



**REVISTA**  
**PROCURADORIA**  
da Câmara Municipal de São Paulo  
**2014**

v.3 n.1 janeiro/dezembro 2014



**CÂMARA MUNICIPAL DE**  
**SÃO PAULO**



**CÂMARA MUNICIPAL DE  
SÃO PAULO**

# **REVISTA PROCURADORIA**

da Câmara Municipal de São Paulo

v. 3 n. 1 janeiro/dezembro 2014

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câm. Mun. São Paulo	São Paulo	v. 3	n. 1	p. 1-248	jan./dez. 2014
------------------------------	-----------	------	------	----------	----------------

## Expediente

Editor	Paulo A. Baccarin
Comissão Editorial	Andréa Rascovski Ickowicz, Antonio Rodrigues de Freitas Jr, Breno Gandelman, Carlos Benedito Vieira Micelli, Christiana Samara Chebib, 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	Vanessa Merizzi
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](mailto:revistaprocuradoria@camara.sp.gov.br)  
[www.camara.sp.gov.br](http://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.3, n.1 (2014) – São Paulo: CMSP, 2014-

Anual

ISSN 2316-7998

1. Direito – Periódicos I. Câmara Municipal de São Paulo.

CDU 34

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

# 17ª Legislatura – 2014

## Mesa

Presidente	José Américo – PT
1º Vice-Presidente	Marta Costa PSD
2º Vice-Presidente	George Hato – PR
1º Secretário	Claudinho de Sousa – PSDB
2º Secretário	Conte Lopes – PTB
1º Suplente	Gilson Barreto – PSDB
2º Suplente	Dalton Silvano – PV
Corregedora Geral	Sandra Tadeu (DEM)

## Vereadores

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



# Sumário

Apresentação do Procurador Chefe Paulo Augusto Baccharin .....7

## ARTIGOS

A propriedade pública urbana e sua função social: breves reflexões – *Décio Gabriel Gimenez*..... 11

Destino da família no século XXI – *José Renato Nalini* ..... 23

Uma nova categoria de princípio: princípio da mobilidade social – *Lúcio Antônio Machado Almeida* ..... 41

Nova Administração Pública? O desempenho dos hospitais paulistas sob administração de organizações sociais segundo dados do Tribunal de Contas do Estado – *Marco Antônio Ribeiro Tura*..... 53

O princípio Federativo, a lealdade federativa, a guerra fiscal e o repasse de quotas financeiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas, mormente os Municípios – *Roque Antonio Carrazza* ..... 71

Atuação judicial da Câmara Municipal – *Andréa Rascovski Ickowicz* ..... 85

Herói sem espada, guerreiro sem punhal – *Antônio Rodrigues de Freitas Jr.* ..... 101

Lei Complementar 147 – *Carlos Benedito Vieira Micelli* ..... 105

Da possibilidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público realizado em órgão do âmbito municipal em ano de eleições nacionais e estaduais – *Carlos Eduardo de Araújo e Érica Corrêa Bartalini de Araújo* ..... 119

Competência Legislativa Municipal em matéria ambiental – *Cintia Talarico da Cruz Carrer*..... 127

Suspensão de Segurança IPTU - Análise de suspensão de liminar – *José Luiz Levy* .... 133

Competência municipal no combate à violência obstétrica e no desenvolvimento do parto humanizado – *Lilian Vargas Pereira Poças* ..... 145

A Regra do sopesamento como critério para solução de colisão entre princípios de direitos sociais e financeiros – *Rafael Meira Hamatsu Ribeiro*..... 155

## **PARECERES**

Função fiscalizadora do Poder Legislativo – <i>Luciana de Fátima da Silva e Marcela Falbo Giacaglia</i> .....	<b>175</b>
Acerto do repasse das contribuições previdenciárias de vereador titular de cargo efetivo do Estado de SP - parecer nº 106/2012 – <i>Érica Corrêa Bartalini de Araújo</i> ....	<b>185</b>
Publicidade institucional em período eleitoral - parecer nº 107/2012 – <i>Érica Corrêa Bartalini de Araújo</i> .....	<b>191</b>
Publicação de remuneração de servidores no site da Câmara Municipal - parecer nº 120/2013 <i>Érica Corrêa Bartalini de Araújo</i> .....	<b>197</b>

## **PEÇAS JUDICIAIS**

Informações em ADI Sacolas plásticas – <i>Cintia T. C. Carrer e Andréa Rascovski Ickowicz</i>	<b>211</b>
Informações em MS Alston (MS p/ suspender a convocação p/ depoimento à CPI dos Transportes – <i>Maria Cecília Mangini de Oliveira e Paulo Augusto Baccarin</i> .....	<b>237</b>

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.

# Apresentação

Chegamos à terceira edição da Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo e é com muita satisfação que constatamos que os objetivos almejados quando de sua criação estão sendo atingidos.

Neste volume encontramos variados assuntos de interesse do cotidiano parlamentar e novamente destaca-se o caráter aberto da publicação, a qual traz diversos artigos enviados por convidados que externam diferentes pontos de vista, retratando a característica da pluralidade tão própria ao ambiente do Parlamento.

Neste sentido, uma vez mais aproveitamos para externar os nossos agradecimentos a Décio Gabriel Gimenez, José Renato Nalini, Lúcio Antonio Machado Almeida, Marco Antonio Ribeiro Tura e Roque Antonio Corazza.

Com mais este número reforçamos a nossa crença de que a linha editorial adotada contribui para a construção e a difusão do conhecimento específico na área jurídica parlamentar e, conseqüentemente, para o fortalecimento do Legislativo.

**Paulo A. Baccarin**

Procurador Chefe da Câmara Municipal de São Paulo



# Artigos



# A propriedade pública urbana e sua função social: breves reflexões

*Décio Gabriel Gimenez<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo pretende discutir a incidência do princípio da função social da propriedade sobre os bens públicos localizados em área urbana. Tenciona-se investigar se há algum condicionamento para a ação dos entes estatais decorrente da incidência do princípio da função social da propriedade sobre o regime jurídico dos bens públicos localizados nas cidades e quais seriam as possíveis consequências jurídicas do descumprimento dos eventuais deveres daí decorrentes.

**Palavras-chave:** Função social da propriedade pública; Bens Públicos; Estatuto da Cidade; Desapropriação de bem público.

## 1. Introdução

A escorreita gestão de bens públicos localizados em áreas urbanas é, sem sombra de dúvida, uma das atividades administrativas da mais alta relevância, especialmente se considerarmos as crescentes demandas sociais por ampliação, racionalização e democratização do uso dos espaços públicos, que, em última instância, revelam a aspiração da população por maior qualidade de vida, especialmente nas grandes cidades.

Nesse contexto, no plano jurídico, uma questão que merece reflexão é a da incidência do dever de cumprimento da função social da propriedade urbana (art. 5º, inciso XXIII; 170, inciso III; e art. 182, § 2º, da CF) pelo próprio poder público, na condição de titular do domínio sobre determinados bens.

Questiona-se, assim, se seria admissível, no estágio de desenvolvimento do nosso Estado de Direito, que o próprio poder público deixe de dar uma destinação adequada aos seus bens, conforme previsto no ordenamento jurídico. Além disso, para quem entende viável o reconhecimento de algum dever estatal relacionado ao cumprimento da função social da propriedade pública, é possível cogitar sobre as eventuais consequências jurídicas em face do inadimplemento desse mandamento,

---

<sup>1</sup> Juiz Federal Titular da 3ª Vara de Santos/SP. Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Administrativo da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Foi Procurador do Município de São Paulo e oficial legislativo na Câmara Municipal de São Paulo.

seja para os entes estatais quanto para os agentes públicos que ocupam postos de administração superior.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo objetiva apenas contribuir para indicar o importante papel a ser desempenhado pelo poder público, em todas as esferas, para a concretização do direito fundamental de todos à cidade, tal como delimitado no art. 2º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Nessa medida, pretende-se ponderar em que medida o regime jurídico aplicável à propriedade pública é influenciado pelo princípio da função social da propriedade e avaliar o comportamento desse regime no ambiente urbano.

Para tanto, discorreremos inicialmente sobre o princípio da função social da propriedade, a fim de discutir ulteriormente sua incidência sobre o regime jurídico dos bens públicos e os desdobramentos jurídicos daí decorrentes. Ao final, avaliaremos a possível incidência dos instrumentos postos à disposição dos municípios para efetivar a função social da propriedade urbana em face de bens públicos.

## 2. A função social da propriedade

A ideia de que a propriedade privada deve cumprir uma função social está inserida no pensamento jurídico moderno e encontra-se positivada na ordem jurídica nacional<sup>2</sup>.

A fim de iluminar essa constatação, seria bastante elucidativo investigar as causas pelas quais os ordenamentos passaram a prescrever que a propriedade privada deve cumprir uma função social, contextualizando os motivos que levaram à alteração do perfil do direito de propriedade e as razões pelas quais não mais é possível admitir a delimitação dos direitos de propriedade numa perspectiva exclusivamente individualista.

Embora o foco do presente trabalho não seja o de fazer uma incursão sobre esse movimento, é inegável que a evolução do direito de propriedade encontra íntima ligação com o contexto histórico-cultural subjacente, tal como qualquer instituto jurídico, de modo que, ao menos nos ordenamentos ocidentais, não se pode perder de vista a inserção da propriedade privada como instituto central do modo de produção social e econômica do sistema capitalista, em suas diversas fases<sup>3</sup>.

Assim, na visão liberal clássica, a propriedade está baseada na apropriação individual das utilidades decorrentes da propriedade, encontrando-se estruturada (de modo absoluto) como “natural vocação do indivíduo de conservar e fortalecer o que é seu”<sup>4</sup>. Todavia, essa visão individualista foi paulatinamente substituída

<sup>2</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 120-121.

<sup>3</sup> José Afonso da Silva ancora-se em estudo de Karl Renner para veicular que “a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção” (*Idem*, p. 120).

<sup>4</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a função social da propriedade*, p. 69.

pela funcionalização da propriedade, em consonância com as transformações nas relações sociais e produtivas ocorridas ao final do século XIX e no século XX, o que implicou na reformulação da propriedade capitalista, com a progressiva redução do seu caráter absoluto e com atribuição ao titular de *deveres positivos de atuação*, que estão vinculados a alguns objetivos *de interesse coletivo*<sup>5</sup>.

A inserção de função social à propriedade privada consistiu, portanto, no re-dimensionamento do seu exercício, que passou a ser condicionado não apenas por deveres de abstenção, mas também por prescrições de atuação positiva<sup>6</sup>.

No país, a Constituição vigente inseriu a propriedade como uma garantia fundamental da pessoa humana (art.5º, XXII, CF), mas prescreveu que ela deverá atender uma função social (art. 5º, XXIII, CF), que está elencada, também, como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, III, CF). O constituinte autorizou, por sua vez, a aplicação de sanções àqueles que deixarem de cumprir a função social da propriedade urbana (art. 182, CF<sup>7</sup>) e da propriedade rural (art. 184 e 186, CF<sup>8</sup>).

O Código Civil de 2002, embora tímido, prescreve que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, na forma da lei, a flora, a fauna, as belezas naturais,

<sup>5</sup> Segundo Bercovici, “a função social da propriedade é [...] um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral” (*Idem*, p. 72).

<sup>6</sup> Nesse sentido, para Eros Grau “o que mais releva enfatizar [...] é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte de inspiração de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 250-251, grifos no original).

<sup>7</sup> 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.

§ 2º - A *propriedade urbana* cumpre sua *função social* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 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 progressivo 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.

<sup>8</sup> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua *função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A *função social* é cumprida quando a *propriedade rural* atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1.228, § 1º). O mesmo diploma dispõe que nenhuma convenção deve prevalecer quando contrariar preceitos estabelecidos para assegurar a função social da propriedade (art. 2035, parágrafo único).

De grande significado no que se refere à propriedade urbana, a Lei nº 10.257/2001, autodenominada de “Estatuto da Cidade”, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais da política urbana, com o propósito de garantir o direito coletivo a cidades sustentáveis, e de regular “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único).

Referido diploma prescreve, para tanto, como instrumentos para o desenvolvimento de cidades sustentáveis, a utilização de um mosaico normativo, composto de regras que regulam planos urbanísticos, uso e ocupação do solo, limitações administrativas, servidões, tombamentos, concessão de direito real de uso, entre outros (art. 4º). Ao lado disso, o Estatuto da Cidade regulamentou a utilização dos instrumentos coercitivos previstos no artigo 182, § 4º da Constituição, voltados para impulsionar o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a promover o seu adequado aproveitamento, pena de: a) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (art. 5º e 6º); b) aplicação de IPTU progressivo no tempo (art. 7º); c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública (art. 8º).

Aqui se insere, então, a questão principal suscitada no presente trabalho: de que modo o patrimônio público é atingido pelas imposições normativas inerentes ao cumprimento da função social da propriedade urbana e quais seriam as consequências para a hipótese de descumprimento desses “deveres positivos de atuação”. Em especial, questiona-se se seria cabível a aplicação de algumas das medidas previstas no art. 182, § 4º, da CF, na hipótese de inércia de algum ente estatal.

Antes de ingressar propriamente nessa seara, é essencial discorrer sobre as especificidades do regime jurídico a que estão submetidos os bens públicos, a fim de observar suas peculiaridades em relação à propriedade privada.

### **3. O regime jurídico dos bens públicos**

Embora não seja pacífico na doutrina que o Estado possua relação dominial uniforme em face dos seus bens, prevalece no direito brasileiro o pensamento de que há um regime jurídico diferenciado que regula os bens públicos<sup>9</sup>, que o distingue

---

<sup>9</sup> O Código Civil de 2002 utiliza a expressão “bens públicos” para referir aos bens que pertencem a uma pessoa jurídica de direito público (art. 98). Todavia, a expressão é muitas vezes tomada como sinônimo de “domínio público”, abarcando certos bens que não pertencem ao Estado, mas que estão destinados à prestação de serviços públicos (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 929).

do regime privado. Os bens públicos, ainda que potencialmente, estão conectados a finalidades públicas, sobre eles incidindo um conjunto de prerrogativas e sujeições que não se aplicam à propriedade privada.

Nesta medida, costuma-se ressaltar que os direitos e deveres resultantes da relação dominial pública não decorrem da propriedade em sentido tradicional, como um direito de uso exclusivo, mas de um vínculo específico de natureza legal e administrativa (finalidade pública) que permite e impõe ao poder público, titular do bem, o dever de assegurar a continuidade e a regularidade de sua destinação, visando à satisfação de múltiplos e heterogêneos interesses coletivos<sup>10</sup>. Assim, as características diferenciadas da propriedade pública decorrem, em grande medida, da centralidade da finalidade pública (e não da vontade) sobre a definição dos modos de uso e exploração das potencialidades do bem.

Importa destacar que cada ente público é titular de certos bens, seja por atribuição constitucional, legal ou por outro modo de aquisição<sup>11</sup>. Sobre os bens de sua titularidade, o ente possui a prerrogativa de geri-los com autonomia, respeitados os mandamentos contidos no ordenamento jurídico.

Por sua vez, é usual distinguir os bens públicos em três espécies, consoante a destinação que lhes é dada: a) bens de uso comum do povo, que constituem os bens destinados ao uso geral e indistinto de todos; b) bens de uso especial, conforme estejam afetados a um serviço ou ao funcionamento de um estabelecimento público; c) e, por fim, os bens dominicais ou dominiais, que seriam aqueles que pertencem ao Estado como objeto de direito real e que não estão afetados a um específico uso comum ou especial<sup>12</sup>.

Os bens públicos, em razão das finalidades públicas que lhe são subjacentes, estão submetidos a um conjunto de restrições, que marcam a nota da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, leciona Silvio Luís Ferreira da Rocha que “[...] o Estado e seus entes, enquanto predispostos a cumprir certas finalidades, apresentam-se como titular de relações jurídicas de propriedade que têm por objeto bens. O Estado, enquanto proprietário destes bens, está investido de poderes inerentes a esta relação jurídica que, no entanto, é fortemente marcada e influenciada pelos fins públicos a que deve obrigatoriamente atender, o que resulta num regime jurídico diferenciado, se comparado com a propriedade particular” (*Função social da propriedade pública*, p. 23).

<sup>11</sup> A Constituição prescreve que pertencem à União os bens mencionados nos incisos do artigo 20, enquanto aos Estados os mencionados no artigo 26. Embora não mencionados no texto constitucional, pertencem aos Municípios os bens de que eram titulares no momento da promulgação da Constituição e os que foram por eles posteriormente adquiridos.

<sup>12</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. Cit.*, p. 930. O Código Civil de 2002 utiliza essa classificação para referir aos bens públicos: “Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Nesse âmbito, a primeira característica normalmente mencionada pela doutrina é a da inalienabilidade<sup>13</sup>, que é absoluta para os bens que estiverem afetados a uma destinação pública (bens de uso comum e de uso especial) e relativa para aos bens desafetados (bens dominais)<sup>14</sup>.

Afetados ou não a uma finalidade específica, os bens públicos não podem ser objeto de constrição judicial para satisfação dos credores estatais (impenhorabilidade), uma vez que a forma de execução em face da Fazenda Pública observa o regime de requisição judicial, regulado pelo artigo 100 da Constituição. Da impenhorabilidade, segue a inviabilidade de oneração, isto é, a impossibilidade de serem ofertados como garantia pelo administrador público<sup>15</sup>.

Por fim, os bens públicos não são passíveis de prescrição aquisitiva, ou seja, encontra-se expressamente inviabilizada a aquisição originária desses bens pelos particulares por intermédio da usucapião (art. 183, § 3º e art. 191, parágrafo único, da CF; art. 102 do CC/2002).

Fixado esse panorama, cabe refletir se esse vigoroso regime jurídico especial, de indubitosa natureza publicística, seria suficiente para impedir que o poder público sofra os influxos do dever de cumprir as normas que prescrevem deveres inerentes à função social da propriedade. Em especial, no que se refere à propriedade urbana, cabe refletir se os bens públicos estão submetidos ou não ao dever de cumprir as “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º, CF).

#### **4. A propriedade pública deve atender a uma função social?**

Não é tranquila a afirmação de que a propriedade pública está submetida ao princípio da função social da propriedade.

De fato, considerando que o poder público está inteiramente vinculado às finalidades públicas previstas no ordenamento jurídico, não há dúvida de que o regime de gestão do patrimônio estatal encontra-se, de antemão, “funcionalizado”. Além disso, é correto afirmar que a origem da ideia de função social encontra-se ligada à propriedade privada, indicando uma ruptura com as noções liberais clássicas, de cunho eminentemente individualista.

---

<sup>13</sup> Art. 100 - Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (CC/2002).

<sup>14</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue os bens públicos em bens patrimoniais indisponíveis e bens disponíveis, abrangendo na primeira categoria tanto os bens públicos de uso comum quanto especial, por entender que ambos possuem similar regime jurídico (*Direito Administrativo*, p. 727). Manteremos a distinção tripartite, em razão do uso corrente na doutrina nacional.

<sup>15</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ob. Cit.*, p. 932.

Por essas razões, há quem, reconhecendo a singularidade do regime jurídico da propriedade pública em relação à propriedade privada, afirme que seria um verdadeiro pleonasmo cogitar da função social da propriedade pública<sup>16</sup> e mesmo quem negue a incidência do princípio da função social sobre os bens públicos<sup>17</sup>.

Todavia, em que pesem essas objeções, há sentido em se cogitar da incidência da função social sobre o patrimônio público se consideradas, além da destinação principal, outras possibilidades de uso do bem público pela coletividade e o dever de observância das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, especialmente o de, na condição de proprietário do solo urbano, promover seu adequado aproveitamento (art. 182, § 2º e § 4º, CF e art. 2º, inc. VI, do Estatuto da Cidade)<sup>18</sup>.

Cumprir destacar, ainda, que os argumentos utilizados para negar a produção de efeitos no âmbito da administração pública ao princípio da função social da propriedade são passíveis de superação, pois não há incompatibilidade na aplicação do princípio com observância do regime federativo, desde que sejam respeitadas as competências constitucionais atribuídas a cada um dos entes políticos e as regras de imunidade previstas na própria Constituição. Também não há ofensa ao princípio da autonomia dos entes federados, pois esta deve ser exercida com observância do ordenamento jurídico, considerado em seu todo, não sendo adequado alargar em demasia esse mandamento, a fim de acobertar comportamentos estatais, comissivos ou omissivos, em desacordo com a legislação urbanística. Recorde-se que, num Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), a atuação estatal não é livre, mas deve ser realizada em total consonância e conformidade com o direito<sup>19</sup>. Também não há colisão insuperável entre o princípio da função social da propriedade e o interesse público, pois a Administração Pública está vinculada aos fins previstos pelo ordenamento jurídico e nenhum ente estatal pode afastar as normas editadas pelos demais, desde que tenham fundamento em competências legislativas expressas na

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, pontua Eros Grau que “[...] a idéia da *função social* como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*. A alusão à função social da *propriedade estatal* qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma *função pública*. E a referência à função social da *propriedade coletiva*, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasmo” (*Ob. Cit.*, p. 237).

<sup>17</sup> Esse é o posicionamento de Nilma de Castro Abe, para quem a “aplicação do instituto da função social à propriedade pública esbarra em diversos óbices [...] revelando-se incompatível com o regime jurídico de Direito Público, de modo que a sua incidência implica num afastamento e enfraquecimento injustificados do regime jurídico público (princípio federativo, autonomia da administração dos entes federados, obediência à lei orçamentária, imunidade tributária, indisponibilidade do interesse público), o que não se coaduna com uma leitura sistemática dos ditames da Constituição Federal que regem a gestão dos bens públicos no Brasil” (*Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública*, p. 160).

<sup>18</sup> A propósito, confira-se, entre outros: ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Função social da propriedade pública*, p. 159-160; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Função social da propriedade pública*, p. 561-572. De qualquer modo, deve-se reconhecer que, mesmo entre os que admitem a existência de uma função social aos bens públicos, não há uniformidade sobre quais são as consequências jurídicas do descumprimento desse dever. <sup>19</sup> “...princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, quer dizer, ligado pelas normas jurídicas, qualquer que seja a sua fonte...” (QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, p. 41, grifei).

Constituição. Ademais, o único interesse público legítimo (primário) é aquele que se encontra delimitado pelo ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade, e não o definido exclusivamente pelas disposições editadas pelo ente titular do bem<sup>20</sup>.

Assim, embora seja indubitável que o titular do bem público possui a prerrogativa de, discricionariamente, definir qual é o interesse público no caso concreto, trata-se de uma definição que não é livre, mas que deve observar os limites previstos na legislação. Isso significa que a autonomia dos entes federados na definição dos usos dos bens públicos (interesse público) encontra limite nas disposições da Constituição, na legislação do próprio ente e, também, nas normas editadas pelos demais, observada a competência constitucional conferida a cada um deles.

Concordamos, por isso, com a afirmação de Silvio Luís Ferreira da Rocha que, em obra monográfica sobre o tema, sustenta que os argumentos contrários devem ser considerados para avaliar os limites das sanções aplicáveis ao poder público, mas não para imunizá-lo do dever de cumprir os deveres inerentes à função social da propriedade. Assim, uma coisa é afirmar que a propriedade pública não está liberta dos deveres decorrentes da função social da propriedade; outra, porém, é saber se há limites nessa incidência para certas categorias de bens<sup>21</sup>.

O princípio da função social da propriedade incide sobre toda relação jurídica de domínio, seja ela pública ou privada. Todavia, no âmbito público, o princípio deve ser harmonizado com os demais princípios que regulam o funcionamento do Estado. Em nossa visão, o três aspectos, pelo menos, merecem ser especialmente levados em consideração nessa análise: a) a existência de uma finalidade pública para a qual esteja especificamente afetado o bem; b) as limitações decorrentes da observância das leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária, art. 165, CF) e c) a regra constitucional de imunidade tributária conferida aos entes públicos, que impede a incidência de imposto sobre a propriedade de certos bens estatais (art. 150, inciso VI, “a” e § 2º, CF).

## **5. O dever de cumprimento da função social e a propriedade pública urbana**

A fim de avaliar a incidência do princípio da função social sobre a propriedade, consoante lecionam Silvio Luís Ferreira da Rocha e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, é útil a distinção entre bens de uso comum do povo, especial e dominicais,

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que a qualificação do que é interesse público “quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido” (*Ob. Cit.*, p. 66).

<sup>21</sup> *Ob. Cit.*, p. 127.

de modo a se aferir os modos distintos de incidência e aplicação desse princípio aos bens públicos, consoante sua afetação.

Os bens de uso comum e os de uso especial já se encontram afetados a um fim público. Neste caso, a propriedade pública possui uma “função social” que lhe é inerente. Cumpre ao poder público dar-lhes a destinação prevista no ordenamento jurídico, seja para o uso comum da coletividade, seja para o funcionamento de um serviço estatal. Além disso, o poder público o deve disciplinar o uso, fiscalizá-lo e reprimir eventuais abusos.

No caso dos bens de uso comum, a generalidade do uso transitório e precário é a característica básica, devendo ser observada pelos administrados as condições impostas pelo poder público, que devem garantir uma fruição individual, mas não impeditiva dos demais administrados. Em igualdade de condições e não havendo disposição específica, vigoram os princípios da precedência, da informalidade e da gratuidade. Todavia, há situações em que pela sobrecarga do bem ou em razão de um desfrute com exclusividade, mostra-se indispensável prévia e formal manifestação da autoridade administrativa.

Em relação aos de uso especial, a fruição pelos usuários dos serviços nele instalados depende de admissão, que pode ou não depender de um ato formal.

Todavia, não se pode imaginar que esses bens estejam imunes à incidência do princípio da função social da propriedade, uma vez que esta somente se realiza com extração da máxima utilidade do bem. Por isso, cabe especial atenção para as possibilidades do poder público realizar e franquear outros usos (comuns, privativos ou mesmo compartilhados) para bens de uso comum ou especial, desde essa nova forma de fruição não seja incompatível com a destinação do bem e com o interesse da coletividade<sup>22</sup>.

Porém, em algumas situações, ainda que pontualmente incompatíveis com a destinação do bem, o ordenamento jurídico oferece alguma proteção ao administrado, quando se tratar de uso de bem público por particular para fins de moradia, como é o caso da ocupação irregular de áreas localizadas em bem de uso comum, na medida em que a MP nº 2.220/2001 (art. 5º, I) faculta ao poder público conceder o uso especial de outro imóvel público, num claro reconhecimento claro de proteção à dignidade da pessoa humana e do direito à moradia. Silvio Luís Ferreira da Rocha sustenta, ainda, que pode haver, em certas hipóteses, a suspensão ou a rejeição da pretensão reintegratória (e reivindicatória) do poder público, a fim de realizar valores constitucionais de maior relevância, como o da dignidade da pessoa humana<sup>23</sup>.

Por fim, os bens dominicais não se encontram afetados a uma destinação específica de interesse público, de modo que estes “devem atender integralmente às regras concretizadoras do princípio da função social da propriedade”<sup>24</sup>. Por essa

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Ob. Cit.*, p. 566.

<sup>23</sup> *Ob. Cit.*, p. 132.

<sup>24</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Ob. Cit.*, p. 146.

razão, é razoável afirmar que um ente público pode ser obrigado a conferir um adequado aproveitamento de seus bens imóveis, quando localizados em áreas incluídas no plano diretor (art. 182, § 4º CF).

Alguns autores entendem que estariam os bens das pessoas jurídicas de direito público excluídos das sanções aplicáveis em razão do descumprimento dessa obrigação, em razão das limitações financeiras subjacentes às atividades públicas e em razão impossibilidade de intervenção de um ente federado no patrimônio de outro.

A resposta, porém, não satisfaz, a nosso ver, os valores expressos na Constituição, pois a autonomia dos entes federados de destinar seus bens não está acima do dever do poder público de agir para atingir o interesse público, que não é o do ente estatal, mas o previsto no ordenamento jurídico. Assim, não nos parece aceitável que a Constituição tenha incumbido o Município do enorme desafio de estabelecer e executar a política de desenvolvimento e expansão urbana, com o objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, “caput” e § 1º, CF) e, ao mesmo tempo, tenha imunizado os demais entes estatais dessa ordenação<sup>25</sup>.

Nesse aspecto, vale frisar que o texto constitucional não distinguiu os destinatários das normas insertas no Plano Diretor e nas demais normas da legislação urbanística, de modo que os entes públicos não estão desobrigados de cumpri-las. Cabe reiterar que não há interesse estatal que justifique ação fora do interesse público (primário), o que impulsiona a que todos os entes públicos sejam levados a cumprir as regras voltadas à função social das cidades.

Assim, em face do descumprimento da função social da propriedade urbana pelo poder público é possível cogitar da aplicação das medidas previstas no Estatuto das Cidades. Todavia, nem todos os instrumentos previstos nessa norma podem ser aplicados a todos os entes públicos, pois a aplicação de progressividade do IPTU encontra óbice na imunidade tributária conferida aos entes federativos e a certos bens das autarquias e fundações públicas<sup>26</sup> e a admissão de usucapião encontra vedação em norma expressa da Constituição (art. 183, § 3º, CF)<sup>27</sup>.

Porém, não se mostra inviabilizada a aplicação de outras medidas previstas no Estatuto das Cidades, como o parcelamento, edificação e utilização compulsórias e a desapropriação de bens mediante títulos da dívida pública, especialmente em

---

<sup>25</sup> No sentido exposto, Daniela Campos Libório Di Sarno, aponta que “sendo proprietário ou, de qualquer forma, utilizando imóveis e/ou o solo urbano, o Poder Público, em qualquer de suas esferas deverá atender às exigências da lei para realizar plenamente a função social da propriedade. [...] imóveis vazios, abandonados ou construídos fora dos requisitos legais, deverão não só se adequar às exigências normativas, mas também à destinação que a eles for dada, conforme estabelecido nos planos municipais, inclusive e principalmente” (*Elementos de Direito Urbanístico*, p. 49-50).

<sup>26</sup> Alexandre Levin defende a possibilidade de se aplicar a progressividade no tempo do IPTU em relação aos bens de autarquias e fundações públicas que não estejam vinculados às suas finalidades essenciais (*Parcelamento, edificação e utilização compulsórias de imóveis públicos urbanos*, p. 248-253).

<sup>27</sup> Em que pese o sentido literal do texto constitucional, Silvio Luís Ferreira da Rocha admite a possibilidade de usucapião de bens dominicais, com amparo no princípio da função social da propriedade (*Ob. Cit.*, p. 147-159).

relação aos bem dominicais, considerados os interesses contrapostos e os benefícios coletivos capazes de proporcionar em prol da concretização de direitos fundamentais insertos na Constituição.

Além disso, sendo o cumprimento da função social da propriedade um dever para o administrador público, o seu descumprimento autoriza o manejo das ações judiciais para ensejar tutela dos interesses correspondentes (individuais ou coletivos<sup>28</sup>), sem prejuízo da responsabilização do agente público a quem seja imputável o comportamento estatal.

## 6. Conclusões

Pelo exposto, é possível concluir que a noção de função social, como dever de uma prestação positiva, não é de todo incompatível com a propriedade pública, especialmente a localizada no âmbito das cidades, no qual há limitação de espaços coletivos disponíveis para uso da coletividade.

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial, que estão afetados a finalidades específicas, podem ter outros usos de interesse da coletividade admitidos, ampliando-se as a extração de utilidades do bem, desde que haja compatibilidade com a destinação principal. Além disso, não se deve perder de vista que mesmo em face destes bens pode, ainda que transitória e temporariamente, ser admitido outros usos, quando estejam em jogo valores superiores tutelados pelo texto constitucional.

Por sua vez, para os bens de uso dominical, que não estão destinados a uma finalidade específica, o dever de cumprimento da função social é mais intenso, sujeitando o poder público a adequá-los às exigências da legislação e a dar-lhes destinação compatível com a prevista no plano diretor, como forma de atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

Descumprida a determinação, é cabível a utilização de instrumentos coercitivos e sancionadores pelo poder público municipal, observados os requisitos previstos na legislação aplicável, bem como do manejo de ações visando tutelar esse interesse da coletividade, sem prejuízo da responsabilização eventualmente cabível dos agentes públicos a quem possa ser imputável o ilícito.

Em suma, a propriedade pública urbana não escapa do dever de cumprir as normas de ordenação das cidades, inclusive as expressas no plano diretor.

---

<sup>28</sup> Cabe apontar que a ordem urbanística pode ser tutelada por meio de ação civil pública (art. 1º, IV e VI da Lei nº 7.437/85), de modo que quaisquer entes públicos podem ser condenados judicialmente a cumprir os ditames inerentes à função social da propriedade pública.

## 7. Bibliografia

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública, in *Revista da AGU*, nº 18, out-dez 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade, in *Revista de Direito Privado*, v. 7, jul. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública in: JÚNIOR, Luís Guilherme Costa Wagner (Org.), *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DI SARNO, DANIELA CAMPOS LIBÓRIO. *Elementos de Direito Urbanístico*. Baurerri: Manole, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed., rev. e at., São Paulo: Malheiros, 2010.

LEVIN, Alexandre. *Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed. (atual. p. Eurico Andrade de Azevedo e outros), São Paulo: Malheiros, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 06.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

# O destino da família no século XXI

José Renato Nalini\*

## I. Introdução

A mais trágica dentre as crises que acometem a Humanidade neste século XXI é aquela que atingiu a família. A falta de mãe atenta, consciente e responsável pelo futuro de sua prole explica o descalabro da juventude contemporânea. A vitória da droga sobre a abstinência do vício; o sexo desacompanhado de amor; a falta de respeito, de civilidade, de polidez que tem início no comportamento sem limites e vai desaguar na delinquência.

Será exagero de quem atingiu a velhice e enxerga com nostalgia um passado em que tudo parecia mais educado? Ou é a constatação de que a mocidade não tem líderes, não se entusiasma senão com o apelo aos sentidos, não conhece o sacrifício, não enxerga perspectivas e vive o momento, sem preocupação maior com o porvir?

Quem verifica a idade com que os infratores ingressam no sistema prisional - e, sem eufemismos, o menor é também enjaulado nos estabelecimentos adequados, após prática de atos que ontologicamente são crimes - não pode deixar de constatar que o sistema está em frangalhos.

As estatísticas sobre a condição vulnerável dos professores, temerosos de agressões físicas e verbais em todos os níveis do ensino, o grau de comprometimento de sua saúde mental, o desalento e a decepção pela docência, vai alimentar a mesma sensação de fracasso.

Ao se cotejar o que eram as cidades há algumas décadas e aquilo em que foram transformadas hoje, a conclusão é só uma: houve nítido retrocesso civilizacional. Razão assistia - e muito - a Claude Lévi-Strauss, que esteve em São Paulo em 1935, fugindo do flagelo nazista e aqui permaneceu durante alguns anos, a ensinar na USP e a fazer pesquisas antropológicas com algumas etnias indígenas. Ao retornar à capital paulista, meio século depois, teria dito: "*O Brasil chegou ao declínio sem ter atingido o ápice!*".

O ufanismo procura mostrar a outra face. Nunca antes neste país houve tanta inclusão. A miséria deixou de existir e foi substituída por uma sociedade reivindicativa, que sabe fazer valer os seus direitos e é insaciável ao demandar moradia, saúde, transporte, lazer, bolsas e mais bolsas. A longevidade aumentou, o número de natimortos decresceu, nunca se viajou tanto de avião, todos têm celular. Às vezes mais do que um! Todos têm seu automóvel; quem pode, conta com dois ao menos, para fugir ao rodízio.

---

\*José Renato Nalini é Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, gestão 2014-2015, autor de "Ética Geral e Profissional", 11ª ed., RT-Thomson Reuters, 2014.

Será que isso espelha verdadeiro progresso? Saramago um dia afirmou que só existe um progresso: o progresso moral. O mais é quantificação de elementos materiais que pouco significam no real crescimento das criaturas consideradas racionais: aquelas que têm o compromisso de crescer, em plenitude, até atingir a potencialidade possível.

A lamentável situação do nosso ambiente é um testemunho insuspeito da falência da família. Quem aprende no lar a respeitar a mãe provedora do sustento físico e moral, o pai provedor das necessidades materiais, sabe o que é autoridade. Hoje, toda expressão de autoridade significa *autoritarismo*. Ordem equivale a repressão. Democracia é um regime sem compromissos, que até superou em vícios a demagogia. Tudo é válido e vale tudo. Expressão do pluralismo.

Qual a origem dessa crise paradoxal? Paradoxal, porque crise é passageira. Não poderia se eternizar. Mas a família brasileira - e talvez a sociedade mesma desta Nação - está imersa em crise infinita.

Não são apenas as tragédias veiculadas pela mídia. Pais que matam filhos, filhos que matam pais, netos que matam avós. Primos ainda crianças que assassinam primos mais novos. Mulheres que matam maridos para herdar seus pertences. As barbaridades superam a imaginação mais fecunda.

O problema é a ausência de valores do lar. Mães que declinam de educar - e, se necessário, corrigir - seus filhos. Pais ausentes. Casais sem autoridade de chamar a atenção para condutas intoleráveis, porque é mais cômodo, ou porque não têm moral, ou ainda sob o argumento de que a disciplina "traumatiza".

Há exatamente onze anos, escrevi "A Família Brasileira do Século XXI", para a publicação Bem Comum, editada pela FIDES - Fundação Instituto de Desenvolvimento Empresarial e Social<sup>1</sup>. Já pressentia a dificuldade de prever o que aconteceria com a concepção de família e como ela se conformaria na prática. Mas não vejo razões para celebrar qualquer êxito. A tendência é o retrocesso idêntico ao registrado na política, nos serviços públicos, na moralidade e no patriotismo, que existem apenas no discurso.

