parecer N° 96/2011

Érica Corrêa Bartalini de Araujo¹

Sr. Procurador Legislativo Supervisor Substituto

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Comunicação Externa da CMSP, por meio da Assessoria de Imprensa Institucional, solicitando a elaboração de parecer acerca da legalidade de publicação de um jornal impresso com o fim de divulgar as ações institucionais da CMSP e dos 55 vereadores.

Indaga a Assessoria acerca da legalidade da medida, tendo em vista a existência do §1º do art. 37 da Constituição Federal, que proibiria o aparecimento de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos na publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos.

Relata, ainda, que a Câmara dos Deputados tem uma publicação impressa (Jornal da Câmara) para divulgar os trabalhos da Casa e dos deputados.

O artigo da Constituição citado dispõe, *ipsis literis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§1º. 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 publicidade, portanto, não está vedada constitucionalmente, estando apenas condicionada a requisitos, quais sejam, o caráter educativo, informativo e de orientação social da população, assim como a proibição a menção de nomes, símbolos ou imagens que venham a caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), e Pós-Graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

Percebe-se ter o legislador constitucional se pautado no interesse público e pelos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos no *caput* do artigo, na redação do parágrafo primeiro, visando a impedir que dinheiro público venha a ser utilizado para promoção **pessoal** de autoridades e servidores públicos.

Alexandre de Moraes faz interpretação de referido parágrafo em sua obra *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, dissertando:

Não poderão, portanto, as autoridades públicas utilizar-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretenderem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico marketing político”². (negritamos)

(...)

Essa vedação abrange a inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, sob pena de ferimento aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa³.

Dessa forma, o que se percebe é não ser possível a publicidade ser vinculada a uma autoridade específica, podendo, conseqüentemente, ser realizada publicidade institucional.

O autor mencionado, na mesma obra, cita alguns julgados jurisprudenciais nesse sentido. Transcrevo, a seguir, um deles:

Vedação constitucional à inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público: TJSP – Ação Popular – Ato lesivo ao patrimônio público – Publicidade da Administração pública onde se incluem nome e imagens do administrador – Inadmissibilidade – Ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade – Inteligência do art. 37, §1º, da CF. A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, §1º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa. (TJSP – Apelação Cível nº 263.817-1/1 – 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Yoshiaki Ichihara, 5-2-1997, v.u. RT 743/263)⁴.

² DE MORAES, Alexandre, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7ª ed., Ed. Atlas S.A., 2007, p. 885.

³ *Ibidem*, p. 886.

⁴ *Ibidem*, pp.887-8

Entendo, portanto, ser possível a criação de jornal pela Edilidade para divulgação de atividades institucionais, sem violação ao §1º do artigo 37 da Constituição Federal, desde que não haja promoção pessoal de qualquer dos vereadores por meio desse veículo de comunicação. A publicidade realizada pelo jornal deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, devendo ter como alvo a utilidade da população e o interesse público.

Importante frisar que a Lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, em seu artigo 73, inciso VI, *alínea b*, dispõe:

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.

(...)

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 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição;

(...)

§ 3º. As vedações do inciso VI do caput, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§ 4º. O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º. Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei n.º 9.840, de 28.9.1999).

§7º. As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, ato de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III. (negritamos)

Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

Dessa maneira, nos três meses que antecedem o pleito para eleições municipais, não será permitida a veiculação do jornal, mesmo sendo este instrumento de publicidade institucional, dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da Edilidade, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Além disso, os valores gastos em ano de eleição municipal não poderão exceder a média dos gastos efetuados com publicidade nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. O descumprimento, no caso de infringência ao inciso VI, alínea *b*, sujeitará o candidato beneficiado, agente público ou não, à cassação do registro ou diploma e, em ambos os casos, ou seja, nos casos dos incisos VI, alínea *b*, e VII, acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR, bem como restará caracterizado ato de improbidade administrativa. Além disso, configurará abuso de autoridade a infringência ao disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

Caso a publicação do jornal enseje a criação de cargos, aumento de remuneração ou venha a ultrapassar os valores orçamentários disponíveis, necessário sua criação por lei específica.

Conclui-se, do quanto exposto, ser possível a criação de jornal pela Edilidade para divulgação de atividades institucionais, desde que não haja promoção pessoal de qualquer dos vereadores por meio desse veículo de comunicação, com o fim de não se ferir o §1º do art. 37 da Constituição Federal. A publicidade realizada pelo jornal deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, visando ao interesse público. Faz-se necessário, ainda, obediência à legislação eleitoral, por meio das ressalvas acima espostas. Além disso, caso sejam criados novos cargos, aumentada a remuneração ou ultrapassados os valores orçamentários disponíveis, necessária se faz a edição lei específica.

Este é o meu parecer, que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.
São Paulo, 08 de abril de 2011.

Érica Corrêa Bartalini
PROCURADORA LEGISLATIVA
OAB/SP 257.354

Cadastro Informativo Municipal – CADIN – Lei Municipal nº 14.094/05 – Momento da Consulta – Entendimento dos Tribunais Judiciais e das Cortes de Contas

Parecer nº 145/2011

Conceição Faria da Silva¹

Sr. Procurador Legislativo Supervisor:

O Sr. Secretário Geral Administrativo encaminha o presente expediente para análise e manifestação acerca da necessidade de previsão editalícia de cláusula que contenha a restrição prevista no art. 3º, I, da Lei Municipal nº 14.094/05, que dispõe:

“Art. 3º A existência de registro no CADIN MUNICIPAL impede os órgãos, entidades da Administração Municipal de realizarem os seguintes atos, com relação às pessoas físicas e jurídicas a que se refere:

I – celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;” (grifei)

Observe-se, por sua vez, o inciso II, do referido dispositivo legal que dispõe:

“II – repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos;” (grifei).

Sobreleva notar que referida Lei Municipal encontra-se em vigor.

Em relação ao tema submetido à apreciação desta Procuradoria, em pesquisa, verificamos que existe controvérsia entre a jurisprudência dos tribunais judiciais e a jurisprudência das Cortes de Contas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo semelhante ao contido no Decreto Federal nº 1.006/93 em relação ao CADIN Federal, em sede de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.178-2. Naquela oportunidade, por maioria de votos, o STF reconheceu a constitucionalidade do CADIN, mas suspendeu a eficácia dos dispositivos que proibiam o Poder Público Federal de celebrar contratos com pessoas inscritas no cadastro, que restou admitido como fonte informativa (STF, ADI nº 1.178-2, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14/05/2001). Em 2006, referido Decreto foi revogado pelo Decreto nº 5.913.

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal, graduada em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

Atualmente, no âmbito federal, existe a Lei nº 10.522/02 que dispõe sobre o CADIN Federal, cujo art. 6º, III, dispõe:

“Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

[...]

III – celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.”

Em relação a esse dispositivo, o STF também já decidiu em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade:

“1. A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado”.

(STF, ADI nº 1.454-4/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 03.08.2007) (Destaquei)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão exarado no corrente ano, analisou o inciso II, do art. 3º, da Lei Municipal nº 14.094/2005:

“Ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO

– Impetração voltada ao afastamento de retenção de pagamentos de medições de serviços prestados e aprovados em sede de contrato administrativo em razão da inscrição da empresa credora no CADIN Municipal — Concessão da ordem que se impõe – Execução contratual que demanda a respectiva contrapartida pecuniária pelo ente público contratante, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

– Restrição imposta pelo artigo 3º, inciso II, da Lei Municipal nº 14.094/2005 que se mostra de manifesta ilegalidade, visto que cria espécie anômala de execução de créditos tributários, além de impor obrigação ao contratado não prevista na Lei de Licitações.

– Ato coator consistente no impedimento de realização dos pagamentos devidos à impetrante, destarte, que não pode prevalecer.

– Apelo da autora provido para conceder a segurança impetrada, improvidos o reexame necessário, pertinente na espécie, e o recurso da Municipalidade de São Paulo.”

(TJSP, Apelação Cível nº 918.320.5/7-00 (994.09.353267-4), Acórdão nº 03388349, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, v. u., julgado em 26/01/2011) (Grifos nossos).

Contudo, os Tribunais de Contas apontam em sentido contrário.

O Tribunal de Contas da União decidiu:

*“(...) determinar à... que: 9.1.1. proceda à consulta ao CADIN (Cadastro Informativo de débitos não quitados) das empresas interessadas na realização de obras, serviços ou fornecimento, **abstendo-se de celebrar contrato ou efetuar aquisições** com aquelas que estejam inscritas no CADIN, em obediência ao disposto na Lei nº 10.522/2002, arts. 2º e 6º” (Acórdão nº 1.602/2004, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Sessão de 13/10/2004 e DOU de 25/10/2004) (grifei).*

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também possui decisões nessa esteira:

“[...]

7) O Governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Lei nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008, criou o Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados – CADIN de órgãos e entidades estaduais, o qual visa reunir em única base de dados informações relativas aos inadimplentes de obrigações com a Fazenda Pública Estadual, de natureza tributária ou não, como impostos e taxas. A regulamentação se deu pelo decreto Estadual nº 53.455, de 19 de setembro de 2008, momento em que passou a ser obrigatória a consulta ao referido Cadastro;

*9) Nos termos do artigo 6º, da lei em comento, **a consulta ao CADIN é obrigatória** aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta;*

*10) Não há qualquer menção em citados dispositivos legais de que quem for inscrito no CADIN ficará impedido de participar de licitações com órgãos públicos, **sendo certo que referido registro constitui impedimento somente para celebração do contrato e para o repasse do valor correspondente ao pagamento;***

[...]

As representações são improcedentes, porquanto os itens editalícios impugnados não influíram diretamente no resultado do certame, nem apresentaram prejuízos, tendo a instrução processual demonstrado que (...) as previsões de consulta ao CADIN (Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados) abrangeriam apenas a contratada”.

(Processo nº 7970/026/09, 1ª Câmara, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, Sessão de 06/10/2009) (Grifei).

Note-se que não encontramos arestos do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Conforme já mencionado acima, a Lei Municipal nº 14.094/05 encontra-se em vigor e, em que pese a jurisprudência dos tribunais judiciais, em especial aquela do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobreleva notar que, em relação a essa Lei Municipal, especificamente, não encontramos nenhuma Ação Direta de

Inconstitucionalidade com efeito vinculante e *erga omnes*, mas apenas declaração de inconstitucionalidade incidental com efeito *inter partes*.

Considerando o dever de prestar contas desta Casa Legislativa à Corte de Contas do Município de São Paulo, e tomando como parâmetro a jurisprudência dos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo, parece-me que o contorno dado aos dispositivos legais contidos nas legislações federal e estadual pode ser adotado por esta Edilidade, dada a similaridade do seu conteúdo com a legislação do Município de São Paulo, ou seja, quem for inscrito no CADIN Municipal não fica impedido de participar nas licitações da Câmara Municipal de São Paulo, mas no momento da celebração do contrato o órgão deverá consultar o CADIN Municipal e se o contratado possuir inscrição, o ajuste não poderá ser efetivado, nos termos do inciso I, do art. 3º, da Lei Municipal nº 14.094/05. O mesmo procedimento deverá ser adotado no momento da efetivação do pagamento, nos termos do inciso II, do art. 3º, da Lei Municipal nº 14.094/05.

Assim, a meu ver, não há necessidade de previsão editalícia que restrinja a participação de licitante inscrito no CADIN Municipal no certame. Contudo, os editais de licitação, bem como as minutas de contrato deverão conter cláusula com a obrigação da futura contratada de não possuir inscrição no CADIN Municipal como condição para assinatura do ajuste e/ou para efetivação da contratação por meio de outros instrumentos hábeis a substituir o termo contratual (nos termos do *caput* do art. 62 da Lei nº 8.666/93), bem como para o pagamento, tudo com fundamento nos incisos I e II, do art. 3º, da Lei Municipal nº 14.094/05.

Outrossim, recomendo a orientação por parte de SGA junto aos setores responsáveis pela instrução das futuras contratações, incluindo os termos de aditamento, bem como pelos pagamentos dos ajustes ora em andamento, para que passem a efetuar a consulta ao CADIN Municipal e façam constar dos autos referida consulta juntamente com as certidões fiscais de praxe (INSS, FGTS e CTM).

Este é o Parecer que submeto à apreciação superior de V. Sa.
São Paulo, 13 de maio de 2011.

Conceição Faria da Silva
Procuradora Legislativa
Setor de Contratos e Licitações
OAB/SP n.º 209.170

Responsabilidade Subsidiária da Administração nos Contratos de Obras Públicas – Orientação Jurisprudencial n.º 191 – Tribunal Superior do Trabalho

Parecer n.º 151/12

Carlos Benedito Vieira Micelli¹

Sr. Procurador Legislativo Supervisor:

Trata-se de analisar dúvida suscitada pela Secretaria Geral Administrativa às fls. 2157 quanto à execução do contrato n.º 51/2011, mantido entre esta Edilidade e a empresa XXXXXXXXXX.

Na dúvida apresentada indaga-se quanto ao recente entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, sobre a não transferência da responsabilidade quanto ao pagamento à Administração dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais das empresas contratadas.

Após, indagou-se sobre o alcance da fiscalização relativa a cumprimento de obrigações trabalhistas em situação da espécie, especialmente no caso de contratação de obra, sugerindo, se for o caso, a consulta ao E. Tribunal de Contas em relação à questão suscitada.

Passando à análise da indagação formulada, é importante que seja feita uma análise do art. 71 da lei 8.666/93. O artigo em tela assim dispõe:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

A norma em questão retira a responsabilidade da administração pública pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais nos casos de a contratação

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, graduado pelo Centro Universitário de Araraquara. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

ser realizada por meio de licitação, não transferindo tais responsabilidades da contratada para o poder público.

O antigo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, exarado na súmula n.º 331, IV, era o seguinte:

*IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)*

Ou seja, o C. Tribunal Superior do Trabalho afastava aplicação do referido diploma legal licitatório para reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador de mão de obra, garantindo ao trabalhador terceirizado, em caso de insolvência da empresa interposta/contratada, receber os valores diretamente daquela, independentemente de o tomador da mão de obra ser ente ou entidade pertencente à administração.

Diante disso, perante milhares de decisões que reconheciam a responsabilidade subsidiária da administração, tal matéria foi objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade impetrada pelo Governador do Distrito Federal.

Não obstante, é importante uma análise um pouco mais detida sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.º 16, julgada em 24.11.2010, que declarou constitucional o artigo da lei 8.666/93 em comento. Assim foi publicado o acórdão da decisão:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal n.º 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, de 1995.

Com esta decisão o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o Tribunal Superior do Trabalho ao analisar casos em que haja terceirização de mão de obra, não poderá reconhecer a responsabilidade subsidiária sem antes ter investigado com maior rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

É interessante verificar que o Presidente Relator do caso no E. Supremo Tribunal Federal foi o Min. César Peluso que ao comentar o julgamento referente à norma em

comento, explicou que tal decisão “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

É importante frisar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16 acabou por afastar apenas **a responsabilidade subsidiária presumida**. Entretanto, poderão os juízos e os Tribunais Trabalhistas condenar subsidiariamente o tomador de serviços, desde que fique **comprovado na instrução processual** com base em outros institutos jurídicos como, por exemplo, à **culpa in vigilando**.

No que tange à culpa *in eligendo*, sendo escolhida a modalidade pertinente e atendidos aos procedimentos licitatórios regulares para contratação da empresa prestadora do serviço, a culpa estaria descaracterizada, uma vez que a Administração realiza a escolha do contratado nos estritos limites impostos pela legislação. É o processo licitatório que determina o vencedor do certame público, ao qual o ente da administração fica adstrito. O agente público não age com dolo ou culpa, eis que é a empresa que vence a licitação e não o agente que a escolhe.

Isto porque, mesmo após o julgamento que afastou a responsabilização objetiva, ainda permanece o entendimento de que não se trata de **irresponsabilidade absoluta da administração**. Cabe, inclusive colacionar parte dos motivos apresentados pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando exarada a nova redação da súmula 331 daquele E. Tribunal Superior, adequada ao entendimento externado na ADC nº 16 julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

“Realmente, admitir-se o contrário (a irresponsabilidade subsidiária da Administração Pública em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato), partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame (parágrafo 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93), em detrimento de uma exegese sistemática, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pela moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos à terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica”.

Com isso, verifica-se que não se trata de irresponsabilidade absoluta nos casos de contratação de mão de obra terceirizada, e sim apenas que não se trata de responsabilização objetiva como a prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Diante desta breve introdução sobre o tema, passa-se agora a análise se a presente contratação é de prestação de serviços ou realização de obra.

Verifica-se que o Contrato nº 51/2011 cuida da contratação de uma empresa de construção civil para Reforma e ampliação do pavimento térreo da CMSP, por isto o modelo não se coaduna com a responsabilização do tomador de mão de obra terceirizada, e sim com a responsabilidade do dono da obra.

A lei nº 8.666/93 conceitua em seu artigo 6º, inciso I, o que ela entende por obra: ***I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.*** Sendo que, para lei licitatória é o conceito de obra restritivo abrangendo apenas o aspecto enunciado no dispositivo.

Deste modo, verifica-se que a reforma e ampliação do pavimento térreo é obra, nos estritos termos da lei 8.666/93, sendo caracterizada a CMSP, no contrato nº 51/2011, como proprietária da obra.

Assim, é importante verificar que no caso de mão de obra para realização de reforma em prédio, diferentemente da prestação de serviços terceirizados, não há previsão legal para realização pela administração de controle direto dos pagamentos fiscais, trabalhistas, previdenciários e comerciais da empresa contratada.

Há que se frisar que, segundo entendimento exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a relação jurídica existente entre o empreiteiro e o **dono da obra é de natureza civil**, enquanto que a relação que se forma entre o empreiteiro e seus empregados é regida pela legislação trabalhista.

O dono da obra tão somente se compromete ao pagamento do preço estabelecido, objetivando o resultado do trabalho contratado, não possuindo direito ou obrigação de natureza trabalhista quanto aos empregados contratados pelo empreiteiro, **salvo se tratar de empresa construtora ou incorporadora.**

Acrescente-se que a responsabilidade subsidiária, decorrente da culpa in eligendo e in vigilando, diz respeito à terceirização de serviços e não à contratação de obra por empreitada típica, ressalvada a responsabilidade **quanto a eventual acidente de trabalho**, que será vista mais a frente.

Este é o entendimento pacificado no Tribunal Superior do Trabalho, consoante Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1, que dispõe:

OJ – 191/SBDI-1: CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Assim, tanto a administração, quanto o próprio particular só são responsabilizados solidária ou subsidiariamente quando forem donos de obra e concomitantemente tiverem exercido atividades empresariais no ramo da construção civil ou de incorporação de imóveis.

É o que se extrai da notícia em comento e da jurisprudência consolidada pelos tribunais da Justiça trabalhista.

DONO DA OBRA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – Deve ser reconhecida responsabilidade subsidiária do dono da obra, se a atividade con-

tratada era conectada e acessória a sua atividade fim, dela dependendo a reclamada para consecução de suas atividades” (TRT 5a R. – RO 00589-2003-222-05-00-3 – (16.605/05) – Rei. Des. Valtércio de Oliveira – J. 04.ago.2005);

DONO DA OBRA – RESPONSABILIDADE, SUBSIDIÁRIA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA DE FORMA ROTINEIRA – CARACTERIZAÇÃO – *Reconhece-se a responsabilidade subsidiária do dono da obra quando contrata serviços relacionados à sua infraestrutura de forma rotineira, hipótese que se distancia da mera agregação de valor de uso ao bem, mas revela a execução “de serviços indispensáveis- Prevalência do princípio constitucional do valor social do trabalho”(TRT 5a R. – Proc. 10.144/05 – 2a T. – Rei. Juiz Cláudio Brandão – J. 19.maio.2005).*

Superada esta questão, contudo, apenas com intuito apenas de auxiliar no que tange à execução do contrato, deverão ser enfrentadas outras questões no que tange à correta fiscalização do contrato de obra.

O art. 67 da Lei nº 8.666/93 determina que para que seja realizada a correta execução contratual, deve a fiscalização ser feita por um representante da Administração especialmente designado. Sendo o objeto do contrato uma obra ou um serviço de engenharia, a conclusão lógica é que o representante da Administração deverá deter conhecimentos especializados na área para poder fiscalizar adequadamente a sua execução.

A Resolução CONFEA nº 218, de 29 de junho de 1975, que discrimina atividades dos profissionais da engenharia, arquitetura e agronomia, reitera o contido na Lei nº 5.194/66, elencando, em seu art. 1º, a atividade de fiscalização de obra ou serviço técnico como típica de profissional da área.

Assim, de acordo com as normas supramencionadas, somente os profissionais habilitados poderão fiscalizar obras ou serviços de engenharia, o que se aplica ao representante a ser designado pela Administração para acompanhar e fiscalizar a execução de uma obra ou serviço de engenharia contratada.

Outrossim, e tal fato é de extrema importância, a administração não pode se descuidar da vigilância quanto a **normas de segurança e engenharia do trabalho**, previstas nas normas regulamentadoras da matéria na obra que contratou.

Tal fato é relevante porque o dono da obra deve ter vigilância no que tange à adoção das medidas de segurança no local da realização da reforma, fiscalizando o fornecimento e a utilização de equipamentos de proteção individual (EPI) eficazes. Caso este controle não seja atendido, a responsabilidade não é subsidiária e sim solidária declarada, com base no art. 942 do Código Civil. Aqui, na hipótese de acidente de trabalho, há a inaplicabilidade do entendimento constante da OJ 191 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se verifica na leitura do julgado a seguir:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. ACIDENTE DE TRABALHO. REDE ENERGIZADA. *Não se cogita do óbice da OJ 191 da C. SDI, a afastar a responsabilidade subsidiária da reclamada, na medida*

*em que o julgado regional levou em consideração a **culpa in vigilando e in eligendo, quanto ao acidente de trabalho** e também a responsabilidade pela indenização ao empregado pelo dano sofrido, em acidente de trabalho, porque ocorrido em razão do contrato de prestação de serviços para a ora reclamada. A matéria relacionada à efetiva responsabilidade pelo acidente de trabalho, e a culpa direta/indireta do empregador (prestador dos serviços) e do **tomador dos serviços é tema que implica em apreciação desvinculada da relativa ao status de dono da obra**, pois a proteção ao empregado não decorre da prestação de serviços, em si, mas principalmente dos elementos que norteiam a responsabilidade **por culpa**, de quem toma os serviços para atividade de risco e não adota a precaução necessária à proteção do empregado. Recurso de revista não conhecido. (Processo N° TST-RR-79500-58.2005.5.17.0191, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, julgado dia 17.03.2010)*

A responsabilidade verificada por não atendimento às normas de segurança no trabalho decorre de culpa, ou seja, no caso de acidente de trabalho que vitime um trabalhador que preste serviço na obra, demandar-se-á prova de que a CMSP tenha agido com culpa in vigilando.

Com base nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do C. Tribunal Superior do Trabalho, bem como na legislação apresentada, o controle da execução contratual de obras de reforma deve ser estabelecido no sentido de garantir que a empresa contratada para realização da obra atenda e observe quando da sua realização, as regras de segurança do trabalho, devendo tal fiscalização ser feita por um profissional habilitado. Caberá também ao gestor diligenciar no sentido de que a contratada se desincumbirá a contento das obrigações decorrentes das disposições contratuais, inclusive aquelas eventualmente referentes às relações de trabalho envolvidas na execução contratada. Ademais, cumpre ao mesmo gestor orientar, também, a fiscalização contratual no que tange à observância do disposto no Ato n° 1.140/11 (publicado no D.O.C de 26/03/2011), que dispõe sobre os preceitos relativos ao “Trabalho Decente” no âmbito das contratações de obras e serviços na CMSP.

Sem embargo, poderá SGA examinar, diante das informações e elementos dos autos, se entende ser o caso de ser elaborada consulta ao E. TCM sobre o alcance da fiscalização relativa ao cumprimento de obrigações trabalhistas em situação da espécie (contratação de obra), conforme aventado a fls. 2157.

É o Parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa.
São Paulo, 30 de maio de 2012.

Carlos Benedito Vieira Micelli
Procurador Legislativo
OAB/SP n° 260.308

CNDT – Esclarecimentos à luz da legislação municipal – Posicionamento do TCU

Parecer n.º 205/2013

Conceição Faria da Silva¹

Sr. Procurador Legislativo Supervisor:

O Sr. Secretário Geral Administrativo encaminha o presente expediente para análise e manifestação.

Considerando o advento da Lei Federal nº 12.440/2011 que acrescentou o inciso V ao art. 29 da Lei Federal nº 8.666/93, incluindo a prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho mediante a apresentação de certidão negativa no rol dos documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista, a Sra. Supervisora de SGA.4 solicita esclarecimentos, abaixo agrupados por ordem de afinidade:

1. Exigibilidade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT no caso de contratações diretas da Administração Pública e se cabe dispensa dessa certidão em caso de dispensa de licitação, conforme o § 1º do Art. 32 da Lei 8.666/93.

Em relação às contratações diretas desta Casa Legislativa, a matéria é regulamentada pelo Decreto Municipal nº 44.279/03, adotado no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo por meio do Ato nº 878/05. O art. 40 do Decreto Municipal nº 44.279/03, dispõe:

*“Art. 40. Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, **apenas**, os documentos que comprovem:*

- I – inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);*
- II – regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;*
- III – regularidade perante a Fazenda do Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada, aplicáveis as normas do artigo 38 deste decreto.*

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal, graduada em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

Parágrafo único. A critério da autoridade competente, observados os limites da legislação federal, poderão ser exigidos outros documentos complementares, relacionados no artigo 37 deste decreto, nas hipóteses em que o objeto da contratação assim o recomende.” (Grifamos)

Conforme se depreende no dispositivo legal em comento, para a celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, o Município de São Paulo regulamentou a matéria referente à documentação a ser exigida na contratação o que, a meu ver, é juridicamente possível, haja vista que a Lei Geral de Licitações é omissa quanto à documentação a ser exigida do contratado nesses casos.

Note-se que a Lei Federal nº 8.666/93 regulamenta os documentos a serem exigidos para habilitação na licitação, nada dispondo a respeito dos documentos a serem exigidos nas contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Quanto à edição da Lei Federal nº 12.440/11, em que pese ser posterior ao Decreto Municipal nº 44.279/03, trata de documento relativo à regularidade trabalhista a ser exigido para habilitação em licitações. Observe-se que não houve alteração na legislação municipal incluindo tal exigência para os casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que faz presumir que o legislador municipal, até o presente momento, quer manter apenas os documentos indicados no art. 40 do Decreto Municipal nº 44.279/03 para esses casos especiais.

Em relação ao § 1º do art. 32 da Lei Federal nº 8.666/93, salvo melhor juízo, não se relaciona com o tema questionado, pois não trata de casos de dispensa de licitação, mas sim das modalidades de licitação convite, concurso e leilão e dos casos de fornecimento de bens para pronta entrega. Observe-se que o convite é regulamentado pelo art. 39 do Decreto Municipal nº 44.279/03.

Assim sendo, no presente cenário legislativo, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) não é exigida para as contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, por força do disposto no art. 40 do Decreto Municipal nº 44.279/03, sem prejuízo de que possa vir a ocorrer alteração legislativa posterior que venha a dispor em contrário.

2. Exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT em todas as contratações, mesmo que não haja terceirização de serviços com alocação de Mão de Obra, e exigência da documentação relativa ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, conforme Art. 27 da Lei 8.666/93 (Declaração de que não emprega menores)

Quanto ao questionamento em comento, cumpre esclarecer, na qualidade de membro da Comissão de Julgamento de Licitações desta Casa Legislativa, que a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, bem como a Declaração de que a licitante não emprega menores vêm sendo exigidas em todos os certames licitatórios, sem exceção, juntamente com as demais certidões referentes à regularidade fiscal e trabalhista.

Importante ressaltar que o *caput* do art. 29 da Lei Federal nº 8.666/93 prevê:

*“Art. 29 A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, **conforme o caso**, consistirá em:” (Grifos nossos)*

Portanto, a rigor, o órgão licitante não estaria obrigado a exigir todos os documentos fiscais e trabalhistas ali indicados, podendo exigir apenas os documentos fiscais e trabalhistas relacionados à prestação licitada. Entretanto, a prática nas licitações desta Casa Legislativa é exigir todos os documentos previstos no art. 29 da Lei Federal nº 8.666/93.

Para as modalidades de licitação Concorrência e Tomada de Preços, o art. 37 do Decreto Municipal nº 44.279/03 prevê a exigência de todos os documentos previstos no art. 29 da Lei Federal nº 8.666/93. Assim sendo, tem se exigido também a CNDT, pois nesse caso está clara a intenção do legislador municipal em exigirem-se todos os documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista previstos na legislação federal.

Para a modalidade de licitação Pregão, que é regulamentada pela Lei Federal nº 10.520/02 e pelo Decreto Municipal nº 46.662/05, as normas especiais são omisas nesse aspecto, aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei Federal nº 8.666/93, tendo esta Casa Legislativa adotado a prática de exigir todos os documentos indicados no art. 29 à semelhança das modalidades maiores.

Quanto à declaração de menores prevista no inciso V do art. 27 da Lei Federal nº 8.666/93 trata-se de exigência inculpada na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 20 de 1998 e incluída na Lei Geral de Licitações pela Lei Federal nº 9.854/99 como uma espécie de condição de habilitação dentre as demais já existentes, quais sejam, habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista.

Assim, não resta dúvida de que, por se tratar de exigência constitucional, hierarquicamente superior, a declaração de menores deve ser exigida como condição de habilitação em todos os certames licitatórios e, conforme explicitado acima, vem sendo devidamente exigida em todos os processos licitatórios desta Casa Legislativa.

3. Aplicabilidade do Acórdão nº 1054/2012 – TCU – Plenário

Preliminarmente, cumpre observar que a Câmara Municipal de São Paulo não se encontra sujeita ao controle externo do Tribunal de Contas da União, mas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Entretanto, as decisões, acórdãos e súmulas daquela Corte de Contas constituem parâmetros para os órgãos públicos de todas as esferas de governo, naquilo que couber e for pertinente.

O Acórdão em epígrafe trata de solicitação formulada pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho – TST ao E. Tribunal de Contas, no sentido de que aquela Corte examinasse a possibilidade de recomendar aos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, em reforço à previsão legal, que passem

a fazer constar dos respectivos editais de licitação a exigência da Certidão de Débitos Trabalhistas – CNDT, instituída pela Lei nº 12.440/11.