Há quem seja mais otimista: "*Qual será, enfim, o futuro da família? Para aqueles que temem mais uma vez sua destruição ou sua dissolução, objetamos, em contrapartida, que a família contemporânea, horizontal ou em 'redes', vem se comportando bem e garantindo corretamente a reprodução das gerações*"<sup>2</sup>.

Nada obstante o otimismo, Roudinesco reconhece que a família contemporânea sofre profundas turbulências: "*Sem ordem paterna, sem lei simbólica, a família mutilada das sociedades pós-industriais seria, dizem, pervertida em sua própria função de célula de base da sociedade. Ela se entregaria ao hedonismo, à ideologia do 'sem tabu'. Monoparental, homoparental, recomposta, desconstruída, clonada, gerada artificialmente, atacada do interior por pretensos negadores da diferença entre os sexos, ela não seria mais capaz de transmitir seus próprios valores*"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> NALINI, José Renato, *A Família Brasileira do Século XXI*, Revista BEM COMUM, ano VII, n. 78, 2003, p.15/32.

<sup>2</sup> ROUDINESCO, Elisabeth, *A Família em Desordem*, Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2003, p.197.

<sup>3</sup> ROUDINESCO, Elisabeth, op. cit., idem, p.10.

Dentre os golpes sofridos pela família, situa-se o aborto. O aborto é um anseio recorrente em certos grupos minoritários mas que compensam a deficiência numérica em capacidade de suscitar polêmicas midiáticas. Em nome da autonomia de vontade da mulher, da libertação feminina, de tantos outros argumentos, prega-se o covarde homicídio de seres que não pediram para nascer, mas que - confiados à própria natureza - terão trajetórias normais. Com as alegrias e as vicissitudes de qualquer ser vivente.

O tema é recorrente. Há um texto clássico de Judith Jarvis Thomson, que reconhece a humanidade do feto. Mas a falha está em admitir que nem todos os seres humanos têm igual direito à vida. O direito à vida não significaria, para ela, o direito de não ser morto. Significa o direito de não ser morto injustamente.

O exemplo de que Judith Jarvis Thomson se serve é sedutor, mas inadequado. Ela imagina um violinista que precisa de nossos rins durante nove meses e uma empresa musical, ciente de nossa compatibilidade renal, nos sequestra, nos seda e nos acopla ao violinista. Temos o dever de ficar nove meses ligados a ele?

A conclusão da autora seria a de que só temos responsabilidades especiais por alguém se tivermos assumido tais responsabilidades. E esta a falibilidade do ensaio. Os filósofos Patrick Lee e Robert P. George respondem a Judith Thomson: temos, sim, certos deveres existenciais - para com nossos pais, nossos irmãos, nossos amigos - que existem independentemente de os termos escolhido ou assumido. Ainda que nos recusemos a assumir tais deveres, isso não apaga a existência desses deveres.

A reflexão é de João Pereira Coutinho, no artigo "O roubo do futuro"<sup>4</sup>. Descabido o exemplo do violinista. A situação do feto é muito mais complexa. Há uma relação biológica entre a mãe e o feto. O violinista seria um estranho que abusa e parasita o corpo de outro estranho.

João Pereira Coutinho cita outro pensador, Don Marquis, que "prefere relembrar o básico: o feto é apenas o que fomos antes da nossa configuração presente. Ou, dito de outra forma, o feto será uma criança, um adolescente, um adulto - se não existir nenhum obstáculo terminal pelo caminho"<sup>5</sup>. Ninguém tem o direito de obstaculizar essa potência existencial. Como se justificaria "um ato que, ao terminar com uma vida, termina também com 'todas as experiências, atividades, projetos e fruições que de outra forma seriam parte do futuro de alguém'"<sup>6</sup>? Por isso o jornalista conclui que o aborto é o debate sobre o roubo de um futuro e não encontrou ainda nenhuma resposta convincente para justificar esse roubo.

Assunto análogo é a eutanásia, que a Bélgica aprovou em relação a menores. Será possível em caso de doença física incurável e terminal, com sofrimento físico insuscetível de ser amenizado. O próprio menor deverá fazer o pedido e este aprovado pelos responsáveis legais e pelo médico. Para o psicólogo Contardo Calligaris,

<sup>4</sup> COUTINHO, João Pereira, *O Roubo do Futuro*, FSP, 29.4.2014, p.E10.

<sup>5</sup> COUTINHO, João Pereira, *op.cit.*, idem, *ibidem*.

<sup>6</sup> COUTINHO, João Pereira, *op.cit.*, idem, *ibidem*.

*“talvez essa decisão seja lembrada no futuro, como o começo do fim de nosso jeito louco e narcisista de amar as crianças - ou seja, daquele amor que diz: como é que nossas crianças poderiam ser infelizes (pior, desejar a morte), se nós existimos e as amamos?”*<sup>7</sup>. Será que os legisladores belgas souberam colocar as crianças acima das necessidades narcísicas dos adultos ou nós produzimos uma civilização que dá aos infantes vontade de nos deixar, preferindo a morte ao nosso convívio?

Essas questões não são enfrentadas na educação formal. Prevalece a tendência de se reforçar a autonomia individual, o relativismo, o niilismo, a exploração de um egoísmo narcisista que enfatiza o lado mais obscuro da complexa configuração da consciência humana.

A Escola, por sinal, não parece ter compromisso maior com a moral. Talvez em virtude do período de autoritarismo, em que se obrigava atender à disciplina "Educação Moral e Cívica" e aos "Estudos de Problemas Brasileiros", o verbete *moral* adquiriu conotação pejorativa. Até mesmo aqueles estabelecimentos educacionais surgidos de uma confissão religiosa, abdicam de insistir na formação confessional, a pretexto de que tal seria "politicamente incorreto". Muitas delas, em lugar de formarem, dedicam-se à *“deseducação consentida”*, como assinala o Pe.PAUL MARX, PhD Fundador da Human Life International:

*“As nossas escolas, a mídia de notícias, a mídia de entretenimento, o mundo oficial, grupos de interesses especiais e até alguns dos nossos púlpitos ensinaram a milhões de pessoas que os nascituros com seus corações pulsantes, nada mais são que um ‘amontoado de células’. E que vivissecionar bebês no útero de suas mães é considerado ‘assistência à saúde materna’; que ensinar crianças como ‘fazer sexo’ não provocará a tentação de experimentá-lo; que a contracepção previne abortos; que a regulação natural de fertilidade significa ‘jogada do Vaticano’; que estamos prestes a despencar do planeta devido à ‘superpopulação’; que a profeta pode ser um bom pai ou uma boa mãe; que ser morto como um cão pestilento é ‘dignidade’; e que as pessoas que defendem as leis de Deus ‘querem mesmo é controlar as vidas dos outros’”*<sup>8</sup>.

Mas por que acontece tudo isto? Decorre da omissão dos bons. Pior do que a atuação dos maus, é a inércia dos bons. Eles não assumem responsabilidade, não acreditam na possibilidade de se transformar uma situação consolidada. Têm respeito humano, comodismo, constringem-se de mostrar indignação.

O psicologismo e outros “ismos” contemporâneos atuam no sentido da diluição da responsabilidade. Talvez valesse a pena uma reflexão no sentido de assunção de nossas obrigações não republicanas, cívicas, patrióticas. Nem seria necessário recorrer

<sup>7</sup> CALLIGARIS, Contardo, *Eutanásia para Menores?* FSP 27.4.2014, p.E14.

<sup>8</sup> MARX, Paul, Pe., OSB, PhD, Fundador da Human Life International, no prefácio ao livro de CLOWES, Brian, PhD, *Os Fatos da Vida, Port Royal - Virginia*, EUA, Human Life International, 1999, p.XV.

à esfera confessional. Bastaria o compromisso de *seres humanos*, atentos à *desumanização* do planeta.

Cabe uma analogia neste caso. O filósofo Hans Jonas, num livro chamado “*O Princípio Responsabilidade*”, procurou redesenhar uma ética para a civilização tecnológica. Aflito com os atentados ao ambiente, constata nos encontrarmos diante de uma situação sem precedentes. Indaga: “*quem é ‘responsável’, propriamente dito, pelo caos ecológico? O Homem, certamente, graças aos novos poderes que adquiriu?*”<sup>9</sup>. Assim como somos todos responsáveis pelos cataclismos ecológicos, somos igualmente devedores de uma atuação mais firme diante da deterioração da moral familiar.

Só que ao contrário do que sustenta Hans Jonas, a responsabilidade é *individual*, não de um ator coletivo, inidentificável, que acentua a tendência à diluição das responsabilidades. Há de se concordar com ele, todavia, que o mal-estar da civilização é nítido, evidente e constatável por quem queira prestar atenção ao mundo em que vive. “*O reconhecimento do malum é-nos infinitamente mais fácil do que o do bonum; é mais imediato, mais pressionante, muito menos exposto às diferenças de opinião e, sobretudo, não é procurado: a simples presença do mal impõe-no-lo...Em relação ao mal, não estamos na incerteza*”<sup>10</sup>.

A experiência do mal é paralela à sensação de injustiça. Não é com a justiça que temos o primeiro contato. É com a sua contraface. Assim também, “*o princípio do Mal não é moral; é um princípio de desequilíbrio e de vertigem, princípio de complexidade e de estranheza, princípio de sedução, princípio de incompatibilidade, de antagonismo e de irredutibilidade. Não é um princípio de morte; bem ao contrário, é um princípio vital de desligação*”<sup>11</sup>. O mal não resulta da ignorância, mas do conhecimento. Por isso o primeiro pecado foi praticado em virtude da pretensão humana à infinitude. Lamentavelmente, quem age mal, não o faz por inconsciência, mas por nutrir exata convicção de que está a perpetrar o mal.

A intuição ou o instinto nos levam a tal certeza. O tema não é consensual. Para alguns, “*o ser humano não é intrinsecamente bom nem mau. O que verifico é que a bondade é mais difícil de alcançar e de exercer. E bem e mal são conceitos demasiado amplos. É mais fácil ser mau, mau nas suas formas menores, mau em tudo aquilo que nos afasta do outro, do que ser bom*”<sup>12</sup>.

A tendência da miserável condição humana é proclamar sua inocência. Não somos, nem podemos ser, responsáveis por tudo e por todos. Mas por *alguma coisa* nós temos de responder. Por nossa covardia, nossa leniência, nossa hipocrisia, nosso medo, nosso conforto. Em relação aos problemas da família contemporânea, deveríamos sentir aquilo que Inácio de Loyola chamava “desolação”, sentimento “*daquele que descobre a impotência de viver à altura do seu ideal e, mesmo, em querer o bem em*

<sup>9</sup> JONAS, Hans, *Le Principe Responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1992, p.28.

<sup>10</sup> JONAS, Hans, op.cit., idem, p.49.

<sup>11</sup> BAUDRILLARD, Jean, *A Transparência do Mal*, 9ª ed., Campinas, SP: Papirus Editora, 2000, p.114.

<sup>12</sup> SARAMAGO, José, *As Palavras de Saramago*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.112.

vez do mal. Com uma grande sabedoria, esforça-se por transformar esta “desolação” em instrumento de progresso moral e espiritual”<sup>13</sup>.

Vive-se uma fase em que é fácil ter a consciência enganada e considerar bom aquilo que é mau. Isso decorre de circunstâncias exteriores, advindos de um contexto cultural e social desfavorável. Aliás, “o mundo moderno não tem boa fama. Dizem até que está correndo em direção à catástrofe. Sinto-me prestes a concordar”<sup>14</sup>.

A perplexidade é a sensação generalizada diante de absurdos a que estamos expostos. A única certeza é a incerteza, o niilismo é um signo onipresente e “para sentir um relativo conforto intelectual, devemos nos retirar deste mundo desprovido de sentido no qual não atribuímos a nós mesmos nenhuma responsabilidade”<sup>15</sup>.

Todavia, o que nos assusta são problemas humanos. Temos o dever de enfrentá-los. Estamos a enfrentar consequências de ações humanas, não necessariamente de projetos humanos. Ora, “o princípio moderno segundo o qual os homens são livres e devem agir livremente aplica-se a todos os campos”<sup>16</sup>. Inclusive, portanto, no campo da moral familiar.

Se houver a salvação da família, não é só esse núcleo essencial que estará salvo. Será a comunidade, a sociedade, a Nação, a Humanidade.

É preciso ter coragem de reconhecer que o conceito de família sofreu mutilações. Costuma-se atribuir à família patriarcal todos os defeitos: opressora, usina de recalques, fabricante de prole traumatizada e infeliz. Mas família é ainda o primeiro bem da vida mencionado por aqueles alvos de pesquisa indagados sobre o que é mais importante para eles.

Até mesmo os que apregoam outros tipos familiares, reconhecem que família é uma instituição presente na atávica história da consciência humana:

*“Finalmente, para os pessimistas que pensam que a civilização corre o risco de ser engolida por clones, bárbaros bissexuais ou delinquentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes, observamos que essas desordens não são novas - mesmo que se manifestem de forma inédita - e sobretudo que não impedem que a família seja atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”<sup>17</sup>.*

Pessoalmente, cumpre-me testemunhar a benção de ter nascido numa família típica. Pais educadores, disciplinadores, convictos de sua missão de formar. A eles

<sup>13</sup> VALADIER, Paul, *Elogio da Consciência*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.201.

<sup>14</sup> CHAUNU, Pierre, *Prefácio* a BERNARD, J.Philippe, *Perversões da Utopia Moderna*, Bauru, SP: Edusc, 2000, p.VII.

<sup>15</sup> BERNARD, J.Philippe, op.cit., idem, p.13.

<sup>16</sup> BERNARD, Philippe J., op.cit., p.29.

<sup>17</sup> ROUDINESCO, Elisabeth, op.cit., idem, p.198.

devo meus acertos e só à minha teimosia em não segui-los em tudo os meus erros. A cada dia reavalio o valor da formação que me propiciaram. Neles me espelho para retransmitir tais noções aos meus filhos e netos.

Acredito que a família, ainda que reinventada, prevalecerá. E que depende de nós reafirmá-la e revalorizá-la, confiantes nas palavras do Pontífice da singeleza:

*“Nunca desanimem, não percam a confiança, não deixem que se apague a esperança. A realidade pode mudar, o homem pode mudar. Procurem ser vocês os primeiros a praticar o bem, a não se acostumarem ao mal, mas a vencê-lo com o bem”<sup>18</sup>.*

Se cada um se conscientizar disso, haverá uma esperança para o mundo. Nem tudo estará perdido.

## II. Paternidade irresponsável

Não existe formação institucionalizada para alguém ser pai ou mãe. Aprende-se empiricamente, na experimentação. E o declínio dos valores caminha paralelamente à crescente irresponsabilidade mater-paternal.

Adolescentes procriam de forma inconsequente, pois a liberação sexual é a regra. Resulta do escrúpulo em orientar. O sexo não é tabu, por isso a juventude pode experimentá-lo à vontade. E sexo faz criança.

A “produção independente” é outro sintoma que, embora não generalizado, já não causa surpresa. Não é preciso se casar, ter família estruturada, para trazer ao mundo nova criatura. Basta querer.

O resultado é que ao contrário de outros Estados-Nação que experimentam curva demográfica descendente, no Brasil a fecundidade ainda predomina. Principalmente entre os menos esclarecidos. Tendência reforçada pelas benesses prodigalizadas por um governo mais interessado em perpetuar-se no poder. Até intelectuais insuspeitos, como Ferreira Gullar, aperceberam-se de que *“a preocupação não era, e não é, governar visando o bem-estar da nação como um todo, mas sim, usar a máquina do Estado para crescer politicamente. O neo-populismo é isso: distribuir benesses às camadas mais pobres da população para ganhar-lhe os votos e manter-se indefinidamente no poder”<sup>19</sup>*. Disseminou-se uma cultura de que mais vale procriar e ingressar na fila dos benefícios outorgados sem contraprestação, do que vencer na vida ao velho estilo: mediante trabalho, sacrifício, iniciativa e criatividade. Mas as consequências são trágicas. Não existe responsabilidade em relação à prole. Ela não é educada para protagonizar sua própria redenção. Fica a depender eternamente da boa vontade das práticas políticas vigorantes. Pois *“é fácil assumir o governo e passar a dar comida, casa*

<sup>18</sup> PAPA FRANCISCO, alocução durante a visita à Comunidade de Varginha - Manguinhos, 25.7.2013, in *Pronunciamentos do Papa Francisco no Brasil*, São Paulo: Edições Loyola, 2013, p.22.

<sup>19</sup> GULLAR, Ferreira, *Arte de enganar pobres*, in *FSP*, 27.4.2014, p.E10.

*e dinheiro a milhões de pessoas; dinheiro esse que devia ir para a educação, para o saneamento, para resolver os problemas da infraestrutura, ou seja, para dar melhores condições profissionais ao trabalhador e possibilitar o crescimento econômico*<sup>20</sup>. A clássica noção de “*não dar o peixe, mas ensinar a pescar*” foi abandonada nas últimas décadas. Interessa é *dar o peixe*, manter a massa atrelada ao assistencialismo imediatista, não investir em fazer pensar. Aliás, quanto menos se pensar, melhor. Catastrófica a resultante para conceber a família como grupo ligado pelo sangue e pelo afeto, empenhado em autorrealização baseada no crescimento individual em plenitude, amparado pela solidariedade fraternal. Mas essa a situação brasileira atual, sob a ótica de um dos recentes críticos desse fenômeno: “*Assim é o populismo de hoje, que veio para supostamente reduzir a pobreza, quando se sabe que uma família, por receber mensalmente menos da metade de um salário mínimo, não deixa de ser pobre. Claro, não passa fome, mas jamais sairá do nível de carência, a que se conformou, subornada pelo assistencialismo governamental*”<sup>21</sup>.

A contaminação não é apenas constatável na classe dos economicamente hipossuficientes. O descompromisso com a família atinge todas as classes. Tanto que há jovens mães desinteressadas da obrigação de educar seus filhos. Ter filhos é “*fashion*”, é moda, é uma das formas de exibição de seu status. Daí que o ideal de criança é aquele padrão fornecido pela publicidade. É o que se verifica até mesmo nas preferências dos casais que se propõem a adotar uma criança. O biotipo é o de um bebê loiro, de olhos azuis, pronto a protagonizar uma propaganda de infância saudável e feliz.

O padrão de beleza imposto pelo consumismo é um dos dogmas do atual estágio civilizatório. Desatendê-lo é pecado mortal: “*A sociedade de mercado é uma ferida narcísica incurável para quem nela fracassa. E é difícil não ser, uma vez que todos somos infelizes e carentes em algum nível. Os “marcadores” dessas diferenças que ninguém quer dizer o nome (beleza, riqueza, inteligência, originalidade), acolhidas pela sociedade de mercado, são detestados pelo narcisismo carente, fonte inesgotável de ressentimento*”<sup>22</sup>. O condicionamento psicológico é tamanho, que pais e mães, e até mesmo crianças, superlotam os consultórios de psicanálise, à procura de enfrentar os fantasmas da carência, da rejeição, do ressentimento, daquela angústia de quem não vê sentido na vida a não ser subordinar-se aos comandos de uma sociedade superficial e descartável.

Um dos subprodutos que a própria Administração Pública está a colher é a crescente demanda por benefícios que sempre residiram na esfera da intimidade do lar e hoje são confiados ao Estado. A procriação é opção pessoal de quem se propõe a trazer novos indivíduos ao mundo. Mas a educação foi totalmente entregue ao Estado. Assim é que, só o Estado de São Paulo, precisa criar quase 285 mil vagas em

<sup>20</sup> GULLAR, Ferreira, op.cit., idem, ibidem.

<sup>21</sup> GULLAR, Ferreira, op.cit., idem, ibidem.

<sup>22</sup> PONDÉ, Luiz Felipe, *Beleza Roubada*, in FSP, 28.4.2014, p.E10.

creches até 2020 para cumprir as metas previstas no projeto do Plano Nacional de Educação - PNE, que tramita no Congresso há três anos. É um estudo da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados - SEADE, que apurou ser de 33,3% a taxa de atendimento das crianças de 0 a 3 anos no Estado em 2012. Ou seja: cerca de 837 mil matrículas. Para atingir a meta do PNE, o total deve chegar a 1,12 milhão. O diagnóstico aponta a necessidade de elevar os gastos dos municípios com educação infantil de 9%, média atual, para 13,3%. Mais um encargo para a entidade da Federação da qual todos dependem - ninguém mora na União ou no Estado, mas na cidade - mercê dessa visão de que tudo é obrigação estatal.

Será que esse é o melhor modelo? Estaremos atendendo à recomendação platônica de que a família não é a melhor educadora, mas a formação da nova cidadania tem de ser missão estatal? Não se pensa em instituir um regime de cooperação entre mães, de maneira que uma delas se encarregue da guarda de seu filho e dos filhos das que estão trabalhando, numa escala de rodízio que não signifique a entrega da criança a um profissional desvinculado de intimidade ou de compromisso afetivo com o frágil ser educando?

### III. O tangível não é essencial

A grande preocupação da sociedade contemporânea é com a carência material. Não se devota atenção idêntica à indigência moral. As políticas públicas voltadas à redução da pobreza e das desigualdades sociais miram o estômago, alvo da “Bolsa Família”<sup>23</sup>. Depois o corpo físico inteiro, objeto do “Minha Casa, Minha Vida”. Os equipamentos domésticos, adquiridos com estímulos à “linha branca”, um dos modestos sonhos de consumo das classes menos favorecidas.

Não se vincula benesse alguma a um compromisso na formação da prole, no seu crescimento intelectual e no seu empenho cívico direcionado à construção de uma verdadeira cidadania. O cidadão não é o destinatário de sobras da sociedade de consumo. Ele é alguém que precisa aprender a pensar, a protagonizar o seu destino, a ser o “senhor” de sua vida, não objeto passivo de políticas públicas sempre sob a suspeição de interesses eleiçoeiros.

Por mais benéfica seja a concessão de auxílio sob a denominação “Bolsa-Família”, que teria impedido o aumento do vergonhoso índice da mortalidade infantil, ela é insuficiente. Importante mesmo seria *“evitar que a criança enfrente situações de estresse prolongado nos primeiros anos de vida e, mais ainda, que haja um processo de interação saudável entre as crianças e os adultos que as cercam”*<sup>24</sup>. Não é o que tem aconte-

<sup>23</sup> Algo que se chama “Bolsa-Família” deveria se preocupar mais com o futuro da família, não ser um gesto caritativo para saciar a fome física.

<sup>24</sup> MENEZES FILHO, Naercio, *Dois Milhões de Jovens em Risco*, Valor Econômico, 21/23.3.2014, p.A15.

tecido no Brasil, até porque a desintegração da família é um fato inegável. Urgente seria “utilizar o cadastro social único para visitar as famílias e mensurar o que de fato está acontecendo com as crianças (através de testes cientificamente aceitos e validados) e direcioná-las para especialistas em caso de problemas”<sup>25</sup>.

A falta de atenção a valores intangíveis, como o patriotismo, a solidariedade, a fraternidade, o amor à causa pública, a consciência de pertencimento à Nação, o destino comum que nos une a todos, leva a lucidez tupiniquim a um desalento generalizado. Arnaldo Jabor, um jornalista/artista que tem papel ativo na interpretação da realidade nacional, tem sido cáustico ao analisar o Brasil: “Nunca vi o Brasil tão esculhambado como hoje. Perdoem a palavra grosseira, mas não há outra para nos descrever.”<sup>26</sup> A sensação advém da onipotência estatal, pois o Estado é a mãe de todos, responsável por todas as questões, mesmo aquelas concernentes à vida íntima das pessoas.

Observadores isentos também detectam as fissuras da realidade brasileira. O professor Richard Moneygrand, em missiva a Roberto Damatta, diz que não é interpretação, mas são os fatos inexoráveis que expõem a falibilidade tupiniquim: “Contemplar a liberdade sem nenhuma contrapartida de responsabilidade produz, - ao lado de estruturas mal discutidas como o estilo aristocrático de vida no Brasil, onde uma pequena camada pode usar o proibir definitivo do proibido proibir - uma poderosa demanda de igualitarismo que ninguém tem a coragem de conter”<sup>27</sup>. Isso é evidente para quem atua no desafio de gerir os quase cem milhões de processos judiciais em curso por todos os Tribunais do Brasil. Há uma volúpia por direitos, um oblívio por deveres. Todos são insaciáveis, querem mais, exigem mais, não se satisfazem com o possível. Reclamam não apenas o impossível, mas verdadeiros milagres.

É sintoma de que o Brasil passou “do ‘não pode’ ao ‘tudo pode’”<sup>28</sup>. Quem vai responder é o brasileiro lúcido. Mas essa discussão teria de começar dentro da família. Mas ainda existe diálogo familiar? Será que o Brasil que ultrapassou os Estados Unidos em número de celulares ainda exercita a oralidade “olho no olho”? A tecnicidade atingiu a escola e chegou à família ou vice-versa. É evidente que isso pode significar progresso. As novidades tecnológicas facilitam o aprendizado e também os pais que pretendem acompanhar o desenvolvimento de seus filhos dentro da escola. É rotineiro hoje o uso de aplicativos que propiciam monitorar notas, atrasos, faltas, velocidade da van escolar.

O aplicativo *SophiA*, é um dos que permitiram o abandono da agenda de papel. Na tela do celular, pai e filho pode verificar quais os compromissos para o dia seguinte. O aplicativo *Filho sem Fila* é simples: o pai avisa quando está chegando perto da escola e a professora conduz o aluno até à portaria. Outra novidade é o app *ZoeMob*. A ferramenta “dedo duro” aponta aos pais se os filhos chegaram à escola,

<sup>25</sup> MENEZES FILHO, Naercio, op.cit., idem, ibidem.

<sup>26</sup> JABOR, Arnaldo, *A incompetência*, OESP, 8.4.2014, p.C8.

<sup>27</sup> DAMATTA, Roberto, *Onde Estamos*, OESP, 23.4.2014, p.C10.

<sup>28</sup> DAMATTA, Roberto, op.cit., idem, ibidem.

se estão atrasados para alguma atividade, o que acontece ou aconteceu dentro dos muros do estabelecimento.

Tudo isso é progresso. Mas não há possibilidade de exagero? O fanatismo de se ficar obcecado em monitorar cada passo do filho. A paranoia que já acomete as pessoas dependentes desse instrumental da tecnologia comunicacional. Desapareceu a conversa para o uso de mensagens ou “torpedos” ou “whatsapps” ou “facevoice” que fazem pessoas a ocupar o mesmo espaço físico, a só se comunicarem por seus celulares. Vive-se um estágio de transição. É como pensa Marion Strecker: “*nasci analógica, cresci elétrica e amadureci eletrônica*”<sup>29</sup>. É uma das mães preocupadas com o mundo digital e suas incertezas: “*A gente fica com medo da rua e tranca as crianças em casa, como se isso fosse saudável. Elas saem pelas janelas da internet*”<sup>30</sup>. Esse é o risco. Mas é melhor saber que ele existe do que ignorá-lo.

É verdade que a criança e o jovem de hoje tem uma inteligência mais atilada e é muito mais íntimo da bugiganga tecnológica do que seus pais e, evidentemente, do que seus avós. Mas nada se perdeu nesse trajeto? A criança de hoje entende o “olhar” dos pais? Sabe o que é respeito? Tem ideia do que significa compostura?

A falta de mãe atenta ao estudo do filho pode explicar parte do pífio resultado brasileiro no Exame do Pisa. Entre 44 países, obtivemos o 38º lugar. Com 428 pontos, ficamos abaixo da média, 500 pontos. No topo do ranking estão Cingapura, Coreia do Sul e Japão. Não é novidade a performance tibia do estudante brasileiro nos testes Pisa. Entre 65 nações, o Brasil ficou em 58º lugar em Matemática, 55º em Leitura e 59º em Ciências.

Nem toda mãe - ou é escasso o número delas - sabe treinar adequadamente sua prole para se tornar um ser humano ajustado, capaz de transformar seu entorno e, principalmente, de ser feliz. Por isso “*é necessário ensinar as mães e avós a interagir de forma saudável com elas*”<sup>31</sup>. Os avós são peças cada dia mais importantes numa sociedade em que por um lado a ciência e a medicina obtiveram índices exitosos de longevidade. Por outro, há uma proliferação de mães adolescentes, muitas delas sem se preocupar com a figura paterna, que algumas vezes nem querem identificar, tantos os parceiros possíveis. Avós assumem o papel dos pais e nem sempre são reconhecidos como os provedores morais e materiais dessas proles heterodoxas. Sinal de que o respeito não é o desejável, a sombria estatística divulgada pelo Disque 100, serviço telefônico da Secretaria de Direitos Humanos: no Brasil, filhos e netos são os principais agressores dos velhos. Dos 71 mil suspeitos de agressão, os filhos foram apontados em 36,6 mil casos - 51,5% do total - e os netos em 5,9 mil - 8,25%. E as vítimas são predominantemente do sexo feminino - 64% dos casos. Toda espécie de agressão é registrada: violência psicológica, violência física e abuso financeiro. Ocorre que a maior parte da violência cotidiana contra os idosos não é denunciada.

<sup>29</sup> STRECKER, Marion, *Transição*, FSP-TEC, 31.3.2014, p.F6.

<sup>30</sup> STRECKER, Marion, op.cit., idem, ibidem.

<sup>31</sup> MENEZES FILHO, Naercio, op.cit., idem, ibidem.

Por isso, não é punida. Para a antropóloga Mirian Goldenberg, “é fácil imaginar que muitos velhos se isolam, ficam deprimidos ou preferem morrer ao se perceberem vítimas dos próprios filhos e netos...Não é possível culpar somente as famílias por essa trágica realidade. É preciso denunciar a escandalosa omissão do Estado e a total ausência de serviços públicos que ofereçam cuidado, proteção e assistência aos velhos”<sup>32</sup>. A autora de “A Bela Velhice” cita Simone de Beauvoir, que escreveu existir uma verdadeira conspiração do silêncio cercando a velhice. Mais um sintoma de que a família falhou como centro solidário e unificador da afeição que deveria presidir as relações de sangue.

Por isso uma *Escola da Família*, abrangente e séria, é uma necessidade para o resgate dos valores que foram se perdendo na deterioração do ambiente familiar e no caldo de cultura gerador de uma sociedade mais interessada em obter bens da vida sugeridos pelo marketing.

A Argentina vivencia uma experiência interessante, que poderia servir de base para algo análogo aqui no Brasil. É o modelo das oficinas “Passando pelas crises”, oferecidas semanalmente pelo Programa de Saúde Mental do Bairro do Hospital Pirovano. Os temas vão desde “Quem sou e quem quero ser”, “Meus filhos me atormentam”, “Desisti de ser mãe”. Não é terapia, nem programa assistencial. É um projeto de saúde mental, de troca de experiências. Tais oficinas substituem a relação de vizinhança, que praticamente desapareceu. As cidades contemporâneas inibem as possibilidades de conversa. Partilhar sentimentos comuns auxilia a adquirir a convicção de pertencimento. Verificar que outros também passam por situações que pensamos serem só nossas, ajuda a enfrentá-las melhor.

De qualquer forma, encarar a questão dos filhos perante a escola não é apenas responsabilidade da escola. Esta não é o único fator para o aproveitamento do alunado. Se a família não acompanhar o aprendizado, fica muito difícil que um ensino frágil como o brasileiro possa suprir a deficiência na atenção, no interesse, na aplicação e na consciência do dever a ser cumprido por parte do aluno. São noções transmitidas na primeira infância, num lar em que os pais não declinem de suas obrigações de oferecer à cria todas as ferramentas para bem conviver e para alcançar o estágio humano possível da utópica felicidade.

A noção atual de sucesso reduziu-se a dinheiro, para a maioria das pessoas. Outras querem dinheiro e também poder. Outras acrescentam fama e glória. Será viável a *revolução humana* que o publicitário Nizan Guanaes apregoa? Segundo ele, “para vivermos a vida, é preciso encontrar essa terceira medida, a da felicidade,...que se sustenta em quatro pilares: bem-estar, sabedoria, encantamento e benemerência”<sup>33</sup>. Tomara seja possível mudar. Ainda não enxergo tudo mudando. Concordo com a citação de Buda: ninguém pode nos salvar, a não ser nós mesmos. Mas será que temos consciência disso? E se tivermos noção, será que teremos vontade de nos salvar?

<sup>32</sup> GOLDENBERG, Mirian, *Conspiração do silêncio*, FSP 25.3.14.

<sup>33</sup> GUANAES, Nizan, *Revolução Humana*, FSP, 1º.4.2014, p.B8.

#### IV. Um novo paradigma

Propor novos paradigmas é recorrente. Em todas as esferas por que transita o pensamento humano, já se experimentou a sensação de cansaço do mesmo. É o discurso já antigo que reconhece o fim da modernidade e o ingresso à chamada pós-modernidade, à falta de melhor denominação. Na visão de Alain Touraine, “o que estamos vivendo é a **destruição da sociedade**, ou seja, da visão social da vida social, do conjunto das categorias nas quais estamos vivendo como numa armadura há mais de um século”<sup>34</sup>. Tal concepção leva a constatar que o homem pensa cada vez mais em si mesmo. A sociedade atual é hedonista, egoísta e narcisista, além de consumista. Mesmo a família é utilizada como esteio à realização personalista. O casamento, uma bandeira para mostrar ao mundo que se elegeu corretamente o cônjuge. Os filhos são depositários dos sonhos que os pais não conseguiram realizar. Daí a programação elaborada e da qual a prole não pode fugir. O estereótipo da *família feliz* é o comprovante de que a vida de alguém *deu certo*.

Uma das consequências dessa *destruição da sociedade* é a multiplicação de formas explícitas e ambíguas de violência e a dificuldade do reencontro consigo mesmo. Nessa turbulência, “por que não falar de ‘valores’ ou, mais tradicionalmente, de “*Filosofia das Luzes*”? Fujo da ideia de valores, que remete ora a uma concepção religiosa, ora à sociologia mais clássica, para a qual os valores estão no topo do sistema das normas e da organização social e, portanto, só podem remeter à própria sociedade, como todas as formas de sagrado”<sup>35</sup>. Renegar os valores, ainda que sob o argumento de que eles constituem categoria sociológica, permite que a escala hierárquica seja estabelecida no âmbito da consciência individual. Acostumada a ter cada vez mais direitos, insaciável a reivindicar, insensível ao capítulo dos deveres.

A postura é sedutora na aparência: “Pelo fato de a sociologia crítica ter descoberto com razão, no funcionamento das sociedades, mais dominação do que racionalidade, mais deveres do que direitos, ficou para nós cada vez mais difícil crer que é integrando-se na sociedade, nas suas normas e nas suas leis que o ser humano se torna um indivíduo livre e responsável”<sup>36</sup>. É aquilo que converte o indivíduo em ser oposto às exigências sociais, “cada vez mais definido em relação a si mesmo e porque a modernidade é o apelo constante, para além das normas e dos deveres sociais, a um universalismo dos direitos que pode, sem dúvida, descambar para um hedonismo manipulado tanto pelo comércio como pelos meios de comunicação”<sup>37</sup>. Custa crer que por essa via, a humanidade chegue àquilo que Touraine chama de *universalismo libertador*.

No momento em que as pessoas se sentem desvinculadas da consecução do interesse comum a todos, ela se sente livre para empenhar-se na conquista de seus objetivos exclusivos. É intuitivo e da experiência vivenciada por aqueles que

<sup>34</sup> TOURAINE, Alain, *Um Novo Paradigma - Para compreender o mundo de hoje*, Petrópolis-RJ, Vozes, 2006, p.91.

<sup>35</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.92.

<sup>36</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, ibidem.

<sup>37</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.93.

não declinaram de pensar, que “a dessocialização leva à destruição dos laços sociais, à solidão, à crise de identidade,...mas ao mesmo tempo liberta das pertencas e das regras impostas”<sup>38</sup>. Dentre as *regras impostas*, aquelas traçadas em relação à família: certa hierarquia patriarcal ou matriarcal, a obrigação dos pais cuidarem do treino social da prole, o respeito, a solidariedade, o bem familiar sobreposto ao bem de cada um.

O *individualismo libertador* converteu-se em *individualismo demolidor*. Há quem enxergue *evolução* na ruptura dos padrões, na revolta dos *dominados* contra os *dominantes*. A mulher se rebela de sua condição de *titular de prendas domésticas*, o filho cansa de obedecer: “as vítimas deixam, em certo momento, de ser apenas vítimas; tomam consciência de sua situação, protestam, falam”<sup>39</sup>.

Esse *tomar consciência* se traduz por renegar a tudo. A redescoberta do sujeito equivale à entronização do mal. Só que o próprio conceito de **mal** foi redesenhada. O que é **mal**?

É Alain Touraine quem responde:

*“Este termo parece fechar-nos numa visão religiosa ou numa outra concepção do universo, da qual está excluída a ideia de sujeito. A resposta a esta objeção é que não existe mais mal do que bem, mais Deus ou mais diabo. Há os que descobrem o sujeito em si mesmos e nos outros; são os que fazem o bem. E há os que procuram matar o sujeito nos outros e em si mesmos. São os que fazem o mal. Este não é uma essência, mas o resultado de uma ação humana”*<sup>40</sup>.

Sob essa ótica, a religião também é desprezada. “Por longo tempo não pudemos aproximar-nos de um Deus sem passar por uma Igreja. Hoje as filosofias morais não passam mais pelas Igrejas, em ruína ou abandonadas”<sup>41</sup>. Família corrigida, sem autoridade paterna e sem critérios pré-estabelecidos de introdução das novas gerações numa sociedade em decomposição. Igreja abandonada. O *vale-tudo* institucionalizado que evidencia a invasão do desumano sobre o mundo do humano.

A produção de *si mesmo* como sujeito é a mensagem. E “o sujeito não é um sinônimo do **eu**. O eu é o conjunto mutante e sempre fragmentado com o qual nos identificamos, embora conscientes de que ele não tem nenhuma unidade duradoura. Como diz Pirandello em *Seis Personagens à Procura de um Autor*, ‘o drama, em minha opinião, está todo aí dentro, Senhor, na consciência que tenho, que cada um de nós tem, de ser ‘um’, quando ele é ‘cem’, ‘mil’, de que ele é tantas vezes um quantas possibilidades nele existem”<sup>42</sup>.

Mais uma crítica às regras, sejam elas da ordem laica, sejam religiosas: “Quase todas as religiões atribuíram a maior importância a este desapego do eu, tome ele a forma

<sup>38</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, ibidem.

<sup>39</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.99.

<sup>40</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.111.

<sup>41</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, ibidem.

<sup>42</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.114.

*da meditação ou da oração, mas nem sempre para libertar o sujeito. Este se forma na vontade de escapar às forças, às regras, aos poderes que nos impedem de sermos nós mesmos, que procuram reduzir-nos ao estado de componentes de seu domínio sobre a atividade, e nas interações de cada um com todos*<sup>43</sup>.

O que os homens poriam no lugar das normas? Seriam seres incontroláveis, imprevisíveis, submetidos apenas ao instinto? Ou se trata de mera troca ou substituição de regras consideradas excessivas, inconvenientes, desconfortáveis, pela lassidão do descompromisso?

Há muita gente perdida no mundo pós-valores. Essa percepção é admitida sem constrangimentos: *“Não há nada a dizer do homem que se julga um deus: ele desaparece numa nuvem. Mas o que dizer daquele que se perde na quotidianidade, sob o estresse das solicitações permanentes, na busca dos pequenos prazeres que nos parecem a única compensação possível para a ausência de uma grande felicidade? Deve-se aceitar uma vida tão medíocre? Sim, e tanto mais porque nossas vidas não são tão medíocres como nós próprios pensamos*<sup>44</sup>.

Será que a reconstrução da vida, para fugir à mediocridade, não passaria pela revalorização da família?

## **V. A responsabilidade da mulher**

A maior revolução do século XX foi a feminina, propalava Norberto Bobbio, com eco brasileiro a ressoar em Miguel Reale. A mulher conquistou espaço, teve voz e vez, assumiu a liderança em inúmeros setores. Viveu-se, até então, uma sociedade machista, um mundo reservado aos homens. A mulher estava ausente do polo dirigente e, gradualmente, passou a ocupá-lo.

É evidente que isso teve um custo elevado. Tradicionalmente destinada à economia e gestão doméstica, à criação dos filhos, a mulher conquistou o mercado de trabalho. Competiu, em inúmeros campos venceu. Mas saiu de casa, na maior parte das vezes, sem deixar substituta. Enquanto os homens continuam mais caracterizados por suas funções públicas e profissionais, a mulher paga preço excessivo ao relegar a casa, a negligenciá-la em detrimento da materna e insubstituível condução da prole.

Houve um hiato que ainda perdura. O homem não assumiu, inteiramente, o papel que a tradição reservou à mulher: manter a casa aseada, cuidar da higiene dos filhos, encarregar-se da alimentação e do zelo permanente reclamado pelas crianças. A relação com os filhos, *“mesmo nas famílias onde o pai se ocupa ativamente com eles, sempre continua mais intensa para a mulher do que para o homem. Mesmo que*

<sup>43</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, ibidem.

<sup>44</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.166.

*certo número de mulheres preferiam evitar a gravidez, outras, mais numerosas, consideram inestimável esta experiência única da gestação de um novo ser vivo, que lhes dá também a consciência de seu papel na reprodução da espécie*<sup>45</sup>.

Desde a trivialidade na transmissão das singelas regras de polidez que representam a esquecida *boa educação de berço*, até a arquitetura moral básica para a formação do caráter, tudo sofreu abalo decorrente da *revolução feminina*. A cultura contemporânea é definida pelo papel central das mulheres, assim como no passado o papel central era desempenhado pelos homens. Por isso, afirma-se que *“não estamos marchando para uma sociedade de igualdade entre homens e mulheres; tampouco para uma sociedade andrógina; já entramos numa cultura (e, portanto, numa vida social) orientada (e, por conseguinte, dominada) pelas mulheres: já entramos numa sociedade de mulheres*<sup>46</sup>. Se isso é um fato, impõe-se atribuir a esta sociedade de mulheres o resgate da família. Até porque o homem, assustado com o avanço feminino, retraiu-se e não consegue, no âmbito do lar, exercer um protagonismo que sempre foi confiado à esposa, à mãe, à ecônoma, à gestora, à administradora da casa.

Do homem fragilizado, pois não dispõe mais do absoluto apoio das instituições que foram alcançadas pelas mulheres, não se espere uma reação à simultânea fragilização da família. A contrapartida ao êxito feminino na recomposição do mundo, é a inadequação existencial do masculino.

## VI. Amor de mãe: a mudança possível

Toda mãe quer o melhor para seu filho. Amor de mãe é o único ilimitado e incondicional. As mães vão até o inferno em busca de seus filhos. Qual a mãe que não gostaria de propiciar o melhor dos mundos à sua cria?

O ser humano é o mesmo, desde o início da História. *“Desde a noite dos tempos, as mães, e depois os pais, preocuparam-se com sua progênie. Mas essa preocupação evoluiu: primeiro, ela consistia em que os filhos não morressem (pré-história e até o século XIX), depois, em que fossem bem sucedidos (a partir do século XX, pelo menos no Ocidente), e, enfim, em que sejam felizes (século XXI). Tudo sob a égide do “Faça o que eu lhe digo, é para o seu bem”*<sup>47</sup>. A rebelião filial a essa prática não levou a bons resultados. Quem já não experimentou remorsos por haver recriminado as exigências paternas e depois, na maturidade, ter sofrido o impacto de constatar que elas eram autênticas, justificadas e legítimas?

O sentimento de afeição profunda entre pais e filhos é o molde mais perfeito para o caráter dos educandos. *“Ter sido amado na infância acaba por convencer que se é*

<sup>45</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.216.

<sup>46</sup> TOURAINE, Alain, op.cit., idem, p.229.

<sup>47</sup> ANDRÉ, Christophe, Viver Feliz, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.73.

*digno de ser feliz e que se tem o direito a isso. O amor dos pais é a grande base facilitadora da felicidade. As carências (amor insuficiente) afetivas tornam vulnerável no tocante à felicidade: não se está acostumado a ela, donde a inquietação que ela pode inspirar, e pode-se até pensar que não se tem direito a ela, donde atitudes e hábitos afetivos às vezes autodestrutivos (como romper sem motivo com alguém que se ama)”<sup>48</sup>. A receita é gratuita. O remédio existe. O diagnóstico dos especialistas é consensual: a humanidade sofre por falta de amor. A fonte amável tem nome: a família. Ela continua insubstituível. O grupo formado por mãe devotada - toda mãe o é! - pai provedor da segurança, filhos-testemunhos do amor que uniu o casal é um padrão que ninguém consegue eliminar. E nele, a seiva vital é o afeto espontâneo e natural, infinito e poderoso, que une mãe e filho.*

No momento em que a família reflete carência afetiva, o amor materno pode nela injetar a família força renovada. Para isso, é urgente conscientizar as mães de que elas constituem o dinamismo transformador. A matriz possui a intensidade motriz de conferir novo rumo ao drama familiar. Converter a tragédia não numa farsa, ou comédia, mas numa bela peça de crescimento recíproco e de edificação da harmonia.

Para isso, é urgente reavivar a capacidade de percepção do real. *“Todos nós temos problemas de percepção, na medida em que não estamos suficientemente despertos para exercê-la em sua plenitude. Para tanto, seria preciso desenvolver uma atenção profunda e global, que não faz parte do cotidiano da maioria das pessoas”<sup>49</sup>. Nem sempre nos apercebemos da realidade. A requisição da vida contemporânea nos mantém num estado de falsa vigília. Temos a impressão de que captamos tudo, mas é apenas uma semiconsciência, um semidespertar.*

Será que todas as mães têm consciência do que o mundo reservou para seus filhos? Como será a vida de seus netos se as coisas continuarem assim? Se o egoísmo prevalecer em lugar do amor, o que será do futuro da Humanidade?

Amor é um sentimento que todos experimentam, que já se nasce sabendo, mas que nem sempre é exteriorizado. Muitos grupos familiares compensam o desamor com a profusão de bens materiais. Sente-se que a cultura dominante atuou no sentido do desaprendizado do amor. Só que *“essa desaprendizagem não afetou na mesma proporção os dois sexos. Com efeito, o antropólogo Ashley Montagu observa que a mulher cria e conserva a vida, enquanto o homem a mecaniza e destrói. Para Montagu, o amor da mãe pelos seus filhos é o grande modelo para todas as demais formas de relacionamento”<sup>50</sup>.*

Se o amor materno continua a ser o grande modelo, por que não confiar nele como antídoto à contaminação de que a família foi vítima, para que esse nicho de carinho, primeira escola de humanidade, indutor das condutas do convívio solidário e reprodutor dos valores seja revalorizado, resgatado e preservado, até que a Humanidade encerre sua aventura sobre o planeta?

<sup>48</sup> ANDRÉ, Christophe, op.cit., idem, p.75.

<sup>49</sup> MARIOTTI, Humberto, *As Paixões do ego*, 3ª ed., São Paulo: Palas Athena, 2000, p.225.

<sup>50</sup> MARIOTTI, Humberto, op.cit., idem, p.313.



# UMA NOVA CATEGORIA DE PRINCÍPIO: PRINCÍPIO DA MOBILIDADE SOCIAL.

## Análise do voto do Ministro Ricardo Levandowski na ADPF 186 – A constitucionalidade das cotas raciais.<sup>1</sup>

*Lúcio Antônio Machado Almeida<sup>2</sup>*

### Introdução

Em 2004, a UnB tornou-se a primeira Universidade Federal a adotar o sistema de cotas para negros, o Brasil passava a enfrentar a dificuldade da mobilidade social dos negros como jamais havia feito.<sup>3</sup> Registra-se neste momento a efetivação do pensamento de Tocqueville de que “o desenvolvimento gradual da igualdade é um fato providencial”, assim declarou na sua análise realizada sobre o crescimento da democracia no mundo, em especial, nos Estados Unidos.<sup>4</sup> Contra a iniciativa da UnB, em 2009, o partido Democratas (DEM) ajuizou a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) 186.<sup>5</sup> Segundo o DEM, as cotas acabavam por infringir o princípio da dignidade humana, o princípio de repúdio ao racismo, princípio da igualdade, princípio do direito universal a educação e a meritocracia.

<sup>1</sup> Este artigo nasceu das leituras provocativas e inspiradoras das obras de Michael Sandel e Ronald Dworkin na disciplina Filosofia dos Direitos Humanos, ministrada pelo Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior, no primeiro semestre do ano de 2012 no PPGD-UFRGS.

<sup>2</sup> Doutorando no PPGD – UFRGS sob a orientação do Prof. Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior. Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Sanitário pela Unisinos e a Universidade de Roma. Advogado. Professor Direito Constitucional das Faculdades de Direito Da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre e Ulbra de Torres. Assessor da Diretoria Legislativa da Câmara Municipal de Porto Alegre

<sup>3</sup> UnB, [http://www.unb.br/estude\\_na\\_unb/sistema\\_de\\_cotas](http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas). Pesquisado em 21/05/2011. Segundo informações da própria UnB, após cinco anos de debates, a Ação Afirmativa fez parte do Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB e foi aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe). Para cada curso da UnB, foram oferecidos 20% das vagas para os candidatos negros, cor preta ou parda (mestiço de negros) e que tenha optado pelo sistema.

<sup>4</sup> TOQUEVILLE, Alexis de. *De la Democratie en Amérique*. Paris: Pagnerre Editeur, 1848, p. II. No original: “Le développement graduel de l'égalité est un fait providentiel”.

<sup>5</sup> Gilmar Mendes lembra que, a ADPF, como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo. (MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011,p.1234).

A discussão trazida pela ADPF 186 ao STF (Supremo Tribunal Federal) que tratava, especificamente, de se é possível promover a mobilidade social dos grupos historicamente discriminados, com base em critérios étnicos raciais, em especial, se os negros podem ascender às vagas das universidades públicas brasileiras, por serem negros. Núcleo desta discussão está à reflexão do problema da mobilidade social dos negros brasileiros, em que a doutrina pouca tem tratada, quase que desconhecendo o valor que está por trás das decisões pró-cotas no Brasil, que é exatamente a de tirar os negros de uma situação historicamente subalterna e lançá-los a uma situação de igual ocupação como as dos brancos brasileiros.<sup>6</sup> A doutrina vem constantemente abordando o tema da ação afirmativa, sem destacar, contudo, a centralidade da mobilidade social dos negros brasileiros. Muitos têm orientados seus estudos para a análise da efetivação do princípio da igualdade; outros para a importância da efetivação dos direitos humanos; outros acabam destacando a importância da diversidade na universidade. Todos estes enfoques são importantes para a compreensão da necessidade da utilização do instituto da ação afirmativa nas universidades brasileiras. Contudo, discordamos que sejam apenas estes enfoques os mais adequados.

O objetivo deste artigo, partindo da análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, é destacar a criação de uma nova categoria de princípio, o princípio da mobilidade social.<sup>7</sup> As ciências sociais definem mobilidade social como “mudanças de indivíduos ou grupos de uma posição social para outra”.<sup>8</sup> Outra definição bastante utilizada é a dos “movimentos de pessoas que passam da condição de membros de uma categoria social para outra”.<sup>9</sup> Diante disso, uma colossal prática legislativa

---

<sup>6</sup> Hasenbalg e Silva entendem que o racismo, através de práticas discriminatórias dos brancos e da estereotipação cultural dos “papéis adequados” a negros e mulatos perpetua uma estrutura desigual de oportunidades sociais para brancos e não-brancos, desqualificando estes últimos da competição pelas posições na hierarquia social. (HASENBALG, Carlos & SILVA, Nelson do Valle. *Estrutura Social, Mobilidade e Raça*. São Paulo: Edições Vértice, 1988, p. 172).

<sup>7</sup> Ávila demonstra que um dos critérios para distinção de regras e princípios é o critério axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 31) No caso examinado das cotas para negros, o fato que determinou a situação dos negros brasileiros foi à escravidão, mas com a afirmação da democracia no Brasil a partir da constituição de 1988, o valor a ser exaltado, entre tanto outros, foi o da mobilidade social dos negros brasileiros.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Tradução Carmen C. Varriale & outros. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 726.

<sup>9</sup> OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom & outros. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Tradução de Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.470.

tem sido criada para propiciar a mobilidade social dos negros brasileiros.<sup>10</sup> A prática judiciária não fica atrás, e tem refletido em suas decisões, muito da vontade do Estado brasileiro em combater as mais perversas consequências da escravidão, e da dificuldade da mobilidade social dos negros brasileiros. A antropologia e a sociologia têm há muito tempo contribuído para entendimento e compreensão dessas consequências.<sup>11</sup> No entanto, o campo do direito tem se mostrado mais receptivo aos problemas raciais brasileiros, recentemente. Consoante a essa realidade, decisões judiciais vêm ocorrendo com vistas a efetivação da igualdade entre negros e brancos no Brasil. Resultados da maior instituição da história do Brasil, que foi a escravidão, estão sendo combatidos, tais como a tortura, que muitos ingenuamente no Brasil, tomam como uma prática que remonta a ditadura militar, mas que na realidade, faz parte da narrativa social brasileira há muitos séculos; a violência contra a mulher, que vem desde o regime patriarcal, expressão máxima do poderio do homem na casa grande; a utilização do Estado para atender interesses particulares de grandes grupos antagônicos com os interesses democráticos.<sup>12</sup> Enfim, todos os costumes criados e promovidos por mais de cinco séculos têm sido adequado ou precocemente combatidos em nosso incipiente regime democrático.<sup>13</sup>

Historicamente, nosso país, tem violado a liberdade e a igualdade dos sujeitos que compõe o povo brasileiro, em especial, os mais pobres, os negros, as mulheres,

---

<sup>10</sup> Vale lembrar: a Lei 12.288, de 20 de julho de 2012, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial. Este importante documento legislativo estabeleceu, entre outras medidas, no seu art. 4º, inciso VII, a implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte, lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à justiça e outros. Assim como, em nível municipal, temos a Lei municipal de Porto Alegre, Lei Complementar 494, de 10 de setembro de 2003, que estabeleceu a reserva de 12% das vagas oferecidas pelos concursos públicos efetuados pelo Poder Público Municipal para cargos de provimento efetivo aos afro-brasileiros. Em âmbito estadual, o executivo do Rio Grande do Sul, aprovou o Parecer 15.703 da PGE (Procuradoria Geral do Estado) que destacou que a política de cota tem, dentre outras finalidades, a busca da igualdade de oportunidades e da efetivação do princípio da igualdade material. Em âmbito internacional, existe a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que no seu artigo 1º, parágrafo 4º, destaca a possibilidade de discriminação positiva (ação afirmativa). Para melhor aprofundamento sobre o tema de direitos humanos e suas normas internacionais e nacionais, ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: Direito Constitucional Internacional*. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Prefácio de Celso Lafer. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>.

<sup>11</sup> Para exemplificar, podemos citar alguns autores que muito contribuiu no campo da antropologia e da sociologia para uma visão crítica da realidade do negro brasileiro: FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978, v. 1.

<sup>12</sup> Freyre afirma que ação persistente do sadismo, de conquistador sobre conquistado, do senhor sobre o escravo, pareceu de fato, ligado naturalmente à circunstância econômica da nossa formação patriarcal, da mulher ser tantas vezes no Brasil vítima inerme do domínio ou abuso do homem; criatura reprimida sexual e socialmente dentro da sombra do pai ou do marido. Não, convém, segundo, Freyre, esquecer o sadismo da mulher, quando senhora, sobre os escravos, principalmente sobre as mulatas; com relação a estas, por ciúme ou inveja sexual. (FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Global, 2005, p.114).

<sup>13</sup> Vale destacar algumas iniciativas legislativas, que têm conteúdo diversos, mas com uma finalidade comum: resgatar a dignidade dos destinatários destas leis. Ver: Lei 11.340, Lei Maria da Penha.

os indígenas.<sup>14</sup> Em um cenário democrático, no qual vivemos, liberdade e igualdade passam a ser exigidos como nunca foram exigidos no Brasil. Instituições passam a fazer parte da construção deste ambiente democrático; a universidade brasileira, não ficou para trás, como observa Santos, “a perda de prioridade na universidade pública nas políticas públicas do Estado foi, antes de mais, o resultado da perda geral de prioridade das políticas sociais”.<sup>15</sup> Com a retomada de temas como ação afirmativa, e, conjuntamente, a colocação na pauta política da desigualdade racial brasileira, a universidade passa a ser convocada para se aliar a um projeto de enfrentamento da desigualdade racial brasileira.

Universidades e ação afirmativa passam a ser um binômio necessário para possibilitar a mobilidade social dos negros brasileiros. Como o próprio ministro manifestou: “a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade”.<sup>16</sup> Núcleo das ações afirmativas é a busca da realização da igualdade, entendida no seu sentido amplo, ou seja, a igualdade material. Por força desta decisão, nasceu um questionamento de que princípio, afinal, estaria por trás desta decisão, eis o desafio, o princípio da mobilidade social.

## 1. Princípio da mobilidade social

Este trabalho teórico tenta se afastar da prática tão comum em nossa academia, de escrever sobre o que já está escrito e discutido, pouco tendo de novo, para contribuir com a ciência jurídica.<sup>17</sup> Busca, também, entrelaçar a sociologia, o direito e a antropologia para o adequado entendimento da realidade brasileira e os possíveis mecanismos jurídicos, capazes de torná-la mais justa. Com isso, assumimos o papel de buscar interpretar (cientista intérprete) de maneira teórica e fundamentada as

---

<sup>14</sup> Vale salientar que o Brasil já foi condenado pela OEA (Organização dos Estados Americanos), por não punir caso de racismo. Ver: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u128372.shtml>.

<sup>15</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. A Universidade do Século XXI: Para uma Universidade Nova. Coimbra.2008. <http://www.boaventuradesousasantos.pt>

<sup>16</sup> Cf. ADPF 186, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>17</sup> Para reforçar este pensamento, vale lembrar a famosa negativa de Marx a um estudante francês sobre a hipótese fazer O Capital, em resumos, para facilitar entendimento da classe operária. [Ao cidadão Maurice La Châtre, Londres, 18 de março de 1872. Prezado Cidadão: Concordo com sua ideia de publicar a tradução de O Capital por fascículos. Desta forma, a obra será mais acessível à classe trabalhadora, e para mim importa mais este motivo que qualquer outro. Mas, além desta vantagem, há a considerar o reverso da medalha: o método de análise que utilizei e que ainda não fora aplicado aos problemas econômicos, torna bastante árdua a leitura dos primeiros capítulos, e é de temer-se que o público francês, impaciente por chegar às conclusões e ávido por conhecer a conexão entre princípios gerais e as questões imediatas que o apaixonam, venha a enfasiar-se da obra por não tê-la completa, desde logo, em suas mãos. Contra esta desvantagem nada posso fazer, a não ser, antecipadamente, prevenir e acautelar os leitores sequiosos de verdade. Não há estrada real para a ciência, e só têm probabilidade de chegar a seus cimos luminosos aqueles que enfrentam a canseira para galgá-los por veredas abruptas. Karl Marx]. MARX, Karl. O Capital: Crítica da Economia Política. Livro 1, Vol.I. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.31.

práticas jurídicas, em especial, neste caso, a ADPF 186. Nesta ADPF, que tratou do tema das ações afirmativas, ficou evidenciado princípios que corroboram com a sua implementação, porém, acabou não ficando bem claro qual princípio seria definidor da finalidade da ação afirmativa. Embora, havendo conexões axiológicas e teleológicas, como o valor da diversidade para a universidade, a busca da igualdade material, o respeito às diferenças, o melhor critério de justiça e como adotá-lo, a razoabilidade da discriminação positiva. Enfim, muito se indicou no argumento de constitucionalidade das ações afirmativas, mas pouco se revelou de novo para o direito brasileiro. Como assevera Lewandowski, o que se questionou na ADPF, foi a “metodologia de reserva de vagas empregadas para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública”.<sup>18</sup> Registrando, também, o “quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso país”.<sup>19</sup> Fica claro o reconhecimento de uma desigualdade histórica, um estado de realidade atual que se quer mudar. Foi diante da constatação desse quadro de desigualdade racial e social, que nos perguntamos que princípio estaria por fundamentar, ou que poderia contribuir mais especificamente para o atendimento do fim buscado pelas ações afirmativas destacadas na ADPF 186.

Para clarear a definição do princípio da mobilidade social, é preciso se referir aos dispositivos constitucionais, os quais constam nos artigos 3º, em que afirma que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inciso III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já no artigo 5º, inciso XIII, que dispõe que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Podemos derivar destes dispositivos constitucionais a ideia de realizar a mobilidade social de grupos historicamente discriminados (negros, mulheres, índios), marginalizados (pobres) e a destruição de qualquer tipo de hierarquia de ordem tradicional no acesso ao trabalho no seu sentido *lato sensu*. Portanto, não se resume a descrição destes dispositivos constitucionais, é preciso concretizar o que consta neles. Como ensina Ávila:

*A atividade do intérprete - quer julgador, quer cientista - não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.*<sup>20</sup>

Ávila indica que as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se

<sup>18</sup> ADPF 186...

<sup>19</sup> ADPF 186...

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.

afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas, no seu resultado”.<sup>21</sup>

Conforme Ávila:

*Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso.*<sup>22</sup>

*É verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade. Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade.*<sup>23</sup>

Portanto, é preciso, para ficar mais claro, a definição de que seja um princípio jurídico. Segundo Ávila:

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.*<sup>24</sup>

Nas lições de Dworkin:

*Os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e a argumentação jurídica para certa direção. Não são questões de certo e errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou outra decisão.*<sup>25</sup>

O princípio da mobilidade social teria a igualdade como uma finalidade própria, mais especificamente a igualdade no acesso à educação, trabalho e renda dos

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22.

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.70.

<sup>25</sup> DWORKIN, R. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.26.

grupos historicamente discriminados; objeto deste estudo, a mobilidade social dos negros brasileiros. Um meio adequado/ conduta havida, para se atingir a finalidade do princípio da mobilidade social, e não o único, é o instituto da ação afirmativa. Conceito jurídico-político da ação afirmativa, que bem definiu Gomes:

*Consistem em políticas públicas e privadas voltadas a concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou surgidas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.<sup>26</sup>*

Pode se concluir que a ação afirmativa é um dos modos mais seguros de garantir a aplicação do princípio da mobilidade social. Consoante ao pensamento de Ávila, porquanto, “o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade”.<sup>27</sup>

## **2. Desigualdade racial como corolário para a efetivação do princípio da mobilidade social**

Elemento fático para efetivação do princípio da mobilidade social é os indicativos estatísticos da realidade do negro no Brasil, que demonstram o cenário de sua exclusão no mundo dos fatos. É preciso afirmar, de antemão, que a resistência a esses dados é sintomática de um país onde a regra de ouro é ‘amai este país, pois aqui somos todos mestiços’, uma regra cujo atrativo é de seu emprego puramente retórico, não sustentado pelos números. O lugar comum segundo o qual não somos racistas vem de longa data, e consiste em uma tentativa daqueles que tinham contato com a realidade norte-americana do século XIX, de fazer com que o Brasil fosse uma melhor resposta prática de convívio entre os diversos grupos culturais: negros, índios e brancos com total harmonia. A tentativa, porém, ficou somente na ordem do pensamento, sem nenhuma implicação prática. O Brasil é o país cristão, que por mais tempo manteve a escravidão dos negros, ainda hoje, matamos nossos negros e

<sup>26</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação Afirmativa: Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.18.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.16.

índios,<sup>28</sup> além de um número enorme de outros exemplos, de que a melhor resposta ao sistema norte-americano até os dias atuais, ficou muito incompleta. A tentativa de se criar ações afirmativas entra no panorama de realização da democracia brasileira, que exige uma mudança em termos de efetivação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da desigualdade social, que pode ser combatida tanto com políticas universalistas como por políticas focalistas.<sup>29</sup> Políticas focalistas são aquelas que em razão de uma particular desigualdade, exige um destinatário definido, tais como: mulheres, negros e deficientes físicos.

No que toca ao acesso à moradia adequada, a diferença entre negros e brancos é de 18%, segundo os dados do Ipea.<sup>30</sup> Os dados são resultado da pesquisa PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de proporção de moradores em domicílios urbanos com condições de moradia adequada segundo cor e raça entre 1992 e 2007. Diante deste dado, pode-se afirmar, que há ainda uma apartheid residencial no Brasil, uma afirmação talvez apressada, pois segundo Telles, a segregação racial não seria “auto evidente”, e requereria uma medição constante.<sup>31</sup> De qualquer modo, o que está claro diante dos números divulgados pelo Ipea, é que ainda, há uma desigualdade de acesso a moradia.<sup>32</sup>

Uma segunda variável é o que diz respeito ao analfabetismo no Brasil. Segundo análise do Ipea, sobre os dados do PNAD, a porcentagem de brancos analfabetos é de 6,1 % contra 14,1 entre os negros.<sup>33</sup> Isso tende a piorar com as diferenças regionais, pois as categorias raça e cor tendem a reproduzir as diferenças regionais. Considerada a população com quinze anos ou mais, a população negra tem, em média, dois anos de estudo a menos do que a população branca (6,4 e 8,2). Este quadro está representado entre o ano de 1992 e 2007. Com isso, verifica-se, que proporcionalmente a diferença entre negros e brancos, pouco se alterou, tendo em vista que, em 1992, os analfabetos eram, entre os negros 25,7 e, entre os brancos 10,6. Outra dimensão da análise da situação educacional da juventude refere-se às diferenças por cor/raça; se, por um lado, as diferenças ainda aparecem de forma significativa, por outro, elas vêm caindo ao longo do tempo.<sup>34</sup>

Os dados da PNAD de 2007 revelam que o analfabetismo entre jovens negros é proporcionalmente o dobro do que entre brancos, embora uma análise realizada

<sup>28</sup> O número de indígenas assassinados no Brasil aumentou 61,4%, de 2006 para 2007, segundo relatório divulgado ontem pelo Cimi (Conselho Indigenista Missionário) durante a 46ª Assembléia Geral da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), em Indaiatuba, interior de São Paulo. Ver: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u391031.shtml>. Acessado em 02 dez. 2008.

<sup>29</sup> Telles destaca a obsessão da elite brasileira pela política universalista. Sendo uma das bases da defesa do universalismo é o argumento de que as políticas raciais poderiam polarizar o país. (TELLES, Edward. *Racismo à Brasileira: Uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume & Dumará, 2003, p.283).

<sup>30</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Saneamento Básico e habitação. Vol. 5. Nº 13. 21 outubro 2008.

<sup>31</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p.183.

<sup>32</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Saneamento Básico e habitação. Vol. 5. Nº 13. 21 outubro 2008.

<sup>33</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Educação e juventude raça/cor. Vol. 4. Nº 12. 21 outubro 2008.

<sup>34</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Educação e juventude raça/cor. Vol. 4. Nº 12. 21 outubro 2008.

pelo próprio Ipea indique que a distância entre ambos os grupos tenha diminuído em um período de dez anos, em 1997, o analfabetismo entre os jovens negros era três vezes maior do que entre os jovens brancos. No que se refere ao dado da frequência líquida no ensino médio, a proporção é de 49,2%, maior, entre os jovens brancos. Já em 2007, a proporção de negros frequentando o ensino médio é o triplo em relação a 1997. Há, portanto, um processo lento em direção à igualdade de alfabetização de negros e brancos no Brasil.<sup>35</sup>

A mesma melhora percebe-se quando se compara a frequência líquida de negros e brancos no ensino superior que, segundo análise do Ipea, é de três vezes maior entre os brancos, diferença que também vem diminuindo, em 1997, a frequência líquida no ensino superior era de cinco vezes maior entre os brancos. A conclusão é que houve uma significativa melhora no nível de adequação educacional entre os jovens negros e, segundo a análise do IPEA, houve concomitantemente à melhora da situação dos negros uma estagnação na situação dos brancos.<sup>36</sup>

Ao avaliarmos a terceira variável, que é a renda per capita, os negros têm uma renda domiciliar que é menos da metade daquela dos brancos. Segundo análise do Ipea, “trata-se de uma desigualdade detestável, na medida em que não é atribuível a nenhum mérito ou esforço, sendo puramente resultado de discriminações passadas ou presentes”.<sup>37</sup> Se a democracia racial continuar neste ritmo, haverá igualdade social, em termos raciais, ou seja, onde negros e brancos ganhem a mesma renda, somente em 2029.<sup>38</sup>

Outro dado interessante é o que diz respeito à igualdade nas relações de trabalho, mais precisamente à representatividade dos negros em cargos importantes, como os de nível executivo nas maiores companhias brasileiras, que segundo pesquisa do Ibope e Instituto Ethos, apenas 3,5% dos cargos executivos são ocupados por negros, dentre os cargos de gerência o percentual chega a 17%, e quanto ao cargo de supervisor alcança 17,4%. Em um país onde a população negra em 2008 correspondia a 49,5% da população total, segundo dados do IPEA, trata-se de uma situação bastante grave.<sup>39</sup>

Segundo Theodoro, o retrato da desigualdade racial ganha importância a partir da Conferência mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata de 2001. Theodoro descreve a desigualdade racial, afirmando que um trabalhador negro ganha em média metade de que um trabalhador branco ganha; o percentual de negros abaixo da linha de indigência é duas vezes e meia maior do que o percentual de brancos; a população negra pobre corresponde quase setenta por cento dos pobres; a população negra indigente é setenta e um por cento

<sup>35</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Evolução do analfabetismo e do analfabetismo funcional no Brasil. Período 2004 – 2009. Nº 70. 08 de março de 2010. 09 de dezembro de 2010.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> Jornal Folha de São Paulo, pag. B1, 11 de maio de 2008.

do total dos indigentes no Brasil, das crianças fora da escola de sete a quatorze anos, num total de quinhentas e setenta e um mil crianças, sessenta e dois por cento são crianças negras.<sup>40</sup>

A conclusão de Theodoro, é que as desigualdades raciais continuam se mantendo a cada geração, ou seja, a “desigualdade é baseada na questão racial”.<sup>41</sup> Outro dado que Theodoro traz é que os estudantes negros encontram-se em desvantagem em relação aos seus colegas brancos em todos os níveis de ensino. E quando se trata dos matriculados no ensino fundamental, os alunos negros sofrem mais discriminações nas escolas, que segundo Theodoro é mostrado por diversos estudos.<sup>42</sup> Outro dado se refere à saúde, onde a mortalidade materna na mulher negra, é cerca de três vezes maior que entre as mulheres brancas; no mesmo sentido, a realização de pré-natais, que, entre as mulheres negras<sup>43</sup> é menor, do que entre as mulheres brancas.

No que diz respeito à taxa de fecundidade no Brasil, segundo análise do Ipea, as taxas são maiores para as mulheres pretas e pardas que para mulheres brancas. Os anos analisados são 1992, 1999 e 2007. No ano de 1992, as mulheres negras de 16 anos ou mais tinham em média 2,9 filhos contra 2,5 para as mulheres brancas. Em 2007, as mulheres negras de 16 anos ou mais, tinham 2,4 filhos contra 1,98 para mulheres brancas. Soares ressalta que estas “diferenças sejam devidas às diferenças de renda, escolaridade ou região de residência que cor ou raça per se”.<sup>44</sup>

A realidade das grandes cidades mostra o retrato do trabalho doméstico, que recebe os menores e piores salários e terríveis condições de trabalho. Segundo Theodoro, o trabalho doméstico remunerado vem se constituindo historicamente e mantendo-se estável como uma atividade feminina e negra. De um legado fortemente patriarcalista e escravocrata responsáveis pelas desigualdades de gênero e de raça.<sup>45</sup> Dado que os efeitos da escravidão permanecem em nossos dias, o trabalho doméstico, majoritariamente, realizada pelas mulheres negras, é prova de que o processo de naturalização do lugar do negro é ainda bastante forte no Brasil.

Diante do que foi apresentado, é possível que estabelecemos diante deste quadro contundente de exigência de mobilidade social de grupos historicamente, discriminados, ou seja, os negros brasileiros, possamos interpretar como adequado a existência do princípio da mobilidade social.

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> THEODORO, Mário. Audiência Pública.

<sup>42</sup> Na avaliação de Eliane Cavalleiro a “escola oferece aos alunos, brancos e negros, oportunidades diferentes para se sentirem aceitos, respeitados e positivamente participantes da sociedade brasileira. A origem étnica condiciona um tratamento diferenciado na escola”. (CAVALLEIRO, Eliane. Do silêncio do lar ao silêncio da escola: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. São Paulo: Contexto, 2003, p.98).

<sup>43</sup> MARTINS, Alaerte Leandro. A mortalidade materna de mulheres negras no Brasil. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, 2006.

<sup>44</sup> SOARES, Sergei. A demografia da cor: a composição da população brasileira de 1890 a 2007 in: As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil – 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008, p.101-102.

<sup>45</sup> Comunicado da Presidência. IPEA. Mulher e trabalho: Avanços e continuidades. Nº 40. 08 de março de 2010.

## Conclusão

Diante do que foi exposto, podemos chegar às seguintes conclusões: Os dispositivos constitucionais, embora, não necessários, permitem uma adequada interpretação, que possibilita a criação de uma nova norma constitucional, ou seja, permite ao cientista intérprete, a visualização do princípio da mobilidade social. Segundo, o discurso construído pela sociologia e antropologia permite a construção sintática e semântica do princípio da mobilidade social. Terceiro, entendemos como meio adequado para efetivação do princípio da mobilidade social a constitucionalização e concretização da ação afirmativa.

## Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Vol. I. Tradução Carmen C. Varriale & outros. Brasília: Editora UnB, 1998.

DWORKIN, R. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. Law's empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 2000

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação Afirmativa: Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HASENBALG, Carlos & SILVA, Nelson do Valle. Estrutura Social, Mobilidade e Raça. São Paulo: Edições Vértice, 1988.

MARTINS, Alaerte Leandro. A mortalidade materna de mulheres negras no Brasil. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, 2006.

MARX, Karl. O Capital: Crítica da Economia Política. Livro 1, Vol.I. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom & outros. Dicionário do Pensamento Social do Século XX. Tradução de Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. A Universidade do Século XXI: Para uma Universidade Nova. Coimbra.2008. <http://www.boaventuradesousasantos.pt>.

**SOARES, Sergei.** A demografia da cor: a composição da população brasileira de 1890 a 2007 in: As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil – 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008.

**TELLES, Edward.** Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

**TOQUEVILLE, Alexis de.** De la Democratie en Amérique. Paris: Pagnerre Editeur, 1848.

# NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

## O desempenho dos hospitais paulistas sob administração de organizações sociais segundo dados do Tribunal de Contas do Estado\*

*Marco Antônio Ribeiro Tura\*\**

**Resumo:** Este artigo é o resultado de uma análise crítica acerca do modelo proposto pela ideologia social-liberal para a administração de hospitais públicos do Estado de São Paulo a partir da noção jurídica de efetividade e com base nos dados obtidos pelo serviço de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado.