Conforme se depreende no Acórdão, a solicitação foi conhecida em caráter excepcional. De acordo com o Ministro Relator André Luís de Carvalho, o pedido do Sr. Presidente do TST não poderia ser acolhido, pois a própria lei impõe a exigência, sendo vedado à Administração descumprir tal dever.

Entretanto, o Relator adentra em outra questão, qual seja, a exigência da CNDT a cada pagamento. Como fundamento, cita o inciso XIII do art. 55 da Lei Federal nº 8.666/93 que dispõe que o contratado deverá manter, durante a execução contratual, todas as condições de habilitação e de qualificação exigidas na licitação, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas. Outrossim, faz referência à Súmula nº 331 do TST, afirmando:

“Com efeito, vê-se que a exigência da certidão negativa de débitos trabalhista (CNDT) ao longo da execução contratual deve contribuir para reduzir ou mesmo afastar eventuais condenações subsidiárias da administração pública federal com base nesse novo Enunciado nº 331, haja vista que, com o efetivo cumprimento dessa nova exigência legal, pode-se afastar possível alegação, em reclamações trabalhistas, acerca de uma suposta culpa in vigilando da administração pública por uma possível omissão culposa na fiscalização dos encargos trabalhistas pela empresa contratante”.

Diante dos argumentos colacionados pelo Relator, o Plenário do TCU decidiu determinar:

“9.2. a todas as unidades centrais e setoriais do Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União que orientem os órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que exijam das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas, de modo a dar efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V e 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, atentando, em especial, para o salutar efeito do cumprimento desta nova regra sobre o Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do TST, sem prejuízo de que a Segecex oriente as unidades técnicas do TCU nesse mesmo sentido;”.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que essa determinação do TCU não se aplica aos órgãos estaduais e municipais, mas apenas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União.

Quanto à utilização do referido acórdão como parâmetro no âmbito desta Editalidade, em que pese a determinação exarada pelo Plenário do TCU possuir conteúdo genérico, considerando a fundamentação do Min. Relator em torno do Enunciado da Súmula nº 331 do TST, entendo que o entendimento que vem sendo adotado na

prática da CMSP coaduna-se com os fundamentos jurídicos espostos, isto é, nas contratações que envolvem terceirização de serviços com alocação de mão de obra, parece-me juridicamente relevante exigir-se a apresentação da CNDT juntamente com a Nota Fiscal e/ou Fatura para efeito de pagamento.

Já em relação às demais contratações, a princípio, não me parece relevante a exigência de apresentação da CNDT juntamente com a Nota Fiscal e/ou Fatura como condição para pagamento.

Insta ressaltar a diferença entre a obrigação da Contratada de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, Lei Federal nº 8.666/93) como condição para a continuidade do ajuste, e entre a exigência de apresentação de documentos que atestem o mínimo de regularidade para ensejar o pagamento. Note-se que são institutos jurídicos diversos com finalidades diversas.

Por fim, é importante esclarecer que o § 4º do art. 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, acrescentado pela Lei Federal nº 12.440/11, prevê:

“§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão”.

Assim sendo, é recomendável que o prazo de validade da referida certidão seja respeitado tanto para fins de verificar-se a manutenção das condições de habilitação, bem como para fins de pagamento, nos casos acima especificados, quais sejam, contratações que envolvam terceirização de serviços com alocação de mão de obra, sem prejuízo da possibilidade de esta Procuradoria, em atenção a eventuais peculiaridades de situações concretas, vir a exarar recomendação diversa em casos concretos específicos.

Sendo essas as considerações quanto aos questionamentos formulados pela Sra. Supervisora de SGA.4, é o Parecer que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa. São Paulo, 04 de julho de 2013.

Conceição Faria da Silva
Procuradora Legislativa
Setor de Contratos e Licitações
OAB/SP n.º 209.170

Concessão de Honraria – Título de Cidadão Paulistano

Carlos Eduardo de Araujo¹
Marcella Falbo Giacaglia²

Sr. Procurador Legislativo Chefe

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria acerca da entrega do Título de Cidadão Paulistano ao Senhor XXXXXXXXXX.

A matéria está embasada no artigo 14, inciso XIX, da Lei Orgânica do Município, assim como no artigo 236, parágrafo único, inciso II, e 347 a 351, todos do Regimento Interno, devendo ser observado o *quórum* da maioria qualificada de 2/3 para a sua aprovação, nos termos do art. 40, § 5º, inciso IV, da Lei Orgânica.

Para discorrer sobre tal tema, inicialmente, deve ser esclarecido que o projeto de decreto legislativo nº 85/2010, de iniciativa do nobre Vereador XXXXXXXXXX, que visava conceder o Título de Cidadão Paulistano ao Sr. XXXXXXXXXX, foi apresentado no dia 03/11/2010, sendo aprovado na Sessão Extraordinária do dia 10/11/2010, e sua promulgação deu-se em 13/12/2010, período este em que o homenageado não exercia nenhuma atividade pública.

Importante se faz destacar que de acordo com o § 1º do art. 347 do Regimento Interno desta Casa, é vedada a concessão de títulos honoríficos a pessoas no exercício de cargos ou funções executivas, eletivas ou por nomeação, *in verbis*:

Art. 347 Por via de projeto de decreto legislativo, aprovado em discussão e votação únicas, no mínimo por 2/3 (dois terços) de seus membros, a Câmara poderá conceder título de cidadão honorário ou qualquer outra honraria ou homenagem a personalidades nacionais ou estrangeiras radicadas no País, comprovadamente dignas da honraria.

§ 1º É vedada a concessão de títulos honoríficos a pessoas no exercício de cargos ou funções executivas, eletivas ou por nomeação.

§ 2º Os títulos referidos no presente artigo poderão ser conferidos a personalidades estrangeiras, mundialmente consagradas pelos serviços prestados à humanidade, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no parágrafo anterior, nem a exigência da radicação no País, constantes do “caput” deste artigo.

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, 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 – PUC – SP

² Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie de São Paulo. Especialista em Direito Ambiental (UNIP).

Ressalte-se, contudo, que o momento em que ocorre a efetiva concessão do título honorífico, a que alude a redação do § 1º do art. 347 do Regimento Interno, corresponde ao momento de aprovação do projeto de decreto legislativo e não ao momento correspondente ao ato material ou físico da entrega da honraria.

Dessa forma, verifica-se que no ato da concessão da honraria, vale dizer, no ato de aprovação do projeto de decreto legislativo que objetivou concedê-la, o homenageado não ocupava qualquer cargo ou função executiva, eletiva ou por nomeação, uma vez que na data da aprovação ou mesmo da promulgação de referido projeto de decreto legislativo, o Senhor XXXXXXXXXX ainda não ocupava o cargo de Senador da República.

Conclui-se, portanto, que é possível ocorrer, neste momento, a entrega da honraria que se pretende, tendo-se em vista o atendimento de todos os dispositivos legais que disciplinam a matéria.

Permanecemos à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários.
São Paulo, 21 de outubro de 2011.

Carlos Eduardo de Araujo

Procurador Legislativo

OAB/SP 256.848

Marcella Falbo Giacaglia

Procuradora Legislativa Supervisora

Setor do Processo Legislativo

OAB/SP 111.393

Análise da viabilidade jurídica do PL nº 465/11, bem como dos argumentos do Poder Executivo contrários à sua aprovação

*Luciana de Fátima da Silva¹
Mário Sérgio Maschietto²*

Exmo. Sr. Presidente,

Trata-se de solicitação encaminhada através da Secretaria Geral Parlamentar, para que a Procuradoria exare manifestação sobre as razões elencadas pelo Poder Executivo para sustentar seu entendimento contrário à aprovação do projeto em referência, bem como sobre ofício enviado pela Câmara Municipal de São Paulo, a pedido da Comissão de Administração Pública, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça.

O projeto de lei nº 465/11 objetiva, em síntese, assegurar aos servidores públicos e pensionistas da administração direta e autárquica do Município de São Paulo o direito de escolher a instituição financeira com a qual celebrarão contrato de empréstimo com consignação em folha de pagamento. Referido projeto recebeu parecer de legalidade da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa e, no mérito, parecer favorável das comissões de Administração Pública e de Finanças e Orçamento, com substitutivo, estando no aguardo de inclusão na pauta do plenário.

Preliminarmente, se faz oportuno ponderar que a análise a ser desenvolvida estará pautada exclusivamente na possibilidade de tramitação de projeto de lei para disciplina da matéria em pauta, não se imiscuindo propriamente nos termos do ajuste firmado entre a Prefeitura e o Banco XXX, ante o caráter prospectivo do projeto de lei.

Pois bem, no que tange ao aspecto jurídico, aos fundamentos legais que dão base ao projeto, entendemos haver respaldo para sua tramitação e aprovação por esta Casa, consoante será demonstrado.

Com efeito, o Banco Central do Brasil editou a Circular nº 3.522, de 14 de janeiro de 2011, vedando expressamente às instituições financeiras a celebração de convênios, contratos ou acordos que impeçam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, inclusive aquelas com consignação em folha de pagamento.

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Gestão Pública Legislativa pela Universidade de São Paulo (USP-ESCH) e em Direito Municipal pela UNIDERP/Anhanguera. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

² Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialista em Direitos Coletivos e Difusos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, e ex-procurador do Município de Campinas, em 1995 e 1996.

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE foi aberto processo administrativo (autos nº 08700.003070/2010-14) para analisar a matéria e, preventivamente, foi determinado ao Banco XXX a cessação imediata da assinatura de quaisquer novos contratos contendo cláusula de exclusividade de consignação em pagamento, ou de cláusulas que exijam dos órgãos responsáveis pelo pagamento dos vencimentos de seus potenciais clientes dessa modalidade de crédito quaisquer benefícios concedidos a si que não possam ser também estendidos a todos os seus demais concorrentes, tendo em vista que a exclusividade prejudica a livre concorrência.

Verifica-se, assim, que a concessão de exclusividade a uma única instituição financeira para disponibilizar o empréstimo consignado aos servidores e pensionistas é medida que não encontra respaldo.

Importante observar que a exclusividade fere os princípios da livre concorrência e da impessoalidade. Em relação ao primeiro princípio, o da livre concorrência, deve-se lembrar que a sua inserção no texto constitucional significou a adesão do país à economia de mercado, da qual é típica a competição. Além disso, também estabeleceu a igualdade na concorrência, excluindo quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento dos outros, ou seja, as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos e, sendo assim, a concorrência passou a ser efetivamente considerada como um elemento fundamental e essencial para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica. Já no tocante ao princípio da impessoalidade, é oportuna a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

“Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. (...) O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 114.)

Os argumentos elencados pelo Poder Executivo para sustentar seu entendimento contrário à aprovação do projeto podem ser sintetizados em dois pontos: i) o chefe do Poder Executivo detém, de acordo com o Estatuto do Servidor Público do Município de São Paulo (Lei nº 8.989/79), competência exclusiva para a disciplina do assunto em tela, tendo decidido, no uso de seu poder discricionário, que as consignações referentes a empréstimos deveriam se restringir a empréstimos obtidos junto ao Banco XXXXX, instituição financeira com a qual o Município detém contrato de exclusividade; e, ii) a Circular nº 3.522/11 do Banco Central do Brasil vincula unicamente as instituições financeiras, não obrigando o Município, e, ademais, tendo sido editada em 14/01/11 não pode retroagir para infirmar o negócio jurídico anteriormente entabulado entre a Prefeitura e o Banco XXXXX, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito.

Quanto à competência do Sr. Prefeito para editar decreto visando operacionalizar os descontos nos vencimentos dos servidores e pensionistas, não há que se fazer qualquer ressalva, vez que se trata da mesma competência para regulação de qualquer outra matéria de ordem administrativa.

Porém, se é certo que o Poder Executivo possui e necessita utilizar a sua competência regulamentadora para reger a consignação em folha no que pertine aos seus aspectos administrativos, não menos certo é que ao fazê-lo deve observar todas as demais normas vigentes. Por outras palavras, o Poder Executivo pode exercer seu juízo discricionário para decidir se efetuará ou não a consignação, mas, tendo decidido por permitir a consignação facultativa deverá observar todas as normas cabíveis, notadamente os princípios da livre concorrência e da liberdade contratual, até porque não se pode perder de vista que a consignação é um benefício concedido aos servidores e pensionistas e não um mecanismo que permita a aferição de vantagens à administração pública.

Igualmente, não menos certo é que o Poder Legislativo, no uso de sua típica atribuição de legislar, pode estabelecer o enquadramento legal de determinadas situações, traçando disciplina geral e abstrata, ou seja, exatamente o que se pretende por meio do projeto de lei nº 465/11.

Convém observar que a edição das normas legais deriva da necessidade social, isto é, o regramento de determinado assunto via lei será ou não necessário de acordo com a situação de conflito ou incerteza que o tema despertar no seio da sociedade.

No caso em análise, ocorre que a questão do condicionamento do denominado empréstimo consignado a uma única instituição financeira tem sido alvo de frequentes questionamentos por parte de servidores públicos e pensionistas – que têm sua liberdade de escolha contratual tolhida – e de instituições financeiras – que têm sido prejudicadas pela privação do direito de concorrer neste segmento do mercado, oferecendo seu produto aos servidores públicos e pensionistas, consumidores em potencial.

Como resposta a tais questionamentos, no âmbito do Judiciário, Tribunais de Justiça de alguns Estados da Federação já proferiram decisões no sentido de ser descabido conferir exclusividade a uma única instituição financeira para concessão de empréstimos consignados aos servidores públicos e pensionistas³.

Vale observar que em São Paulo devido à edição do Decreto nº 51.198/10, conferindo exclusividade ao Banco XXXXX para a concessão do empréstimo consignado em folha de pagamento, também houve vários questionamentos judiciais, sendo interessante consignar segmento da decisão concessiva de liminar proferida nos autos nº 990.10.233782-0:

“Com efeito, todo o aduzido e demonstrado documentalmente na exordial, em sede de cognição sumária, autoriza a concessão da medida pleiteada, diante

³ A título ilustrativo, citem-se as decisões dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul (MS nº 2010.007560-6) e do Rio Grande do Norte (MS nº 2009.13967-6).

*da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. ...E observe-se, inclusive, o relatório de balanço orçamentário, orçamentos fiscal e da seguridade social, referentes aos meses de janeiro e fevereiro, apresentado no site da Prefeitura de São Paulo no campo 'receitas realizadas' foi lançado o valor de R\$ 5.536.896.308,38 e no campo 'saldo a realizar' R\$ 22.360.936.030,62. Tais evidências tornam frágeis eventuais argumentos de que o 'quantum' contratual pactuado com o Banco do Brasil de R\$ 726.000.000,00, na hipótese de rescisão seria capaz de abalar as contas da municipalidade de São Paulo... De outro lado **há fortes indícios de violação aos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade de contratar**. Nestas condições, impõe-se deferir a liminar para os fins pretendidos." (grifamos)*

Cumpra esclarecer que tanto a liminar acima mencionada, quanto a liminar concedida nos autos de nº 990.10.04163-0 encontram-se suspensas por força de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da Suspensão de Segurança nº 2.342, não havendo até o momento decisão sobre o mérito das causas.