**Palavras-chaves:** hospitais públicos – organizações sociais – efetividade administrativa – análise crítica.

**Abstract:** *This article is the result of a critical analysis of the model proposed by the social-liberal ideology to the administration of public hospitals in the State of São Paulo from the juridical notion of effectiveness and based on data obtained by the inspection service of the State Court of Audit.*

**Keywords:** *public hospitals – social organizations – administrative effectiveness – critical analysis.*

### 1. INTRODUÇÃO

Há tempos a ideologia social-liberal é hegemônica tanto nos meios políticos quanto nos meios acadêmicos.

Inquestionavelmente, o social-liberalismo tem seus méritos.

O maior deles, certamente, é o de ter tornado comum uma ideia muito particular, isto é, a ideia de que o Estado brasileiro seria ineficiente, pois gastaria muito e mal.

---

\* Pesquisa elaborada para o Curso de Direito Sanitário promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União em conjunto com a Fundação Oswaldo Cruz de Brasília (2012 – 2013).

\*\* Membro do Ministério Público da União. Pesquisador do Programa de Pós-Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Doutor em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciência Política e Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Ex-professor visitante da Universidade de São Paulo. Ex-professor titular da Fundação Santo André.

A rigor, no entanto, o mérito parece, no caso, ser menos da ideologia propriamente dita e muito mais de seus ideólogos; ou, mais corretamente, do mais persuasivo de seus ideólogos: Luiz Carlos Bresser Pereira.

Segundo o social-liberalismo, a velha administração pública burocrática seria demasiadamente pesada, rígida e lenta para dar conta das transformações do mundo. Por isso, uma nova administração pública haveria de ser construída, uma administração leve, flexível e ágil: a administração pública gerencial.

Em nenhum serviço público houve maior domínio dos preceitos administrativos do social-liberalismo do que no serviço público de saúde, especialmente na assistência hospitalar.

E em nenhuma unidade federativa a ideologia social-liberal penetrou com mais força do que no Estado de São Paulo, cuja experiência na administração hospitalar vem sendo apresentada à população de outras unidades federativas como indiscutível símbolo de êxito.

Neste artigo procura-se apresentar uma análise crítica acerca do modelo proposto pela ideologia social-liberal para a administração de alguns hospitais públicos paulistas a partir da noção jurídica de efetividade e com base nos dados obtidos pelo serviço de fiscalização do Tribunal de Contas estadual.

Pretende-se demonstrar a hipótese de que a nova administração gerencial aplicada aos hospitais paulistas não foi efetiva ou, ao menos, não foi mais efetiva do que a velha administração burocrática.

O objetivo deste trabalho, portanto, é avaliar o modelo administrativo social-liberal pelos seus próprios critérios e, para tanto, delimitar o modelo e precisar seus critérios.

Este artigo, assim, restou estruturado em três capítulos com subdivisões.

No primeiro capítulo trata-se do subprincípio jurídico da efetividade conforme o tridimensionalismo.

No segundo, trata-se do modelo administrativo na saúde pública segundo o social-liberalismo.

No terceiro, do desempenho de alguns hospitais paulistas submetidos ao modelo administrativo proposto pelo social-liberalismo.

## **2. A NOÇÃO DE EFETIVIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **2.1 As dimensões do direito**

Parte-se de observações anteriormente feitas sobre o tema (TURA, 2004).

A expressão “direito” remete a dois significados distintos embora imbricados: direito-atividade e direito-objeto.

Em um primeiro sentido, a expressão traduz atividades tanto no plano teórico quanto no plano prático.

Como atividade teórica o direito é uma relação que se estabelece entre o sujeito de conhecimento e o objeto de conhecimento para que, por meio da descrição,

discursos verídicos sejam elaborados. Trata-se da ciência jurídica, um processo pelo qual o sujeito de conhecimento se aproxima do objeto de conhecimento com vistas à superação da obscuridade, por meio da análise no plano da realidade vivida e da síntese no plano da realidade pensada.

Como atividade prática o direito é também uma relação que, entretanto, não se pauta pela elaboração de discursos verídicos, mas de discursos possíveis, prescritivos. Trata-se, aqui, da prudência jurídica, um processo de integração dialética entre elementos linguísticos, presentes no texto, e extralinguísticos, presentes no caso. Nesse sentido, a norma é o resultado da interpretação do texto referido ao caso, assim como o fato é a interpretação do caso referido ao texto. No texto há, pois, apenas potencialidade normativa que demanda a referência ao caso para tornar-se atualidade normativa.

Em um segundo sentido, a expressão traduz um objeto com o qual se desenvolvem aquelas atividades.

Como objeto o direito é um complexo sistemático essencialmente normativo que, no entanto, no processo de concretização abre-se aos valores e aos fatos. A abertura de tal complexo normativo aos valores e aos fatos dá-se por uma distinção de grau, no interior das normas, que dá origem às normas que são princípios e às normas que são regras.

Princípios são normas que se referem direta e imediatamente a valores. Isso significa que os princípios têm como seu antecedente mandamental a consagração de metas. Assim, princípios demandam uma interposição para alcançarem concreção bastante para sobre os fatos influírem.

Essa interposição dá-se pelas regras que são espécies de normas referidas direta e imediatamente a fatos. Significa dizer que as regras têm como seu antecedente mandamental a conformação de condutas. E, em retorno, fechando o círculo da normatividade, as regras demandam a interposição dos princípios para serem animadas pelos valores.

De tudo isso resulta que os princípios e as regras têm modos distintos de aplicação. Quando há uma contradição entre regras utiliza-se o método da exclusão, isto é, apenas uma das regras em conflito incidirá, excluindo-se ou a incidência da outra ou a própria regra do sistema. De outro lado, quando há uma contradição entre princípios utiliza-se o método da ponderação, isto é, os princípios em colisão sobrevivem todos, aplicando-se não um, mas sempre um jogo de princípios que entre si amoldam-se para incidirem em maior ou menor medida face aos outros.

## **2.2 Os princípios de direito administrativo**

A concepção do direito como complexo sistemático, como se observa, reserva aos princípios um papel de relevo. O que garante dinamicidade ao sistema do direito é a presença dos princípios e as capacidades adaptativa e evolutiva demonstradas por tal espécie normativa. Não é um mero acaso que se tenha tornado corrente a

afirmação de que os princípios são as bases, os fundamentos, sobre os quais é erigido todo o ordenamento.

Como qualquer outra parcela do ordenamento, o direito administrativo assenta-se sobre princípios dos quais deriva todo o regramento relativo à atividade administrativa, que se traduz, em síntese, em atividades de regulação, intervenção e fomento.

Deixando de lado maiores discussões acerca da distinção entre pressupostos políticos e princípios jurídicos, sustenta-se aqui que o direito administrativo está assentado sobre dois princípios de caráter material, os princípios da legitimidade e da economicidade; e outro de caráter formal, o princípio da legalidade.

Como princípios, legitimidade, legalidade e economicidade hão de ser vistos em sua interconexão e interpenetração. Se no direito confluem valores, normas e fatos, no direito administrativo coincidem os princípios da legitimidade (*telos*), legalidade (*logos*) e economicidade (*socius*).

De caráter material, o princípio da legitimidade vincula-se à realização de valores pressupostos como fundamento da atividade administrativa. Operacionalmente, lidar com este princípio significa formular juízos pragmáticos de natureza teleológica.

De caráter formal, o princípio da legalidade vincula-se à afirmação de normas postas como válidas pela atividade administrativa. Operacionalmente, lidar com este princípio significa formular juízos sintáticos de natureza lógica.

De caráter material, o princípio da economicidade vincula-se à aferição de fatos supostos como existentes pela atividade administrativa. Operacionalmente, lidar com este princípio significa formular juízos semânticos de natureza sociológica.

A operacionalização dos princípios da legitimidade, da legalidade e da economicidade traduz-se, figurativamente, em uma espiral em que se vê aproximar o ser do dever-ser.

Como princípio, a economicidade envolve juízos de fato, juízos descritivos acerca do que é, mas não apenas para declarar o existente, quedando-se inerte. O princípio da economicidade, assim, tem um antecedente no ser e um consequente no dever-ser. A finalidade na operação do princípio é interpretar os fatos ocorrentes para conformá-los às normas legalmente postas e aos valores legitimamente pressupostos.

Fica claro, então, que, a exemplo de outros juízos de caráter material, o juízo contido no princípio da economicidade, embora juízo acerca do conteúdo da atividade administrativa, não é juízo acerca de seu mérito, porque não se discute o que é conveniente ou oportuno, mas o que é mais adequado para a satisfação do superior interesse público, inconfundível com o mero interesse da administração como pessoa e o irrelevante interesse pessoal do administrador (FURTADO, 2012; pp. 100, 898).

## 2.3 Os corolários do princípio da economicidade

Essa visão acerca de uma interpenetração e de uma interconexão dos princípios da economicidade, da legalidade e da legitimidade afasta por completo discursos unilaterais aferrados a um ou outro momento de concretização do direito. Juízos exclusivamente valorativos são mudos, juízos exclusivamente normativos são surdos e juízos exclusivamente fáticos são cegos.

Sendo mais explícito: a origem da economicidade exige o reconhecimento da importância dos discursos descritivos econômicos e administrativos, mas não os converte em prescrições jurídicas.

O princípio jurídico da economicidade, assim bem entendido, tem por corolários os subprincípios, igualmente jurídicos, da eficiência, da eficácia e da efetividade.

O subprincípio da eficiência envolve um juízo político. Evidentemente, a escolha dos meios e modos para a satisfação do interesse público cabe ao escolhido pelo povo para tanto. No entanto, é o direito que diz os meios e modos lícitos, expressa ou implicitamente. Nesse sentido, no campo da eficiência há um encontro entre a política e o direito por meio da definição de metas, exame de custos e fixação de gastos.

O subprincípio da eficácia envolve outro tipo de juízo. Por certo que o exame dos impactos observados (resultados) no curso da atividade administrativa demanda a apuração de circunstâncias fáticas. Todavia, o exame dos impactos observados não se faz por seus próprios parâmetros ou por parâmetros do observador. Se os resultados estão em desacordo com metas definidas, custos previstos e gastos autorizados, tudo na conformidade de prescrições normativas, os resultados estão em desacordo não com recomendações administrativas ou econômicas, mas sim com determinações do direito.

O subprincípio da efetividade envolve, todavia, juízos mais complexos, visto que se situa no plano da avaliação das atividades administrativas consumadas. Ao escolher dentre os juridicamente admissíveis meios e modos para a satisfação do interesse público, o administrador faz juízos políticos positiva ou negativamente pautados pelo direito. Escolhidos, no entanto, os meios e modos, eles adquirirão colorido jurídico-normativo e, em tal sentido, prescrevem comportamentos.

A peculiaridade, no entanto, reside precisamente na prescrição de tais comportamentos porque, ao contrário das regras, princípios prescrevem prospectivamente e não retrospectivamente, isto é, não se dirigem, como as regras, à repressão do que não deveria ter ocorrido, mas à promoção do que deve vir a ocorrer. Como prospecção, envolve certa previsão. Por isso, os juízos da efetividade são juízos políticos e jurídicos, a um só tempo, pelo que se verifica se há razoável justificativa para um eventual descompasso entre os impactos observados (resultados) e os impactos esperados (metas).

Vê-se, assim, novamente a coincidência e a confluência de juízos de fato e de valor (postos ou pressupostos), afastando juízos arbitrários do administrador.

Eficiente, eficaz e efetiva é a atividade administrativa se e somente se conformar-se a normas e a valores juridicamente admitidos.

Custos e benefícios devem ser ponderados tendo em vista o que, para que e para quem a atividade administrativa se destina: a busca do melhor meio de satisfação das necessidades da coletividade com o mínimo de restrição aos interesses dos indivíduos.

Como o objeto específico deste artigo é a efetividade de um determinado serviço público, importante que se tenha claramente os parâmetros objetivos pelos quais no Brasil a efetividade pode ser aferida para esta modalidade de atividade administrativa. Tais parâmetros são tradicionalmente denominados princípios do serviço público e são a continuidade, a igualdade e a atualidade, desdobrando-se diversos preceitos de cada qual.

Exige-se como parâmetro de efetividade que o serviço seja contínuo, pois se determinada parcela de atividades econômicas em sentido amplo é sacada e alçada à condição de serviço público foi precisamente porque reconhecida, em certa situação histórico-social, como necessidade ou, ao menos, como utilidade indistinta de toda a coletividade. Inadmissível, então, que tais necessidades ou utilidades fiquem ao sabor das incertezas da administração ou do administrador. Há, portanto, um dever de continuidade na prestação do serviço adjetivado como público, independente de sua classificação como essencial ou como típico.

Exige-se, também, que o serviço seja igualitário. Por conta disso, o serviço há de ser impessoal em sua prestação, indiscriminado em sua cobrança e universal em sua cobertura. Se os custos do serviço forem suportados pelo usuário, a modicidade há de ser observada. No caso do serviço público de saúde, seu financiamento não é suportado especificamente pelo usuário, mas por toda a sociedade. Significa, portanto, que a modicidade a ser observada no caso da cobrança individual transforma-se em seriedade na realização da despesa pública.

Exige-se, por fim, que o serviço seja atual. Como atividade administrativa predisposta à satisfação de necessidades e geração de utilidades para a coletividade, o serviço público se sujeita às alterações do espaço e do tempo, pois, evidentemente, as ideias acerca do que é necessário e do que é útil, bem como os instrumentos para que sejam alcançados, alteram-se com as alterações da sociedade. Atualizando-se, o serviço público pode adaptar-se e adequar-se, qualitativa e quantitativamente, às justas expectativas da sociedade de que certo serviço público atenda às finalidades que lhe são inerentes.

### **3. A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE SEGUNDO A IDEOLOGIA SOCIAL-LIBERAL**

#### **3.1 A ideologia social-liberal**

No capítulo anterior procurou-se expor o estágio em que se encontra a teoria do direito administrativo após anos de influxo do social-liberalismo nos diversos

níveis da administração pública brasileira. A compreensão dessa ideologia, então, parece fundamental.

Expõem-se adiante os fundamentos anteriormente elaborados sobre o tema (TURA, 2009a).

Sem esquecer que a estrutura ideológica é apenas uma dentre as múltiplas estruturas ontológicas regionais da totalidade dos sistemas sociais, sobre as quais maiores digressões são agora dispensáveis, adota-se a noção de que a ideologia é uma representação acerca do mundo que pode traduzir uma consciência falsa ou apenas uma visão parcial do mundo.

Uma e outra, entretanto, têm em comum a circunstância de se submeterem ao mesmo critério de aferição de sua compatibilidade com a realidade: a práxis social. Uma ideologia, assim, é consciência historicamente falsa quando desconexa da estrutura básica da totalidade social, ao passo que é visão de mundo historicamente necessária quando representativa de parcela daquela mesma estrutura.

A ideologia enquanto visão de mundo que passa do estágio da parcialidade para o estágio da totalidade, superando a etapa de interpretação em direção à etapa da transformação do mundo, submeteu-se à práxis social e fez de si mesma a nova práxis social.

Enquanto a organicidade de uma representação ideológica se afere por sua referência parcial à estrutura básica da totalidade social, sua veracidade se afere por sua influência sobre esta totalidade, tornando uma representação do mundo em sua apresentação. A representação ideológica dotada de veracidade é aquela que se torna a ideologia do presente.

Nesse sentido, o social-liberalismo é uma ideologia dotada de organicidade indiscutível.

Apesar de remontar a Stuart Mill e Carlos Rosseli, foi com o filósofo italiano Norberto Bobbio que o social-liberalismo adquiriu características típicas de um sistema ideológico e de um ideário político (OLIVEIRA, 2007).

Bobbio buscou estabelecer o que considerava uma terceira via entre o socialismo marxista e o capitalismo liberal, sustentando a possibilidade e a preferibilidade de sociedades baseadas em economias de mercado que, no entanto, fossem organizadas política e juridicamente para a garantia dos direitos humanos.

O discurso de Norberto Bobbio acerca da ideologia social-liberal soube bem explicitar um dos elementos do binômio em detrimento do outro. O alargamento da ideia de socialismo promovido pelo discurso bobbiano, permitindo que diversas posturas sejam aceitáveis sob a expressão, terminou por indefini-lo e reduzi-lo a pitadas de justiça social em meio ao incremento da desigualdade gerada pelo livre mercado.

A social-democracia envergonhada da segunda metade do século XX tinha, então, uma doutrina que lhe permitiria converter-se em uma elite social-liberal robusta, prontamente mobilizada para o gerenciamento dos Estados nacionais com vistas à inserção dependente nos processos de globalização econômica e de regionalização política (TURA, 2009b).

O social-liberalismo, entretanto, até o momento não foi capaz de passar da organicidade para a veracidade. E talvez aí se encontre a explicação para suas incoerências teóricas e inconsistências práticas.

### 3.2 O modelo administrativo do social-liberalismo

E o verbo italiano soprou a carne brasileira.

Certo que o social-liberalismo deve à inspiração de Norberto Bobbio sua formação como doutrina; igualmente certo, no entanto, que deve à obstinação de Luiz Carlos Bresser Pereira sua transformação em modelo.

No entendimento de Bresser Pereira, o socialismo seria o resultado do sucesso do capitalismo (VANNUCHI, 2004). Nesse sentido, portanto, adequado seria criar condições para sua realização completa.

A confissão de Bresser Pereira, assim, no sentido de que a proposta de reforma do Estado resultou de uma coalizão entre a centro-esquerda e a centro-direita, ambas pretensamente pragmáticas e curiosamente social-liberais, não chega a surpreender (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 17).

O apoio do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, *loci* privilegiados das elites transnacionais, é significativo do papel do social-liberalismo que migrava da abstração doutrinária à concretude modelar.

Bresser Pereira foi enfático em suas declarações iniciais. Pretendia fundamentar teórica e praticamente as reformas que vinham ocorrendo nos anos noventa (*idem*, p. 8).

A proposta social-liberal para a administração pública é singelamente promover a substituição de uma administração de caráter burocrático por uma administração de tipo gerencial que, aliás, encontrar-se-ia embrionariamente já nos ditames da reforma administrativa de 1967 (BRESSER PEREIRA, 1996).

Bresser Pereira (1997, p. 24) parte da afirmação de que o Estado brasileiro passa por uma crise e que tal crise tem natureza fiscal para, a seguir, propor que o enfrentamento da crise seja feito com a redução do tamanho e da presença do Estado na sociedade e, de tal maneira, propiciar o aumento de sua força (*idem*, p. 19).

Em uma evidente reposição liberal da antiga distinção entre serviços públicos próprios e impróprios, o social-liberalismo brasileiro sustenta que essa nova administração pública, de tipo gerencial, haveria de se dedicar ao cuidado direto dos serviços exclusivos do Estado, deixando os serviços não-exclusivos aos cuidados de um setor denominado público, mas não-estatal (BRASIL, 1998, p. 2).

Ao menos em declarações de princípios, o social-liberalismo brasileiro pretendia, com tal operação, reduzir custos e aumentar a eficiência e a qualidade dos

serviços públicos não-exclusivos por meio da maior autonomia e maior flexibilidade dos entes do setor público não-estatal (*idem*, pp. 11 e 12).

Surgem novos entes na administração pública brasileira: as organizações sociais, que viriam a ter um papel de destaque especialmente para as finalidades da denominada reforma administrativa do sistema de saúde.

### 3.3 A expressão do social-liberalismo na saúde pública

Já em 1995, durante colóquio técnico prévio à XXV reunião do conselho diretivo do Conselho Latinoamericano de Administração para o Desenvolvimento, em Buenos Aires, Bresser Pereira deixaria claro que sua proposta de reforma do Estado era, principalmente, uma reforma administrativa do sistema público de saúde, segundo os cânones do Banco Mundial, cujo documento básico sobre o tema lhe serviu de fonte expressamente (1998, p. 21).

Em 1998, porém, o modelo apresentado foi mais bem elaborado e focado em problemas específicos dos atendimentos hospitalar e ambulatorial. A preocupação que Bresser Pereira parece demonstrar é com dificuldades que a velha administração de caráter burocrático criaria para a resolubilidade, integralidade e qualidade do serviço, marcado, então, por financiamento insuficiente, irracional uso de recursos e ocorrência de fraudes (*idem*, p. 10).

Bresser Pereira afirma que, embora importantes as questões de índole financeira, o problema central do sistema de saúde é essencialmente administrativo (*idem*, p. 12). Prova disso seria a economia decorrente do processo de racionalização dos gastos à época em curso, racionalização possível precisamente pela mudança na orientação em favor de uma nova administração pública.

Estranhamente, entretanto, Bresser Pereira reconhece que a racionalização, traduzida, rigorosamente, como redução de gastos, agravou o problema da qualidade do serviço (*idem*, p. 13).

Ainda mais estranhamente, todavia, é que tal reconhecimento não o impede de concluir que só haveria uma solução para o problema: os hospitais públicos deveriam ser submetidos à administração de organizações sociais e inseridos em um clima de competição entre si e também com os demais do setor privado (*idem*, pp. 19 e 20).

Bresser Pereira não explica muito bem os motivos pelos quais tal conclusão seria necessária e, pior, finda por confundir lógicas tão díspares entre si como as lógicas do setor público e do setor privado.

Uma questão de suma importância é, assim, levantada. Como se sabe, competitividade e lucratividade referem-se mutuamente. Quem compete deseja ganhar algo. Cabe pensar em obtenção de vantagens na prestação de um serviço público cuja essencialidade pode conduzir, não raras vezes, ao desequilíbrio de caixa?

### **3.4 A influência do social-liberalismo na pesquisa sobre administração em saúde**

A resposta a este questionamento está longe principal e fundamentalmente porque o próprio questionamento foi levado para longe de onde deveria estar: o ambiente acadêmico.

Como inicialmente foi dito, o social-liberalismo é, há tempos, a ideologia hegemônica nos meios políticos e acadêmicos brasileiros, de tal sorte que dificilmente questões que atingem o cerne do modelo da administração pública gerencial são postas simplesmente porque são embaraçosas.

Toma-se como exemplo alguns estudos em administração da saúde realizados na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Em primeiro lugar porque são estudos que se ocupam de organizações sociais da saúde. Em segundo lugar porque são estudos focados em tais organizações no Estado de São Paulo. Em terceiro lugar, por fim, porque Bresser Pereira lá teve toda sua carreira acadêmica, exercendo enorme influência, o que, em se falando de ideologias, quase que se mostra tautológico.

Ricardo Luiz Pereira Bueno, em sua dissertação de mestrado em administração, propôs-se a realizar uma análise comparativa de hospitais administrados diretamente pelo Estado e hospitais administrados por organizações sociais. Sua finalidade era buscar evidências acerca da superioridade de um ou de outro modelo em termos de “eficiência técnica”. Bueno formulou conclusões no sentido de que não poderia afirmar existirem evidências de que as organizações sociais são mais eficientes na administração dos hospitais. Curiosamente, no entanto, afirma, no mesmo texto, no sentido de tais evidências existirem (2004, p. 168).

Por sua vez, Walter Cintra Ferreira Júnior, também em dissertação de mestrado em administração, pretendeu realizar a análise comparativa de ambos os modelos de administração de hospitais públicos paulistas em termos das respectivas “práticas gerenciais”. Suas conclusões também foram curiosas, pois não encontrou qualquer evidência de que a administração direta seja por si um modelo ruim, mas simplesmente considera o modelo das organizações sociais melhor (2004, pp. 120-121).

A influência do social-liberalismo, no entanto, vai além dos muros da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, chegando às escolas de ciências da saúde e aos órgãos superiores da administração da saúde pública.

Nelson Ibañez e Gonzalo Vecina Neto (2007), por exemplo, partem de um pressuposto que não tem qualquer lastro no atual estágio do conhecimento psicológico e sociológico: a existência de sujeitos isentos. E pior: concluem que tal sujeito é o Banco Mundial, precisamente a instituição que preconizou a adoção de fórmulas social-liberais e aplaudiu a implementação do modelo das organizações sociais nos hospitais públicos brasileiros e, em especial, nos paulistas. Partindo de um silogismo imperfeito, torna-se logicamente irretocável a conclusão de que a experiência paulista das organizações sociais da saúde foi totalmente exitosa, porque derivada dos pressupostos cuidadosamente eleitos.

Tendo à frente Barradas Barata (2009), uma equipe, por fim, pensou colocar um fim na questão com a utilização do discurso de Bresser Pereira sobre uma quase óbvia vantagem supostamente inerente à autonomia dos entes não-estatais. Mesmo admitindo que se tratava de uma “avaliação superficial de dados secundários” (p. 15), a equipe capitaneada pelo falecido secretário de Saúde do Estado de São Paulo concluiu no sentido de afirmar, com invejável segurança, que os hospitais sob administração privada e sob administração de organizações sociais seriam melhores do que os administrados diretamente pelo Estado simplesmente porque mais autônomos.

Como se observa, tais afirmações não se sustentam se uma análise minimamente cuidadosa for realizada a partir dos próprios termos, da estrutura interna dos próprios discursos.

Inobstante isso, há sim pesquisas, com discursos mais bem elaborados, no sentido completamente oposto à imagem de perfeição do modelo gerencial que, ao final, os que se filiam ao social-liberalismo tentam apresentar.

Há, aproximadamente, sete anos, Nivaldo Carneiro Júnior e Paulo Eduardo Elias afirmavam peremptoriamente que a gestão das organizações sociais da saúde não contemplava o acesso ao serviço e o controle público (2006). Ao passo que Nelson Bezerra Barbosa e Paulo Eduardo Mangeon Elias, mais recentemente, afirmaram que os resultados das pesquisas não permitiam referendar uma imagem de ineficiência dos hospitais sob administração direta do Estado (2010).

No capítulo seguinte ter-se-á a oportunidade de expor dados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre alguns hospitais públicos submetidos à administração de organizações sociais em comparação com aqueles administrados diretamente pelo Estado e veremos que tais dados corroboram estas preocupantes conclusões.

## **4. O MODELO SOCIAL-LIBERAL APLICADO AOS HOSPITAIS PAULISTAS**

### **4.1 Antecedentes do modelo na administração estadual**

Em entrevista dada no ano de 2005, para a Revista de Administração em Saúde, o falecido secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Luiz Roberto Barradas Barata deixou claríssima sua filiação ao pensamento de Luiz Carlos Bresser Pereira e, por conseguinte, à ideologia social-liberal e ao seu modelo de administração da saúde.

Ali, Barradas Barata defende o eufemístico processo de “publicização” da saúde por meio das organizações sociais e diz que o real problema são as regras de admissão e de demissão de pessoal e de aquisição de produtos e contratação de serviços (BARRADAS BARATA: 2005, pp. 77-78).



competências e atribuições, a descentralização implica a criação ou qualificação de entes, isto é, plexos dotados de personalidade.

A descentralização, além disso, tem um alcance maior, visto ser possível, por meio dela, ir além do âmbito formal da administração pública, comumente dividido entre a administração direta e a administração indireta. De tal maneira, a administração pública descentralizada, envolvendo entes criados ou qualificados pelo Estado, não se confunde nem coincide com a administração indireta.

O Estado, assim, buscando descentralizar sua atuação, pode legislar com a finalidade de criar pessoas jurídicas de direito público (autarquias) ou autorizar a criação de pessoas jurídicas de direito privado (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); ou, ainda, qualificar, atual ou procedimentalmente, entes privados com vistas à admissão como prestadores de serviços públicos, seja por meio de contrato de concessão, seja por meio de contrato de gestão, instrumento este básico na descentralização por meio de organizações sociais.

Organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade econômica qualificadas pelo Estado para a prestação de serviços públicos não-exclusivos após regular procedimento de aferição da presença de requisitos fixados em lei.

Três características são extraídas pelo processo de decomposição da categoria: personalidade, finalidade e institucionalidade.

Pressuposto (de existência) para a adjetivação de ente como organização social pelo Estado é sua personalidade. Excluem-se de tal possibilidade, portanto, os entes despersonalizados, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direito público.

A personalidade, no entanto, embora pressuposta, não é suficiente para tal adjetivação. Outro pressuposto (de validade) é exigido: a finalidade do ente. Excluem-se, por conseguinte, os entes que tenham finalidade econômica. Assim sendo, só associações (reuniões de pessoas físicas ou jurídicas) ou fundações (reuniões de bens) podem ser qualificadas como organizações sociais, pois não se destinam à distribuição de ganhos entre seus membros.

Por fim, outro pressuposto (de eficácia) é exigido: a institucionalidade do ente. O ente que exista segundo as regras do direito privado e que se tenha constituído para a busca de fins não-econômicos deve, também, cumprir certos requisitos legais para que o Estado possa, regularmente, qualificá-lo como organização social.

Tais requisitos consubstanciam o que no direito privado se chama instituição. Uma instituição, contrariamente a uma corporação, constitui-se com vistas ao atendimento dos interesses de pessoas distintas dos seus membros. Por conta disso, estatutariamente sua gestão deve ser democrática, com participação da comunidade e publicidade dos seus atos e, em caso de extinção, seu patrimônio deve ser destinado a entes similares ou ao Estado.

Em acréscimo, no caso das organizações sociais da saúde, no Estado de São Paulo, coerentemente, exige-se que o ente qualificando comprove a experiência pelo lapso temporal mínimo de cinco anos na área da saúde.

A qualificação é ato de natureza discricionária que serve de antecedente para a contratação do ente qualificado. A qualificação gera mera expectativa de contratação, não podendo ser a tanto juridicamente compelido o Estado.

A desqualificação, no entanto, é ato de natureza vinculada, demandando prévio processo administrativo de caráter sancionador em que se deve assegurar a ampla defesa e o contraditório.

#### **4.3 O desempenho dos hospitais paulistas sob administração de organizações sociais**

Como se pode observar ao longo deste trabalho, a reforma administrativa do sistema de saúde é daqueles assuntos carregados ideologicamente. Tanto que, mais do que em outros casos, tem extrema importância o lugar de poder social eventualmente ocupado pelo elaborador do discurso que se dedique à abordagem desse tema.

É, portanto, relevantíssima a manifestação de um órgão composto por forças políticas tradicionalmente vinculadas ao social-liberalismo e institucionalmente incumbido da avaliação acerca da legitimidade, da legalidade e da economicidade das políticas públicas.

Há tempos a administração de hospitais públicos por organizações sociais tem sido objeto de julgamentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. O Tribunal, no entanto, ocupou-se do tema na análise de casos isolados, a partir de algumas tomadas de contas. Mudando, porém, a postura costumeira, o Tribunal empreendeu uma análise mais ampla e profunda, para servir de base para proferimento de parecer sobre contas de governo.

A novidade consistiu na apresentação, em destaque, nas contas do Governador, de estudo específico, do serviço de fiscalização do Tribunal, contendo uma análise comparativa sobre o desempenho de seis hospitais do Estado de São Paulo, de mesmo porte e complexidade semelhante, mas submetidos a modelos de administração diversos (SÃO PAULO: 2011).

Na elaboração do estudo, o Tribunal partiu de distinção entre gestão e gerência, presente na Norma Operacional Básica nº 1, de 1996, do Sistema Único de Saúde. Enquanto a expressão “gestão” traduz a ideia de regulação, a expressão “gerência” traduz a ideia de administração. Nessa linha, foram comparados no estudo os dois modelos dominantes de gerência, ou de administração, de hospitais públicos no Estado de São Paulo: a gerência direta e a gerência indireta. Ou, mais claramente, a administração por órgãos da administração centralizada ou entes da administração descentralizada e a administração por entes privados qualificados como organizações sociais.

O estudo comparou os hospitais reunidos em três pares – sendo, no interior de cada qual, contrapostos os dois modelos de administração – e analisou o

desempenho quanto à mobilização e à utilização de recursos materiais, humanos e financeiros e quanto à obtenção de resultados operacionais e econômicos conforme normas vigentes para os procedimentos de verificação da regularidade do uso de bens e do dispêndio de dinheiros públicos.

Quanto aos recursos materiais a situação merece atenção. O estudo do Tribunal concluiu que, na maioria dos casos, nos hospitais administrados por organizações sociais os leitos disponíveis diminuíram, sendo o único caso similar encontrado em hospital administrado diretamente pelo Estado devido à situação de reforma em sua edificação (SÃO PAULO: 2011, p. 41).

As organizações sociais de saúde aumentaram a quantidade de equipamentos de elevado custo (*idem*, pp. 44 – 46). Mas os problemas de reposição de materiais persistem precisamente em hospital sob tal administração (*idem*, p. 53).

Quanto aos recursos financeiros os dados são preocupantes. O estudo concluiu que os hospitais administrados por organizações sociais gastam mais e necessitam de regular complementação orçamentária (*idem*, p. 57).

Já no que se refere aos recursos humanos a situação é ainda mais grave. É significativa a terceirização de serviços vinculados às finalidades precípuas dos hospitais sob gerência indireta, que, não por acaso, possuem menor número de trabalhadores empregados e elevadas jornadas de trabalho (*idem*, pp. 48 – 50, pp. 104 – 106).

A relação entre números totais de trabalhadores, leitos disponíveis e pacientes internados é menor nas organizações sociais (*idem*, p. 70), ao passo que os salários são menores para os níveis de execução material (trabalhadores médios) e muito superiores para ocupantes de cargos de direção (*idem*, pp. 50/51 e 106).

Quanto aos resultados a situação não é muito diferente.

Em termos operacionais, a qualidade dos hospitais sob administração de organizações sociais mostra-se inferior na medida em que os índices de mortalidade e de infecção são maiores (*idem*, pp. 70, 76, 81) e isso embora limitem-se e concentrem-se no atendimento de casos de média complexidade (*idem*, pp. 72, 78, 83).

Em termos estritamente econômicos, a conclusão do estudo é enfática. Os custos de manutenção das atividades de hospitais sob administração das organizações sociais são bem superiores aos de hospitais sob gerência direta do Estado. E os prejuízos encontrados em hospitais sob gerência indireta são razoáveis (*idem*, pp. 88, 89, 90).

Em síntese: o modelo proposto pela ideologia social-liberal para administração dos hospitais públicos, ao menos no Estado de São Paulo, está em descompasso com as perspectivas de sua implementação, pois os custos são superiores e os benefícios não são.

Os dados relativos às variações de regulação para ambos os modelos de gerência parecem servir de chave para uma convincente explicação de tal descompasso.

A regulação é bem mais ampla e muito mais rigorosa sobre o denominado contrato-programa, instrumento básico para a regulação da prestação dos serviços pelos hospitais estaduais sob gerência direta do Estado (*idem*, pp. 67, 69, 73, 75, 79 – 81).

## 5. Conclusões

Neste artigo procurou-se apresentar uma análise crítica acerca do modelo proposto pela ideologia social-liberal para a administração de hospitais públicos do Estado de São Paulo a partir da noção jurídica de efetividade e com base nos dados obtidos pelo serviço de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado.

No primeiro capítulo procurou-se tratar da noção jurídica de efetividade a partir de uma concepção tridimensional do direito.

No segundo, procurou-se tratar do modelo administrativo social-liberal, com ênfase para a administração em saúde e sua influência ideológica sobre os estudos na área.

No terceiro, procurou-se tratar do modelo administrativo social-liberal aplicado a alguns hospitais públicos paulistas, seus antecedentes, organizações e desempenho.

Os textos analisados não apresentam uma compreensão adequada sobre o princípio da economicidade e, por isso, divergem terminológica e conceitualmente acerca do seu conteúdo.

A realidade parece que não constringe a muitos, visto que, embora invariavelmente em seus textos concluam não haver qualquer evidência de desempenho superior do modelo administrativo social-liberal, não poucos insistem em afirmar sua superioridade.

Se os dados não permitem afirmar que o modelo burocrático é superior a qualquer outro, ao menos permitem infirmar a ideia de que o modelo gerencial é superior àquele, porque evidenciado, em muitos casos, seu custo elevado e seu baixo resultado.

Deficiente na reflexão e insuficiente na ação, a ideologia social-liberal não cumpriu sua promessa.

Em muitos aspectos, a nova administração pública gerencial tem-se mostrado mais antiquada do que a velha administração burocrática.

## 6. Referências

BARBOSA, Nelson Bezerra e ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. . In: , volume 15 (5), pp. 2483-2495, .

BARRADAS BARATA, Luiz Roberto *et alli*. . In: , volume 11, número 42, janeiro/março, pp. 8-15, .

BARRADAS BARATA, Luiz Roberto *et alli*. . In: , volume 7, número 28, julho/setembro, pp. 74-78, .

BRASIL. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. . In: , número 2. Brasília - DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, , 5ª edição.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. . In:; número 1 (integral). Brasília - DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, .

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. . In:; volume 47 (1). Brasília - DF: Escola Nacional de Administração Pública, janeiro-abril, .

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. . In:; número 13, pp. 9-21. Brasília - DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, .

BUENO, Ricardo Luiz Pereira. . Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, .

CARNEIRO JÚNIOR, Nivaldo e ELIAS, Paulo Eduardo. . In: , volume 40 (5), pp. 914-920, .

FERREIRA JÚNIOR, Walter Cintra. . Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, .

FURTADO, Lucas Rocha. . Brasília – DF: Editora Fórum, , 3ª edição.

IBAÑEZ, Nelson e VECINA NETO, Gonzalo. . In: , volume 12 (sup.), pp. 1831-1840, .

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. . In: , volume 19, número 25, pp. 361-372, julho/dezembro, .

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE CONTAS. DIRETORIA DE CONTAS DO GOVERNADOR. . São Paulo: .

TURA, Marco Antônio Ribeiro. . In: . São Paulo: Editora Alfa-Ômega, , pp. 76-86.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. . Curitiba: Juruá Editora, , 1ª edição, 3ª reimpressão.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. . In: , volume 163 (separata). Brasília: Senado Federal. .

VANNUCHI, Paulo. . In: NAKANO, Yoshiaki, REGO, José Márcio e FURQUIM Lílian. . Rio de Janeiro: Editora FGV, , pp. 423-441.



# O princípio federativo, a lealdade federativa, a guerra fiscal e os repasses das quotas financeiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas, mormente aos municípios

*Roque Antonio Carrazza\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A hierarquia das normas jurídicas: 2.1. Observações gerais – 2.2. A supremacia da Constituição Federal. 3. O princípio federativo. 4. O princípio da lealdade federativa. 5. Conseqüências tributárias e financeiras do princípio da lealdade federativa. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Procuraremos demonstrar, neste artigo, que, em função do *princípio federativo* e do seu consectário, o *princípio da lealdade federativa*, é juridicamente inadmissível a *guerra fiscal*, bem como, que os repasses das quotas financeiras constitucionalmente devidas aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal (cfr. arts. 157, 158 e 159, da CF), passam ao largo das isenções, incentivos ou benefícios fiscais, isto é, das desonerações tributárias que as pessoas políticas concedem aos seus contribuintes. Também cuidaremos, de modo especial, dos repasses obrigatórios do produto da arrecadação do ICMS, que os Estados-membros devem efetuar aos Municípios localizados em seus respectivos territórios (art. 158, IV, da CF).

Para demonstrarmos estas teses, começaremos por tecer algumas considerações acerca da hierarquia das normas jurídicas.

## 2. A hierarquia das normas jurídicas

### 2.1. Observações gerais

I – O ordenamento jurídico é formado por um sistema de normas dispostas hierarquicamente. Deveras, as normas jurídicas não estão situadas no mesmo patamar, umas ao lado das outras, mas, sim, escalonadamente, de tal sorte que as superiores dão validade às inferiores, que, assim, não as podem contrariar. Das inferiores,

---

\*Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Advogado e Consultor Tributário – Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito.

criadas por particulares (os *contratos*) às constitucionais, se forma aquilo que se convencionou chamar de “*pirâmide jurídica*”. Nela, as normas ordenam-se segundo uma relação sintática, pela qual as inferiores recebem *respaldo de validade* daquelas que as encimam, até o patamar máximo que é o constitucional.

Era precisamente isto que Hans Kelsen queria significar quando apregoava que “... o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”<sup>1</sup>.

As normas subordinadas devem, pois, guardar harmonia com as superiores, sob pena de deixarem de ter validade, no ordenamento jurídico. Melhor explicitando, o ato interno da Administração (portaria, instrução, norma administrativa etc.) deve buscar *fundamento de validade* no decreto; este, na lei; aquela, na Constituição, que – nunca é demais insistir – está no ápice da “*pirâmide jurídica*”.<sup>2</sup> É que, nos modernos *Estados-de-Direito*, o exercício dos poderes normativos é sempre circunscrito pela Constituição, como bem anota Norberto Bobbio.<sup>3</sup>

**II** – Conhecida a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, torna-se relativamente fácil ao intérprete ou ao aplicador do Direito dirimir qualquer conflito interno de normas. Tratando-se de normas de hierarquia diversa, prevalecerá a superior, isto é, a de mais alta hierarquia, porque, à outra, exatamente por contraditá-la, faltará validade.

De fato, uma norma inválida não existe juridicamente falando, dada sua incapacidade de produzir efeitos de Direito.

Adiantamos, a propósito, que, sendo o Brasil uma Federação, a produção de normas jurídicas está a cargo não só da União, como, também, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, tudo de acordo com as *competências* que tais pessoas políticas receberam, em caráter privativo, da Carta Constitucional.

Então, vejamos.

## **2.2. A supremacia da Constituição Federal**

**I** – A Constituição, conforme já acenado, ocupa o nível supremo da ordem jurídica, acima do qual não se reconhece outro patamar de juridicidade positiva. Enumera os princípios fundamentais, organizativos e finalísticos da comunidade estatal, definindo as relações do poder político, dos governantes e governados

---

<sup>1</sup> *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., vol. II, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, Sucessor, 1.962, p. 2.

<sup>2</sup> Caso, por exemplo, o ato interno contrarie o decreto ou, este, entre em testilhas com a lei, ninguém poderá ser compelido a observá-los, porquanto estarão “*fora*” da supramencionada “*pirâmide jurídica*”. O mesmo podemos dizer da lei, se em descompasso com a Constituição.

<sup>3</sup> *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, Torino, p. 46.

e – respeitados os direitos e garantias individuais e sociais e o *princípio da livre iniciativa* – até das pessoas físicas e jurídicas.

*Lei máxima*, a Constituição é o *critério último* de existência e validade das demais normas do sistema do Direito,<sup>4</sup> pelo que condiciona o agir dos próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Uma norma jurídica só será considerada válida se editada e aplicada em harmonia com as diretrizes constitucionais.

II – Nas Constituições rígidas, como a brasileira, suas normas legitimam toda a ordem jurídica.<sup>5</sup> Bem por isso, as leis, os decretos, as portarias, os atos administrativos, os provimentos etc., valem, em última análise, enquanto se harmonizam com as normas constitucionais, devendo ser interpretados e aplicados de modo a se ajustarem aos seus ditames.

Todavia, dentro da Constituição, existem normas jurídicas mais importantes e normas jurídicas menos importantes. As mais importantes são justamente as que veiculam *princípios*, verdadeiros “*parâmetros*”<sup>6</sup> do ordenamento jurídico.

### 2.3. A pujança dos princípios constitucionais

I – As normas constitucionais, ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, não possuem a mesma importância: as que veiculam *princípios* sobrepõem as demais, porque possuem maior grau de abstração, traduzindo, de modo mais detalhado, as diretrizes do ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

Não é por outra razão que, em linguagem coloquial, se costuma dizer que os *princípios constitucionais* são as vigas-mestras do *edifício jurídico*.

Conforme tivemos a oportunidade de escrever, *princípio constitucional “é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”*.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Cf. Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, Saraiva, 1.988, p. 63.

<sup>5</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil é *rígida*, na medida em que, além de possuir *força formal superior* à dos demais atos normativos (leis, decretos, provimentos etc.), demanda, para ser modificada, processos especiais, nela expressamente previstos (votação bicameral e em dois turnos, *quorum* qualificado de três quintos, obediência às *cláusulas pétreas* etc.).

<sup>6</sup> O termo “*parâmetros*”, buscado na Matemática, tem o sentido de medidas que servem de guia para o confronto dos diversos elementos de um problema.

<sup>7</sup> De revés, as normas constitucionais que veiculam simples regras possuem pequeno grau de abstração, impende dizer, referem-se a situações mais específicas.

<sup>8</sup> *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros Editores, 29ª ed., 2013, pp. 45.

II – Os princípios constitucionais consagram *valores*, muitos dos quais inscritos já no *Preâmbulo* da Carta Magna (igualdade, liberdade, segurança, justiça etc.), motivo pelo qual interferem na interpretação e boa aplicação de todos os atos normativos.

De fato, até mesmo as normas constitucionais, quando tiverem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas em compasso com os princípios constitucionais.<sup>9</sup> Por muito maior razão (argumento *a fortiori*), as leis, decretos, portarias, atos declaratórios interpretativos, provimentos etc., que, evidentemente, só poderão irradiar efeitos, se e enquanto não os contrariarem, quer na letra, quer no espírito.

Em suma, os princípios constitucionais, porque “*vetores para soluções interpretativas*” (Celso Antônio Bandeira de Mello), estabelecem os *pontos de apoio normativos* imprescindíveis à boa aplicação do Direito.

III – Diante do exposto, pode-se proclamar, sem receio de erro, que, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que seja (ou aparente ser) deve-se, preliminarmente, buscar as culminâncias dos grandes princípios constitucionais, a fim de verificar em que direção apontam. Nenhum ato normativo (lei, decreto, portaria, provimento etc.) poderá prevalecer, se em descompasso com eles.

Em resumo, os princípios constitucionais são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: indicam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance se lhes deve dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas.

IV – Remarque-se que os princípios constitucionais formam um conjunto cogente de comandos normativos, que devem ser fielmente observados, inclusive pelos Poderes do Estado.

Assim é, porque os princípios constitucionais orientam, condicionam, iluminam e dão o verdadeiro alcance das normas jurídicas.<sup>10</sup> Nenhuma pode com eles atritar, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (Gomes Canotilho).

Muito bem. Entre os princípios constitucionais que terão projeção e pertinência, neste breve artigo, merece especial destaque o *princípio federativo*.

---

<sup>9</sup>. A Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com os princípios inscritos na Lei Maior (ADIns. nºs 319, publicada no *DJU*, de 30.4.93, e 491, publicada na *RTJ* n.º 137/90).

<sup>10</sup>. Entre as diversas interpretações possíveis de uma norma jurídico-tributária, há de prevalecer a que melhor se ajuste aos princípios constitucionais, mormente àqueles que tratam especificamente das competências dos Poderes do Estado e dos direitos individuais e sociais.

### 3. O princípio federativo

I – O Brasil é uma Federação. Federação (do latim *foedus, foederis*, aliança, pacto), como se sabe, é uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que o integram (os Estados Federados ou Estados-membros). O art. 1º, da Carta Suprema, já se ocupa com o assunto,<sup>11</sup> ao estipular ser o Brasil é uma República Federativa, “*formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*”.

Numa verdadeira Federação (e assim é na brasileira), os Estados Federados, sem perderem suas personalidades jurídicas, despem-se de algumas prerrogativas, em benefício da União Federal. A mais relevante delas é a *soberania*.<sup>12</sup>

II – Realmente, em nosso País, a União e os Estados-membros não são soberanos, mas *autônomos*,<sup>13</sup> nos termos da Constituição Federal. Daí a famosa definição, sempre repetida, de Antônio de Sampaio Dória: “*Federação é a autonomia recíproca entre a União e os Estados-membros, sob a égide da Constituição Federal*”.

Desdobrando a definição *supra*, no Brasil, por força do princípio federativo, convivem harmonicamente a *ordem jurídica global* (o Estado Federal, a Nação) e as *ordens jurídicas parciais, central* (a União) e *periféricas* (os Estados-membros e, para a maioria dos nossos constitucionalistas, também os Municípios e o Distrito Federal). Esta convivência harmônica só é possível graças à discriminação de competências (inclusive tributárias), levada a efeito pela Constituição Federal.

Tal discriminação de competências – imprescindível para garantir uma convivência harmônica entre as pessoas políticas – foi levada a efeito especialmente nos arts. 21, 22, 23, 24, 25, § 1º, 30, 32, § 1º e 145 a 162, do Texto Supremo.

III – Tão marcante é o *princípio federativo*, que lei alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade, poderá, direta ou indiretamente, às claras ou de modo sub-reptício, derrogá-lo ou, de algum modo, amesquinhá-lo. É *cláusula pétrea* (irremovível até por emenda constitucional, como ressei da só leitura do art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal: “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado*”).

<sup>11</sup> A proclamação do art. 1º, da Constituição Federal, vem confirmada nos seus arts. 18 a 63, que minudenciam e estruturam a organização e a convivência das pessoas políticas, dentro da Federação.

<sup>12</sup> A definição clássica de soberania (de *supra, supranus*, aquele poder supremo e incontestável de mando, que não reconhece nenhum outro fora ou acima do seu), hoje, no século XXI, está um tanto quanto superada, em face dos Tratados Internacionais, das Cortes Internacionais e, até, das Constituições Internacionais (ou dos diplomas normativos que lhes fazem as vezes, como o Tratado de Lisboa, que faz as vezes de Constituição da União Européia). De qualquer modo e com esta ressalva, soberano, numa Federação, é o Estado Federal, ou, em se preferindo, a Nação como um todo considerada.

<sup>13</sup> Estamos a empregar a palavra *autônomo* no sentido de dotado de capacidade de auto-organização e autolegislação.

Pois bem, na Federação brasileira há igualdade jurídica entre as pessoas políticas. Nela, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal juridicamente ocupam o mesmo plano hierárquico: uns não preferem aos outros. Pela óptica do Direito, todos foram parificados pela Constituição Federal.

Evidentemente, esta igualdade jurídica – como bem o demonstrou José Souto Maior Borges<sup>14</sup> – absolutamente não significa que a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal se confundem, mas, apenas, que suas atribuições, conquanto diversas, correspondem a feixes de competência postos em atuação mediante princípios e normas estatuídos na Carta Política. As diferenças entre eles não estão, pois, nos níveis hierárquicos que ocupam, mas nas competências distintas que receberam da própria Constituição Federal.

Equivoca-se, portanto, quem supõe que, juridicamente, a União está acima dos Estados-membros; que os Estados-membros sobrepõem os Municípios; que os Municípios estão num patamar jurídico superior ao ocupado pelo Distrito Federal. Pelo contrário, todas as pessoas políticas situam-se no mesmo nível jurídico, pelo que – tornamos a insistir – inexistente hierarquia jurídica entre elas.<sup>15</sup>

IV- Do exposto, é fácil perceber que o *princípio federativo* veda tratamentos jurídicos que criem distinções ou preferências, inclusive financeiras ou tributárias, entre as pessoas políticas.

Como corolário, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal devem, em suas relações, observar condutas que preservem suas autonomias recíprocas e, com elas, a própria Federação. Noutra giro verbal, carecem, ao se interrelacionarem, de observar condutas de fidelidade, justamente para que venha preservado o pacto federativo.

Isso tudo leva a outro princípio; a saber, ao *princípio da lealdade federativa*.

#### **4. O princípio da lealdade federativa**

O *princípio da lealdade federativa* – que é, como se viu, um consectário do *princípio federativo* – ao contrário do que acontece na Alemanha,<sup>16</sup> é pouco estudado no Brasil, até porque não encontra formulação expressa em nossa Constituição Federal. Está, quando muito, acenado no art. 43, da Lei Maior, que permite que a União articule ações visando ao desenvolvimento e redução das desigualdades regionais.<sup>17</sup>

<sup>14</sup>. "Eficácia e hierarquia da lei complementar", in *Revista de Direito Público* n.º 25, p. 94.

<sup>15</sup>. Não se nega que, sob os aspectos político, econômico, sociológico etc., há hierarquia entre as pessoas políticas; não, porém, sob o aspecto jurídico.

<sup>16</sup>. Na Alemanha, o *princípio da lealdade federativa* já mereceu dezenas de livros e centenas de artigos, tendo sido acolhido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal daquele país.

<sup>17</sup>. Constituição Federal – "Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais".

Este princípio impõe condutas transparentes nas relações institucionais entre os entes federados, exatamente para manter a unidade da Federação.<sup>18</sup> Assim, por exemplo, em função deste princípio, a União não pode buscar diálogo apenas com alguns Estados-membros (os de orientação político-partidária favorável), em ordem a compelir os demais (os de orientação opositora) a aderirem ao entendimento a que tiverem chegado. Melhor explicitando, a União não pode adotar o maquiavélico comportamento de “*dividir para conquistar*” (“*divide et impera*”), ou seja, buscar acordo apenas com alguns Estados-membros, colocando os demais sob coação de ingresso.

Mas, indo logo ao ponto, o *princípio da lealdade federativa* traz importantes conseqüências tributárias e financeiras, como a seguir se verá.

## **5. Conseqüências tributárias e financeiras do princípio da lealdade federativa**

I – Em função do *princípio da lealdade federativa*, é vedado às pessoas políticas promover a *guerra fiscal*,<sup>19</sup> cada qual não tendo outra bandeira que não os próprios interesses.

Assim, aos Municípios não é dado falsear as alíquotas mínimas do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS (v.g., permitindo que se abata, do montante a pagar, as quantias recolhidas a título de outros tributos), burlando as diretrizes fixadas pela Emenda Constitucional n.º 37/2002 (que deu nova redação ao § 3º, do art. 156, da CF<sup>20</sup>).

II – Ainda em função do *princípio da lealdade federativa*, também os Estados-membros não podem promover a *guerra fiscal* em matéria de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços – ICMS, mediante a concessão unilateral de isenções, incentivos ou benefícios fiscais, isto é, ao arrepio do disposto no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.<sup>21</sup>

<sup>18</sup>. Sobre este assunto, v., de Patrícia Lamarão, “O princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas”, in *Revista Consulex*, agosto/2010.

<sup>19</sup>. Utilizamos a expressão *guerra fiscal* no sentido de competição entre pessoas políticas para, por meio de favores fiscais e financeiros indevidos, atrair, aos seus territórios, investimentos privados.

<sup>20</sup>. Constituição Federal – “Art. 156 (‘omissis’) - § 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III, do ‘caput’ deste artigo (ISS), cabe à lei complementar: I- fixar as suas alíquotas máximas e mínimas” (esclareceu-se no parêntese). Enquanto a lei complementar em foco não for editada, os Municípios serão obrigados a cobrar, a título de ISS, pelo menos 2% (dois por cento) do preço dos serviços prestados (cfr. art. 88, do ADCT), ressalvadas algumas poucas exceções, que, para os fins deste artigo, não são relevantes. Também não lhes é dado reduzir, direta ou indiretamente, tal alíquota (2%), mediante a concessão de isenções, incentivos ou benefícios fiscais.

<sup>21</sup>. Constituição Federal – “Art. 155 (‘omissis’) - § 2º (‘omissis’) – XII- Cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

Igualmente não lhes é permitido promover a *guerra fiscal*, em matéria de imposto sobre a propriedade de veículos automotores – *IPVA*, baixando, além da conta, as alíquotas deste tributo, para induzir os proprietários de automóveis a registrá-los, não nos Municípios onde estão sediados ou domiciliados, mas nos Municípios localizados no Estado-membro que os tributa de modo benéfico (o que leva, diga-se de passagem, à prática, pelo declarante, do crime de falsidade ideológica).

III – Sempre nesta trilha, é interdito às pessoas políticas criar artifícios para diminuir a partilha – determinada pela Constituição Federal – de suas receitas tributárias.

Como se sabe, de regra, as pessoas políticas ficam com o produto da arrecadação de seus tributos, com o quê obtêm os *meios econômicos* que lhes permitirão atingir os *fins* que lhes são assinalados pela Constituição Federal.

A mesma Constituição Federal, porém, estipula que o produto da arrecadação de alguns tributos, seja partilhado entre as pessoas políticas. Tal circunstância em nada influi no princípio constitucional da *privatividade* das competências tributárias, uma vez que a pessoa política *beneficiária* não adquire o direito de tributar, em nome e por conta da pessoa política competente, mesmo quando esta, por inércia, deixa de criar *in abstracto* o tributo.

Entretanto, quando o tributo nasce *in concreto*, surge, *ipso facto*, para a pessoa política beneficiária, o direito subjetivo de, nos termos preestabelecidos na Constituição Federal, partilhar do produto arrecadado.

Especificamente acerca desta última observação, deixamos de logo registrada nossa firme convicção de que nenhuma “*razão de ordem pública*”, nenhum subjetivismo da pessoa política arrecadante, nenhum pacto entre Fisco e contribuinte, nenhuma eventual perda de recursos financeiros por parte de um ente federativo, podem sobrepor-se à vontade constitucional. Em última análise, cabe ao Poder Judiciário, quando invocado pela pessoa política preterida, fazer cumprir a Carta Federal.

Assim, por exemplo, a União deve entregar, do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e sobre produtos industrializados, “*vinte e um inteiros e cinco décimos por cento*” ao *Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal*, e “*vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento*” ao *Fundo de Participação dos Municípios* (é o que determina o art. 159, I, *a* e *b*, da *CF*). Deve, ainda, entregar, aos Municípios, 50% do produto da arrecadação do imposto territorial rural incidente sobre os imóveis (rurais) localizados em seus territórios (cf. vem estatuído no art. 158, II, da *CF*).

Ainda em exemplário armado ao propósito, os Estados-membros devem entregar aos Municípios: *a*) 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios (art. 158, III, da *CF*); e, *b*) 25% do produto da arrecadação do *ICMS* sobre operações ou prestações realizadas em seus territórios (art. 158, IV, da *CF*).

Este último assunto merece algumas considerações à parte.

**IIIa** – Conforme acabamos de aduzir, os Estados-membros devem entregar, aos Municípios localizados em seus territórios, parte do produto da arrecadação do ICMS.

A matéria encontra-se superiormente disciplinada nos arts. 158, IV, e seu parágrafo único; 160; e 161, I e III, todos da Constituição Federal; *verbis*:

*“Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...)*

*“IV- vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.*

*“Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:*

*“I- três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;*

*“II- até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual, ou, no caso dos territórios, lei federal. (...)*

*“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. (...)*

*“Art. 161. Cabe à lei complementar:*

*“I- definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I. (...)*

*“III- dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159”.*<sup>22</sup>

Como se vê, estes dispositivos preveem, para a distribuição, aos Municípios, dos três quartos do produto da arrecadação do ICMS, o critério da *proporção do valor adicionado*.

Compõem este *valor adicionado* – também chamado *valor adicionado fiscal* (VAF) – as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte transmunicipal e de comunicação, ocorridas no território de cada Município, conforme, diga-se de passagem, refere o seguinte trecho do voto do Min. Marco Aurélio, prolatado no RE 130.658-8 (SP); *verbis*:

*“Ora, aludindo-se ao fenômeno do acréscimo relativamente ao valor de mercadorias em trânsito e em transformação, surge o raciocínio em torno da produção de riqueza que, no caso é a resultante de atividade desenvolvida no âmbito do Município. Nisto está a justificativa plausível para a potencialização da parte atinente ao valor acrescido. Os três quartos a ela inerentes decorrem da circunstância de ser ter, a partir da área geográfica do próprio Município, circulação de mercadoria.*

*“Logo, somente é possível considerar na formação dos três quartos os valores referentes a alterações de entrada e saída de mercadorias, pois se há a primeira, mas não*

---

<sup>22</sup> Grifamos.

ocorre a segunda, não há como vislumbrar qualquer adição. O valor inicial permanece inalterado, não compondo, assim, a classe daqueles que sofrem modificação para mais ou positiva”.<sup>23</sup>

Registre-se que, por serem definidas na própria Carta Constitucional, as *participações* conferem a máxima segurança jurídica aos Municípios, quanto ao recebimento dos montantes a que têm jus. Na determinação dos percentuais a serem repartidos, não há espaço para nenhuma discricionariedade dos Estados-membros. Pelo contrário, a estes cabe fazer os repasses de ICMS, de modo célere, pontual e, evidentemente, correto.

**IIIb** – Aclarando os comandos constitucionais, a Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990, considera *valor adicionado*, para fins de partilha do ICMS aos Municípios, o correspondente ao “*das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil*” (art. 3º, § 1º, I).<sup>24</sup> Ao mesmo tempo, adnumera, agora em seu art. 3º, §§ 2º a 13, os critérios para o correto cálculo de tal *valor adicionado*.

Note-se que esta lei complementar, meramente *declaratória*, materializa o “*propósito de explicitação*” dos acima referidos ditames constitucionais. Deixa claro que as operações e serviços que dão direito ao *valor adicionado* a ser transferido devem ocorrer nos limites do território do Município.

**IIIc** – Em face do exposto, podemos traçar os parâmetros, constitucionais e complementares, que nortearão o deslinde do caso em Consulta; são eles: *a*) os Municípios têm o direito constitucional subjetivo de receber do Estado, 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS (art. 158, IV, da CF); *b*) três quartos, no mínimo, destes mesmos vinte e cinco por cento, corresponderão ao *valor adicionado* em seus respectivos territórios, ou seja, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do das prestações de serviços, deduzido o das mercadorias entradas, em cada ano civil (*cf.* art. 158, parágrafo único, I, da CF, c.c. o art. 3º, § 1º, I, da LC 63/90); *c*) até um quarto, sempre destes vinte e cinco por cento, serão creditados segundo critérios fixados em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da CF); e, *d*) é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego, aos Municípios, dos recursos, a este título, a eles atribuídos (art. 160, *caput*, da CF).

**IIId** – Resta, pois, evidenciado que, da aplicação das referidas normas e de outras que vierem a explicitá-las, não poderá decorrer, direta ou indiretamente, às claras ou de modo sub-reptício, qualquer redução ou distorção do direito constitucional ora em análise, que a Lei Complementar n.º 63/1990 tratou de operacionalizar e o fez de modo adequado.

Noutro giro verbal, os mencionados preceitos constitucionais e complementares, investem os Municípios do direito subjetivo de exigir dos Estados, rigorosa e

<sup>23</sup> DJ 02.10.2009.

<sup>24</sup> Redação dada pela Lei Complementar n.º 123/2006 (grifamos).

exatamente, as importâncias que lhes cabem, a guisa de participação no produto da arrecadação do ICMS. Nem mais, nem menos.

**IIIe** – Essas diretivas, diga-se de passagem, vêm sendo consagradas, de longa data, no Supremo Tribunal Federal. Tanto que, já nos idos de 1976, o festejado Min. Moreira Alves, tratando da quota do produto da arrecadação do então ICM, proclamava: “*nada pode ser retirado, a título de ressarcimento de despesas com a atividade arrecadadora, que inclui, em sua complexidade, a fiscalização*”<sup>25</sup>.

Mais tarde, no mesmo Pretório Excelso, a idéia foi reiterada; *verbis*: “*produto da arrecadação é tudo quanto foi arrecadado. Sem qualquer dedução, não autorizada pela Constituição*”.<sup>26</sup>

**III f** – Tal orientação ganhou foros de universalidade, acabando por converter-se na Súmula n.º 578, do STF, que, conquanto atine ao ICM (da Carta de 67/69), aplica-se, *mutatis mutandis*, ao atual ICMS; *verbis*:

“*Súmula 578. Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do imposto de circulação de mercadorias, atribuída aos Municípios, pelo art. 23, § 8º, da CF*”.

**III g** – Comentando tema análogo (participação dos Estados e Municípios no produto da arrecadação do hoje extinto *imposto único* sobre lubrificantes e combustíveis), os saudosos tributaristas Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, tiveram o ensejo de sustentar:

“*Foi ampla a discussão no Supremo, tendo sido a interpretação no sentido de que toda a dedução, retenção ou equivalente, que importe reduzir direito que a Constituição conferiu – em termos de **produto da arrecadação de tributos** devidos por umas pessoas políticas a outras – é vedado por inconstitucionalidade irremediável.*

“*Relativamente a estas duas questões a jurisprudência do Supremo é clara e firme, não ensejando dúvida quanto a seu alcance, nem possibilidade de alteração*”.<sup>27</sup>

A linha de raciocínio que permeia estas observações serve para indicar a melhor solução para a questão objeto do presente estudo: o direito constitucional dos Municípios à participação no produto da arrecadação do ICMS deve ser dimensionado, de modo a levar em conta (i) o local da ocorrência do fato imponible (fato gerador in concreto) deste tributo e, naturalmente, (ii) o total da arrecadação dos valores que, a este título, ingressaram nos cofres estaduais.

Evidentemente, o que cumpre verificar, no caso, é onde se deu o *fato imponible* do tributo, isto é, onde ocorreu a *conduta* que a lei de antemão considerou apta a desencadear o dever de recolher o ICMS, em suas várias configurações. E este local, como não há duvidar, absolutamente não pode ser falseado.

<sup>25</sup>. RTJ 82/200.

<sup>26</sup>. RE n.º 99.952-3-PR – Rel. Min. Alfredo Buzaid, j. 16.12.82.

<sup>27</sup>. “*Direito dos Estados e Municípios à Parte do Produto da Arrecadação do Imposto Único Sobre Lubrificantes e Combustíveis*”, in *Revista de Direito Público*, vol. 73, p. 119 (os negritos estão no original).

IV – Mas, afinal, onde entra, em todo este contexto, o *princípio da lealdade federativa*?

Muito simples. Aos Estados-membros é vedado procrastinar ou alterar o repasse da parcela do ICMS devida aos Municípios, a teor do art. 158, IV, da Constituição Federal.

Também afronta o *princípio da lealdade federativa*, a concessão de isenções do imposto sobre produtos industrializados – IPI, sobre operações com veículos automotores ou com eletrodomésticos (a chamada *linha branca*), o que diminui os repasses que, nos termos do já mencionado art. 159, I, da Constituição Federal, a União é obrigada a fazer, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Igualmente desconsidera o *princípio da lealdade federativa*, a concessão de benefícios fiscais, em matéria de imposto sobre a renda – IR, diminuindo, em consequência, o mesmo repasse constitucionalmente determinado.

V – Observe-se, sempre a propósito, que, capciosamente, a União, ao mesmo tempo em que mitiga a tributação por meio de IPI e de IR (tributos cujo produto arrecadado deve ser partilhado com as demais unidades federadas), exacerba a tributação por meio de contribuições sociais, que não estão submetidas a esta regra (a Constituição não a obriga a repassar nem um centado do que arrecada a título de contribuições sociais). Como se vê, a União “*cumprimenta com chapéu alheio*”.

Mas, pior do que isso: a União exacerba principalmente a tributação por meio de contribuições sobre a folha de salários, cujo produto arrecadado não está sequer submetido ao controle orçamentário. Aliás, o Brasil, que se saiba, é o único país do mundo que onera a folha de salários, estimulando a mecanização e, em consequência, desestimulando a contratação de mão-de-obra.

Lamentavelmente, os exemplos poderiam ser multiplicados, que são legião.

Em suma, em homenagem ao *princípio da lealdade federativa*, é interdito às pessoas políticas burlar os repasses das receitas tributárias, determinados pela Constituição Federal. O que elas podem, quando muito, é conceder isenções, benefícios ou incentivos fiscais, com a parte que lhes compete do produto arrecadado. Não, com a parte cabente, nos termos da Constituição, às demais pessoas políticas.

VI – Quem focou bem o assunto que ora faz nossos cuidados foi o Min. Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o RE 572.762-9/SC e o RE 705.423/SE, este último com repercussão geral reconhecida, nos termos do art. 543-A, § 1º, do CPC.

O eminente magistrado decidiu, em síntese, que as pessoas políticas podem, em matéria tributária, conceder incentivos, isenções, benefícios fiscais etc., desde que o façam com a parte do produto arrecadado que lhes compete, ou seja, preservando as parcelas cabentes, nos termos da Constituição Federal, às demais pessoas políticas. Não podia decidir mais, nem melhor.

Para deixar mais clara a idéia, permitimo-nos dar dois exemplos: 1º) a União pode conceder benefícios fiscais de IR e de IPI, mas com a parcela que lhe cabe do

produto arrecadado destes tributos, preservando as que a Constituição determinou fossem destinadas às demais pessoas políticas; e, 2º) os Estados podem abrir mão de parte do produto arrecadado do ICMS, desde que não bulam nos 25% que pertencem aos Municípios. Que “*cumprimenter*”, pois, com os “*próprios chapéus*”.

## 6. Conclusão

Diante do exposto, podemos concluir que, em homenagem aos *princípios federativo e da lealdade federativa*, (i) é vedada a *guerra fiscal*; (ii) os repasses das quotas financeiras constitucionalmente devidas às pessoas políticas (cfr. arts. 157, 158 e 159, da CF), não podem ser afetados pelas desonerações tributárias que a União e os Estados-membros concedem aos seus contribuintes; e, (iii) os Municípios têm o direito constitucional subjetivo de receber do Estado, 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS (art. 158, IV, da CF), sendo que: a) 3/4, no mínimo, destes mesmos 25%, corresponderão ao *valor adicionado* em seus respectivos territórios, ou seja, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do das prestações de serviços, deduzido o das mercadorias entradas, em cada ano civil (cfr. art. 158, parágrafo único, I, da CF, c.c. o art. 3º, § 1º, I, da LC 63/90); b) até 1/4, sempre destes 25%, serão creditados segundo critérios fixados em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da CF); e, c) é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego, aos Municípios, dos recursos, a este título, a eles atribuídos (art. 160, *caput*, da CF).

## 7. Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo e GIARDINO, Cléber. “*Direito dos Estados e Municípios à Parte do Produto da Arrecadação do Imposto Único Sobre Lubrificantes e Combustíveis*”, *in Revista de Direito Público*, vol. 73, pp. 106 a 120.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Dell’Ordinamento Giuridico*. Turim, Giappichelli Editore.

BORGES, José Souto Maior. “*Eficácia e hierarquia da lei complementar*”. *Revista de Direito Público* n.º 25, pp. 93 e ss.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed., vol. II, trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1962.

LAMARÃO, Patrícia. “O princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas”. *Revista Consulex*, agosto/2010.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo, Saraiva, 1988.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito Constitucional*. Vol. 3. São Paulo, Max Limonad, 1960.

# Atuação judicial da Câmara Municipal

*Andréa Rascovski Ickowicz<sup>1</sup>*

**Resumo:** Trata-se de texto tendente a apresentar a atual visão do Poder Judiciário, e da própria Administração, acerca do alcance da atuação judicial por parte das Casas Legislativas, em especial das Câmaras Municipais.

**Palavras-chave:** Capacidade processual. Câmara Municipal.

## I. Introdução

Ainda recém-formada, deparei-me com edital de concurso público para o cargo de advogado da Câmara Municipal de São Paulo.

Porém, logo após fazer a inscrição para tal certame, temores surgiram em minha mente: em que medida a Câmara Municipal poderia atuar em juízo?

Amante da área contenciosa desde os tempos de estágio, essa dúvida me atemorizava...será que o Legislativo possuiria capacidade para atuar em juízo ou tal mister seria desempenhado apenas pela Procuradoria do Executivo Municipal? Como se daria a representação em juízo dos Legislativos?

Foi com grande interesse que fui descortinando as possibilidades de atuação judicial por parte da Edilidade – o que vem sendo reconhecido, de forma contundente, pela doutrina e jurisprudência pátrias, mas não de forma tão ampla, como será delineado.

## II. A capacidade processual e a natureza jurídica das Câmaras Municipais

Inicialmente, há que se relembrar que a capacidade processual constitui um dos “pressupostos processuais subjetivos” (artigo 267, IV, CPC), necessário, portanto, ao desenvolvimento válido e regular do processo. Sob esse prisma, estabelece o artigo 7º do Código de Processo Civil que “Toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo” – o que denotaria a premissa de que apenas as ‘pessoas’ (físicas ou jurídicas), seriam titulares de ‘capacidade processual’.

---

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela PUC/SP e título de especialista, pela mesma instituição, em direito do consumidor. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura de SP.

Nesse sentido, ao definir a capacidade processual, indica o I. Mestre Humberto Theodoro Júnior<sup>2</sup>: “A capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio”.

Todavia, complementando tal ideia, esclarece o Professor Daniel Amorin Assumpção Neves<sup>3</sup> que “**A capacidade de ser parte (personalidade judiciária ou personalidade jurídica)** diz respeito à capacidade do sujeito de gozo e exercício de direito e obrigações (art. 1º CC), existindo para as pessoas físicas, pessoas jurídicas, pessoas formais (art. 12 do CPC), e a **maioria dos entes despersonalizados, tais como as mesas dos corpos legislativos para as ações de mandado de segurança**” – definição essa que já denota a **ampliação da interpretação literal do artigo 7º do Código de Processo Civil**.

Aliás, a própria norma adjetiva civil previu hipóteses em que ‘pessoas formais’, destituídas de personalidade jurídica, poderiam atuar judicialmente na defesa dos seus direitos, como é o caso da massa falida, herança jacente ou vacante, espólio, sociedades sem personalidade jurídica e condomínio (artigo 12, incisos III, IV, V, VII e IX CPC).

Em relação aos **órgãos públicos**, tirante a previsão expressa do **artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor** – o qual outorga legitimidade para defesa coletiva de direitos do consumidor às entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta - inexistente previsão legal expressa de atuação judicial desses em nome próprio. Em regra, **são representados pela pessoa jurídica a que pertencem** (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal). Nesse sentido preleciona o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup>: “**A atuação dos órgãos é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa juridicamente**. A representação legal da entidade é atribuição de determinados *agentes* (pessoas físicas), tais como os Procuradores judiciais e administrativos e, em alguns casos, o próprio Chefe do Executivo (CPC, art. 12, I, II e VI). Não se confunda, portanto, a imputação da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a representação desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certos agentes”.

Mesmo nessas hipóteses, por vezes, órgãos independentes ou autônomos podem ter prerrogativas funcionais próprias, as quais, se violadas, admitem defesa através do respectivo Mandado de Segurança. Ao contrário, órgãos superiores e subalternos, em razão de sua hierarquização, não podem demandar judicialmente outros órgãos, sendo certo que eventuais conflitos devem ser dirimidos pela autoridade superior<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 53ª ed., v. I, p. 96.

<sup>3</sup> *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2012, 4ª ed., p. 57.

<sup>4</sup> Atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, 39ª ed., p. 71.

<sup>5</sup> Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles. *op. cit.*, pgs. 70 e 71.

Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Ação Originária nº 1706-DF entendeu o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, em ação proposta face ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que seria possível que tal Conselho figurasse como autoridade coatora nos ‘*writs*’ constitucionais. Porém, na hipótese que se encontrava em análise “a legitimação passiva “ad causam” referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de **as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ**”.

No que tange à **natureza jurídica das Câmaras Municipais**, não se tratam de simples órgãos da Administração Municipal, qualificando-se como um dentre os Poderes integrantes do Município: o **Poder Legislativo**. Possui previsão constitucional, com várias de suas especificidades e atribuições (artigos 29, “caput” e incisos I, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, 29-A e 31), com **especial atenção às suas funções legislativas e fiscalizadoras (inciso XI), de forma totalmente independente do Poder Executivo local (artigo 2º CF)**.