Esclareça-se, ainda, que não obstante em nosso entendimento haja respaldo jurídico para a aprovação do projeto de lei em tela, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu recentemente, em acórdão datado de 29/02/12, nos autos do Mandado de Segurança nº 070200-86.2010.8.26.0000 pela legalidade da exclusividade conferida pelo Município de São Paulo ao Banco XXXXX. No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo referido Tribunal nos autos da Apelação nº 990.10.164294-8, cujo acórdão ressalta que o convênio firmado entre a Prefeitura de Guarulhos e o Banco XXXXX é pautado por critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Importante registrar que a necessidade de edição de lei para reger a questão do empréstimo consignado está patenteada no âmbito federal, destacando-se os projetos de lei nº 2.342/11, que veda às instituições financeiras a celebração de convênios, contratos ou acordos que impeçam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, e nº 6.902/10, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento de servidores e funcionários públicos da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ambos em tramitação na Câmara dos Deputados.

Note-se que o projeto de lei nº 6.902/10, que também tem por fundamento a necessidade de preservação do princípio da livre concorrência e do direito do servidor de escolher a instituição financeira com a qual deseja contratar, menciona, ainda, na justificativa tratar-se de medida que atende o princípio da isonomia, já que, por força da Lei Federal nº 10.820/03, os servidores federais contratados pelo regime celetista possuem o direito de escolher a instituição financeira com a qual desejam contratar, obtendo assim as melhores condições ofertadas pelo mercado. Nestes termos, o projeto de lei nº 6.902/10 prevê de forma expressa a liberdade de escolha dos servidores quanto à instituição financeira com a qual irão contratar.

Passemos agora a analisar o segundo ponto da argumentação do Poder Executivo para sustentar seu entendimento contrário à aprovação do projeto, consistente na afirmação de que a Circular nº 3.522/11 do Banco Central do Brasil vincula unicamente as instituições financeiras, não obrigando o Município, e não pode retroagir para infirmar o negócio jurídico anteriormente entabulado entre a Prefeitura e o Banco do Brasil, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito.

Pois bem, uma das consequências da restrição constante da Circular nº 3.522/11, do Banco Central do Brasil, é a preservação da liberdade contratual, liberdade esta que assegura ao consumidor o direito de escolher a instituição financeira com a qual deseja celebrar contrato entre todas aquelas que oferecem o produto por ele desejado. Cumpre lembrar, neste ponto, que a liberdade contratual é assegurada pelo ordenamento jurídico vigente (à guisa de exemplo, pelos artigos 421 do Código Civil e 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor), sendo que a referida Circular, na prática, acaba apenas por reconhecer tal princípio.

Por fim, em relação ao ofício enviado pela Câmara Municipal de São Paulo, a pedido da Comissão de Administração Pública, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, cumpre registrar que se trata de um relato de toda a problemática envolvendo o empréstimo consignado e seus desdobramentos, bem como de solicitação da adoção de medidas que a Comissão entendeu serem cabíveis. Tendo em vista o conteúdo do ofício, cremos que as considerações efetuadas até o momento são suficientes para esclarecimento da questão, ponderando que, em relação às providências solicitadas não cabe a Procuradoria se manifestar, eis que não se tratam de aspectos-técnico jurídicos.

Permanecemos à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Luciana de Fátima da Silva

Procuradora Legislativa

OAB/SP 181.552

Mário Sérgio Maschietto

Procurador Legislativo Chefe

OAB/SP nº 129.760

Notas de atualização:

1. O Decreto nº 53.671/12 do Município de São Paulo alterou a redação do art. 4º, IV, do Decreto nº 49.425/08, que regulamenta as consignações em folha de pagamento dos servidores públicos e pensionistas da administração direta e autárquica, retornando à redação anterior à edição do Decreto nº 51.198/10, para permitir a consignação referente a empréstimo pessoal obtido junto a qualquer instituição bancária.

2. Em 09/10/12 o Banco XXX firmou Termo de Compromisso de Cessação de Prática com o Conselho Administrativo de Defesa Econmica – CADE, através do qual se comprometeu, dentre outras coisas, a abster-se de exigir o cumprimento de cláusulas de exclusividade para a consignação em folha de pagamento, inseridas em contratos vigentes e/ou em contratos futuros celebrados com entes públicos.

3. A decisão proferida nos autos da Suspensão de Segurança n 2342 transitou em julgado, sendo que os processos nos quais foram proferidas as decisões suspensas não tiveram julgamento de mérito no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até a data de 14/10/13.

4. As decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos de n 070200-86.2010.8.26.0000 e 990.10.164294-8 até a data de 14/10/13 não haviam transitado em julgado.

5. Os PLs n 2.342/11 e 6.902/10 até a data de 14/10/13 permaneciam em tramitação.

Notas Técnicas

Regimento Interno da Câmara Municipal – Omissão – Bloco Parlamentar – Tratamento a ser conferido no que se refere à proporcionalidade das Comissões

Luiz José Tegami¹

Bloco Parlamentar representa uma aliança entre dois ou mais partidos que passam a atuar na Casa Legislativa como uma só bancada, sob liderança comum. Ou, na lição de De Plácido e Silva, “designa o agrupamento de parlamentares, de um mesmo partido ou de partidos diversos, que se forma ideologicamente para exercer influência nas decisões legislativas”. (Vocabulário Jurídico. Ed. Forense, 18^a Ed., p. 113)

O Regimento Interno da Câmara Municipal, quando trata da composição das Comissões Permanentes, é silente em relação à representação proporcional que os Blocos Parlamentares devem ter na composição das comissões, como se verifica do art. 40:

“Art. 40. A representação numérica das bancadas nas Comissões será estabelecida dividindo-se o número de Vereadores de cada partido, exceto os citados no artigo 8º, pelo número de Comissões, sendo que o inteiro do quociente final, dito quociente partidário, representará o número de vagas que cada bancada terá nas Comissões”.

O fato do Regimento Interno da Câmara Municipal ser omissivo quanto à necessidade de se respeitar a proporcionalidade representativa do Bloco Parlamentar nas Comissões Permanentes e na Corregedoria não é impeditiva de sua formação e respectiva inclusão na proporcionalidade da composição das comissões, vez que esse instituto integra o ordenamento jurídico vigente. Além da previsão Constitucional, também consagram a possibilidade de constituição de Blocos Parlamentares os arts. 119 e 120 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo.

Através de uma interpretação sistemática da Resolução nº 02, de 26 de abril de 1991 (Regimento Interno), chega-se à conclusão de que, ao prever no art. 119 que “os vereadores são agrupados em representações partidárias ou blocos parlamentares” sem fazer qualquer distinção, ou hierarquização, a intenção do Regimento é conferir ao Bloco Parlamentar as mesmas garantias e direitos das representações partidárias. Por seu turno, o art. 120 do Regimento Interno, quando estabelece em seu inc. I que “o Líder deverá dirigir à Mesa comunicações relativas à Bancada, Partido ou

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, cursando especialidade em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

Bloco Parlamentar”, ressalta de forma inequívoca o tratamento isonômico conferido a essas composições. Vejam-se suas disposições:

*Art. 119. Os Vereadores são **agrupados por representações partidárias ou Blocos Parlamentares.***

.....

.....
Art. 120. O Líder, além de outras atribuições regimentais, tem as seguintes prerrogativas:

*I – falar pela ordem, **dirigir à Mesa comunicações relativas à sua Bancada, Partido ou Bloco Parlamentar quando, pela sua relevância e urgência interesse ao conhecimento da Câmara, ou, ainda, para indicar, nos impedimentos de membros de Comissões pertencentes à Bancada, os respectivos substitutos:***

.....

.....
*V – **indicar à Mesa os membros da Bancada para comporem as comissões e, a qualquer tempo, substituí-los.*** (destaque nosso)

Na tentativa de dar maior clareza ao processo de participação dos Blocos Parlamentares nas Comissões Permanentes e Temporárias da Câmara Municipal de São Paulo, foi proposto em 26 de setembro de 2001 o projeto de resolução nº 58/2001, o qual altera e acrescenta parágrafos ao Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, sendo que a alteração proposta ao art. 40, *caput*, do R.I., é no sentido de incluir expressamente os Blocos Parlamentares na proporcionalidade numérica nas Comissões, senão vejamos:

“Art. 40. A representação numérica das bancadas nas Comissões será estabelecida dividindo-se o número de Vereadores de cada Partido ou Bloco Parlamentar, (...)”.

O Bloco Parlamentar implica na união de dois ou mais Partidos Políticos, para atuação conjunta, sob liderança comum, durante toda a legislatura, devendo ser levado em conta para configuração da representação proporcional na constituição das Comissões e da Corregedoria.

Nesse sentido caminhou a jurisprudência:

*CÂMARA MUNICIPAL – formação de bloco parlamentar – indeferimento pelo Presidente – ilegalidade – **O Bloco Parlamentar representa uma aliança entre dois ou mais partidos políticos que passam a atuar na Casa Legislativa como uma só bancada, sob liderança comum – desnecessidade de regulamentação no Regimento Interno da Câmara Municipal – indeferimento de tramitação de Projeto de Resolução***

– ilegalidade – Segurança concedida parcialmente – recurso improvido. (TJSP. Apelação nº 825793.5/1, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Franklin Nogueira; participaram os Des. Renato Nalini, Des. Regina Capistrano, e o Des. Danilo Panizza. (destaque nosso)

MANDADO DE SEGURANÇA – Partido Político – Bloco Parlamentar formalmente constituído perante a Mesa Diretora da Câmara Municipal – **Eleição para Comissões Permanentes da Câmara Municipal de Jacaré** – **Representação proporcional assegurada na Casa Legislativa** – Segurança denegada – Recurso desprovido. (TJSP. Apelação nº 0001017-59.2009.8.26.0292, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Angelo Malanga; participaram os Des. Barreto Fonseca, e a Des. Marrey Uint) (destaque nosso)

A Constituição Federal em seu art. 58, § 1º, prevê que “na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”. A regra confere um direito aos partidos políticos, e tem por objetivo evitar a hegemonia de uma só agremiação partidária. Assim, o número de membros da Mesa e das Comissões guarda relação com o número de partidos ou blocos parlamentares a serem representados.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA – Partido político. Comissões Permanentes. Regra da proporcionalidade. Não se desatende a regra, assegurando-se a representação proporcional de bloco parlamentar que participa da respectiva Casa, Art. 58, § 1º, da CF/88. Instituição do bloco parlamentar. Validade, se formalmente instituído perante a Mesa Diretora da Casa, sem que tal importe em violação do Art. 105, do Código Eleitoral, que se refere a coligação partidária para efeito eleitoral Segurança denegada. Recurso improvido. (TJSP. Apelação nº 007138-98.1996.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Santana). (destaque nosso)

Existe claramente o dever de obediência ao critério da representação proporcional na medida em que deve ser levada em consideração a existência de Bloco Parlamentar regularmente formalizado e constituído perante a Mesa, conforme disposição do art. 58, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

A Presidência das Câmaras Municipais deve nomear os membros das Comissões Permanentes levando em consideração, para obedecer ao critério da representação proporcional, a existência de Bloco Parlamentar, desde que este tenha sido devidamente constituído na forma regimental.

Considerando a importância do exercício da atividade parlamentar no âmbito das Comissões Permanentes, os Regimentos Internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados asseguram expressamente que, tanto quanto possível, deverá haver a participação proporcional dos Blocos Parlamentares nas Comissões. Isto garante ao

parlamentar membro do Bloco a defesa de suas teses, mediante voto, na Comissão em que se faz presente como membro titular, consoante se verifica dos expressos termos regimentais, *in verbis*:

Regimento Interno do Senado Federal (Resolução nº 93, de 1970)

Art. 78. Os membros das comissões serão designados pelo Presidente, por indicação escrita dos respectivos líderes, assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado Federal.

Parágrafo único. Para fins de proporcionalidade, as representações partidárias são fixadas pelos seus quantitativos à data da diplomação, salvo nos casos de posterior criação, fusão ou incorporação de partidos.

Art. 79. No início de cada legislatura, os líderes, uma vez indicados, reunir-se-ão para fixar a representação numérica dos partidos e dos blocos parlamentares nas comissões permanentes. (destaque nosso)

Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989)

Art. 26. A distribuição das vagas nas Comissões Permanentes entre os Partidos e Blocos Parlamentares será organizada pela Mesa logo após a fixação da respectiva composição numérica e mantida durante toda a legislatura.

§ 1º – Cada Partido ou Bloco Parlamentar terá em cada Comissão tantos Suplentes quantos os seus membros efetivos.

.....
.....

§ 4º – As alterações numéricas que venham a ocorrer nas bancadas dos Partidos ou Blocos Parlamentares decorrentes de mudanças de filiação partidária não importarão em modificação na composição das Comissões, cujo número de vagas de cada representação partidária será fixado pelo resultado final obtido nas eleições e permanecerá inalterado durante toda a legislatura.

Art. 27. A representação numérica das bancadas em cada Comissão será estabelecida com a divisão do número de membros do Partido ou Bloco Parlamentar, aferido na forma do §4º do art. 8º deste Regimento, pelo quociente resultante da divisão do número de membros da Câmara pelo número da Comissão; o inteiro do quociente assim obtido, denominado quociente partidário, representará o número de lugares a que o Partido ou Bloco Parlamentar poderá concorrer na Comissão.

§ 1º - As vagas que sobraem, uma vez aplicado o critério do caput, serão destinadas aos Partidos ou Blocos Parlamentares, levando-se em conta as frações do quociente partidário, da maior ou para a menor.

§2º - Se verificado, após aplicados os critérios do caput e do parágrafo anterior, que há Partido ou Bloco Parlamentar sem lugares suficientes na Comissões para a sua bancada, ou Deputado sem legenda partidária, observar-se-á o seguinte: (destaque nosso)

Assim, os artigos, de ambos os Regimento estão em conformidade com o art. 58, § 1º, da Constituição Federal, e tratam de forma igualitária os Partidos e os Blocos Parlamentares, prevendo que a representação numérica das bancadas em cada Comissão será estabelecida com a divisão do número de membros dos Partidos ou Blocos Parlamentares, e, uma vez estabelecido, o quociente partidário representará o número de lugares a que os Partidos ou Blocos Parlamentares farão jus nas Comissões, consoante os termos do artigo 79, do RI do Senado, e o art. 27, do RI da Câmara dos Deputados, acima reproduzidos.

Ressalte-se, ainda, que a formação de Blocos Parlamentares é de livre instituição, mediante acerto político entre os partidos ou entre membros dos partidos, reunidos para um objetivo comum, bastando sua formalização perante a Mesa da respectiva Casa Legislativa para o início do exercício de suas prerrogativas e a formação de um grupo pluripartidário.

No caso concreto, verifica-se que a constituição do Bloco Parlamentar objeto de estudo foi formalizada perante a Mesa, e não se vislumbra nenhuma ilegalidade em sua formação.

Por fim, para expurgar qualquer dúvida futura, entendemos que se deve acrescentar ao art. 40 do Regimento Interno, – nos moldes propostos pelo projeto de resolução nº 58/2001 –, que a representação numérica das bancadas em cada Comissão será estabelecida com a divisão do número de membros do Partido ou BLOCO PARLAMENTAR.

Comissão Parlamentar de Inquérito. Utilização de dados sigilosos. Impossibilidade de dar publicidade aos dados sigilosos obtidos. Consulta formulada por e-mail pela Secretaria da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Estacionamentos em 26/03/2013 a respeito da resposta ao Ofício nº 01/2013

*Christiana Samara Chebib¹
Cintia Talarico da Cruz Carrer²
Djenane Ferreira Cardoso³*

À Secretaria da CPI dos Estacionamentos:

Em atenção à questão formulada, informamos que, consoante orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 23452/RJ (DJ 08.06.99), por decisão monocrática do Exmo. Ministro Celso de Mello, as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem o poder de requisitar de órgãos públicos informações e documentos de qualquer natureza, inclusive sigilosos, **entretanto não podem dar publicidade aos dados sigilosos obtidos.**

Nesse sentido, destacou o Exmo. Ministro:

“(…)

Quanto aos dados, informações e documentos, mesmo que resguardado por sigilo legal, desde que observadas as cautelas legais, podem as CPIs requisitá-los. Isso significa que podem quebrar o sigilo fiscal, bancário, assim como segredo de quaisquer outros dados, abarcando-se, por exemplo, os telefônicos (registros relacionados com chamadas telefônicas já concretizadas), e, ainda, determinar buscas e apreensões. O fundamental, nesse âmbito, é:

¹ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduada em Direito Penal pela Faculdade Autônoma de Direito. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura-EPM. Foi Procuradora Municipal do Município de Santo André. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

² Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UNISAL e em Direito Municipal pela Anhanguera-UNIDERP. Foi Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Sebastião. Foi Procuradora do Município de São José dos Campos.

³ Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande. Foi Procuradora Municipal da Estância Turística de Salto.

- a) jamais ultrapassar o intransponível limite da ‘reserva jurisdicional constitucional’, isto é, a CPI pode muita coisa, menos determinar o que a Constituição Federal reservou com exclusividade aos juízes. Incluem-se nessa importante restrição: a prisão, salvo flagrante (CF, art. 5º, inc. LXI); a busca domiciliar (CF, art. 5º, inc. X) e a interceptação telefônica ou escuta telefônica (art. 5º, inc. XII);*
- b) impedir, em nome da tutela da privacidade constitucional (art. 5º, inc. X), a publicidade do que é sigiloso, mesmo porque, quem quebra esse sigilo passa a ser dele detentor;*
- c) não confundir ‘poderes de investigação do juiz’ (CF, art. 58, § 3º) com o poder geral de cautela judicial: isso significa que a CPI não pode editar nenhuma medida assecuratória real ou restritiva do ‘jus libertatis’, incluindo-se a apreensão, sequestro ou indisponibilidade de bens ou mesmo a proibição de se afastar do país.*
- Torna-se importante assinalar, nesse ponto, que mesmo naqueles casos em que se revelar possível o exercício, por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, dos mesmos poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, ainda assim a prática dessas prerrogativas estará necessariamente sujeita aos mesmos condicionamentos, as mesmas limitações e aos mesmos princípios que regem o desempenho, pelos juízes, da competência institucional que lhes foi conferida pelo ordenamento positivo. (...)*

Desta feita, no tocante à documentação sigilosa de natureza fiscal das empresas averiguadas, orientamos esta Secretaria no seguinte sentido:

- a) referidas informações poderão ser acessadas **apenas** pelos parlamentares integrantes da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Estacionamentos, que passam a ser verdadeiros detentores do sigilo, devendo cuidar para que não haja divulgação pública;
 - a) referidas informações não devem constar dos autos da apuração da CPI, devendo ser acondicionadas em pasta própria, em apartado, de acesso restrito aos parlamentares integrantes da CPI dos Estacionamentos;
 - b) terceiros não integrantes da CPI dos Estacionamentos não podem ter acesso às referidas informações, nem em balcão, nem mediante extração de cópias.
- Sendo o que havia a orientar, seguimos à disposição para maiores esclarecimentos. São Paulo, 26 de março de 2013.

CHRISTIANA SAMARA CHEBIB

Procuradora Legislativa

CINTIA TALARICO DA CRUZ CARRER

Procuradora Legislativa

DJENANE FERREIRA CARDOSO

Procuradora Legislativa

Plano Diretor Estratégico – iniciativa legislativa – possibilidade de iniciativa conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo

*Luiz Eduardo de S.S. Thiago¹
Simona M. Pereira de Almeida²*

A iniciativa legislativa para a propositura de Projeto de Lei que tenha por objeto a instituição do Plano Diretor Estratégico, bem como a possibilidade para apresentação de projeto de autoria conjunta do Poder Executivo e do Poder Legislativo sobre a matéria é o escopo da análise do presente texto.

Na Constituição Federal, a iniciativa privativa está expressa nos parágrafos do art. 61. *In verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II – disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;*
- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;*
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;*
- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;*
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.*

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de São Bernardo do Campo. Especialista em Direitos Humanos e Multiculturalismo pela Universidade Ibero-Americana de Andaluzia.

² Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina-Unisul.

Por outro lado, o Plano Diretor Municipal encontra previsão constitucional no art. 182, segundo o qual:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Vê-se que inexistem, nos artigos supracitados, qualquer previsão de reserva de iniciativa do processo legislativo para a matéria, assim como também não há no artigo 37, §2º de nossa Lei Orgânica, bem como no artigo 24 e parágrafos da Constituição do Estado de São Paulo.

E diferente não poderia ser uma vez que, por força do Princípio da Simetria das Formas, a distribuição de competências entre Poderes e esferas da federação é matéria reservada ao texto constitucional.

Nesse sentido, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja. Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de

iniciativa legislativa.” (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006, grifamos.)

E mais, sendo a reserva de iniciativa restrição que é ao exercício da função legislativa, somente poderá ser instituída por disposição constitucional expressa.

Corroborando nossa assertiva, trazemos à colação o julgado do Supremo Tribunal Federal (RE nº 328.896 / SP, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, DJ de 05-11-09), que *mutatis mutandis* aplica-se ao presente caso:

EMENTA: PROCESSO LEGISLATIVO. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RESERVA DE INICIATIVA. PREVALÊNCIA DA REGRA GERAL DA INICIATIVA CONCORRENTE QUANTO À INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS LEIS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INICIATIVA PARLAMENTAR. RE CONHECIDO E PROVIDO. Sob a égide da Constituição republicana de 1988, também o membro do Poder Legislativo dispõe de legitimidade ativa para iniciar o processo de formação das leis, quando se tratar de matéria de índole tributária, não mais subsistindo, em consequência, a restrição que prevaleceu ao longo da Carta Federal de 1969. [...]

“- A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. – A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. – O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara – especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo – ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado.” (RTJ 179/77, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, grifamos)

Ainda que assim não fosse, cabe observar que o Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – ao regulamentar o art. 182 da Constituição Federal, também não trouxe qualquer reserva de iniciativa ao Executivo para a matéria. Pelo contrário, trouxe equiparados, lado a lado, os Poderes Legislativo e Executivo enunciando para ambos os requisitos a serem observados no processo de elaboração e fiscalização do Plano.

Vejamos:

“Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo Municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”.

(grifamos)

Do supraexposto extrai-se: i) o plano diretor é matéria reservada à lei em sentido formal; ii) no processo de sua elaboração e de sua fiscalização, tanto Executivo quanto Legislativo deverão garantir os requisitos impostos nos incisos do § 4º do art. 40.

Dessa forma, ante a regra geral posta em nossa Lei Orgânica, espelhada no artigo 61 da Constituição Federal, segundo a qual a iniciativa das leis na esfera municipal cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, para que houvesse iniciativa legislativa privativa ao Executivo para a apresentação de projeto de Lei de Plano Diretor, mister que tal reserva fosse expressa no texto constitucional (art. 61, § 1º) e na nossa Lei Orgânica (art. 37, § 2º), o que não ocorre.

Sendo assim, forçoso concluir que inexiste vedação jurídica para a apresentação de projeto de Lei de Plano Diretor de iniciativa do Poder Legislativo, ressaltando-se que a única exigência posta pela Constituição Federal (art. 182) e pelo Estatuto da Cidade (art. 40) é a de que o Plano Diretor seja aprovado por lei, observada a efetiva participação da população através da promoção de debates e audiências públicas e a publicidade e disponibilização de todos os documentos envolvidos no processo de elaboração do plano (§ 4º do art. 40, do Estatuto da Cidade).

Nesse sentido:

EMENTA: Recurso Extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, dispondo sobre matéria tida como tema contemplado no art. 30, VIII, da Constituição Federal, da competência dos Municípios. 2. Inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal a exclusividade de iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma legal impugnado. Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo municipal. 3. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 218110, Relator (a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 02/04/2002, DJ 17-05-2002 PP-00073 EMENT VOL-02069-02 PP-00380, grifamos)

E também decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ADI nº 70041761388, cujas razões do relatório do Des. Vicente Barroco de Vasconcelos colacionamos:

“ ...

Depreende-se dos dispositivos constitucionais acima mencionados que não há norma que confira ao chefe do Poder Executivo Municipal a exclusividade de iniciativa quanto às questões referentes à política urbana. Com efeito, a apresentação de projeto de lei versando sobre tal matéria é de iniciativa concorrente do Poder Executivo e do Poder Legislativo Municipais.

...

Nesse sentido, também, o magistério de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a qual afirma que o “projeto de lei do plano diretor pode ser de iniciativa geral, isto é, não é de iniciativa privativa do Prefeito, podendo ser de autoria de qualquer membro ou comissão da Câmara, do Prefeito e até mesmo dos cidadãos, nos termos do inciso XII, do art. 29, da Constituição Federal (...)”

...

Com efeito, ausente previsão de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para a propositura de leis municipais que versem sobre política urbana, não há falar em inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, das leis ora impugnadas”.

No entanto, cumpre-nos anotar que há entendimento jurisprudencial e doutrinário em sentido contrário, ou seja, de que a propositura de projeto de lei versando sobre Plano Diretor seria de iniciativa legislativa privativa do Executivo.

Nesse sentido, é o entendimento do doutrinador José Afonso da Silva (*in Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros Ed., págs. 141 e 142), *in verbis*:

“O plano diretor, em seu aspecto técnico, é um documento de base que se apresenta sob a forma gráfica, compreendendo relatório, mapas e quadros, que consubstanciam o retrato da situação existente e as projeções da situação futura, transformada. A formulação desse documento é uma tarefa multidisciplinar. Embora predominem, aqui, os aspectos técnicos, revela-se ainda como um procedimento jurídico, dadas as exigências legais que impõem a ele a observância de determinadas regras de conduta.

A elaboração do plano é da competência do Executivo Municipal, por intermédio dos órgãos de planejamento da Prefeitura.

E também do Tribunal de Justiça de São Paulo:

INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal de iniciativa de Vereador que altera, sem planejamento prévio, as zonas de expansão urbana – Ação Direta julgada procedente – Em certos temas urbanísticos, exigentes de prévio planejamento, tendo em vista o adequado desenvolvimento das cidades, a iniciativa legislativa é exclusiva do Prefeito, sob cuja orientação e responsabilidade se prepara os diversos planos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 66.667-0/7, da Comarca de São Paulo, em que é requerente o Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, sendo requerido o Presidente da Câmara Municipal de Ribeirão Preto:

ACORDAM: em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar a matéria preliminar e julgar procedente a ação. (Acórdão nº 66.667-0/6 ADIN da Lei Complementar nº 884/99)

ADI nº 0454164-98.2010 – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis nºs 3.307/2009, 3.319/2009 e 3.435/2010 do Município de Piraju. Matérias referentes à Lei de Uso e Ocupação do Solo, Código de Obras e Plano Diretor. Vício de iniciativa. Temas urbanísticos, exigentes de prévio planejamento, a iniciativa legislativa reservada ao Executivo. Precedentes. Ação Procedente. (grifamos)

Contudo, da leitura dos referidos acórdãos infere-se que a fundamentação para o entendimento da reserva de iniciativa reside na dificuldade técnica que se apresenta para o Legislativo elaborar o plano do que propriamente em vício de iniciativa por violação do Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes.

In verbis:

“Matérias de extrema relevância, como estas que tratam de natureza urbanística, que alteram o Plano Diretor e versam sobre o uso e ocupação do solo, Código de Obras e de Posturas, exigem, além do estudo aprofundado sobre os impactos que podem advir da medida, o atendimento ao interesse público, garantido por lei a realização de audiências públicas.

A interpretação legal não confere ampla liberdade no trato da matéria vez que as normas relativas a urbanização devem atender os interesses da coletividade.

Nesse contexto, este Tribunal tem reiteradamente decidido que a iniciativa legislativa nestes casos, que envolvem a ocupação e o uso do solo, é de competência exclusiva do prefeito, pois dependem de estudos prévios e técnicos e audiências junto às entidades comunitárias que só o Poder Executivo local, por meio de seus órgãos, está apto a realizar”. (ADI TJ/SP nº 0454164-98.2010, grifamos)

Nesse sentido ainda a lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“A iniciativa desse projeto de lei, embora não esteja expressamente reservada ao Executivo, só poderá ser tomada pelo prefeito (...) A complexidade técnica da elaboração de um plano diretor, na abrangência dos seus múltiplos aspectos urbanísticos, principalmente de uso e ocupação do solo urbano, exige profissional habilitado para concebê-lo (engenheiro, arquiteto ou urbanista) e equipes especializadas em pesquisa e na feitura dos diversos elementos que vão compor

o projeto de lei (texto, mapas, plantas, etc). Nessas condições, a Câmara de Vereadores dificilmente estará habilitada a elaborar um projeto completo de plano diretor no Município, mas poderá, coma sensibilidade política de seus membros, aprimorar, através de emendas, o projeto recebido do Executivo". (Direito Municipal Brasileiro, 10ª ed., Malheiros Ed., 1998, pág. 527, grifamos).

Pelo exposto, entendemos ser concorrente ao Executivo e ao Legislativo a iniciativa para propor o projeto de lei do Plano Diretor Estratégico, sem embargo das opiniões que atribuem privatividade dessa iniciativa ao Executivo em razão da complexidade técnica que envolve sua elaboração, pois a matriz constitucional, como frisado anteriormente, não reserva expressamente essa competência ao Poder Executivo.

Na verdade, esse argumento relativo à complexidade técnica e necessária multidisciplinariedade na elaboração da proposta do Plano Diretor remete a nova questão, qual seja, a possibilidade de iniciativa conjunta deste Legislativo e do Executivo na elaboração desse projeto.

Segundo nosso sentir, que desde já deixamos expresso, tendo em vista a complexidade e abrangência multidisciplinar que a elaboração do Plano Diretor Estratégico envolve, bem como o disposto no § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade segundo o qual, no processo de elaboração do plano e na fiscalização de sua implementação, ambos os Poderes, Legislativo e Executivo, garantirão a promoção de debates e audiências públicas e a publicidade e acesso aos documentos e informações produzidos e, por fim, diante da competência comum do Poder Legislativo e do Executivo para disciplinar a matéria, entendemos não haver óbice à apresentação de um Projeto de Plano Diretor de autoria conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo.

Muito ao revés, parece-nos que a iniciativa conjunta nessa matéria concilia a premissa jurídica de que tal iniciativa é concorrente e não privativa do Executivo, com os alertas e preocupações de alguns doutrinadores – acolhidas por alguns julgados – que atribuem a privatividade da apresentação da proposta ao Poder Executivo em razão da citada complexidade técnica na elaboração da mesma.