Sob esse enfoque, aponta Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup> que “Como órgão colegiado, a **Câmara delibera pelo plenário, administra-se pela Mesa e representa-se pelo presidente**. No exercício de suas atribuições, o plenário vota leis e demais atos normativos previstos na lei orgânica local; a Mesa executa as deliberações do plenário e expede os atos de administração interna e de administração de seu pessoal; o presidente representa e dirige a Câmara, praticando os atos de condução de seus trabalhos e de relacionamento externo da instituição com outros órgãos e autoridades, especialmente com o prefeito, praticando, ainda, os atos específicos da promulgação de leis, decretos legislativos e resoluções da Mesa” (destaque nosso).

Como decorrência da ampla atribuição dos Legislativos dos Municípios – assim como dos demais legislativos da Federação (Assembleias, Senado, Câmara dos Deputados) – é imperiosa a possibilidade da respectiva defesa dessas funções/atribuições perante o Poder Judiciário (seja no polo ativo ou passivo), sob pena de violação aos **princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional** (artigo 5º, inciso XXXV) e da **independência e harmonia entre os Poderes** (artigo 2º CF), ambos caracterizados como **cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, incisos II e IV CF)**.

A indispensabilidade de outorga de capacidade processual ao Legislativo é mais patente na ocorrência de situações em que os interesses do Legislativo – **Poder autônomo e independente (art. 2º CF)** - são **dissonantes** ao do Executivo, não sendo possível, portanto, que aquele seja representado pela pessoa política respectiva; representada, na prática, pela Procuradoria do “Poder Executivo”.

Foi percebendo a importância de tal situação que o saudoso Jurista e Ministro **Dr. Victor Nunes Leal**, ainda nos idos de 1948, publicou artigo que teve por foco a

<sup>6</sup>Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Agravo Regimental na Ação Originária 1706/DF, União x CNJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJE 33, publicado em 18/02/2014, v.u..

<sup>7</sup>Atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, 15ª ed., p. 604.

análise de decisão então exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que havia admitido o Mandado de Segurança nº 55, impetrado pela Câmara Municipal de Guaporé, tendente a impugnar ato do Prefeito. Tal artigo foi intitulado de “**Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais**”<sup>8</sup>.

Naquela ocasião, apontou o I. Jurista:

*“Parece-nos, data vênia, que é impossível negar certos direitos das câmaras municipais, reconhecidos em texto expresso das constituições estaduais e das chamadas leis orgânicas dos municípios. Não resta dúvida de que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbido da função deliberativa na esfera local. Sendo, entretanto, um órgão independente do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas conseqüências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, direitos, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas”.*

E na mesma oportunidade observou, relativamente aos demais Legislativos:

*“A tese não é, aliás, verdadeira apenas para as Câmaras Municipais. Em certos casos não é possível negar-se personalidade judiciária a qualquer dos órgãos legislativos da União e dos Estados. Suponhamos que a Imprensa Oficial, por ordem do Executivo, comece a censurar a publicação dos debates parlamentares, à semelhança do que ocorreu durante a preparação do golpe de 37. É evidente que um caso dessa natureza evidencia uma crise política que provavelmente não poderá encontrar solução judiciária. Mas, em tal hipótese, quem hesitaria em aconselhar o uso do mandado de segurança, a fim de garantir a publicidade integral dos debates parlamentares, para preferir o processo de responsabilização do Presidente da República, a não ser pessoa interessada em precipitar a crise? E o titular da ação não seria, no exemplo citado, a casa legislativa interessada, mesmo que lhe não se reconheça personalidade jurídica?”.*<sup>9</sup>

<sup>8</sup>Revista de Direito Administrativo, vol. 15, p. 46 (janeiro-março/1949) e Problemas de Direito Público, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 424.

<sup>9</sup>Op. cit., págs. 438/439.

Doutrina e jurisprudência<sup>10</sup> passaram a perfilhar o mesmo entendimento; posição esta que pode ser sintetizada na clássica lição do Mestre Hely Lopes Meirelles<sup>11</sup>:

“...A possibilidade de a Câmara agir judicialmente contra o prefeito decorre de sua **autonomia em relação ao Executivo local**. “Essa autonomia – aduz Nunes Leal – não pode ser entendida com competência não garantida, incapaz, portanto, de se afirmar, quando contestada ou violada. Se assim fosse não estaríamos diante de uma realidade política e jurídica, mas diante de um conceito vazio, autêntica mistificação constitucional”.

O que não se admite é que a Câmara ingresse em juízo em nome do Município ou a pretexto de defendê-lo em demandas com terceiros relativas a negócios administrativos da competência privativa do Executivo local. Em tais casos só será admissível a intervenção judicial do próprio Município, legalmente representado pelo prefeito. Certo é, entretanto, que ato ilegal e lesivo do patrimônio municipal pode ser invalidado em ação popular ajuizada por qualquer cidadão pertencente à Câmara ou estranho a ela. Tal ação, embora possa ser exercitada por qualquer veedor, como cidadão (eleitor), não poderá sê-lo pela Câmara, que não dispõe do requisito constitucional da cidadania, exigido para o exercício da ‘actio popularis’.

Quanto ao mandado de segurança, a Câmara poderá impetrá-lo sem outras restrições senão quanto ao objeto, que há de ser sempre a defesa de seus direitos institucionais. Sendo a Câmara um órgão despatriomonalizado, todas as vantagens e encargos de ordem pecuniária decorrentes do julgado reverterão à Fazenda Municipal ou serão por esta suportados...”.

Ainda no âmbito doutrinário, vários estudiosos se debruçaram sobre esse tema<sup>12</sup>.

<sup>10</sup>Apud *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, 15ª ed., p. 612; James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, p. 192; José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Português*, v. I, p. 23; Lopes da Costa, *Direito Processual Civil*, v. I, p. 286.

<sup>11</sup>*Op. cit.*, pg. 613.

<sup>12</sup>José dos Santos Carvalho Filho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado. Personalidade Judiciária de órgãos públicos*, n. 11 – julho/setembro/2007. Bahia: IBDP. ISSN 1981-187X.

Célio César Paduani. *A Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Minas gerais. Edição 1/2000, ano XVIII.

Igor da Silva de Menezes. *Anotações acerca da capacidade judiciária das câmaras municipais: Uma proposta de responsabilização da câmara por seus atos de gestão*. *Revista de Direito Público*. Londrina. V. 6, n. 1, págs. 111-126, jan./abril 2011.

Sob o aspecto jurisprudencial e da prática forense, delineiam-se outras situações não aventadas pela doutrina, cabendo apontar que em artigo publicado no site “Migalhas”<sup>13</sup>, o I. colega Procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Dr. Sérgio Ferrari, procedeu a minucioso exame das demandas em que poderá haver intervenção da Edilidade como parte.

### III. Jurisprudência acerca da capacidade processual do Poder Legislativo

A despeito de se tratar de debate antigo, conforme exposto no item precedente, em várias oportunidades os Tribunais pátrios foram e ainda são provocados a se manifestarem sobre o tema em questão.

O **Superior Tribunal de Justiça**, na qualidade de intérprete nacional da norma federal (art. 105, III CF), vem admitindo a capacidade processual da Câmara Municipal “para postular direito próprio (atos *interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas”.

Para melhor entender o alcance prático de tal exegese, à título ilustrativo, passa-se à exposição de algumas demandas que foram objeto de análise por parte do Tribunal referido<sup>14</sup>:

1. **Recurso Especial nº 696.561/RN<sup>15</sup>**: tratava-se de **Mandado de Segurança preventivo**, impetrado por Câmara Municipal contra ato do Superintendente e do Chefe Regional do INSS, objetivando que as autoridades coatoras **abstivessem-se de proceder à cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios pagos mensalmente aos vereadores do município**. A 1ª Turma do STJ deu provimento ao recurso para reconhecer a **ilegitimidade da Edilidade para figurar como Impetrante** (o TRF 5ª Região havia reconhecido a legitimidade). Observo, todavia, que o julgado em questão foi fundamentado em precedentes em que a Edilidade figurava no polo passivo de ações de cobrança. Também nesse sentido: Recurso Especial nº 1109840/AL;
2. **Recurso Especial nº 946.676/CE<sup>16</sup>**: **Ação Rescisória** proposta pela Câmara Municipal, objetivando a **desconstituição de acórdão em que foi reconhecida a legalidade e constitucionalidade da incidência de**

<sup>13</sup> Sérgio Ferrari. *Advocacia pública no poder legislativo e atuação contenciosa: alguns mitos e horizontes*. Migalhas –www.migalhas.com.br. 1.04.2013.

<sup>14</sup> www.stj.jus.br.

<sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial 696.561/RN, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24/10/2005, v.u..

<sup>16</sup> Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial 946.676/CE, Relator Ministro José Delgado, DJ 19/11/2007, v.u..

**contribuição previdenciária sobre o subsídio percebido por agentes políticos.** A 1ª Turma do STJ deu provimento ao recurso para reconhecer a **ilegitimidade da Edilidade para figurar como Autora** (o TRF 5ª Região havia reconhecido a legitimidade);

3. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 618/GO<sup>17</sup>:** a Corte Especial do STJ negou provimento ao Agravo, **reconhecendo a legitimidade da Câmara Municipal** para requerer **suspensão de tutela antecipada** que havia reconduzido ao cargo de Prefeito Municipal o agente público que tivera os seus direitos políticos suspensos por motivo de improbidade administrativa. Na ocasião, indicou-se, inclusive, precedentes do STF no mesmo sentido (SS 300-AgRg/DF; SS 936-AgRg/PR; SS 954/PR; SS 2.121-AM);
4. **Recurso Especial nº 904.548/PR<sup>18</sup>:** Recurso Especial interposto por Câmara Municipal, a qual **figurou como Ré em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual** tendo por objeto o **critério de proporcionalidade para a fixação do número de vereadores**. Não se impugnou a legitimidade da Edilidade para tanto;
5. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 949.899/SP<sup>19</sup>:** tratava-se de Agravo interposto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, tendente a ver reconhecida sua legitimidade para interposição de Recurso Especial em **ação de rito ordinário em que o autor, ocupante de cargo em comissão no quadro de servidores da Assembleia Legislativa, pleiteava o reconhecimento de seu direito à aposentadoria**. O STJ decidiu pela ausência de capacidade recursal para tanto, assentando que **“não tem, por conseguinte, legitimidade para recorrer ou apresentar contra-razões em ação envolvendo direitos estatutários de servidores”**. Também nesse sentido: AgRg no AREsp 69.764/AP;
6. **AgRg no AREsp nº 44.971/GO<sup>20</sup>:** “**Tratando-se de ação ordinária em que os autores, servidores do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, postulam a equiparação de seus vencimentos, a qual fora julgada procedente, a legitimidade recursal recai na Fazenda**

<sup>17</sup> Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença 618/GO, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 11/02/2008, v.u..

<sup>18</sup> Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial 904.548/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 04/12/2008, v.u..

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial 949.899/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 02/02/2009, v.u..

<sup>20</sup> Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Agravo Regimental no AREsp 44.971/GO, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 05/06/2012, v.u..

**Pública do Estado de Goiás, tendo em vista que tal matéria extrapola a mera defesa das prerrogativas institucionais da Assembleia Legislativa, assim compreendidas aquelas eminentemente de natureza política. Precedentes do STJ”;**

7. **AgRg no Recurso Especial nº 1.403.583<sup>21</sup>: “a Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica autônoma que lhe permita figurar no polo passivo da obrigação tributária ou ser demandada em razão dessas obrigações. Sujeito passivo da contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de membros da Câmara Municipal é o Município, pessoa jurídica de direito público”** (Precedente: REsp n. 573.129/PB, DJ 4.9.2006, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Também os Tribunais locais, em diversas oportunidades, já se manifestaram sobre a matéria, cabendo mencionar interessante decisão exarada pelo **Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0005604-89.2009.8.26.0045<sup>22</sup>** em que Câmara Municipal interpôs ação em face da **Telefônica**, pretendendo a **anulação de lançamentos de débitos, cumulada com devolução em dobro de valores pagos indevidamente**. O Tribunal entendeu pela **ilegitimidade da Edilidade** para tanto, asseverando que **“somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão**. No caso, a ação não poderia ter sido proposta pela autora porque a presente demanda envolve questão de cunho patrimonial”.

E na qualidade de guardião da Carta Magna, também se pronunciou a Suprema Corte sobre a matéria. Nos autos da **ADI 1557-5/DF<sup>23</sup>**, que teve por objeto a Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal nº 9, de 12.12.96, a qual criou a Procuradoria Geral para consultoria, assessoramento jurídico e representação judicial da Câmara Legislativa, manifestou-se nos seguintes moldes: **“a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos**. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93.”.Releve-se que na mesma oportunidade foi indicado que o **inciso V da norma impugnada – que previa como função institucional da Procuradoria**

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Agravo Regimental no REsp 1.403.583, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 25/06/2014, v.u..

<sup>22</sup>TJSP, 9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação 0005604-89.2009.8.26.0045, Relator Desembargador Adilson de Araújo, publicado 18/07/2014.

<sup>23</sup>Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn 1557/DF, Rel. Ministro Ellen Gracie, DJ 18.06.2004, v.u..

da Câmara Legislativa a cobrança judicial de suas dívidas – já havia sido revogada por norma posterior (artigo 1º da Emenda nº 14, de 24.03.97), aliado ao fato de que, no início da demanda, a liminar concedida suspendeu os efeitos de referida prescrição.

Ainda, nos autos do **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 595.176/DF**<sup>24</sup>, o Supremo Tribunal Federal apontou, de forma didática, a motivação do reconhecimento da capacidade processual aos Legislativos:

**“...Todos os chamados “Poderes do Estado” possuem prerrogativas constitucionalmente asseguradas, sem as quais não seria possível efetivar, na prática, o que denominamos de “sistema de freios e contrapesos”, tão útil à limitação do arbítrio.**

Todavia, muitas vezes um dos poderes é sufocado por outro, em geral o Poder Executivo, cuja afinidade com a pessoa federativa – a única que poderia defender direitos em juízo – é mais direta. Evidentemente, **se man-tivéssemos as prerrogativas de cada Poder na esfera exclusivamente política, admitiríamos, em alguns casos, a submissão de um perante outro. Isso ofenderia não só a separação de poderes como também a supremacia da Constituição, pois é a própria Carta que institui as competências de cada qual.**

Foi para sanar esse tipo de problema que esta Corte passou a entender que as prerrogativas constitucionalmente asseguradas aos Poderes do Estado traduzem direitos-função, sindicáveis no juízo competente. E disso decorreria o reconhecimento de sua personalidade judiciária...”(destaques meus).

Todavia, no caso que se encontrava em exame, a Suprema Corte **afastou o reconhecimento de legitimidade do Legislativo**, asseverando:

“O que há na origem, é um **mandado de segurança impetrado por candidato a concurso público, insatisfeito com sua eliminação**. Concedida a segurança, argumenta o órgão legislativo que teria legitimidade para recorrer, em nome próprio, pois estaria em jogo alegada competência privativa para prover cargo público de sua estrutura.

Mas isso não basta. Seria preciso comprovar, também, que o tão-só fato de o Distrito Federal defender em juízo a alegada competência da Câmara Legislativa importaria em risco efetivo ao sistema de freios e contrapesos. Como isso não foi

<sup>24</sup>Supremo Tribunal Federa, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 595.176/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 03.12.2010, v.u..

demonstrado, prestígio a orientação predominante nesta Corte, segundo a qual a legitimidade é da pessoa jurídica de que faz parte o órgão despersonalizado.”.

#### IV. Da prática vivenciada no âmbito do Legislativo Paulistano

O Legislativo Paulistano, através de sua Procuradoria, ciente de sua importância ante a qualificação de Legislativo da maior cidade do Brasil e da América do Sul, inclusive no que tange ao índice populacional<sup>25</sup>, sempre procurou interpretar de forma ampla aquilo que doutrina e jurisprudência denominam como “defesa de prerrogativas”, para fins de capacidade judicial.

E com o fito de melhor ilustrar a atuação judicial, aponta-se algumas demandas em que a Edilidade Paulistana intervém, indicando também casos específicos, em que já figurou como parte:

- a. Prestação de informações, através de seu Presidente, assistido pelos Procuradores, em Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Tribunal de Justiça local, tendo por objeto normas do respectivo Município (artigo 125, § 2º CF, artigo 6º Lei nº 9.868/99 e artigo 226 do RITJSP) – momento esse em que são invocadas, inclusive, eventuais matérias preliminares ao mérito;
- b. Interposição de Recursos Especial e/ou Extraordinário, tendentes a impugnar acórdãos do Tribunal de Justiça local que declaram a inconstitucionalidade via controle concentrado;
- c. Prestação de informações, através de seu Presidente, assistido por seus Procuradores, nos *writs* constitucionais – ocasião em que também são aduzidas eventuais matérias preliminares;
- d. Interposição de recursos cabíveis, tendentes a impugnar decisões contrárias ao interesse da Edilidade Paulistana, nos *writs* constitucionais, bem como apresentação de contrarrazões nesses mesmos processos. Releve-se que em várias situações a Edilidade Paulistana interpôs e interpõe recursos e contrarrazões em hipóteses em que, em Mandado de Segurança, se encontra em discussão **ato administrativo envolvendo direitos de servidores**, sendo certo que seus recursos sempre foram recebidos no âmbito de todos os Tribunais (v.g., STF<sup>26</sup> – **Agravo de Instrumento em Re-**

<sup>25</sup>sp450anos.terra.com.br/interna/O,OI236169-EI2551,00.html; pt.wikipedia.org/wiki/São\_Paulo\_(cidade).

<sup>26</sup> www.stf.jus.br.

curso Extraordinário nº 675.043, Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 410.096, Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 632.960, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 327.915; STJ<sup>27</sup>- Agravo em Recurso Especial nº 522.589, Recurso Ordinário nº 27.966, Agravo em Recurso Especial nº 533.229, Agravo em Recurso Especial nº 163.407, Recurso Ordinário nº 45.857, Agravo de Instrumento nº 827.169);

- e. Propositura de **Reclamações** para fins de preservação de competência e garantia da autoridade dos Tribunais Superiores (artigos 102, inciso I, “I”, 105, inciso I, letra “f”). À título ilustrativo, foram propostas pela Edilidade Paulistana: **STF - Reclamação nº 10.018**<sup>28</sup> em razão de decisão exarada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 990101285177, que teve curso perante o Tribunal de Justiça de São Paulo; **Reclamação nº 13.383** em razão de decisão exarada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0019255-27.2012.8.26.0000 (TJSP); **Reclamação nº 13.818** em razão de decisão exarada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 01214806220118260000 (TJSP). Especificamente sobre esse tema, nos autos da **Reclamação nº 11.360 (STF)**, o Exmo. Ministro Celso de Mello, afastou a legitimidade ativa da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que **qualquer Câmara Municipal pode figurar no polo ativo dos processos de Reclamação**, mas, para tanto, **é preciso que seja sujeito processual**;
- f. Pedidos de Suspensão de Segurança nas hipóteses do artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). *V.g., SS 3591 (STF)*, em que se formulou pleito de suspensão dos efeitos de liminar concedida no bojo de Comissão Processante de Inquérito, nos autos do Mandado de Segurança nº 163.892-0/0-00 (TJSP); **SS 1656 (STJ)**, em que se formulou pleito de suspensão dos efeitos de liminar concedida no bojo do Mandado de Segurança nº 134.841.0 (TJSP);
- g. Ações de reintegração de posse em áreas do prédio em que o Legislativo desenvolve seus trabalhos;
- h. Informações em Ações de Descumprimento de Preceito, perante a Suprema Corte (ADPFs 98, 109, 173, 272);

---

<sup>27</sup> [ww2.stj.jus.br](http://ww2.stj.jus.br).

<sup>28</sup> [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

- i. Informações em ações de Mandados de Injunção (TJSP n<sup>os</sup>. 0039338-30.2013.8.26.0000, 0568178-95.2010.8.26.0000, 0231479-18.2009.8.26.0000);
- j. Atuação do Legislativo Paulistano em ação de rito ordinário que teve por objeto discussão acerca da legalidade da contribuição sindical dos servidores efetivos;
- k. Ação de procedimento ordinário, discutindo a rejeição de contas do Poder Executivo;
- l. Pedido de intervenção do Legislativo, na qualidade de *amicus curiae*, em controle concentrado de inconstitucionalidade (ADIn STF 4170);
- m. Intervenção do Legislativo em incidente de inconstitucionalidade (controle via incidental) no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (autos n<sup>o</sup> 0079421-25.2012.8.26.0000);
- n. Ações de rito ordinário e Mandados de Segurança envolvendo atos praticados por Comissões Parlamentares de Inquérito, inclusive com interposição de recursos cabíveis;
- o. Atuação em Mandados de Segurança envolvendo matéria de licitações e contratos, inclusive com interposição de recursos cabíveis;
- p. Propositura de ação, juntamente com a Prefeitura do Município de São Paulo, em ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, tendente ao refazimento de obra no prédio da Edilidade, com pedido eventual de conversão em indenização.

Frise-se que as atuações acima indicadas foram apontadas a mero título exemplificativo, devendo-se analisar, na hipótese em concreto, tal possibilidade (defesa de prerrogativa ou ação específica que demande a intervenção do Legislativo).

Aliás, não é demais esclarecer que em razão do curso do Processo Legislativo n<sup>o</sup> 392/2005 - que culminou na edição da Lei do Município de São Paulo n<sup>o</sup> 14.250/2007, a qual reestruturou o órgão jurídico do Legislativo Paulistano - o Conselho da Procuradoria do Município de São Paulo, a pedido da Associação dos Procuradores do Município de São Paulo exarou parecer a respeito, onde concluiu, *in verbis* (Processo Administrativo PMSP 2005-0.204.674-7 – fls. 59/69):

“(…)No que concerne à competência atribuída à Procuradoria da Câmara dispõe o artigo 1<sup>o</sup> do Projeto de Lei, entre outras, “atuar judicial e

administrativamente na defesa dos interesses e prerrogativas da Câmara Municipal de São Paulo, do Sr. Presidente e na defesa judicial dos Senhores Vereadores, no tocante aos atos praticados no exercício de suas prerrogativas, e desde que expressamente solicitado por estes últimos e autorizado pela Mesa”.

Aqui também, s.m.j., **não há qualquer usurpação de competência da Procuradoria Geral do Município, como, aliás, já manifestado pela sua Assessoria Jurídico-Consultiva no parecer sob ementa nº 10.712**, ao qual nos reportamos, que assim concluiu:

“4 – Assim, na esteira do entendimento jurisprudencial já consolidado e dos pronunciamentos já exarados por esta Assessoria, compete ao Município, por intermédio da Procuradoria Geral do Município, representar em Juízo os interesses da Fazenda Municipal, aí compreendidos, também os direitos da Câmara Municipal e Tribunal de Contas do Município. Estes, por sua vez, poderão se fazer representar autonomamente sempre que se fizer necessária a defesa de suas prerrogativas institucionais e dos seus interesses peculiares.

Como se observa, o dispositivo do Projeto de Lei – artigo 1º, inciso V, que trata mais especificadamente da representação da Câmara em juízo, não conflita com as atribuições da PGM, uma vez que **assegurado à Edilidade representar-se judicialmente quando se tratar da defesa de seus interesses e prerrogativas(...)**”

Sobre o quê se entenderia por “**prerrogativas institucionais**” e “**interesses peculiares**”, que justificariam a capacidade judiciária do Legislativo para se defender em juízo, aclarou o mesmo parecer com Ementa de parecer anteriormente exarado (PGM/AJC nº 10.712):

*“(...) sempre que o objeto da demanda disser respeito a um evento que possa repercutir na Fazenda Municipal – e essa repercussão deve ter conteúdo patrimonial (ou meramente institucional) -, então a defesa da Fazenda deverá ser promovida pela Procuradoria Geral do Município. Por outro lado, se o móvel do litígio puser em risco a independência ou o funcionamento do Poder Legislativo municipal, neste caso tanto a Câmara quanto o Tribunal de Contas poderão figurar em Juízo para defender seus direitos institucionais próprios, seja no polo ativo, seja no polo passivo.”*

E já sob a égide da Lei do Mandado de Segurança nº 12.016/2009, a Procuradoria Geral do Município de São Paulo, ao ser intimada de liminar deferida em Mandado de

Segurança impetrado por empresa que participava de certame no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, e ciente de que esta já haviam sido opostos recurso de Embargos de Declaração por parte do Legislativo Paulistano, que culminaram com a revogação da liminar inicialmente, remeteram o expediente respectivo para a Edilidade, para prosseguimento no acompanhamento do feito pelo respectivo Poder Legislativo, haja vista a **constatação de que a autoridade apontada como coatora já se encontrava “devidamente representada nos autos, pela Procuradoria Legislativa”<sup>29</sup>**.

Tal prática acaba por deflagrar a exegese de que, ausente qualquer efeito patrimonial, o **“órgão de representação da pessoa jurídica interessada”**, para fins do artigo 7º, inciso II da Lei do Mandado de Segurança, em *mandamus* impetrados em razão de ato praticado no âmbito do Legislativo, deve ser **o próprio Legislativo**, sem se olvidar que a própria lei prevê a interposição de recurso também por parte da autoridade coatora (artigo 14, § 3º Lei nº 12.016/2009).

## V. Conclusão

Especialmente como decorrência do princípio constitucional da independência e separação dos Poderes (artigo 2º CF), não se pode negar ao Poder Legislativo, genericamente considerado (Senado, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e Câmara Distrital), a possibilidade de atuação judicial.

E essa **atuação deve ser permitida da forma mais ampla possível, tendo por limite a questão orçamentária**, haja vista que não possuem dotação própria para pagamento de precatórios (artigo 100 CF), nem mesmo orçamento próprio, mas mera dotação orçamentária, com repasse dos respectivos duodécimos (artigo 168 CF).

Por outras palavras, em todas as demandas em que a pretensão deduzida tenha por efeito condenação em pagamento – ou recebimento por parte da Administração – entende-se, de fato, pela ausência de capacidade para o Legislativo figurar na demanda correspondente.

Todavia, ao que parece, em alguns julgados, nossos Tribunais vem limitando a capacidade de atuação judicial do Legislativo. Tal se verifica, *v.g.*, quando se veda ao Poder Legislativo a possibilidade de discutir em juízo a abstenção de se proceder à cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre subsídios pagos mensalmente aos vereadores do município.

Em tal situação, estar-se-ia vedando ao próprio Legislativo sua autonomia administrativa na gerência de seus duodécimos, em consonância ao entendimento administrativo do próprio Legislativo acerca da questão previdenciária incidente.

Nesse particular, recordo-me que logo após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 houve dúvidas acerca da inserção previdenciária dos titulares de cargos

---

<sup>29</sup> TID nº 11228648 – Ofício 436/2013/JUD 31 – Informação nº 2576/2013-JUD.G.

em comissão, sendo certo que os Poderes Legislativo e Executivo do Município de São Paulo, àquela ocasião, adotaram posicionamentos distintos. Não seria correto, sob pena de inobservância ao princípio da independência e separação dos Poderes, impor ao Poder Legislativo a adoção de determinado entendimento, vedando que este fosse discutido pelo mesmo em juízo.

Compete às Procuradorias ou órgãos jurídicos dos Legislativos em geral demonstrar a importância desse Poder, defendendo, de forma mais ampla junto ao Poder Judiciário, não apenas sua prerrogativa política, mas também administrativa.

## Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. *Revista Eletrônica de Direito do Estado. Personalidade Judiciária de órgãos públicos*, n. 11 – julho/setembro/2007. Bahia: IBDP. ISSN 1981-187X.

FERRARI, Sérgio. *Advocacia pública no poder legislativo e atuação contenciosa: alguns mitos e horizontes*. Migalhas –[www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br). 1.04.2013.

MEIRELLES, Hely Lopes, atualizada por ALEIXO, Délcio Balestero e BURLE FILHO, Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, atualizada por REIS, Márcio Schneider e SILVA, Edgard Neves. *Direito Municipal Brasileiro*. 15ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2012, 4ª ed., p. 57.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 53ª ed., v. I, p. 96.

*Revista de Direito Administrativo*, vol. 15, p. 46 (janeiro-março/1949) e *Problemas de Direito Público*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 424.



# Herói sem espada, guerreiro sem punhal<sup>1</sup>

*Antonio Rodrigues de Freitas Jr.<sup>2</sup>*

Por função da convergência feliz de diversos fatores, vem crescendo, no Brasil, a atenção com a mediação de conflitos e de conciliação.

A intensidade com que ambas vêm sendo enaltecidas enquanto manifestações “amistosas”, e por isso aconselháveis, de composição dos interesses sociais em conflito, faz supor que estejamos no processo de construção de um olhar inovador do direito sobre as relações intersubjetivas.

Isso, como veremos, parece verdadeiro mas impõe a persistente ação dos atores jurídicos na direção de sua consolidação e aprofundamento.

Há quem procure raízes remotas entre nós e encontre por exemplo, na figura do juiz de paz de que falava o art. 162 da Constituição do Império do Brasil, de 1824, um sinal de que a preocupação com a solução amigável dos conflitos esteja presente desde sempre no direito brasileiro. (WATANABE, 2011, p. 6). E isso também é verdadeiro.

Como explicar essa aparente contradição?

Ocorre que, se há muito existem no Brasil disposições legais admitindo ou mesmo convidando à conciliação, não é menos certo que a cultura da advocacia, em particular, e a do processo, em geral, sempre foi marcadamente adversarial. Ou seja, uma cultura de justiça em que predomina a crença de que a “verdade” é aquela que é “disputada” pelas “partes”, por meio da contrariedade e da divergência diante de terceiros, e não aquela que pode resultar “construída”, pelos próprios interessados, por intermédio da escuta e da aceitação das diferenças recíprocas.

Essa cultura adversarial está de tal modo enraizada entre nós que a mera disposição para se conciliar, ou até mesmo a simples cogitação de fazê-lo, é com frequência vista pela sociedade como um sinal de “fraqueza” de convicção ou de incredulidade no Judiciário. “Lutar até o fim” é ainda recitado por advogados como uma espécie de bordão enobrecedor do “sublime ofício de litigar”; sugerir a possibilidade de um acordo é ainda recebido, por muitos juízes, como um “sinal” de “cofissão” ou “reconhecimento da procedência”, ainda que parcial, do que pretende e pede a parte “contrária”.

<sup>1</sup> Versão preliminar de capítulo do manual, elaborado por solicitação do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, ainda no prelo, como livro-texto para capacitação de conciliadores e mediadores.

<sup>2</sup> Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo; foi Secretário Nacional de Justiça (2002) e, no presente, é Professor-Associado da Faculdade de Direito da USP - Largo de São Francisco, em cuja graduação, mestrado e doutorado, oferece disciplinas de mediação; Procurador Legislativo; Diretor-Executivo da Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo e advogado em São Paulo.

*Ex adversos*: essa expressão latina pela qual os advogados, de modo elegante, qualificam-se no ambiente forense. Qualificação que faz supor partilharem a convicção de que sua mais enobrecedora atribuição consiste em promover o atrito para que a “justiça” e “verdade” brotem como o fogo a incendiar a visada “cega” e “indiferente” do Judiciário.

O forte enraizamento dessa mentalidade permite supor que, sem uma política pública firme e permanentemente orientada para sua mudança, seria muito difícil, se não mesmo impossível, alterar esse modelo adversarial de identificação do brasileiro com o repertório do direito e da justiça.

A iniciativa dessa política foi tomada pelo Judiciário, por meio da promoção das “semanas de conciliação” e, especialmente, por intermédio das determinações e recomendações constantes da Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça.

É bem verdade que essa é apenas uma iniciativa radicada no Judiciário e preocupada, como é de se esperar, com o problema do excesso de demandas judiciais. De forma isolada é previsível que não será capaz de dar conta de toda a gigantesca mudança que a cultura da adversidade e da litigância está a merecer.

Outras iniciativas permanecem necessárias.

Dado o primeiro passo pelo Judiciário, cabe a outras organizações da sociedade civil dar-lhe sequência, apresentando o seu olhar e a sua contribuição acerca dos objetivos e dos passos a serem seguidos na direção da mudança. Aqui se pensa, por exemplo, nas associações empresariais, nos sindicatos de trabalhadores, nas organizações ambientalistas, de promoção da igualdade de gênero, de moradia, etc.

Note-se que muitas associações que patrocinam os chamados “novos movimentos sociais” (gênero, ambiente, origem étnica, moradia), nasceram ou se consolidaram no Brasil, durante os anos setenta e oitenta do século XX, em grande parte em torno de escritórios de advocacia e tendo o ativismo “judicial” – a utilização do judiciário como cenário de postulação de direitos e de denúncia política – como o eixo de sua estratégia de luta.

Os sindicatos por sua vez, caudatários da tradição legalista e estatista do modelo de Getúlio Vargas, embora se orientem predominantemente por propósitos de “colaboração de classes”, encaram a Justiça do Trabalho como o local privilegiado para a “conciliação”. Em outras palavras: promovem a conciliação “para dentro” do Judiciário, fazendo assim com que o mito da busca de “tutela pelo Estado por meio do Judiciário” e a cultura do “por no pau” permaneçam fortalecendo a crença de que a responsabilidade pela “solução” de suas pretensões seja “do outro” (Justiça do Trabalho, Poder Legislativo, Ministério do Trabalho e do Emprego, etc.). Em meio a esse quadro de “terceirização” do conflito, a negociação e a convenção coletiva do trabalho, diversamente do que ocorre na maioria das democracias do Ocidente, é praticada como exceção e não como regra.

Até mesmo as lideranças então combativas do sindicalismo da década de 1980, apesar do discurso da busca direta de suas reivindicações, e de crítica ao estatismo do modelo sindical de Vargas, no curso de duas décadas passaram a reproduzir práticas

semelhantes àquelas que outrora atribuíam aos “pelegos”, judicializando os conflitos, na base, e orientando suas pautas ao lobby parlamentar e palaciano, na cúpula.

Uma importante corporação, que necessita ser chamada a esse esforço de “mudança de mentalidade”, é a Ordem dos Advogados do Brasil-OAB. Outrora bastante incrédula diante da mediação e da conciliação, a OAB vem exibindo claros sinais de mudança, já não mais atuando firmemente como um ator refratário a sua promoção.

Aqui o papel da OAB é muito relevante, não apenas porque exerce a função de regulação e de controle do exercício profissional do advogado, mas porque goza de grande credibilidade na validação e na legitimação de pautas de mudança institucional. Seu indiscutível papel na luta pela redemocratização política do Brasil e sua tradição de simpatia – se não mesmo de compromisso – pela promoção dos direitos humanos confere, à OAB, importância decisiva no credenciamento da mediação e das políticas de conciliação. Por outro lado, a OAB também tem a possibilidade e a autoridade institucional para contribuir com sua difusão, sobretudo conferindo um olhar externo às iniciativas do Judiciário e do Ministério Público. A exterioridade do olhar da OAB pode contribuir para o aperfeiçoamento das políticas do Judiciário e do Ministério público, realçando seus equívocos e apresentando suas sugestões de correção de rumos.

Mas não e só.

Repensar o papel do advogado num outro cenário institucional: eis o que se espera da universidade. Não parece ser papel da universidade, de modo geral, a capacitação de mediadores e de conciliadores. A universidade pode contribuir, de modo potencialmente decisivo, na medida em que proporcione uma formação mais crítica e sensível à cultura da mediação, não apenas para profissionais do direito, como também para psicólogos, assistentes sociais, administradores e gestores, em geral, do setor público e da iniciativa privada. Em outras palavras, a universidade não é decisivamente relevante na difusão das “habilidades” do mediador e do conciliador, que podem estar a cargo de mediadores já capacitados e experimentados. A contribuição da universidade, porém, é insubstituível e imprescindível no refinamento das “competências” que lhe cabe difundir, agregando-lhes uma dimensão humana sensível à cultura da paz, do diálogo e da tolerância com a diversidade.

Não só por meio da OAB como também por iniciativa própria, os advogados precisam se requalificar, ou complementar sua qualificação profissional, diante do desafio de estar presente – fazendo-se útil como é desejado e esperado – no patrocínio não adversarial de seus clientes.

Embora talvez não pareça, vendo de fora, muitos dos que procuram um advogado não estão em busca de mais conflito. De qualquer modo, seguramente muitos dos que o encontram estão abertos ao aconselhamento e à ponderação quanto à existência de alternativas ao Judiciário.

Para tanto, o profissional do direito – especialmente aquele que não pratica a mediação – necessita conhecer os diferentes “produtos” de patrocínio jurídico de

modo a que esteja apto a oferecer, ao cliente (privado ou público), um cardápio variado de possibilidades.

Isto significa também, para o advogado privado, aprender a estimar adequadamente o custo e a forma de pagamento de seus honorários, por fórmulas diferentes da tradicional remuneração pelo “êxito”.

Esse novo advogado não é necessário por causa ou em função das recentes iniciativas do Judiciário e do Ministério Público: mudanças qualitativas em seu papel, impondo acréscimos também qualitativos em suas habilidades, estão no eixo de sua preparação como ator e promotor competente na interlocução sobre a agenda social e empresarial contemporâneas. Um profissional que seja capaz, ao mesmo tempo, de ser sensível às questões relacionadas ao desamparo afetivo, tanto quanto às incertezas econômicas no cumprimento de cláusulas contratuais dos grandes negócios.