Com efeito, a iniciativa conjunta somente agregaria utilidade ao processo legislativo de construção do Plano Diretor Estratégico uma vez que, de um lado contaria com a participação inaugural do Executivo, com todo seu cabedal técnico e dados relevantes para o diagnóstico da realidade urbanística com vistas à elaboração do Plano, e de outra parte contaria com a igualmente inicial participação do Legislativo, com toda sua intrínseca pluralidade e natural vocação ao debate e à participação popular, reverberando o conjunto de ideias e conflitos existentes na sociedade paulistana em tema tão caro como o da construção de um Plano Diretor Estratégico.

É claro que poderiam uns questionar essa figura da iniciativa conjunta, propondo sua inexistência expressa no modelo constitucional e que diante dessa ausência de previsão estaria ela proibida, pois implicaria em alteração na configuração da separação de Poderes estabelecida pela Constituição. Entretanto, não vislumbramos pertinência nessa possível tese, como se passará a abordar.

Como se sabe, no modelo clássico de repartição dos Poderes, cabe ao Legislativo a função precípua e primordial de legislar, e ao Executivo a função de executar as leis, embora tais competências não sejam exclusivas, pois ambos os Poderes têm funções secundárias que não afastam a de legislar ao Executivo, nem a de gestão administrativa ao Legislativo nos negócios que lhe são próprios.

Com efeito, a concepção original da separação dos poderes que atribuía exclusivamente ao Legislativo a iniciativa da produção legal logo se mostrou insuficiente e acarretadora de graves dificuldades práticas, o que levou ao processo natural de progressiva atribuição ao Poder Executivo da faculdade de dar início ao processo legislativo, submetendo um projeto ao órgão legiferante, e em matérias específicas com privatividade no ato de iniciar o processo legislativo.

Como enfatiza Sérgio Antônio Ferrari Filho, citando Clèmerson Clève, *“A evolução do constitucionalismo foi sofisticando as formas de provocação do órgão legislativo. Isto levou, em caráter excepcional, ao deslocamento da iniciativa para outros órgãos, inclusive ao próprio Poder Judiciário, no que tange a certas matérias.”*³

Assim, quando a Constituição atribui a um órgão ou Poder a reserva da iniciativa para iniciar o processo legislativo, tal competência não pode ser afrontada por outro Poder ou órgão sem ofensa à própria Carta Magna, que fixou aquela reserva de iniciativa.

No entanto, o mesmo não ocorre quando a iniciativa é concorrente, vale dizer, quando o processo legislativo pode ser iniciado por mais de uma pessoa ou Poder.

E é nessa modalidade de iniciativa que vislumbramos a possibilidade de conjugação de vontades quanto ao momento de iniciar o processo de elaboração de uma lei, no nosso caso específico de análise a elaboração do Plano Diretor Estratégico, e tal opção não constituiria qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Quanto à questão da fixação de iniciativas privativas pelo legislador constituinte e suas implicações com o modelo de separação dos poderes, vale citar mais uma vez o parecerista referido mais acima, Procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro: *“não cremos sequer que a iniciativa privativa seja um princípio constitucional. Para nós, reservar a iniciativa de determinadas matérias ao titular do Poder Executivo (caso que interessa ao presente estudo) é uma opção organizacional do constituinte, que poderia simplesmente não tê-la feito, sem que se mudasse a feição do Estado brasileiro. Com ou sem iniciativa reservada tem-se um Estado com separação de poderes. Afirmar que a iniciativa privativa é decorrência do princípio da separação dos poderes é uma assertiva traiçoeira, pois conclusão exatamente oposta pode ser obtida com o mesmo argumento. Se a separação dos poderes veda que o Poder Legislativo imiscua-se, através da própria produção legislativa, nas decisões administrativas, também é verdade que a iniciativa privativa pode ser lida exatamente como uma exceção ao princípio da separação dos poderes, pelo qual*

³ Sérgio Antônio Ferrari Filho: *“A Iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da Constituição”*, Revista de Direito, Rio de Janeiro, v.5, n. 9, jan/jun. 2001, pg. 58.

a iniciativa de legislar caberia apenas ao próprio Poder Legislativo, como na formulação original de Montesquieu.”⁴

Ora, se a fixação de reserva de iniciativa em determinadas matérias pelo legislador constituinte não interfere com o princípio constitucional da separação dos poderes, com mais razão se pode aduzir que a iniciativa conjunta e colaborativa entre o Poder Legislativo e o Executivo na elaboração da proposta do Plano Diretor não viola ou macula o mesmo princípio da separação dos poderes.

Segundo nosso sentir, muito ao contrário, a iniciativa conjunta, sobretudo nessa matéria do PDE, milita em favor do referido princípio, no medida que tal princípio também engloba a colaboração entre os poderes, expresso pela fórmula separação e harmonia entre os poderes.

De fato, a cláusula principiológica da separação dos poderes contém em si a dimensão da harmonia, da colaboração, ou da interdependência como a rotula a Constituição Portuguesa.

Nesse sentido, e sobretudo tendo em conta que se perquire a possibilidade de iniciativa conjunta do Legislativo e do Executivo na elaboração do Plano Diretor

Estratégico, entendemos plenamente constitucional a proposta conjunta dos dois Poderes municipais que, colaborativamente, e contando com a intensa e efetiva participação popular, como preconiza o Estatuto da Cidade em seu artigo 40, constroem a elaboração do projeto de Plano Diretor.

Essa medida, longe de resvalar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, dá efetividade ao mesmo em sua dimensão de harmonia, colaboração e interdependência.

Dessa forma, entendemos que a iniciativa em matérias urbanísticas de modo geral e no Plano Diretor Estratégico em particular, é concorrente aos Poderes Legislativo e Executivo, os quais podem, havendo convergência de avaliação da oportunidade e conveniência, conjuntamente iniciarem o processo legislativo de elaboração de tão importante instrumento de regulação urbana.

⁴ Obra citada, pg. 61

Peças Judiciais

Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Municipal nº 15.499, de 07 de dezembro de 2011, que institui o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, e, por arrastamento, o Decreto nº 52.857, de 20 de dezembro de 2011, que a regulamenta

*José Luiz Levy¹
Paulo Augusto Baccharin²*

**Processo nº 0002940-84.2013.8.26.0000
Ação Direta de Inconstitucionalidade**

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por si e assistido por Procuradores da Edilidade, nos autos da ação em referência promovida pelo EXMO. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., em atenção ao r. ofício nº 574-0/3013-egt, apresentar as solicitações.

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões seguintes, que passa a aduzir.

I. Síntese

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto a **inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 15.499, de 07 de dezembro de 2011**, que institui o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, e, por arrastamento, o **Decreto nº 52.857, de 20 de dezembro de 2011**, que a regulamenta.

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Mestre em Filosofia e História do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde foi graduado. Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP. Foi titular do cargo de Supervisor de Assessoria Técnica Jurídica por 12 anos, a partir de 1991. Exerceu o cargo junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo, de 1995 a 2005, e de julho a dezembro de 2012. Integrou o Núcleo Técnico de Controle Interno da Câmara Municipal de São Paulo de março de 2011 a junho de 2012.

² Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Exerce a função de Procurador Chefe da Câmara Municipal de São Paulo, nomeado em 03/01/2013.

Sustenta o Autor que a lei, ao prever a possibilidade de expedição de alvará condicionado para os casos que especifica, cria obrigação de cunho administrativo para a Administração Pública local. Isto porque, tal matéria já se inseriria na esfera de ação do Executivo, não sendo necessário lei obrigando-o a adotar tal ou qual conduta.

Segundo o *Parquet*, neste diapasão, a lei, que é de iniciativa parlamentar, configuraria verdadeiro ato administrativo, sendo apenas “formalmente” ato legislativo e, desse modo, malferindo o princípio da separação de poderes. Acrescenta, por fim, que a matéria relaciona-se ao uso e ocupação do solo urbano, cuja tarefa, no plano físico, é privativa do Prefeito, que no exercício dessa atividade não pode sofrer nenhum tipo de interferência indevida do Legislativo local.

Foi requerida liminar, alegando-se como “*fumus boni iuris*” o quanto já relatado e como “*periculum in mora*” o fato de que, sem a imediata suspensão da vigência e eficácia da lei impugnada, instalar-se-ia situação consumada, decorrente de concessões irregulares de autos de licença de funcionamento condicionados.

O Exmo. Des. Relator **inicialmente** entendeu presentes os requisitos legais e **deferiu a medida liminar pleiteada**, sob o fundamento de aparente vício de iniciativa e a aparente violação do princípio republicano da separação dos poderes (fls. 28/29).

Posteriormente, porém, houve por bem **revogar a liminar**, acolhendo as ponderações apresentadas pela Câmara Municipal (fls. 33/51) e pela Municipalidade (fls. 71/86), reconhecendo o lapso de tempo superior a um ano transcorrido desde a vigência da norma e sua regulamentação até a propositura da presente ação direta, e fazendo um juízo de proporcionalidade entre o dano invocado pelo autor e aquele que poderá sofrer a municipalidade e, em particular, todos aqueles que já obtiveram a concessão da forma especial de alvará (fls. 97/98).

II – Do Mérito

A fim de afastar qualquer dúvida a respeito da constitucionalidade da Lei Municipal nº 15.499/11, necessário demonstrar-se que a matéria em pauta só poderia ter sido disciplinada através de Lei e, uma vez isto esclarecido, que a competência para a inauguração do processo legislativo sobre a questão é comum, ou seja, não é privativa do Chefe do Poder Executivo.

Da reserva de Lei

De acordo com o entendimento ministerial exposto na inicial, a Edilidade paulistana editou lei apenas “formalmente” legislativa, pois, na verdade, seu objeto seria matéria de ato administrativo do Poder Executivo, que já estaria dentro de sua esfera de ação e decisão, daí porque estaria sendo infligido o princípio republicano da separação de poderes.

Todavia, tal não corresponde à verdade.

Isto porque, a Lei nº 15.499/11 tem por objeto a criação de uma nova hipótese legal de concessão de alvará de licença de funcionamento, o **Alvará de Licença de Funcionamento Condicionado**, consistente na possibilidade de que edificações em situação irregular obtenham provisoriamente alvará que possibilite a instalação e funcionamento de atividades comerciais, industriais, institucionais e de prestação de serviços, compatíveis ou toleráveis em vizinhança residencial, por prazo determinado de tempo e condicionado à regularização do imóvel.

Assim sendo, a Lei nº 15.499/11 criou uma hipótese especial de alvará, que excepciona a regra geral constante na Lei Municipal nº 10.205/86, que dispõe sobre as regras gerais de concessão de Alvará de Funcionamento, acompanhada de suas diversas alterações legislativas posteriores, regulamentada pelo Decreto nº 49.969, de 28 de agosto de 2008.

Ora, em respeito ao princípio da simetria das formas e hierarquia das Leis, qualquer regra especial que tivesse por objetivo excepcionar as normas gerais constantes da Lei Municipal nº 10.205/86 somente poderia ser veiculada por outra norma legal de igual ou superior hierarquia.

Desta feita, da mesma forma que a regulamentação geral e abstrata das hipóteses de concessão de alvará de funcionamento pelo Município já se encontravam disciplinadas por Lei Municipal, **também a hipótese excepcional de concessão de alvará de funcionamento condicionado deveria ser disciplinada por Lei Municipal.**

Ou seja, a matéria objeto da Lei nº 15.499/11 não é matéria de ato administrativo. Se fosse, estaria este em incompatibilidade vertical com a Lei Municipal nº 10.205/86 e, aí sim teríamos uma inconstitucionalidade, pois haveria norma administrativa exacerbando os limites legais, na medida em que autorizaria a concessão de alvará de funcionamento para situações não previstas em lei.

Não bastasse, a matéria de que versa a lei impugnada encontra fundamento no poder de polícia administrativa, e, com o devido respeito, a peça exordial está a confundir o denominado **poder de polícia geral e abstrato, que se traduz por meio da atividade legislativa**, com o poder de polícia concreto, realizado por meio de atividade administrativa.

Na definição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “o poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. (*Direito Administrativo*, 13ª edição, *Impetus*, Brasília, p. 157).

Entende-se, todavia, que o exercício do poder de polícia reclama, a princípio, medidas legislativas que servirão de base para uma futura atuação concreta da Administração, razão pela qual é comum afirmar que a polícia administrativa se desdobra em uma competência legislativa e uma administrativa. Nesse sentido, cite-se, Marçal Justen Filho:

“O chamado poder de polícia se traduz, em princípio, em uma competência legislativa. (...) Até se poderia aludir a um poder de polícia legislativo para indicar essa manifestação da atuação dos órgãos integrantes

do Poder Legislativo, em que a característica fundamental consiste na instituição de restrições à autonomia na fruição da liberdade e da propriedade, caracterizando-se pela imposição de deveres e obrigações de abstenção e de ação. Usualmente, a lei dispõe sobre a estrutura essencial das medidas de poder de polícia e atribui à Administração Pública competência para promover a sua concretização.” (Curso de Direito Administrativo, 3ª edição, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 469).

Verifica-se, pois, *in casu*, manifestação da competência legislativa atinente ao poder de polícia para disciplinar a expedição das espécies de licença de funcionamento existentes no Município de São Paulo, **considerando, inclusive, que a atuação concreta da Administração sobre direitos individuais deve estar delineada na lei por força do princípio da legalidade** (arts. 5º, II e 37, *caput*, da CF).

Assim, a necessidade de lei advém da existência de normas de administração gerais e abstratas, sendo que somente as normas de administração concretas encontram-se além da iniciativa do Poder Legislativo.

Diga-se, ainda, como pretende o Ministério Público, que se fosse matéria própria de ato administrativo – disciplina de situações concretas e não abstratas – não haveria tido sequer a necessidade de o Poder Executivo editar o Decreto Municipal nº 52.857/11 para assegurar a aplicação da Lei. A edição do Decreto, que conta com 24 artigos e estabelece as competências e atribuições necessárias para execução da Lei apenas reforça o argumento de que a Lei Municipal nº 15.499/11, ao criar uma nova forma de Alvará de Funcionamento, ***apenas regulou a matéria de forma geral e abstrata.***

Ante o exposto, outra conclusão não resta senão a de que não se trata de matéria de ato administrativo, inerente a atividade do Executivo, mas sim de matéria de Lei, afastando-se, assim, a alegação de violação do princípio da separação dos poderes.

Da iniciativa comum para o processo legislativo da Lei nº 15.499/11

Uma vez fixado tratar-se de matéria de lei, passa-se a demonstrar que a iniciativa para inauguração do correspondente processo legislativo é comum e não privativa do Prefeito.

A possível existência de vício de iniciativa constou tanto da r. decisão liminar recorrida por meio de Agravo Regimental (decisão essa posteriormente revogada), como também do protocolado ministerial acostado à inicial e que serviu de base para o ajuizamento da presente ação.

Todavia, não se pode deixar de apontar, que o Procurador-Geral de Justiça, em sua peça exordial, em momento algum suscita vício de iniciativa (suscita, tão somente, a usurpação de atividade material própria do Executivo), o que nos leva a conclusão lógica de que ou ele não teria vislumbrado tal vício ou, ainda, não teria encontrado padrão de confronto na Constituição do Estado de São Paulo para impugnar a matéria pela via estreita do controle em abstrato de constitucionalidade.