#### PERGUNTAS:

1. A formação do advogado, nos dias de hoje, pode ser considerada adversarial? Justifique.
2. No Brasil, quem tomou a iniciativa de mudar a cultura adversarial dos operadores do direito?. Quais as limitações dessa perspectiva de mudança?
3. O quê se pretende indicar mediante a denominação de “novos” movimentos sociais? Exemplifique-os. De que forma esses movimentos sociais são chamados a participar do esforço de construção de uma nova cultura de justiça?
4. De que forma pode a Ordem dos Advogados do Brasil-OAB contribuir para a difusão de uma cultura de justiça não adversarial?
5. Que papel compete à universidade no processo de construção e de difusão de uma cultura não adversarial de pacificação de conflitos?

#### Referências Bibliográficas

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. In: PELUSO, A. C.; RICHA, M. A. *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3-9.

# Lei Complementar nº 147/2014

*Carlos Benedito Vieira Micelli<sup>1</sup>  
Conceição Faria da Silva<sup>2</sup>  
Ieda Maria Ferreira Pires<sup>3</sup>*

**Resumo:** Este artigo pretende analisar de maneira sintética as recentes alterações à Lei Complementar nº 123/06, trazidas pela Lei Complementar nº 147/14, no que se refere ao título das aquisições públicas.

**Palavras Chaves:** Licitação. Incentivo. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

## 1. Introdução

Com a Edição da Lei Complementar 147/14, que alterou a lei Complementar 123/06 e buscou dar efetividade ao dispositivo constitucional do art. 170 inc. IX da Constituição Federal, criando com isto o Estatuto da Microempresa ou como é popularmente conhecida Lei do Simples, foram criadas novas diretrizes para o favorecimento destas empresas e seu acesso aos mercados de compras e aquisições efetuadas pela Administração Pública. Frisa-se que o presente texto busca passar a primeira impressão sobre as alterações acima aludidas.

Diante disso, fazem-se necessárias algumas explicações quanto aos benefícios instituídos pelas normas contidas neste diploma.

É importante esclarecer que este texto se limitará a tecer análises apenas a respeito das alterações efetuadas pela Lei Complementar nº 147/14 no Capítulo V da Lei Complementar 123/06 que cuida do Acesso aos Mercados, mais precisamente na Seção I, que cuida das Aquisições Públicas.

Deste modo, passa-se a análise dos artigos desta nova Lei Complementar fazendo os respectivos comentários:

<sup>1</sup> O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, graduado no Centro Universitário Araraquara. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

<sup>2</sup> A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo desde agosto de 2008, mediante concurso público; graduada pela Universidade Paulista – UNIP e especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

<sup>3</sup> A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, desde abril de 2013, mediante concurso público; graduada pela Pontifícia Universidade de São Paulo, PUC e especialista em Direitos Humanos pela mesma instituição; Procuradora do Município de Mairiporã nos anos 2.003-2.012.

*“Art. 43. ....  
§ 1o Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.  
.....” (NR)*

O prazo anterior era de 02 (dois) dias úteis, prazo este que poderia ser prorrogado uma única vez por igual período, a critério da Administração, para que fosse procedida a regularização da documentação comprobatória da regularidade fiscal.

Esta regularização pode ser feita por meio do pagamento ou parcelamento do débito e deve ser comprovado perante Administração por meio da emissão de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa.

Porém, para atender o escopo legal o prazo anterior de 02 dias úteis era assaz exíguo, uma vez que a Microempresa, ME ou a Empresa de Pequeno Porte, EPP ao apresentar a certidão em que constava algum tipo de pendências necessitaria, em muitos dos casos, diligenciar perante os órgãos públicos para conseguir o parcelamento do seu débito. Para conseguir este parcelamento caberá a Administração analisar primeiramente se há possibilidade jurídica da concessão deste parcelamento e, sendo possível, verificar a proposta e eventual contraposta no número de parcelas para emissão do carnê para o início do pagamento.

Mas o prazo de 02 dias, quase sempre, inviabilizava até mesmo para aquele licitante que viesse a realizar o pagamento a vista do valor total do débito, visando obter a certidão que comprovasse a regularidade fiscal, pois a administração, em muitos casos, principalmente nos pequenos municípios do interior do Brasil, tem muita dificuldade em emitir a certidão no prazo legal (originariamente previsto de 04 dias úteis), já levando em conta a prorrogação permitida.

Verifica-se assim que, para tentar conseguir atender ao escopo original do legislador, que seria conceder ao pequeno empreendedor a possibilidade de regularizar sua condição fiscal após ter se sagrado vencedor no processo licitatório, o prazo foi mais do que duplicado.

Isto porque o objetivo realmente foi atender a realidade dos fatos, ou seja, o cotidiano dos pequenos empreendedores brasileiros, uma vez que o prazo anterior para que a Microempresa ou para Empresa de Pequeno Porte conseguisse regularizar sua situação perante a burocracia da Administração Pública brasileira era, na grande maioria das vezes, irreal.

Contudo, pede-se licença para abrir um parêntese para opinar sobre a busca do acesso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ao mercado das compras

públicas. Tal fato deve ser verificado, porque mesmo com a observância do novo prazo ampliado, em muitas circunstâncias não se conseguirá atingir a finalidade almejada pelo legislador.

Entretanto, conceder um prazo maior para garantir a plena eficácia do art. 170, inc. IX, da Constituição Federal acabaria atingindo a outro primado constitucional que é o princípio da Eficiência, da Administração Pública que está esculpido no “caput” do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que criaria novo entrave ao já burocrático processo de compra realizado pela Administração.

Deste modo, não é razoável a Administração Pública, buscando dar eficácia à norma esculpida no art. 170, inc. IX, da Constituição Federal aguardar além de 10 dias úteis para que o licitante microempreendedor ou empresário de pequeno porte regularize sua situação perante os órgãos administrativos e consiga uma certidão comprobatória.

Destarte, buscar a todo custo atender ao acesso destas empresas levaria um grande impasse ao sistema de compras realizado pela Administração Pública, causando em muitos casos a total paralisia de muitos órgãos públicos. Isto seria catastrófico, principalmente em setores como o da saúde pública, educação e da assistência social, e, em muitos casos, o da segurança pública.

Buscando vislumbrar o problema, podemos utilizar como exemplo hipotético em vez de 10 dias úteis (contando a prorrogação), previstos na lei, um novo prazo ampliado, que pode ser 20 (vinte) ou até mesmo 30 (trinta) dias úteis, apenas para facilitar a visualização da questão.

Com isto, um órgão da Administração Pública que viesse a realizar um pregão precisaria hipoteticamente gastar muito mais tempo. Isto se dá porque além da fase interna da licitação, que ocorre quando os órgãos administrativos buscam delimitar o objeto que será comprado, realizar o mapa de preços para se encontrar o preço médio e após encontrar este preço promover a reserva de verbas, existe outra fase denominada fase externa, que se inicia com a publicação da autorização da abertura do pregão seguido pela publicação da comissão de licitação, permeado pela elaboração e análise jurídica do edital.

Todo este período facilmente demanda em média de 20 (vinte) a 25 (vinte e cinco) dias úteis. Tempo este que ocorre antes da publicação do edital. Somente após decorrido este prazo será realizada a publicação do Edital de licitação o qual demandará que a Administração aguarde ainda mais 08 (oito) dias úteis divulgação no mínimo deste instrumento para que só após promova a realização da sessão do pregão, com a lei atual.

Após a realização da sessão de licitação, que neste exemplo usaremos a modalidade pregão, isto porque as outras hipóteses são incomuns, além de sua forma tornar o procedimento mais moroso ainda, será proclamado o vencedor.

Neste momento, se inicia o problema, pois se este vencedor for Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte e sendo consequentemente beneficiária da prerrogativa de extensão do prazo de comprovação da regularidade de fiscal perante a

Administração, todo procedimento ficará congelado aguardando por até 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias úteis a entrega da certidão. Tudo isto no melhor cenário, ou seja, a paralisação para atendimento da norma benéfica terá duração igual ou superior ao procedimento anterior.

Outrossim, ainda poderá ocorrer a situação de mesmo com a concessão do prazo de 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias a empresa não consiga apresentar a certidão comprobatória, o que levaria a reabertura da sessão e o chamamento da segunda colocada no pregão, que caso seja ME ou EPP poderá se valer novamente dos benefícios levando a nova paralisação do procedimento de aquisição, adiando novamente a adjudicação e homologação do pregão.

Deste modo, é possível que entre a descoberta da necessidade de um objeto e a sua final aquisição pela administração decorra um lapso temporal superior a seis meses. Sem falar que, a Administração Pública teria que realizar um grande planejamento de logística para evitar o desabastecimento de seus centros de distribuição e almoxarifados para suas compras e manutenção de seus estoques. Mesmo assim, para alguns objetos não haverá como equacionar esta extensão do prazo por sua própria particularidade, o que causaria um gradual aumento do uso de dispensa para compras emergenciais.

Assim, ao aumento do prazo para 05 dias procurou garantir o direito dos Microempresários e Empresários de Pequeno Porte, porém também se baseou na realidade da Administração Pública, evitando um aumento maior que levaria a diversos inconvenientes o já moroso processo de compras públicas.

Não obstante, é importante frisar que, ao analisar o art. 43, fica claro que não houve alteração quanto a indicação neste dispositivo legal acerca da necessidade do Microempresário e do Empresário de Pequeno Porte apresentarem as certidões, que mesmo não estando em dia com a regularidade fiscal, o licitante deve apresentar toda a documentação, mesmo que esta conste algum apontamento, ela será aceita para franquear o prazo de 05 dias úteis para que seja sanada a irregularidade.

*“Art. 49. ....  
I - (Revogado);*

*.....  
IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.” (NR)*

Este dispositivo cuida da hipótese da dispensa da licitação em razão do valor, que, apesar de não ser exclusivo para compras na internet até oito mil reais tem grande aplicação de forma eletrônica. Deste modo, a preferência do art. 44 da lei complementar nº 123/06 deverá ser aplicada nas hipóteses de empates naquelas

situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (de por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Primeiramente, faz necessário entender que esta norma foi elaborada visando atender a uma finalidade específica, a saber, garantir para Administração, nas hipóteses em dispensa realizadas por meio da rede Mundial de Computadores (internet) um mecanismo para que as ME e EPPs tivessem vantagens nesta competição.

Para tanto precisamos observar que o intuito do legislador nacional foi voltado para as compras por dispensa realizadas por meio da Rede Mundial de Computadores (Internet), e compras diretas, estas que mesmo realizadas na modalidade dispensa necessitam se submeter aos procedimentos legais, mesmo que simplificados, que deverão no mínimo garantir a competição entre as empresas de maneira isonômica, não podendo o agente público fazer uma contratação diretamente com o fornecedor sem que proceda este chamamento.

Este procedimento é variado, sofrendo alterações de ente para ente, como por exemplo, no sistema da BEC ([www.bec.sp.gov.br](http://www.bec.sp.gov.br)) a Oferta de Compra fica disponível para consulta nos dois dias úteis antes da data marcada para o início da cotação eletrônica, sendo permitidos lances somente para os itens de classes em que a empresa seja cadastrada na sua linha de fornecimento. Neste procedimento a inclusão do CPF do responsável credenciado para enviar lances. Os lances possuem um limite de 1%. O próprio sistema informará o resultado dos lances registrando-os como válidos ou inválidos. É curioso que o próprio sistema não permite a alteração da marca do item após o lance ter sido considerado válido, e, sistema quando o valor do lance ofertado for inferior a 20% do último lance válido. Enquanto houver lances válidos ofertados nos últimos dois minutos, a cotação será prorrogada, automaticamente por igual período, até que não haja mais lances válidos. Por fim o encerramento da cotação serão exibidas: a marca do item, o número do CNPJ e a Razão Social do fornecedor vencedor.

Já o sistema [www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br), o sistema é diverso, ou seja, as aquisições de bens de pequeno valor deverão ser realizadas, no âmbito dos órgãos que compõem o Sistema Integrado de Serviços Gerais - SISG, preferencialmente, por meio do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços, com o objetivo de ampliar a competitividade e racionalizar os procedimentos relativos a essas compras. Os bens passíveis de aquisição pelo sistema de suprimento de fundos poderão ser adquiridos mediante cotação eletrônica, sempre que essa medida se comprovar mais vantajosa, a critério da autoridade competente para a autorização da aquisição. Os Pedidos de Cotação Eletrônica de Preços serão divulgados no site [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br) e encaminhados, por correspondência eletrônica, para um quantitativo de fornecedores que garantam competitividade, escolhidos de forma aleatória pelo sistema eletrônico, entre aqueles registrados na correspondente linha de fornecimento e que tenham indicado possibilidade de entrega no município onde esteja localizado o Órgão Promotor da Cotação;

Este sistema permite o encaminhamento eletrônico de propostas de preços, com possibilidade de apresentação de lances sucessivos, em valor inferior ao último preço registrado, durante o período indicado no Pedido de Cotação Eletrônica de Preços. Além disso, o SISG apresenta as seguintes características. (i) A cotação eletrônica será conduzida pelo Órgão Promotor da Cotação, com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, por intermédio do Departamento de Logística e Serviços Gerais - DLSG, que atuará como provedor do sistema eletrônico. (ii) Os Pedidos de Cotação Eletrônica de Preços incluídos no sistema permanecerão disponíveis para recepção de propostas e lances por período nunca inferior a quatro horas. (iii) A partir da divulgação do Pedido de Cotação Eletrônica de Preços tem início a sessão pública virtual de cotação com a recepção de propostas de preço, qualquer que seja o valor ofertado, exclusivamente, por meio do Sistema, vedada a apresentação de proposta em papel. (iv) A partir do registro da sua proposta no Sistema, os fornecedores participantes terão conhecimento do menor valor ofertado até o momento e poderão formular lances de menor valor, sendo informados, imediatamente, sobre o seu recebimento com a indicação do respectivo horário e valor. (v) Durante o transcurso da sessão pública virtual de cotação eletrônica, os fornecedores participantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance que tenha sido apresentado pelos demais participantes, vedada a identificação do detentor do lance. (vi) A etapa de lances da cotação eletrônica será encerrada a qualquer instante após apresentação de aviso de fechamento iminente, observado o período de tempo máximo de trinta minutos, aleatoriamente determinado pelo Sistema mediadamente após o encerramento da cotação eletrônica, (vii). O Sistema divulgará a classificação, indicando as propostas ou lances de menor valor, até o máximo de cinco.

Deste modo, a previsão de que se deve dar a preferência para as MEs e EPPs tem o intuito de garantir estas empresas a participação neste sistema diferenciado. Nele, caso competindo com uma empresa não beneficiária deste regime, esta última dê um lance menor, a ME ou EPP poderá se sagrar vencedora caso seu último lance esteja situado em uma faixa de até 10%. Assim, na prática, a ME e a EPP pode formular um lance para cobrir a oferta com o preço mais baixo.

Em complemento a esta norma referente à dispensa da licitação, há que se verificar que o dispositivo art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 147/14, permite que MEs e EPPs regionais consigam ter duplo benefício, conforme se depreende da leitura conjugada do artigo supramencionado com o art. 49 V, podendo assim estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido, além de permitir que a ME e EPP cubra o preço.

Tal medida visa, principalmente, a conseguir que administração contrate com fornecedores que estão localizados próximos de si, garantido uma entrega mais célere dos objetos licitados, diminuindo custos logísticos.

Contudo, outra leitura deste dispositivo seria que esta norma deveria ser aplicada apenas nas hipóteses em que a licitação do objeto seja de até R\$ 80.000,00, a saber, naquelas hipóteses em licitação é só permitida para as ME e EPP. Destarte, entre as ME e EPP foi criada a figura de um ente superprivilegiado que é a ME e EPP regional, que poderiam utilizar o 10% em detrimentos das demais MEs e EPPs, que já possuem o benefício de exclusividade para os objetos até R\$ 80.000,00.

Então, s.m.j., as duas leituras são possíveis quer a primeira em que uma EPP ou ME regional teria o limite de 20%, quer a segunda, em que teria o benefício cobrar até 10% a mais, desde que se trate de empresa regional e, além disso, se estivesse no limite de até 20%, poderia chegar até 10% a mais que a administração mesmo assim contrataria, a outra leitura de que a estas pessoas jurídicas teriam mais benefícios quando o objeto não ultrapassasse 80.000,00.

A Lei Complementar n.º 147/14 também realizou importante alteração no art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06. A redação original assim dispunha:

*“Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”.*

Assim é que, pelo dispositivo anterior, os entes federados possuíam a faculdade de conceder tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, dependendo de regulamentação de cada ente, ou seja, a concessão de tratamento diferenciado e simplificado era discricionária.

Com o advento da Lei Complementar n.º 147/14, essa configuração normativa sofre significativa modificação, senão vejamos. Com a nova redação, o art. 47 passa a vigorar assim:

*“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.*

*Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal”.*

Note-se que agora a Lei impõe um dever à Administração Pública. Ademais, confere efeito concreto à norma quando determina que, na ausência de normas específicas de cada ente, aplica-se a legislação federal. Por fim, amplia o rol de obrigados, incluindo a administração indireta, autárquica e fundacional das três esferas de poder.

Portanto, a partir da edição da Lei Complementar n.º 147/14, o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte passa a ter aplicabilidade imediata, conferindo efeitos concretos a um dos princípios norteadores da atividade econômica, insculpido nos arts. 170, X e 179, da Constituição Federal.

Os objetivos dessa diferenciação permanecem os mesmos, quais sejam: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Com efeito, as microempresas e as empresas de pequeno porte constituem uma realidade no Brasil, fomentando a economia local, gerando empregos e contribuindo para a distribuição de renda.

Prosseguindo com a análise a norma:

*“Art 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*

*I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

*II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;*

*III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§ 1o (Revogado).*

.....

*§ 3o Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.” (NR)*

O “caput” do art. 48 desta Lei Complementar 147/14 que alterou a Lei Complementar 123/06 é o comando para cumprir as determinações da própria Lei já que dá efetividade ao art. 47 ao definir quais são os elementos para se praticar o incentivo às pequenas e microempresas.

É importante salientar o papel das microempresas e empresas de pequeno porte no fomento a um setor da economia, na geração de emprego, circulação de renda, pois se trata de um mercado de suma relevância para a vida cotidiana das pessoas, citem-se vários exemplos de famílias que se sustentam com a circulação de produtos e serviços que não exigem muita tecnologia, nos dizeres da Professora Mara Vidigal D`Arcanhy:

*"As microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP), em nosso país, têm sua origem, via de regra, em trabalhadores excluídos do mercado de trabalho, que entram no setor de serviços, ou de produção em pequena escala, com mínima tecnologia e pouca formalidade de atividades administrativas". Ainda, segundo a autora, "estas empresas representam, em última análise, pequenos capitais responsáveis pelo aproveitamento de uma considerável parcela de mão-de-obra. Parcela que poderia ser em número bem maior, se, conforme o principal fim objetivado pela nova lei, qual seja, de combate ao desemprego, houvesse um tratamento diferenciado aos empregados de empresas de menor porte, com normas trabalhistas mais simplificadas, que pudessem favorecer uma maior utilização dos contratos a prazo".*

A análise do art. 48 se inicia com o teor do inciso I que, de maneira imperativa, determina que as licitações cujo valor estimado na pesquisa seja de até R\$ 80.000,00 se dirijam às Micro e Empresas de Pequeno Porte.

Com efeito, o Estatuto da Empresa de Pequeno Porte e Microempresa, a Lei Complementar 123/06, já apontava regra parecida, ou seja, permitia que a Administração Pública realizasse licitação exclusivamente para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, porém, além de ser uma regra não impositiva, definia um limite anual para tanto, o que exigia prévio planejamento e afastava a sua aplicabilidade.

Assim, verifica-se que, com a conformação atual da Lei Complementar a norma proposta é imperativa, eis que determina textualmente que a Administração Pública deverá realizar processo licitatório próprio, e igualmente, retira qualquer limite anual.

As inovações são eficazes, pois, preveem que a norma seja realmente aplicada, e razão pela qual os órgãos da Administração Pública devem determinar a realização de licitações específicas para este segmento da economia, imposição legal cujo cumprimento foi facilitado com o afastamento da necessidade de planejamento anterior.

Sob a ótica do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com a redação dada pela Lei Complementar 147/14, há evidente melhora, pois a efetiva

realização de licitação exclusiva diminuirá a competição entre os fornecedores e possibilitará maior acesso à economia local e mais simples.

Para a Administração Pública pensamos que não haverá muita alteração da rotina já que sem a exigência de limite para a licitação exclusiva, caberá ao órgão público apenas a adaptação do edital, para que o certame seja dirigido apenas as Empresa de Pequeno Porte e Microempresas.

O inciso II deste art. 48 da Lei Complementar nº 147/14 prescreve que a Administração Pública poderá exigir a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte nos processos licitatórios para obras públicas e serviços, mediante prévia regra do edital.

Cabe salientar de início que tal previsão não é obrigatória, pois a norma específica diz textualmente que a Administração poderá determinar a subcontratação para o setor referido, nos casos de obra e serviços, sendo a regra, portanto facultativa.

A norma anterior também já previa essa hipótese, porém definia um limite de 30%. Por outro lado a regra atual não prevê nenhum limite, mas não é possível a subcontratação do objeto total. Portanto, acreditamos que a melhor solução para a aplicabilidade desta norma será a estipulação no edital acerca de qual o percentual será passível de subcontratação, de conformidade com as especificidades da obra pública ou do serviço a ser contratado.

Aliás, tal comando visa aprimorar regra já existente, a saber, a inscrita no art. 72 da Lei Federal nº 8.666/93. Esta regra que já autoriza a subcontratação nos termos legais, ou seja, em percentual a ser definido pelo gestor, no caso em comento se privilegia um setor da economia mais frágil, mais simples, porém com forte participação em pequenos mercados e com grande poder de circulação de renda.

Por fim, neste tópico, cabe afirmar que a regra da subcontratação não será aplicável aos casos em que a vencedora do certame já se enquadre nas regras de benefícios estipulados, ou seja, no Estatuto da Microempresa.

Respeitante ao inciso III do artigo 48, devemos condicionar que esse ponto certamente será o mais crítico desta Seção constante da Lei Complementar 147/14, que atualizou a Lei Complementar 123/06 Das Aquisições Públicas, pois, a análise prévia ora efetivada, merecerá constantes reformulações, conforme a utilização do instituto, na rotina da Administração Pública.

Determinou o Legislador, de forma cogente, que a Administração deverá apartar uma cota reservada relativa a 25% do objeto licitado, no caso de bens divisíveis, para contratação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Em tal previsão, o que se verifica é que a norma determina e não apenas permite, sendo portanto imperativa; apenas para aquisição de bens divisíveis, e impõe a reserva de uma parte da licitação para este setor da economia.

De sorte que cumpre conceituar bens divisíveis. A sua definição legal se encontra no art. 87 do Código Civil,<sup>4</sup> sendo que tal definição se presta a esclarecer que se trata de uma divisão física, material, que possibilitará a formação de lote específico para contratação cabível somente com Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte.

No caso de licitação a ser processada com cota reservada, cabe analisar que quando a regra legal se refere a bens divisíveis está prevendo que a criação desta cota reservada deva ser equânime ao restante da licitação, vale dizer, se o órgão público pretender adquirir cem canetas, separará vinte e cinco em lote a ser licitado para Microempresas ou de Pequeno Porte.

Mas, se a Administração licitar a aquisição de material de escritório, contendo vários itens, como, lápis, caneta, borracha, a cota reservada será a formada do percentual legal dos itens, sendo vedada a constituição de uma cota reservada com apenas um item, situação em que não representará uma parte da licitação.

Cabe aqui uma reflexão quanto ao preço final. Imaginemos que o preço final para a cota reservada seja em um montante, porém o mesmo item adquirido na outra cota, nos 75% licitado, o valor individual da caneta, por exemplo, que seja mais caro, já o vencedor necessariamente não é Microempreendedor ou Empresário de Pequeno Porte.

Teremos na narrativa acima um paradoxo a ser dirimido, pois é preceito máximo das aquisições públicas que a Administração tem o dever de perseguir o menor preço.

Em primeira análise entendemos que a norma legal está em conformidade com os Princípios Gerais de Direito Administrativo e em especial com as regras próprias da licitação.

Assim, a própria Constituição da República nos arts 146, III; 170, IX e 179 determinam políticas públicas de incentivo as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, de forma a privilegiar este setor da economia com a clara intenção de possibilitar maior incremento a um mercado específico.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> "Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam."

<sup>5</sup> "Art. 146. Cabe à lei complementar:.....III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:.....d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:..... IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Sabemos que os preceitos Constitucionais aqui referidos, e que estão dispostos de forma sistemática na Constituição da República, autorizam ao Poder Público dispensar tratamento diferenciado para um setor da economia escolhido por ser mais frágil, menos dotado de tecnologias, porém com muita representação popular, de forma a otimizar um setor específico e dirimir as desigualdades sociais e regionais, conforme disposto no art. 3º da Constituição da República.

E friso que, no que se refere aos próprios princípios da Licitação, a atual alteração proposta pela Lei Complementar 147/14 alterou o art. 3º, inserindo os parágrafos 14 e 15.

Assim o referido art. 3º da Lei de Licitações dispõe sobre as regras gerais e os princípios específicos da licitação para apurar os conceitos referentes a estes incentivos às Microempresas e Empresa de Pequeno Porte, a saber:

*“Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”.*

*§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”.*

## **Conclusão**

Diante da análise efetuada do capítulo estudado, concluímos que a Lei Complementar nº 147/2014 é benéfica, porém será necessária regulamentação, em especial, no tocante às questões com efeito concreto, pois, sem a devida uniformização nos órgãos, certamente haverá soluções contraditórias.

Assim a norma se saiu bem ao determinar que os demais entes federativos concedam os benefícios imediatamente, para dar maior concretude à política pública de fomento a este setor da economia, porém sem as regulamentações próprias ocorrerá dificuldade em estabelecer os benefícios como, por exemplo, a questão de

promover benefícios na região. No exemplo da Cidade de São Paulo, como se considera empresa em âmbito regional para dar aplicabilidade à lei?

Por fim, concluímos que, em sede da Câmara Municipal, para que seja conferida eficácia à norma os editais devem ser adaptados, mas será imprescindível que a Mesa da Câmara Municipal edite ato regulamentar.

### **Referencias Bibliográficas**

JACOBY, Jorge Ulisses, Sistema de Registro de Preços e Pregão - 4ª ed. 2011, Ed. Fórum

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

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

VIDIGAL D'ARCANHY, Maria. Direito ao trabalho. Mundo Jurídico. São Paulo, abr. 2003



# Da possibilidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público realizado em órgão do âmbito municipal em ano de eleições nacionais e estaduais

*Carlos Eduardo de Araujo<sup>1</sup>  
Érica Corrêa Bartalini de Araujo<sup>2</sup>*

**Resumo:** Trata-se de artigo que busca demonstrar a legitimidade do Município em nomear candidatos aprovados em concurso público, ainda que não homologado no período anterior a 03 (três) meses do pleito, em ano de eleições nacionais e estaduais.

**Palavras-chave:** Eleições nacionais e estaduais. Concurso público. Esfera Municipal. Nomeação. Possibilidade.

A Constituição Federal disciplina o modo de provimento dos cargos públicos. Ao expor os princípios norteadores da atuação da Administração Pública em seu art. 37, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, diz que eles deverão ser observados na acessibilidade e investidura nos cargos e empregos públicos. A fim de observar tais princípios, diz que “a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Da redação do inciso II do artigo em comento depreende-se que para a contratação de profissionais pela Administração Pública, deve-se observar a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Pois bem. Após essa primeira premissa, passemos a observar as restrições previstas ao provimento de cargos públicos em ano em que são realizadas eleições.

A Lei Federal nº 9.504/97, a partir do art. 73, traz uma série de condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. A alínea c, do inciso V, do art. 73 diz que:

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), em 2006, e Pós-Graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

*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:*

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

*(...)*

*c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;*

Da leitura da lei, depreende-se que é proibido ao agente público, **na circunscrição do pleito**, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, nomear candidatos aprovados em concursos públicos, exceto se o concurso em questão houver sido homologado até o início do prazo de três meses. A dúvida surge ao se interpretar a expressão “na circunscrição do pleito”. Não há dúvida de que quando se tratar de eleição realizada para preenchimento dos cargos em disputa em âmbito municipal, quais sejam, prefeito, vice-prefeito e vereador, a vedação é plenamente aplicável à Administração Pública municipal. Assim sendo, caso a Câmara Municipal de São Paulo venha a realizar concurso público em ano de eleição em âmbito municipal, somente poderá preencher as vagas caso o concurso seja homologado até três meses antes do pleito, que ocorre no primeiro domingo de outubro. A dúvida surge quanto à abrangência do termo “na circunscrição do pleito” quando se tratar de eleições presidenciais (candidato a Presidente e Vice) e eleições gerais (Senador, Deputado Federal, Governador, Vice, Deputado Estadual e Distrital). Há duas correntes sobre a interpretação do que se deva entender como “circunscrição do pleito”. A primeira entende que a circunscrição do pleito deve abarcar tão-somente o ente federativo cujo cargo encontra-se em disputa. Assim sendo, caso se trate de eleição presidencial ou para preenchimento dos cargos de âmbito federal e estadual, não se aplicaria a restrição prevista na lei eleitoral para os municípios. A segunda corrente entende que, em se tratando de eleição para preenchimento dos cargos eletivos de Presidente e Vice, a circunscrição do pleito teria abrangência nacional, e de Senador, Deputado Federal, Governador e Vice, etc., abrangeria o Estado todo, estando abarcados pela vedação inclusive os Municípios. Esse entendimento estaria baseado no quanto disposto no artigo 86 do Código Eleitoral, que diz que “Art. 86 Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município”. Paulo Henrique dos Santos Luccon<sup>3</sup> e José Marcelo Menezes Vigliar, contudo, ao interpretarem o Código em comento, dizem que a definição de circunscrição do pleito trazida pelo

<sup>3</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos, VIGLIAR, José Marcelo Menezes, *Código Eleitoral Interpretado*, 2ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2011, pp. 121-2.

Código Eleitoral está relacionada à de domicílio eleitoral. Assim, “Em suma, a circunscrição corresponde aos limites territoriais dos Estados, Distrito Federal e Municípios”. Desta feita, “Significa dizer que aquele que candidatar-se aos cargos de Presidente ou de Vice-Presidente da República pode ser domiciliado (possuir seu domicílio eleitoral) em qualquer lugar do Brasil. Já aquele que candidatar-se aos cargos de Senador, Deputado Federal, Governador ou Vice-Governador de Estado (ou Distrito Federal), Deputado Estadual (ou Deputado Distrital) deverá ter domicílio eleitoral no Estado pelo qual pretenda concorrer (ou no Distrito Federal), pelo menos desde 1 (um) ano antes da data prevista para a eleição. Aquele que candidatar-se aos cargos de Prefeito ou Vice-Prefeito Municipal ou ao cargo de Vereador precisa ter domicílio eleitoral no Município pelo qual tencione apresentar sua candidatura, pelo menos desde 1 (um) ano antes da data prevista para a eleição.” Dessa maneira, diz-se que a circunscrição do pleito é nacional nos casos de disputa de eleições presidenciais a fim de demonstrar que os candidatos terão que residir em qualquer lugar do território nacional; e estadual, na medida em que os candidatos aos cargos em disputa de âmbito federal e estadual deverão residir em qualquer lugar do estado pelo qual queiram se eleger.

**Em que pesem as diversas opiniões sobre o tema, entendemos que a primeira corrente é a mais acertada. Isto porque os entes federativos são autônomos, auto-organizados, autogovernáveis, legislam, possuem eleições próprias, orçamento próprio e lei orgânica. Todos os municípios do país restariam engessados se em todas as eleições a serem realizadas tivessem que deixar de realizar nomeações e até de realizar concursos públicos para preenchimento dos cargos componentes do funcionalismo público. Entendemos equívoco o entendimento daqueles que preconizam que, pelo fato de o Município estar localizado dentro de determinado estado federativo e dentro da União deva se entender que estaria abarcado pelo termo “circunscrição do pleito”. Este entendimento acaba ferindo a autonomia dos entes federativos, o poder de autogestão dos mesmos. Thales Tácito Cerqueira e Camila A. Cerqueira discorrem no mesmo sentido “Não faz sentido uma eleição (circunscrição estadual, por exemplo) afetar a continuidade do serviço público de outra circunscrição (municipal, por exemplo), tratando-se de eleições e cargos diversos e independentes entre si”<sup>4</sup>.**

Aliás, é neste sentido que se posicionou o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná:

*(...) se entendeu que a restrição existente no inciso V do artigo 73 da Lei 9.504/1.997 só é aplicável à circunscrição do pleito, sendo que os Municípios não se incluem na circunscrição dos pleitos federal e estadual, como os que ocorrem no corrente exercício. Aliás, este vem sendo o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral deste Estado,(...) (Tribunal de Contas do Paraná; Relator: Auditor Thiago Barbosa Cordeiro; Protocolo: 337658/06-TC.*

<sup>4</sup>CERQUEIRA, Thales Tácito, CERQUEIRA, Camila Albuquerque, *Direito Eleitoral Esquematizado*, coordenador LENZA, Pedro, 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 568.

Origem: Município de Congonhinhas; Interessado : Presidente da Câmara Municipal; Sessão: 19/10/06; Decisão: Acórdão 1561/06-TC. (Unânime); Presidente : Conselheiro Heinz Georg Herwig.)

Em sentido oposto, está Marcos Ramayana, que em sua obra *Direito Eleitoral*<sup>5</sup>, defende a segunda tese, dizendo:

*A proibição da nomeação, contratação ou admissão de servidor público e outras formas elencadas na lei, deve se sujeitar a uma análise dos agentes públicos cujos cargos estejam em disputa, pois omitiu o legislador a inclusão da ampla proibição, a respeito de uma realidade fremente que se manifesta pela influência e apoio político de chefes do executivo municipal para as campanhas nas esferas estaduais e federais.*

(...)

*Assim, com a mesma razão, se a eleição é estadual, nos municípios que se encontram no território daquele Estado não se deveria admitir as formas de contratação do inciso V do art. 73. A influência e o apoio político eleitoral podem ser camuflados pela regra permissiva.*

Contudo, diz o autor que a doutrina e a jurisprudência assim não entendem, filiando-se à primeira corrente, preferindo considerar apenas como circunscrição do pleito, para fins do disposto no inciso V do art. 73, a esfera federativa em que ocorre a disputa eleitoral. “Significa que, se as eleições forem municipais, cada município se sujeita, nos limites do seu território, à observância das regras. Na mesma linha de entendimento do legislador, se as eleições forem nacionais (presidente e vice-presidente) ou estaduais e regionais (governador, vice-governador, senador, deputado federal, distrital ou estadual), a vedação não atinge os municípios”.

Apesar de louváveis os argumentos trazidos pelo autor, tendo em vista a autonomia dos entes federativos, não faz sentido que os Municípios não possam prover seus cargos quando da disputa de cargos eletivos em outras esferas da federação. Isto porque, a nosso ver, o intuito da lei foi o de evitar que o candidato venha a nomear ou contratar eleitores ou outras pessoas a eles relacionadas, com a finalidade de obter o voto do eleitor, ou de empreender represálias contra aqueles servidores que possuam ideologias políticas diversas, além de evitar que aqueles que assumirão os cargos eletivos no ano seguinte, após a realização das eleições, sejam surpreendidos com uma folha de salários maior que no ano anterior. Em consonância está a Lei Complementar 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, além de dar outras providências. O artigo 21 da Lei em comento diz:

---

<sup>5</sup> RAMAYANA, Marcos, *Direito Eleitoral*, 13ª ed., atualizada com comentários à Lei nº 12.034/09 e à Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa), Ed. Impetus, Niterói, RJ, 2012, p.554.

*Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:*

*I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1o do art. 169 da Constituição;*

*II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.*

***Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. (negritamos)***

A disposição prevista na lei orçamentária vem ao encontro daquela prevista na lei eleitoral. Da leitura do Parágrafo único do artigo 21, percebe-se ser vedado o aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou dos órgãos referidos no art. 20<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

<sup>§10</sup> Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

<sup>§20</sup> Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;

b) Estadual, a Assembleia Legislativa e os Tribunais de Contas;

c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;

d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição;

b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

<sup>§30</sup> Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1o.

<sup>§40</sup> Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).

<sup>§50</sup> Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

<sup>§60</sup> (VETADO)''

Assim sendo, ficam proibidos os aumentos salariais no período de 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, bem como a nomeação para provimento de cargos em razão de realização de concursos públicos que não tenham sido homologados no período de 180 dias do término do mandato, aliado ao dispositivo previsto na lei eleitoral, de três meses antes do pleito.