Tanto é que, dos dispositivos da Constituição Estadual apontados como violados, o artigo 5º trata do princípio da separação de poderes, o artigo 47, II e XIV,

cuida das atribuições materiais do Poder Executivo Estadual e o artigo 144 determina que a Lei Orgânica deve observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal e Estadual. **Nenhum reporta-se a competências legislativas que estariam sendo infligidas, de modo que para a alegação de vício de iniciativa não foi apontado qual dispositivo da Constituição Estadual estaria sendo violado, de maneira que decisão nesse sentido atentaria contra o disposto no artigo 125, §2º, da CF.**

Dito isto, necessário observar que a competência legislativa em âmbito municipal vem definida no artigo 37 da Lei Orgânica do Município. O *caput* trata da regra geral, enquanto o § 2º o excepciona para fixar aquelas competências que são de iniciativa privativa do Prefeito, *in verbis*:

“Art. 37. A iniciativa de leis cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e casos previstos nesta Lei Orgânica.

(...)

“§2º – São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

I – criação, extinção ou transformação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional;

II – fixação ou aumento de remuneração dos servidores;

III – servidores públicos, municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

IV – organização administrativa e matéria orçamentária;

V – desafetação, aquisição, alienação e concessão de bens imóveis municipais”

Da análise do dispositivo, outra conclusão não resta senão a de que **a regulamentação do poder de polícia de forma geral e abstrata**, desde que não interfira na organização administrativa do Poder Executivo (inciso IV), **não é competência privativa do Prefeito, mas sim de iniciativa comum.**

Por “organização administrativa” deve-se entender a forma como são estruturados e as competências que são atribuídas aos diversos órgãos que compõem a estrutura do Poder Executivo municipal. Lembrando-se, sempre, que em se tratando de norma que excepciona regra geral, sua interpretação deve ser restritiva e não ampliativa.

In casu, a Lei Municipal nº 15.499/11 cria uma nova espécie de alvará de funcionamento, provisório e condicionado, que não exige para sua emissão a regularidade do imóvel, desde que haja prova de que sua regularização está sendo providenciada junto aos órgãos competentes.

Assim dispondo, a Lei em comento não está a criar obrigações e condutas para o Administrador, muito menos atribuições para tal ou qual Secretaria do Governo municipal.

Ao contrário, toda a estrutura para concessão de alvarás de funcionamento no Município de São Paulo já existe e funciona há muitos anos para dar aplicação à Lei Municipal nº 10.205/86, que dispõe sobre as regras gerais de concessão de Alvará de Funcionamento.

O que a Lei Municipal nº 15.499/11 fez foi, apenas, criar a figura do alvará condicionado, mais uma espécie de alvará dentre aquelas existentes.

Aliás, da leitura da Lei constata-se facilmente que ao longo de seu texto não há referência expressa a qualquer Secretaria ou Subprefeitura, justamente porque definir a competência e atribuição dos órgãos municipais é tarefa do Prefeito, que o fará de acordo com o que considere melhor para sua gestão administrativa.

Insista-se, os Vereadores autores da Lei Municipal nº 15.499, de 07 de dezembro de 2011, apenas legislaram a respeito de um novo tipo de alvará de funcionamento, o condicionado, não ofenderam, assim, a competência privativa do Prefeito para legislar sobre organização administrativa.

Tanto é que o Projeto de Lei foi sancionado expressamente pelo Prefeito, que se preocupou em rapidamente garantir sua execução, editando o Decreto nº 52.857, em 20 de dezembro de 2011, menos de quinze dias após a publicação da Lei. Se tal fato não tem o condão de afastar a alegação de vício de iniciativa, ao menos demonstra que é entendimento do Executivo a legalidade e constitucionalidade do Projeto de Lei.

Por pertinente, transcreva-se o seguinte trecho constante da justificativa do Projeto de Lei que deu ensejo a Lei nº 15.499/11:

“O texto ora apresentado estruturou-se a partir do conteúdo dos diplomas legais básicos que regem o tema, quais sejam, a Lei nº 10.205/86, que disciplina a expedição de licença de funcionamento, e o Decreto nº 49.969/08, que regulamenta a expedição de Auto de Licença de Funcionamento, Alvará de Funcionamento, Alvará de Autorização para eventos públicos e temporários e Termo de Consulta de Funcionamento, em consonância com a citada lei e a Lei nº 13.885/04 dos Planos Regionais Estratégicos. Ao mesmo tempo foi dedicada especial atenção à análise do teor dos projetos em andamento na Câmara Municipal, bem como às sugestões de entidades e parlamentares encaminhados à comissão, de forma que pudessem ser considerados na versão final da proposta de lei.”

Durante a elaboração do texto, uma das principais preocupações foi a de manter as regras e os procedimentos básicos, hoje adotados pela Municipalidade, para a emissão da documentação relativa ao funcionamento das atividades não-residenciais, de maneira a não comprometer o andamento das solicitações em curso, vez que este consegue atingir as demandas às quais se destina. Desta forma, optou-se por delinear um instrumento alternativo capaz de absorver demandas distintas daquelas, sem, contudo prescindirmo-nos daqueles mecanismos implantados. O novo instrumento pretende, então, atingir o universo de edificações existentes às quais o impeditivo fundamental para o funcionamento da atividade atrela-se, neste momento, à condição de regularidade do imóvel e à impossibilidade transitória do cumprimento deste requisito pelos interessados.”

Neste diapasão, não se aplicam ao caso os julgados colacionados pelo Requerente, pois ambas as ações diretas de constitucionalidade citadas como precedentes deste E. Tribunal de Justiça tinham por objeto, não a criação em tese de uma nova espécie de alvará de funcionamento, mas sim a criação de obrigações materiais para o Executivo, inclusive com repercussões pecuniárias (obrigatoriedade de ascensoristas nos elevadores dos edifícios comerciais e obrigatoriedade de confecção e distribuição de material explicativo sobre os efeitos de radiação).

Há de aplicar-se, “*in casu*”, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em hipótese similar à hipótese vertente:

–“Citada complementação, de transferência do alvará no caso de morte do motorista, não gerou novas providências administrativas ou ônus ao erário público, além daqueles já previstos na lei anterior. Nesse passo, não há que se falar em usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa do Executivo, pois, como bem observado no judicioso parecer do D. Procurador de Justiça, a proposta legislativa em nenhum momento teve por objetivo gerir as atividades municipais ou intervir na forma de gerenciamento dos serviços. Saliente-se também que, na estipulação de regras gerais, dentre elas inserida a alteração acima referida, a competência se apresenta na modalidade concorrente, pois certamente não incluída dentre os temas reservados à iniciativa privativa da União. Assim, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação é mesmo de ser julgada improcedente. Posto isto, julga-se improcedente a presente ação” (ADin nº 166.690-0/0-00, Rel. Min. Ademir de Carvalho Benedito, j. 18.02.09).

Por fim, necessário restar claro também, que ante a redação do § 2º do artigo 37 da Lei Orgânica do Município, acima reproduzido, a matéria de uso e ocupação do solo não é de iniciativa privativa do Prefeito.

Caso entenda-se, por qualquer razão, que deveria ser, o que precisaria ser impugnado em sede de ação direta de constitucionalidade é o teor do citado § 2º do artigo 37 da LOM/SP e não a Lei em questão, pois, enquanto vigente, este dispositivo é fundamento de validade de normas municipais, como não poderia deixar de ser em razão do princípio da presunção de constitucionalidade/legalidade das leis.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, analisando Lei do Município de Ribeirão Preto, que “*inexiste norma que confira a Chefe do Poder Executivo municipal a exclusividade de iniciativa relativamente à matéria objeto do diploma impugnado [uso e ocupação do solo]. Matéria de competência concorrente. Inexistência de invasão da esfera de atribuições do Executivo Municipal.*” (STF, 2ª T, RE 218.110-6, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 2.04.02) .

De todo modo, “*in casu*”, tendo-se em vista que a Lei nº 15.499/11 foi editada com a finalidade de regulamentar o poder de polícia de forma geral e abstrata, sem ônus funcional e financeiro adicional, e sem qualquer interferência no zoneamento e planejamento urbano do Município, não há que se falar em afronta ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido mencionem-se os seguintes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“E, com efeito, ainda que em princípio a ocupação do solo diga respeito ao Executivo, em virtude de demandar estudos que aconselhem esta ou aquela solução concreta, aqui não tem aplicação esse entendimento, uma vez que a Câmara Municipal legislou em caráter genérico e abstrato, mantendo uma restrição que é válida para todo o território municipal e que já constava, embora de forma menos severa, do Código de Posturas do Município de Santos. Há de se reconhecer, portanto, que foi observado o princípio da isonomia, e não se vislumbra, por outro lado, vício de iniciativa ou ofensa ao princípio da separação dos Poderes.” (ADIn nº106.124-0/9-00, Rel. Des. Paulo Franco, j. 17.08.05)

Nesse passo, manifesta a inexistência vício de iniciativa na Lei impugnada, visto que matéria de que trata é de iniciativa comum.

Em face de todo o exposto, ao contrário do que alegado na inicial, restou demonstrado que a matéria objeto da Lei Municipal nº 15.499/11 somente poderia ter sido disciplinada através de Lei, e que a iniciativa do processo legislativo sobre a questão é comum, ou seja, não é privativa do Chefe do Poder Executivo. Não há que se falar, portanto, em qualquer vício que inquie a Lei impugnada de inconstitucionalidade, merecendo ser a presente ação julgada improcedente, inclusive no que tange ao Decreto nº 52.857/11, por arrastamento.

Há que se considerar, por fim, **que se presume a validade da lei quando não é evidente a inconstitucionalidade, ou surge dúvida, ou se detecta a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, o que há de se verificar especialmente na hipótese vertente, em que nova lei disciplinou de modo inteiramente diverso a matéria.** Luiz Roberto Barroso assim preleciona: “*No Brasil, e de longa data, o princípio tem sido afirmado, assim pela doutrina como pela jurisprudência, que já assentou que **a dúvida milita em favor da lei** (RTJ 101:924, 1982, Rep. nº 1052-MS, rel. Min. Rafael Mayer), que **a violação da Constituição há de ser manifesta** (RTJ 66:631, 1973, Rep. nº 881-MG, rel. Min. Djaci Falcão) e que **a inconstitucionalidade nunca se presume** (RTJ 66:631-MG, Rep. nº 881-MG, rel. Min. Djaci Falcão). É igualmente vetusta a convicção de que, entre exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.” (Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 170, destaque nosso).*

IV. Conclusão

Em face de todo o exposto, aguarda e está certo o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo que esse E. Tribunal se dignará julgar improcedente a presente demanda, por inexistir qualquer inconstitucionalidade hábil a viciar as disposições municipais impugnadas, **sob pena de afronta aos artigos 2º, 5º, II, 37, caput, e 125, § 2º da Constituição Federal.**

Requer-se, por fim, **sejam as intimações efetuadas em nome do Dr. José Luiz Levy, OAB/SP nº 67.816, e de Paulo Augusto Baccarin, OAB/SP 138.129,** independentemente da subscrição de peças por Procuradores Legislativos diversos.

São essas as informações e considerações que ponderamos, em atendimento ao r. ofício expedido por V. Exa.

São Paulo, 02 de abril de 2013

José Américo

Presidente

José Luiz Levy

Procurador Legislativo

OAB/SP nº 67.816

Paulo Augusto Baccarin

Procurador Legislativo Chefe

OAB/SP nº 138.129

NOTA: Em 31 de julho de 2013, por votação unânime a ação foi julgada improcedente. A Decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo bem destacou a atuação do Poder Legislativo, na medida em que entendeu pela inexistência de usurpação da competência atribuída ao Chefe do Executivo Municipal para, por meio de atos administrativos, atuar na matéria relacionada ao uso e ocupação do solo urbano. Segundo o voto do Relator Grava Brazil, o Poder Legislativo cuidou de legislar, de forma geral e abstrata, a respeito do poder de polícia, criando a modalidade de licença de funcionamento condicionada, como uma espécie transitória, até que se regularize a edificação em situação irregular, possibilitando, ao final, a concessão de licença definitiva para as hipóteses já existentes no Município de São Paulo. Para o Relator, a lei em comento resguardou a liberdade da Administração local quanto à efetiva regulamentação da matéria, limitando-se a fixar o mínimo necessário à execução da lei e, nessa parte, velou por fazê-lo de forma genérica, deixando margem de liberdade necessária ao exercício da gestão administrativa pelo Executivo, tornando possível a congregação de interesses e a atuação harmônica dos Poderes.

EMENTA DO JULGAMENTO: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei n.15.499, de 7/12/11, do Município de São Paulo e, por arrastamento, Decreto Municipal n. 52.857, de 20/12/11 – Alegação de que houve ofensa à separação de poderes, a pretexto de que a lei, de iniciativa parlamentar, invadiu a esfera da gestão administrativa reservada ao Poder Executivo – Inconstitucionalidade não delineada – Diploma normativo que institui nova modalidade de licença, denominada Auto de licença e Funcionamento condicionado – Poder Legislativo que detém competência para criar normas gerais e abstratas referentes ao poder de polícia – Lei que resguardou a gestão administrativa ao Poder Executivo, que a exercitou através do Decreto n.52.857, de 20.12.11-Ausência de vulneração à repartição dos poderes – Ação improcedente.

Ação Direta de Inconstitucionalidade em razão da alteração ocorrida no inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, pela Emenda nº 31/2008

*Cintia Talarico da Cruz Carrer¹
Andréa Rascovski Ickowicz²*

Ação Direta de Inconstitucionalidade
Autos nº 0089547-37.2012.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, EXMO. VEREADOR JOSÉ POLICE NETO, assistido por suas procuradoras (doc. 01), nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício nº1965-0/2012-iafp, apresentar INFORMAÇÕES consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

I. Dos Fatos

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de tutela antecipada, proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em razão da alteração ocorrida no inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, pela Emenda nº 31/2008, que dispôs:

“Art. 1º – Fica alterado o inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 69. (...)”

¹ Procurada Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil, pela UNISAL, e em Direito Municipal pela ANHANGUERA-UNIDERP. Trabalhou como Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Sebastião, e como Procuradora do Município de São José dos Campos.

² Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Consumidor pela PUC/SP.

III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada’ (grifei)

Argumenta o autor que:

“...afixam-se inconstitucionais as seguintes expressões contidas no inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, de acordo com a redação que lhe conferiu o art. 1º da Emenda à Lei Orgânica do Município de São Paulo nº 31/2008: “no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias” e “ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada”.”

Com base nesses argumentos, pugna pela inconstitucionalidade das expressões contidas no **inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo**, requerendo a suspensão liminar até o julgamento definitivo da ação.

Para tanto, aduz o autor ter ocorrido violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, prevista no art. 5º da Constituição Estadual e art. 6º da Lei Orgânica do Município de São Paulo, em face da assinalação de limites temporais, mínimo e máximo para o exercício de “*seu poder-dever*”, “*por caracterizar-se tal imposição modalidade de usurpação de atribuição que lhe é própria.*”

Em sede de medida liminar, o douto desembargador relator acolheu os argumentos constantes da exordial, e determinou a suspensão com eficácia “*ex nunc*” do texto legal impugnado, nos seguintes termos:

“ ...Concede-se a liminar.

*Isso porque ela é cabível quando o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” são detectados de imediato através do exame sumário da inicial e dos demais elementos de convicção que a instruem, exatamente o que ocorre no presente caso.*

*No caso dos autos, constata-se eventual e provável ofensa ao princípio constitucional da Separação e Harmonia entre os Poderes, além de estar presente situação danosa às relações institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais. Donde presentes o “*fumus boni iures*” e o “*periculum in mora*”, a viabilizar a concessão da liminar.*

*Suspenda-se, então, com eficácia “*ex nunc*”, a vigência e eficácia do texto legal impugnado.” (grifos nossos)*

Embora tenha constado do pedido exordial a declaração de inconstitucionalidade de **expressões** do texto legal impugnado, a r. decisão recorrida concedeu a suspensão da vigência e eficácia da ÍNTEGRA do inciso III, da Lei Orgânica do Município de São

Paulo, consoante a redação que lhe foi dada pela Emenda nº. 31/08, acarretando a **retirada do arcabouço jurídico da norma estabelecida no referido inciso que estabelece caber ao Prefeito “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamento para sua fiel execução”**. Dessa maneira, a aplicação da liminar nos termos em que foi concedida retiraria do Sr. Prefeito a competência de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, ou mesmo expedir decretos e regulamentos.

Por tal motivo, foram opostos Embargos de Declaração com a finalidade de suprir tal contradição, para **adequar a decisão concessiva de liminar ao pleito formulado na exordial**.

Não obstante os fundamentos apresentados pela embargante, os embargos de declaração restaram improvidos, ocasião em que a Edilidade interpôs Agravo Regimental, que ainda se encontra pendente de julgamento.

É a síntese do ocorrido.

II. Preliminarmente

CARÊNCIA DE AÇÃO- FALTA DE INTERESSE DE AGIR- INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO:

A ação merece ser extinta sem julgamento do mérito, vez que **não se vislumbra qualquer ofensa ao texto da Constituição do Estado**.

Com efeito, a norma impugnada, e que pertence ao texto da Lei Orgânica do Município é **idêntica à norma existente no artigo 47, III, da Carta Estadual**, não devendo prosseguir o presente feito. Vejamos:

Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

...

III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada; (NR) (grifei)
- Redação dada pela Emenda Constitucional nº 24, de 23/1/2008.

O dispositivo da Constituição do Estado se encontra **em plena vigência e eficácia no ordenamento jurídico, o que torna prejudicado e insubsistente o ajuizamento da presente ação direta, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito, ante a ausência de interesse de agir**.

A teor do artigo 125, §2º, da Constituição Federal, o controle abstrato de normas municipais deve ser efetuado face a preceitos insertos na Constituição Estadual, **o que não ocorreu**.

Não obstante ter o autor invocado o artigo 5º do texto da Constituição do Estado, que trata da separação dos poderes, verdade é que, tal dispositivo constitucional não proíbe a fixação de prazo para regulamentação da lei.

Nesse contexto, é possível afirmar que toda fundamentação apresentada pelo autor diz respeito tão somente à interpretação do texto constitucional federal (art.2º), no que tange à oportunidade, discricionariedade e conveniência do exercício do poder regulamentar, discussão irrelevante, vez que a própria Constituição Estadual já disciplina a questão no mesmo sentido da norma impugnada.

A pretensão de contraste, levada a efeito pelo autor carece de interesse processual, devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito, vez que, o inciso III, do artigo 69 da Lei Orgânica Municipal, encontra-se em perfeita consonância com o texto da Carta Constitucional do Estado, que contém comando semelhante no artigo 47, III, e estabelece prazo para o exercício do poder regulamentar.

II. Mérito:

Da Constitucionalidade da Norma Impugnada

Pretende o autor seja declarada a inconstitucionalidade de partes do inciso III, do artigo 69, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, de acordo com a redação que lhe conferiu o artigo 1º da Emenda à Lei Orgânica do Município de São Paulo nº 31/08, abaixo sublinhadas:

“Art. 69 (...)

*III- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, **no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias,** expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, **ressalvados os casos em que , nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada.**”*

Sustenta que tais expressões violariam o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, e artigo 5º da Constituição Paulista e artigo 6º da Lei Orgânica do Município de São Paulo, pois desses princípios “*deflui o reconhecimento da preponderância do Poder Executivo no que concerne ao desempenho da função governamental e administrativa*”.

Alega, ainda, que:

“O uso dessa potestade envolve grande dose de discricionariedade, à semelhança do que ocorre com a função legislativa, cabendo ao chefe do Poder Executivo identificar a necessidade, o momento oportuno e conteúdo adequado do regulamento a ser editado, não podendo, quanto a este último aspecto,

afastar-se do princípio da legalidade, que exige a plena conformidade dos mencionados atos administrativos normativos aos comandos da lei regulamentada, não se admitindo, de outra parte, a inovação na ordem jurídica.”

A ação deve ser julgada improcedente, vez que não restou demonstrado pelo autor, **qual é exatamente o artigo da Constituição Estadual que está sendo violado**, resumindo-se a transcrever um dispositivo genérico que trata de independência dos poderes, mas que em nenhum momento proíbe o Poder Legislativo de fixar prazo para regulamentação das leis.

Com efeito, a visão trazida pelo Sr. Prefeito, **desvirtua o princípio do estado democrático de direito e afronta a independência e autonomia do Poder Legislativo** (artigos 1º, “caput” e 2º da CF). Senão vejamos

Estatui o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

O artigo 5º da Lei Orgânica do Município de São Paulo estatui que “*O Poder Municipal pertence ao povo, que o exerce através de representantes eleitos para o Legislativo e o Executivo, ou diretamente, segundo o estabelecido nesta lei.*”

Com relação ao processo legislativo, estabelece o “caput” do artigo 37 da LOM que “*A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.*”

Nesse passo, **o que visa a norma guerreada é propiciar que as leis municipais promulgadas e publicadas possam efetivamente ser aplicadas em um prazo razoável, pois a discricionariedade que possui o Chefe do Executivo na gestão administrativa do Município, nos casos em que a lei promulgada não seja de sua iniciativa, não pode ser óbice à efetiva eficácia da norma legal, por falta de regulamentação.**

A margem discricionária de que detém o Poder Executivo para utilizar sua “poder testade” não pode tornar figurativa a atuação do Poder Legislativo, onde estão os representantes eleitos pelo povo, para legislar sobre assuntos de interesse do Município.

Cumpra recordar que da Constituição Federal também se extraem comandos que poderiam sugerir uma ingerência do Poder Legislativo sobre o Executivo, como **o prazo de quinze dias do Presidente para apor veto a projeto de lei que considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º, da CF); ou o prazo de sessenta dias para prestar anualmente ao Congresso Nacional, as contas do exercício anterior (art. 84, inc. XXIV, da CF).**

Consoante o comando previsto na Lei Orgânica Municipal, e estabelecido no artigo 69, III, pretendeu o Constituinte Reformador, garantir a realização da atividade-fim do Parlamento Estadual, ou, em outras palavras, assegurar a efetividade de sua produção legislativa.

Nesse passo, somente a partir de concretizações infralegais é que se pode em determinados caso, promover a eficácia do comando legal. Em outras palavras, esta eficácia depende, da atuação administrativa por meio do decreto regulamentador.

Cabe ainda enfatizar, que a finalidade dos prazos assinalados não têm por escopo exercer ingerência sobre as atividades do Poder Executivo, mas tão-somente, garantir a realização da atividade-fim do Poder Legislativo Municipal, isto é, assegurar a efetividade da produção legislativa, em consonância ao **princípio da eficiência da administração pública (artigo 37, “caput” CF)**.

Partindo desse princípio constitucional, é possível afirmar que a regra legal que autoriza o Poder Executivo a regulamentar a lei deve necessariamente apontar o prazo para ser expedido o ato de regulamentação, ou fixar parâmetros para tanto.

Isto porque, enquanto não editado o respectivo decreto ou regulamento, a **lei ainda não se torna exequível**. O prazo para regulamentação figura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei.

Em outro vértice, a omissão em regulamentar a lei é que se afigura inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o “poder de legislação negativa”, ou seja, de permitir que a inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a separação de poderes.

Assim, a fixação de prazo de regulamentação está presente para que a lei não se afigure inócua e eternamente condicionada à vontade do administrador, que, por sua vez, terá a prerrogativa de **só tornar a lei exequível se e quando julgar conveniente**.

Ressalta-se que não existe qualquer prerrogativa na Constituição Federal nesse sentido. Sendo assim, tem-se que a emenda à Lei Orgânica é constitucional, e os dispositivos questionados ajustam-se perfeitamente aos limites demarcados na Carta Estadual e Federal para o exercício de fiscalização dos atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Indubitável que não há em qualquer dos dispositivos impugnados, vulneração à Constituição Estadual ou da República, mas apenas e tão somente o fortalecimento das prerrogativas parlamentares inerentes ao dever de fiscalizar o cumprimento das leis.

Outrossim, a **execução** das leis não é assunto de interesse exclusivo do Poder Executivo. A Constituição Federal disciplinando a repartição de competências, dispõe que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF).

“Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o “interesse local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”. [...] (Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro. Atualização Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109-10)

Ademais, o inciso III do art. 69 da Lei Orgânica do Município não cuida especificamente de matérias reservadas à iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, como as que tratam da criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica, fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração etc..

Nesse ínterim, não é possível afirmar, pela simples leitura do dispositivo impugnado, que estão sendo impostas obrigações diretas e imediatas ao Executivo (salvo a de regulamentar a lei em até 180 dias – inciso III, art. 69 da LOM), tampouco criadas novas tarefas para seus órgãos. Em síntese, não há qualquer imposição à Administração.

Em suma, a ação é infundada, e a assertiva de que a norma é inconstitucional em razão do princípio da separação dos poderes, significa desmerecer a capacidade legislativa da Câmara de Vereadores, afastando de sua alçada as suas funções específicas: criar normas abstratas, gerais e obrigatórias, e exercer a fiscalização dos atos do Poder Executivo.

Frise-se que o dispositivo impugnado pertence à LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, cujo interesse protegido pela norma impugnada não se restringe ao Poder Executivo, mas sim alcança toda e qualquer lei, resguardando a população do cumprimento dos diplomas legais aprovados e sancionados.

“... fácil é compreender-se que, se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titulação jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo. (Celso Antonio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 338)

Patenteada, pois, a constitucionalidade do dispositivo impugnado, vez que em consonância com os artigos 2º, 30, 31, 37 da Constituição Federal, e artigo 47, III, da Carta Estadual, que desde já ficam questionados.

III. Conclusão

De todo exposto, requer seja julgada extinta a presente ação direta de inconstitucionalidade, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão da **falta de interesse de agir, visto que a Lei Orgânica do Município encontra-se em total consonância com o disposto no artigo 47 da Constituição Estadual, não existindo afronta a qualquer dispositivo desta Carta.**

Todavia, caso este E. Tribunal assim não entenda, no **mérito**, **requer seja julgada improcedente a presente ação, revogando-se a liminar anteriormente concedida.**

Na remota hipótese de se entender pela inconstitucionalidade, o que se admite apenas a título de argumentação, requer seja a declaração de inconstitucionalidade limitada **às expressões contidas no inciso III, do artigo 69 da Lei Orgânica do Município**, conforme pedido formulado na exordial, sob pena de violação aos artigos 286 e 460 do Código de Processo Civil.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício. São Paulo, 18 de julho de 2012.

José Police Neto

Presidente da Câmara Municipal

Cintia Talarico da Cruz Carrer

Procuradora Legislativa – RF 11.400

OAB/SP 155.068

Andréa Rascovski Ickowicz

Procuradora Legislativa Supervisora – RF 11.075

OAB/SP 130.317

NOTA: Em 23 de janeiro de 2013, por maioria de votos foi rejeitada a preliminar, vencido o relator, e por votação unânime a ação foi julgada improcedente. A Municipalidade interpôs Recurso Extraordinário, que em 20 de agosto de 2013, foi recebido e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. O v. acórdão recorrido foi no sentido de que a norma municipal em nada afronta a Carta Estadual, ao contrário, caminha em seu exato sentido.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE- EMENDA Nº 31/2008 À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO- FIXAÇÃO DE PRAZOS MÍNIMO E MÁXIMO PARA O CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL EXPEDIR DECRETOS E REGULAMENTOS PARA A EXECUÇÃO DAS LEIS MUNICIPAIS- NORMA MUNICIPAL QUE REPETE ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRINCÍPIO DA SIMETRIA – ART. 144, CESP- INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES – AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. A alegação de ofensa ao princípio da separação entre os poderes foi feita, e assim deve ser analisada, utilizando-se como parâmetro de controle a própria Constituição do Estado de São Paulo, e não a Constituição Federal. Logo, o fato de a norma combatida reproduzir exatamente a redação de dispositivo da Constituição do

Estado de São Paulo não é questão que se resolve no campo do interesse processual, mas no campo do mérito.

2. Se a lei objurgada ostenta o mesmíssimo texto do art. 47, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 24, de 23 de janeiro de 2008, não há que se cogitar de inconstitucionalidade. É que o ente municipal apenas buscou dar efetividade, no âmbito local, ao avanço alcançado no âmbito estadual. Pode-se então concluir que o Constituinte Estadual entendeu por bem temperar o princípio da separação entre os poderes com a fixação de prazo para a edição de decretos e outros regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo, o que pode ser seguido pelos Municípios em virtude do art. 144 da Constituição do Estado.

3. Ação julgada improcedente.

PROCURADORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Procurador Legislativo Chefe

Paulo A. Baccharin

Procuradores (as)

Adela Duarte Alvarez

Andréa Rascovski Ickowicz

Antonio Rodrigues de Freitas Jr.

Antonio Russo Filho

Breno Gandelman

Caio Marcelo De Carvalho Giannini

Carlos Benedito Vieira Micelli

Carlos Eduardo de Araújo

Carolina Canniatti Ponchio

Christiana Samara Chebib

Cintia Talarico da Cruz Carrer

Conceição Faria da Silva

Danielle Piacentini Stivanin

Djenane Ferreira Cardoso

Érica Corrêa Bartalini de Araújo

Ieda Maria Ferreira Pires

José Luiz Levy

Juliana Tongu Reinhold

Juliana Trindade von Teschenahusen Eberlin

Karen Lima Vieira

Lilian Vargas Pereira Poças

Luciana de Fátima da Silva – Supervisora do Setor do Processo Legislativo

Luiz Eduardo de Siqueira S. Thiago – Supervisor do Setor de Contratos e Licitações

Luiz José Tegami

Manoel José Anido Filho – Supervisor do Setor Jurídico-Administrativo
Marcella Falbo Giacaglia – Supervisora do Setor de Pesquisa e Assessoria de Análise Prévia das Proposituras
Maria Cecília Mangini de Oliveira – Supervisora do Setor Judicial
Maria Helena Pessoa Pimentel
Maria Nazaré Lins Barbosa
Mário Sérgio Maschietto
Raimundo Batista
Rogério Justamante De Sordi – Supervisor do Setor de Elaboração Legislativa
Simona M. Pereira de Almeida

Servidores (as) de suporte administrativo

Clarice Carvalho – Supervisora do Expediente
Alessandra Labaki
Caio César Maia de Oliveira
Carlos Roberto Andrade
Danillo Nunes da Silva
Isis Duarte Rodrigues
José Joaquim Neto
Lívia Salomão Nogueira
Maria José Oliveira
Nelson Minoru Horie
Paulo Henrique da Silva Lopes
Sonia Maria Soares Ferreira
Yoshie Kamei Tawada
Fernanda Garbelini Rodrigues – estagiária
Francislaine Garcia – estagiária
Mayara Aragão – estagiária
Patrícia Jamelli Guimarães – estagiária

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**