O que pretende a lei é que o governante atual não onere os cofres públicos ao final do seu mandato, deixando para a Administração seguinte suportar o ônus de aumento de despesas com pessoal. Neste sentido, encontram-se alguns julgados colacionados a seguir:

*Ementa: ADMINISTRATIVO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PORTUÁRIOS DO PORTO DE SÃO FRANCISCO DO SUL - DEMISSÃO ANTES DO TÉRMINO DO CONTRATO - PERÍODO ELEITORAL - PLEITO DE CIRCUNSCRIÇÃO MUNICIPAL - ATOS DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL NÃO ATINGIDOS PELA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 73 , INC. V , DA LEI N. 9.504 /97 - SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO - INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. A aplicação do inciso V, do art. 73 , da Lei n. 9.504 /97 ocorre em cada eleição, dentro da sua circunscrição, ou seja, como o pleito de outubro de 2000 objetivava apenas o preenchimento dos cargos de Prefeito Municipal e Vereadores (no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo Municipal), encontram-se fora da proibição em tela o Governador do Estado e a Administração Estadual, sendo possível a estes proceder quaisquer dos atos ali mencionados. (TJ-SC - Apelação Cível AC 258348, SC 2002.025834-8, Data de publicação: 26/04/2005)*

*Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. TRANSFERÊNCIA DE POSTO DE TRABALHO NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM O PLEITO ELEITORAL. CIRCUNSCRIÇÕES DISTINTAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A vedação do artigo 73, inciso V, da Lei Federal n.º 9.504 /1997 não se aplica ao caso vertente, porque o apelante transferido é servidor público municipal e as próximas eleições seriam estaduais e federais. 2. Não comprovada a ilegalidade do ato, que tem supedâneo na oportunidade e conveniência da Administração Pública Municipal. 3. Além disso, os elementos de convicção dos autos não lograram demonstrar o desvio de poder do ato administrativo. 4. Precedentes jurisprudenciais do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. 5. Confirmação dos fundamentos da sentença, dada a reiteração, nas razões recursais, de questões já enfrentadas. Julgamento nos termos do art. 252 do RITJSP. 6. Sentença de denegação da ordem mantida. 7. Recurso de apelação desprovido. (TJ-SP - Apelação APL 31194220108260123, SP 0003119-42.2010.8.26.0123, Data de publicação: 26/06/2012) (grifos nossos)*

*Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO, ELEITORAL E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO. EXONERAÇÃO NO PERÍODO ELEITORAL. ARTIGO 73, INCISO V, DA LEI 9.504 /97. CIRCUNSCRIÇÃO EM QUE NÃO HAVIA ELEIÇÃO. 1. “As disposições contidas no art. 73, V, Lei n.º 9.504 /97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito.” (TSE, Resolução n.º 21806 /DF, Rel. Min. Fernando Neves da Silva, DJ 12/07/2004). 2. **A interpretação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral autoriza a exoneração de servidor público municipal no período em que ocorrem as eleições estaduais e a federal, desde que não coincida com as municipais.** 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 684774 PB 2004/0122828-1, Data de publicação: 29/11/2010) (grifos nossos)*

Em vista do exposto, outra não pode ser a conclusão, senão a de interpretar a alínea c, do inciso V, do art. 73, da Lei Federal nº 9.504/97, de forma restritiva, vale dizer, a de conceber a expressão “circunscrição do pleito” abarcando somente os entes federativos de cujos cargos estão em disputa eleitoral.

Assim, caso a eleição se dê no âmbito federal e/ou estadual, a exemplo do que ocorre no presente ano, não existe qualquer óbice ou vedação para a nomeação de candidatos aprovados em concurso público na esfera municipal, ainda que o concurso não tenha sido homologado até 03 meses antes do pleito, conforme dicção da parte final do inciso V do art. 73.

## **Referências Bibliográficas**

**CERQUEIRA**, Thales Tácito, **CERQUEIRA**, Camila Albuquerque, Direito Eleitoral Esquematizado, coordenador **LENZA**, Pedro, 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2011.

**LUCON**, Paulo Henrique dos Santos, **VIGLIAR**, José Marcelo Menezes, Código Eleitoral Interpretado, 2ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

**RAMAYANA**, Marcos, Direito Eleitoral, 13ª ed., atualizada com comentários à Lei nº 12.034/09 e à Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa), Ed. Impetus, Niterói, RJ, 2012.

<http://www.tse.jus.br/>

<http://www.tre-sp.jus.br/>

<http://www.tre-pr.jus.br/>



# Competência Legislativa Municipal em matéria ambiental

*Cintia Talarico da Cruz Carrer<sup>1</sup>*

**Resumo:** A problemática envolvendo o meio ambiente é cada vez mais presente na vida cotidiana, devido à ocorrência, cada vez mais frequente, de degradação dos recursos naturais. A defesa do meio ambiente como princípio conformador do ordenamento jurídico, foi enfatizada pela Constituição da República para resguardar o direito a vida, que restará comprometido se não houver uma interferência do Poder Público e dos setores da sociedade civil.

**Palavras-chave:** Competência legislativa. Município

## Introdução

O presente trabalho visa demonstrar que a preocupação ambiental é assunto de extrema relevância nos tempos atuais. O Município, como Ente da Federação mais próximo do cidadão tem o poder-dever de legislar sobre proteção ambiental no âmbito da Cidade, de forma a garantir não apenas a manutenção do meio ambiente equilibrado, neste incluído a paisagem urbana, mas principalmente permitir a sobrevivência da espécie humana com qualidade de vida.

## Competência Legislativa Municipal na Constituição de 1988

Somente com o texto constitucional de 1988, a preocupação com a preservação do meio ambiente obteve relevância predominante e lhe foi dado respaldo como direito fundamental de terceira geração. Por tais razões diz-se que a Constituição de 88 é ambientalista, já que cuidou da questão ambiental em diversos dispositivos, instrumentalizando o poder público para o exercício desta proteção.

É cediço que esta interferência é realizada por meio das normas de direito ambiental. Implementando-se políticas eficazes, racionais e bem estruturadas, que

---

<sup>1</sup> 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 e Procuradora do Município de São José dos Campos.

modifiquem os padrões sociais, aumentando a proteção ambiental, e em consequência a qualidade do meio, garantindo-se enfim a sobrevivência da espécie humana com qualidade de vida.

É certo que o texto constitucional alçou a proteção ao meio ambiente dentre as garantias e direitos fundamentais (artigo 5º, inciso LXXIII), classificando-o, inclusive, como condição essencial à sadia qualidade de vida da coletividade (art. 225, “caput”), determinando, ainda, ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer das suas formas (art. 23, VI).

Assim, na repartição de competências legislativas, prevê o texto constitucional à União, aos Estados e ao Distrito Federal, a função de legislar sobre a matéria ambiental. Sendo competência administrativa comum a todos os entes federativos – a proteção ao meio ambiente.

Considerando o princípio federativo, tem-se, portanto, que a proteção ambiental pelo Estado deve estar situada numa perspectiva descentralizada, envolvendo a participação dos três níveis de poder, além do próprio Distrito Federal.

Com relação aos Municípios, a Constituição não foi expressa, todavia, lhes conferiu competência para legislar sobre interesse local (artigo 30, I CF), o que de certa forma, acaba por englobar a proteção ambiental, que se encontra prescrita no âmbito dos diversos guelimentos e interesses da Cidade.

Referida proteção do meio ambiente pelo Ente Municipal somente é possível por meio do exercício da competência legislativa, tendente a suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local.

Isto porque o texto constitucional ao carrear ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I, da CF/88), também estabeleceu competência legislativa suplementar por força do art. 30, II, quando presente o interesse local, para suprir omissão, complementar princípios ou normas gerais nas matérias cuja competência não seja exclusiva ou privativa das outras esferas federativas<sup>2</sup>.

Assim, quando há interesse local, aos Municípios é dado suplementar a lei federal ou estadual sobre proteção ao meio ambiente, matéria da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e União.

Conclui-se, portanto que, a edição de normas municipais de proteção ao meio ambiente é de importância ímpar, tratando-se de interesse no âmbito da Cidade, principalmente quando ante a ausência de norma federal e estadual que garanta a proteção ambiental na sua totalidade.

Nessa formulação, tem-se ainda que o Município deve exercer a competência legislativa da forma mais abrangente e protetiva possível, evitando-se o dano ou

---

<sup>2</sup> BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município, in *Águas - aspectos jurídicos e ambientais*. Org. Vladimir Passos de Freitas, Curitiba: Juruá, pp. 77/101.

ainda sua possibilidade de ocorrência. Isso se deve ao fato de que o dano ambiental é, na maioria dos casos, irreversível.

Outrossim, não é prudente nem justificável a conduta do administrador público e do legislador municipal, que diante de uma situação iminente de dano ambiental, deixa de se posicionar no sentido de evitar a ocorrência de um dano ambiental. Para evitar a ocorrência do dano é justificável a propositura de ações constitucionais, em aplicação do princípio da prevenção.

Em outro vértice, se é certo que a defesa do meio ambiente está entre as matérias a serem observadas pelo Estado e União, também é certo que as normas editadas pelo Município em tema de meio ambiente devem ser normas específicas para determinada localidade e de efetiva aplicação.

Por estas razões, é possível concluir que, quem vai definir o que seja ou não peculiar interesse do Município, será o próprio Município.

Todavia, na colidência de disposições normativas de outras entidades políticas, deve prevalecer a norma que mais atenda o preceito constitucional, e que mais venha tutelar o meio ambiente e evitar danos ambientais. Nesse passo, tem-se que a norma municipal acaba sendo mais específica. E tal ocorre porque o Município, é o Ente da federação mais próximo do cidadão, e, portanto, mais próximo dos problemas de uma determinada localização, além de deter os instrumentos legais para atuação.

Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>, sobre o tema, discorre no sentido de que o peculiar interesse se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União.

Segundo o doutrinador, não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.

*Estabelecida essa premissa, é que se deve partir em busca dos assuntos da competência municipal, a fim de selecionar os que são e os que não são de seu peculiar interesse, isto é, aqueles que predominantemente interessam à atividade local (MEIRELLES, 2006, p.135).*

Concluiu o autor, que:

*Seria fastidiosa, e inútil por incompleta, a apresentação de um elenco casuístico de assuntos do peculiar interesse do Município, porque a atividade municipal, embora restrita ao território da comuna, é multifária, nos seus aspectos, e variável na sua apresentação, em cada localidade (MEIRELLES, 2006, p.135).*

É possível verificar que existem segmentos e atividades que, embora tutelados por normas da União e dos Estados-Membros, acabam possuindo características

<sup>3</sup> Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 15ª edição, p. 134/135.

locais não atingidas pelas normas federais e estaduais. Com o intuito de garantir a proteção ao meio ambiente em atendimento a tais características específicas, o Ente Municipal não só pode, como deve intervir.

A tentativa doutrinária de delimitação dos contornos da competência legislativa da União, Estados e Município é ineficaz quando o assunto é proteção ambiental. Nada há no texto constitucional que conduza o interprete à conclusão de que há hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais, ou que existe um limite para atuação legislativa. No entanto, tais normas devem ser integradas e não contrárias, sempre no sentido da maior proteção.

O direito ambiental tem uma base principiológica que permite uma integração entre as normas, sempre no sentido de assumirem cada vez mais a proteção do meio ambiente. Na prática, todavia, não é possível afastar a ocorrência de conflito.

O STF, ao discutir no âmbito do controle abstrato de normas, os limites da competência da União e dos Estados em matérias ambientais, tem assentado que: (i) havendo colisão entre as leis nacional e estadual, a prevalência desta última está condicionada à existência de peculiaridades estaduais que justifiquem o exercício, nesses termos, da competência concorrente pelo Estado; (ii) a lei editada pela União não perde o caráter de norma geral pelo simples fato de dispor extensamente sobre todos os aspectos do objeto regulado; (iii) a ação do legislador nacional afigura-se legítima na resolução de problemas que transcendem a esfera dos Estados singulares.<sup>4</sup>

No Estado de São Paulo a Carta Paulista ressalta a competência municipal expressa no texto constitucional, quando no artigo 180, I, III e V, dispõe que, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes; a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural; e a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida.

E no artigo 181, dita que a Lei Municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, usos e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

O meio ambiente, definido no art. 225 da Constituição Federal de 1988 como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” é um bem essencialmente difuso que se caracteriza pela relação harmônica entre diversos bens, naturais ou culturais. Destarte não cabe limitá-lo a espaços geográficos politicamente definidos.

---

<sup>4</sup> Fonte : núcleo de pesquisas do Senado, normas gerais revisitadas. A competência Legislativa em Matéria Ambiental, Renato Monteiro de Resende. Fevereiro 2013

## REFERÊNCIAS

BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município, *in Águas - aspectos jurídicos e ambientais*. Org. Vladimir Passos de Freitas, Curitiba: Juruá.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Editora Malheiros.2006

SENADO, núcleo de pesquisas, normas gerais revisitadas. A competência Legislativa em Matéria Ambiental, Renato Monteiro de Resende. Fevereiro 2013



# Suspensão de Segurança IPTU - análise de suspensão de liminar

José Luiz Levy<sup>1</sup>

Passamos a sintetizar as razões jurídicas que levaram a Câmara Municipal de São Paulo a requerer, e obter do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos Autos nº 0199859-46.2013.8.26.0000, a suspensão de liminar proferida pelo MM. Juiz 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital que, em sede de **ação civil pública**, **suspendera a validade** de Lei Municipal nº 15.889, de 5 de novembro de 2013, que atualiza valores destinados à apuração do valor venal de imóveis e dispõe sobre o Imposto Territorial e Predial Urbano– IPTU.

Muito embora a eficácia e a aplicação de tal Lei Municipal, tenham sido posteriormente suspensas pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, em sede cautelar, na **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 0201865-26.2013.8.26.0000, continua presente o interesse pelas medidas adotadas pela Edilidade em face da liminar proferida em primeira instância. Eis o motivo que nos levou a escrever o presente artigo.

Na ação civil pública mencionada, Autos nº 1010021-05.2013.8.26.0053, que tramitou perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, o autor, Promotor do Ministério Público do Estado de São Paulo atuante na 1ª Instância, postulou a declaração de nulidade do Projeto de Lei nº 711/2013 em discussão na Câmara Municipal de São Paulo, por pretensa afronta a princípios e dispositivos da Constituição e do Regimento Interno da Edilidade, bem como, caso sancionado o projeto, a declaração de nulidade da lei dele decorrente.

Em resumo, o Ministério Público, para fundamentar o seu pedido, asseverou que a aprovação, em segunda votação, do projeto em questão, deu-se em Sessão Extraordinária que, apesar de convocada no Diário Oficial da Cidade, a publicação, a Ordem do Dia constante da publicação não incluía o referido projeto, o que teria afrontado o princípio da publicidade e dispositivos do Regimento Interno que exigiam a publicidade, mesmo em hipóteses de urgência.

Deferida inicialmente a liminar para o fim de *“determinar o impedimento imediato da sanção do Projeto de Lei nº 711/2013”*, no entanto, diante da convalidação do Projeto impugnado em lei, por motivos de intimação tardia da decisão, o MM. Juiz, atendendo pedido do Ministério Público de extensão dos efeitos da liminar, decidiu

---

<sup>1</sup>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.

que “o ato de promulgação do referido projeto de lei pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal de São Paulo, convertendo o projeto na Lei municipal nº 15.889, de 5 de novembro de 2013, publicada nesta data no Diário Oficial Eletrônico do Município, **também sofrerá os efeitos da referida ordem judicial proferida em caráter liminar, ficando suspensa a validade da mencionada lei paulistana até ulterior decisão judicial**” .

Posteriormente, indeferiu o Magistrado pedido de reconsideração formulado pela Prefeitura do Município de São Paulo. Decidiu no sentido de que a sustação da validade da Lei Municipal era medida necessária, pois, diante da possível existência de vício insanável na origem do processo legislativo, que macularia os atos subsequentes, o Exmo. Sr. Prefeito deveria estar ciente de suas responsabilidades em todas as esferas: “**não haverá espaço para malabarismos jurídicos para se esquivar da aplicação da lei**” .

Diante da patente afronta ao sistema normativo pátrio, a Câmara Municipal de São Paulo houve por bem ingressar com imediato pedido de Suspensão de Liminar perante o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, preliminarmente insistindo na própria legitimidade para requerer a suspensão e no cabimento do pedido. Aduziu, a seguir, que a referida decisão liminar provocava grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, além da ausência, na ação civil pública proposta, dos requisitos necessários à concessão de liminar. Oportuno recordar no presente artigo, com vagar, as razões constantes da peça judicial apresentada perante o Presidente do Tribunal de Justiça.

## PRELIMINARMENTE

### I. Da legitimidade da requerente

Sustentou a Edilidade, antes de mais nada, a legitimidade própria para requerer a Suspensão de Liminar, conforme os termos legais e reiterada orientação jurisprudencial. O artigo 12, § 1º, da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, possibilita à “*pessoa jurídica de direito pública interessada*” a formulação de pedido de suspensão de segurança. Idêntica expressão utiliza o artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Pode-se dizer que é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de se reconhecer a legitimidade do Poder Legislativo para requerer suspensão de liminar, quando a decisão impugnada constitua óbice ao exercício de seus poderes ou prerrogativas (SS 300-AgR/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, DJ 30.4.1992; SS 936-AgR/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 23.02.1996 e 954/PR, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 05.12.1995; SL-AgR 112 TO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/10/2006.9; SL 3591/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/06/08).

Nesse diapasão, considerando-se que a suspensão em tela tinha por objeto liminar que suspende lei municipal decorrente de Projeto de Lei aprovado pela Câmara Municipal de São Paulo, no exercício de sua precípua atribuição constitucional legislativa (arts. 2º e 29, “caput” e 30, I, da CF), e que obstaculizava a votação do orçamento do Município de São Paulo para o ano de 2014, votação que deverá ser feita até o fim deste ano de 2013, e considerando as exigências impostas pelo princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”, da CF), insofismável no caso a legitimidade ativa do Legislativo Municipal de São Paulo para a apresentação do pedido.

## II. Do cabimento do pedido

Sustentou a Câmara Municipal, a seguir, o cabimento do seu pleito. O pedido de Suspensão de Liminar, dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, configurava-se como plenamente cabível, uma vez que expressamente previsto no artigo 12, § 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no artigo 26, I, “b” do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça.

A Câmara Municipal de São Paulo, **ocupando a posição de Réu em ação civil pública, tinha contra si decisão liminar cuja eficácia causava um risco de grave lesão ao interesse público.**

A Edilidade paulistana não interpôs Agravo de Instrumento em face dessa decisão liminar, uma vez que seria tal recurso distribuído a uma das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça. No entanto, **como a decisão cuja eficácia se pretendia suspender foi proferida em usurpação de competência originária do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ter suspenso abstratamente “erga omnes” Lei Municipal,** o pedido de Suspensão de Segurança seria necessário, a fim de assegurar que a matéria seja decidida pelo Presidente do Órgão Especial competente, nos termos do 97 e art. 125, § 2º, da Constituição Federal, e artigo 74, inciso VI, e 90, § 2º, da Constituição Estadual.

Assim, o recurso de Agravo de Instrumento, resultaria insuficiente para o Poder Judiciário dirimir a matéria pelo Órgão Judiciário competente, inviabilizando-se a proteção constitucional no sentido de que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”* (art. 5º, inciso XXXV, da CF), e de que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* ( art. 5º, inciso LV, da CF).

## II. Da grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública

A postulante sustentou, a seguir, a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Com efeito, a Lei Municipal nº 15.889, de 05 de novembro de 2013, que “*atualiza os valores unitários de metro quadrado de construção e de terreno previstos na Lei nº 10.235, de 16 de dezembro de 1986; fixa, para efeitos fiscais, novos perímetros para a primeira e a segunda subdivisões da zona urbana do Município e dispõe sobre o Imposto Predial e Imposto Territorial Urbano – IPTU*”, foi aprovada pelos Vereadores do Município de São Paulo, obedecendo todas as exigências legais e regimentais, objetivando, segundo os nobres edis, elevado interesse público.

Assim, afirmou-se que a suspensão da validade da referida lei, através da decisão proferida por Juízo de Primeira Instância em Ação Civil Pública, causaria, em futuro próximo, graves e irreparáveis danos ao Município e às atribuições constitucionais da Câmara Municipal de São Paulo, comprometendo valores sociais relevantes relacionados à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas do Município de São Paulo.

A jurisprudência, com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, tem entendido “*não ser vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, caracterizado pela probabilidade de a decisão contra a qual se pede a suspensão ser contrária às normas existentes na ordem jurídica*”. Nesse sentido: SS nº 846-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/5/96; e SS nº 1.272-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.5.2001.

Ora, em assim sendo, **inequívoca a presença “in casu” do que a jurisprudência denomina de “lesão à ordem pública em sua acepção jurídico constitucional”** (STF, SS 3152/RS, Ministra Presidente Ellen Gracie; j. 20.06.2007; SS 2860 PE Ministra Presidente Ellen Gracie, j. 11/10/2007; SL 234 RO, Min. Presidente Gilmar Mendes, j. 22.10/2008). Com efeito, mesmo em um juízo mínimo de deliberação pode-se verificar a inconstitucionalidade e ilegalidade das decisões liminares de primeira instância, ora atacadas, que suspendem **abstratamente “erga omnes” a validade de lei municipal, porque invadem de modo claro a competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo**, em afronta aos artigos 97 e 125, § 3º da Constituição Federal e ao artigo 74, inciso V, da Constituição Estadual. Tais decisões violaram também o art. 90, III, da Constituição Estadual, **porquanto somente o Procurador-Geral de Justiça do Estado poderia mover ação com o objetivo de declarar invalidade de lei**. Por fim, a suspensão da lei municipal mencionada é contrária aos arts. 125 da Constituição Federal e ao art. 1º da Lei 7.347/85, com a redação da Medida Provisória 2.180-35/200, pois, **além de não ser cabível ação pública para veicular pretensões que envolvam tributos, a jurisprudência é reiterada no sentido de ser inadmissível que o autor da ação nessa hipótese seja o Ministério Público, porquanto alheia à missão constitucional do “parquet” ingressar com ação visando a defesa do contribuinte, que não se confunde com a defesa do consumidor, nem dos interesses sociais e individuais indisponíveis**.

Por outro lado, tal liminar de suspensão de validade de lei veio **interferir indevidamente nas atribuições constitucionais da Câmara Municipal**. Cabe apenas

ao Poder Legislativo inovar a ordem jurídica de maneira abstrata, e ao Judiciário exercer o controle dessas leis através de ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de subversão da ordem jurídica e de afronta a princípios elementares do Estado de Direito, em especial ao princípio da separação dos poderes e da autonomia municipal (art. 2º, 18, 29, “caput”, 44, 45 e 48, “caput”, da Constituição Federal). Ainda, a suspensão da Lei 15.889/2013 **acarretaria graves dificuldades para a votação do orçamento do Município de 2014, que deveria ser votado até o final ano de 2013.** Não se pode deixar de assinalar ainda que, **diante do princípio da anterioridade tributária (art. 150, inciso III, “b”, da Constituição Federal), a Câmara Municipal terá dificuldade na recuperação de receita através da medida legislativa.**

Daí que, com a devida vênia, a decisão liminar cuja suspensão se solicitava, além de inconstitucional e ilegal, poderia ser caracterizada mesmo **como teratológica e abusiva, merecendo ser urgentemente suspensa através do incidente de contracautela formulado, que é uma medida excepcional.**

Importante salientar que, de acordo com as informações passadas pelo Município de São Paulo à Edilidade, com a revisão da Planta Genérica de Valores, nos termos da Lei Municipal nº 15.889/13, a estimativa de arrecadação do IPTU alcançaria R\$ 6,7 bilhões em 2014, ao passo que, sem a referida lei, considerando-se apenas a arrecadação pelo aumento vegetativo (incremento da base de contribuintes e das áreas construídas na Cidade), mais atualização monetária, a estimativa é de R\$ 5,9 bilhões, para o ano de 2014. **A suspensão da Lei nº 15.889/13, portanto, acarretaria, só no ano que 2014, a perda de R\$ 800 milhões, valor esse que deixaria de ser destinado a diversas áreas de serviços essenciais, como muito bem apresentado pela Municipalidade.**

Evidente o que significa tal supressão de receita para o Município de São Paulo que sofreria grave desequilíbrio orçamentário e financeiro em 2014. **A iminente ameaça à ordem econômica, o risco de séria desordem administrativa nos serviços públicos, as implicações na segurança e na saúde dos munícipes se revelavam extremamente preocupantes.**

**Aplicável à hipótese vertente, como luva à mão, as seguintes ponderações e precedentes do STF, a respeito da concessão de Suspensão de Segurança na hipótese de supressão de receita orçamentária: que poderiam gerar significativo desequilíbrio nas contas municipais, tendo em vista, inclusive, se tratar de Município de população exígua e pequena arrecadação tributária. Em conseqüência, restaria comprometido o exercício, pelo ente municipal, de competências que lhe são próprias. Nesse sentido as seguintes decisões da Presidência deste Supremo Tribunal Federal: SL 183, Rel. Ellen Gracie, DJ 20.08.2007; SS 2.908, Rel. Ellen Gracie, DJ 10.04.2006; SS 92, Rel. Nelson Jobim, DJ 15.12.2005; SS 89, Rel. Nelson Jobim, DJ 30.11.2005; STA 30, Rel. Nelson Jobim, DJ 14.03.2005; STA 28, Rel. Nelson Jobim, DJ 07.03.2005; SS 2.444, Rel. Nelson Jobim, DJ 18.05.2005 Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da decisão liminar (STF, SL 255 GO, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j.25/08/2008).**

Configurada, no caso, de modo patente, a existência de lesão à ordem pública, compreendida na acepção jurídico-administrativa que lhe empresta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "**concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública.**" (STF, SS 4178, Min. Pres. Gilmar Mendes, j. 22.04.2010, Dje 29/04/2010).

O Tribunal de Justiça, em hipótese idêntica à presente, já decidira no sentido de que: "**representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício da Administração pelas autoridades constituídas (...), implica desenganada interferência nas atividades próprias da Administração, caracterizando risco de grave lesão à ordem pública, tudo a justificar concessão da suspensão ora rogada. Também impressiona o argumento de que a execução da reportada decisão implica risco de grave lesão à economia pública. Isso porque, segundo estimativas iniciais, o custo para a implementação do almejado programa alça valores muito expressivos, da ordem de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), desprovidos de contemplação orçamentária. Assim, e em harmonia com o exposto, defiro o pedido em ordem a suspender os efeitos da liminar concedida pelo eg. Juízo da 14ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**" (Suspensão de Segurança nº 0173320-43.2013.8.26.0000, Rel. Des. Presidente Ivan Sartori, j. 4.09.2013. No mesmo sentido: Suspensão de Segurança nº 0185368-34.2013.8.26.0000, j. 01/10/2013).

### III. Da ausência dos requisitos necessários à concessão da liminar

Como se sabe, no âmbito de cognição sumária próprio de pedidos de suspensão de decisão judicial, descabe abordagem pormenorizada da matéria de fundo.

Porém, visando facilitar juízo de delibação sumária pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, passou a Edilidade a demonstrar que nem sequer os pressupostos imprescindíveis à suspensão liminar da lei se faziam presentes, o que impedia decisão concessória nesse sentido pelo MM. Juízo de Primeira Instância, nos autos da ação civil pública em questão.

#### III.1 Da incompetência absoluta

O primeiro pressuposto para a suspensão liminar da lei, caso fosse pertinente a suspensão, seria a competência do MM. Juiz para tal decisão. Porém, apesar de

nomeada de “ação civil pública”, na verdade a demanda visava à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.889, de 5 de novembro de 2013, por **vício formal relativo ao processo legislativo**. Esse era o **único objeto da referida ação**, principalmente depois da sanção e publicação da Lei referida, fazendo com que perdesse objeto, por falta de interesse processual, a pretensão inicial de impedir a sanção da lei decorrente do Projeto de Lei nº 711/2013.

Contudo, Hely Lopes Meirelles recorda que ação civil pública “*não pode substituir a ação direta de inconstitucionalidade, **situação que ocorre quando a controvérsia qualifica-se como objeto único da demanda**” (Direito Administrativo Brasileiro, 39.ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p.802). Acrescenta ainda o mesmo autor, em obra atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes:*

***“A ação civil pública não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade. Acresce que em várias oportunidades a ação civil pública tem sido utilizada pelos juízes singulares como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, embora a competência para o seu julgamento seja no caso, do STF, como manda a Constituição Federal.***

*Ora, conhecemos no Direito Brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é da competência exclusiva do STF, e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ação civil pública tem efeitos erga omnes, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do STF(...) **Dentre as decisões que já consideravam a ação civil pública imprópria para este fim, vale destacar os acórdãos do TARS, que se manifestaram em ações civis públicas intentadas para que fosse devolvido aos contribuintes o IPTU inconstitucionalmente aumentado pelo Município**” (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 35.ed., São Paulo: Malheiros, 2013,p.305 e 308).*

Ora, nos termos do art. 125, § 2º da Constituição Federal e dos arts. 74, inciso VI, e 90, §2º, da Constituição do Estado de São Paulo, compete ao Tribunal de Justiça “**processar e julgar originariamente**” “**a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição**”[Estadual]. E, nos termos do art. 97 da Constituição Federal: “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

Assim, apenas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem competência originária para declarar abstratamente a inconstitucionalidade “*erga omnes*” de lei municipal, o que deverá fazer por meio de quorum específico, **não sendo a ação**

**civil pública a via adequada para tal fim no presente caso, em que não é colocado em juízo uma específica e concreta situação jurídica.**

Como tem salientado inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública somente pode ser utilizada como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade “*desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial*” (STF, Rcl 1733/SP, Min. Celso de Mello, DJ 1º/12/2000), e que “*se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes*”. (STF, Pleno, RE 424.993-6/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/09/2007).

Por outro lado, **somente o Procurador- Geral de Justiça tem legitimidade para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade**, nos termos do art. 90, inciso III, da Constituição Estadual, e não o Promotor de Justiça, como se verifica na presente demanda. **Surpreendente que um único Promotor de Justiça, sem qualquer respaldo na Constituição Estadual e em sua Lei Orgânica, pretenda ingressar com pedido para retirar abstratamente “erga omnes” eficácia de lei municipal.**

Não menos importante é a previsão do Parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescido pela Medida Provisória 2.180-35/2000, no sentido de que “**não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos**”.

Patente, portanto, **a inviabilidade da demanda em que o Ministério Público, a pretexto de vícios no processo legislativo, por uma via transversa objetiva, em verdade, defender interesses privados dos contribuintes relativos ao IPTU.** Tal objetivo, “*data venia*” é contrário ao papel que lhe foi atribuído como instituição permanente que lhe foi confiada pelo art. 127 da Constituição Federal, que lhe permitiu apenas atuar em defesa de interesses individuais indisponíveis. O órgão do Ministério Público não detém legitimidade ativa em ação civil pública “*in casu*”, **sendo inadmissível que se ponha em defesa do contribuinte, que se não confunde com a figura do consumidor**, em prejuízo ao Erário e usurpando competência do Procurador-Geral de Justiça. Ressalte-se que **não se podem confundir direitos difusos ou coletivos com o direito de contribuintes**, até porque a relação do fisco com o contribuinte é perfeitamente diversa daqueles direitos de relação de consumo.

Trouxe a Edilidade à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “**O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.** (Precedentes: RESP 845034/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 14/02/2007; RESP 701913/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 28/02/2007; AgRg no REsp 710.847/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.08.2005; AgRg no REsp 495.915/MG, Rel.

Min. Denise Arruda, DJ de 04/04/2005; RESP 419.298/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/12/2004).

E também no sentido no sentido de que “ **A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. 3. Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a legitimatio do Parquet com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular “pretensões que envolvam tributos”. (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001)(...)Precedentes: REsp 678911/MG, DJ 23/06/2005, desta Relatoria; REsp 401554/DF, DJ 26.05.2006; REsp 457090/DF, DJ 25.04.2006.8. Recurso especial desprovido.”** (STJ, 1ª T., REsp 883690/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/09/2007, destaque nosso).

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo, reiteradamente, orienta-se de acordo com o mesmo diapasão: (TJSP, 18ª Câmara de Direito Público Ap.n. 0006446-24.2012.8.26.0220, Rel. Des. Roberto Martins de Souza, j. 26/09/2013; 14ª Câmara de Direito Público, Ap. 9140900-70.2006.8.26.0000, Rel. Rodrigo Enout, j. 01/12/2011).

### III. 2 Da legalidade da votação

Também em razão da plena legalidade da votação questionada, ausente o requisito do “*fumus boni iuris*”, indispensável para a concessão da liminar.

Não nos deteremos no presente artigo a respeito desse tópico, que refoge à finalidade que motivou a elaboração do presente trabalho.

Em síntese, no entanto, a Edilidade demonstrou ao Presidente do Tribunal de Justiça a legalidade da tramitação do projeto, em suas duas votações. Todos os 55 vereadores votaram regularmente, sem qualquer obstáculo ou prejuízo objetivo, e foram obedecidos os princípios e normas regimentais pertinentes. Revelou-se, ademais, a boa fé por parte do Presidente da Edilidade e da Mesa Diretora, que conduziram a votação de acordo com abundantes precedentes da Casa Legislativa municipal, e sendo a votação do projeto de prévio e amplo conhecimento por parte dos Vereadores, que não foram surpreendidos com a discussão da matéria. De todo modo, conforme jurisprudência consagrada, é de aplicar-se na espécie o princípio geral “*pas de nullité sans grief*” norteador das nulidades processuais, além de que se trata de questão “*interna corporis*”, que refoge à análise do Poder Judiciário.

### III.3 Do “*periculum in mora*” inverso

Asseverou ainda a Edilidade, que a concessão de liminar no caso em exame trazia consigo o “*periculum in mora inverso*”.

Como é cediço, as chamadas tutelas de urgência, além de obedecer os requisitos básicos de existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, devem necessariamente respeitar o **princípio da proporcionalidade**, segundo o qual se deve sopesar se o deferimento da liminar pode causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente.

Em suma, o denominado “*periculum in mora inverso*”, como ensina a doutrina, “*traduz-se na concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, contra o impetrado ou o requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou requerente. Inclui-se neste requisito o que se denomina por grave lesão à ordem pública, compreendendo nesse conceito a chamada ordem administrativa em geral*” (CORRÊA, Daniel Marinho. In “*Das liminares concedidas contra a fazenda pública: admissibilidade ou inadmissibilidade*”).

No caso em questão, o “*periculum in mora inverso*” resultava patente, em face da **ameaça à ordem, à saúde, a segurança e à economia pública municipal**, como já assinalado extensamente no pedido de Suspensão de Liminar, caso permanesse suspensa a Lei nº 15.889, de 5 de novembro de 2013, em virtude da liminar proferidas pelo MM. Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em sede de Ação Civil Pública.

### DO DEFERIMENTO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR

O Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ivan Sartori, inicialmente despachou no sentido de apensar o pedido de Suspensão de Liminar apresentado pela Edilidade ao pedido equivalente apresentado pelo Município de São Paulo, Autos nº 0199725-19.2013.8.26.0000, para serem conjuntamente apreciados, por conexão. Em seguida, em 13 de novembro de 2013, **proferiu o seguinte despacho monocrático:**

***“ O caso é de deferimento da rogada ordem de suspensão.***

*No quadrante do regime legal de contracautela que se constrói a partir dos enunciados das Leis nºs 12.016/09, 8.437/92 e 9.494/97, de constitucionalidade pontificada pelo Pretório Excelso (ADC nº 4), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Sobreleva observar que não se compreende no âmbito deste excepcional reclamo o reconhecimento de nulidades processuais ou o*

*exame do mérito da decisão contrastada, do seu acerto ou não, até porque o pedido de suspensão não se presta à modificação de decisão desfavorável ao ente público (STJ, AgRg na SL 39/SC, rel. ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPE-CIAL, julgado em 19/05/2004, DJ 07/06/2004 p. 145).*

*Isso está em linha com a jurisprudência do Pretório Excelso, solidada no sentido de que na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas (SS 2385 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00328). No caso em exame, estão presentes os requisitos condutores à suspensão dos efeitos dos julgados hostilizados. Tem-se configurada a existência de lesão à ordem pública, esta entendida na acepção jurídico-administrativa que lhe empresta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos pedidos de suspensão de segurança. Segundo esse entendimento, que se abona, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf. AgRg na suspensão de segurança n. 4.178, do Rio de Janeiro, rel. min. Cezar Peluso, decisão plenária de 20.10.2011). Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. No caso em exame, como argumentado, a edição da lei em comento fez-se cumprimento à determinação legal anterior, que comanda a revisão dos valores venais dos imóveis a cada dois anos em ordem a evitar grandes defasagens com relação aos preços praticados pelo mercado (Lei 15.044/09, art. 10).(…)*

**Também impressiona o argumento no sentido de que a medida judicial contrastada implica sério prejuízo ao erário.** Com efeito, como articulado, a suspensão dos efeitos da revisão da PGV interdirá aumento na arrecadação do Município na ordem de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), **com inegável prejuízo às diretrizes orçamentárias que se ocupam de áreas sensíveis da Administração, como saúde e educação, tudo a justificar a concessão da suspensão ora rogada.**

À parte isso, embora o figurino do pedido de suspensão reconhecidamente não se preste ao exame do tema de fundo da ação principal, **admite-se na análise do pedido um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas debatidas na ação principal** em ordem a constatar a existência do direito e do perigo de grave dano.

*Nessa panorama, afora as convincentes razões expostas pela Câmara Municipal de São Paulo sugestivas da inexistência do suposto vício formal na tramitação do processo legislativo deflagrador da lei municipal em comento, há aparente inadequação do manejo da ação civil pública para o questionamento da validade de lei em tese, considerada a jurisprudência estratificada a respeito da matéria, com julgados inclusive do Pretório Excelso. Com efeito, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, é expressiva a linha de julgados no sentido de reconhecer não ser a ação civil pública o meio adequado para a postulação da inconstitucionalidade da lei em tese (cf. Ap. Cível 9111342-19.2007, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Francisco Bianco; 0014532-48.2009, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Magalhães Coelho; 0191592-61.2008, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Leonel Costa). Em igual sentido, converge a jurisprudência dos tribunais superiores (STJ, Resp. 197.826. Min. Milton Luiz Pereira; STF, Reclamação n. 434). No caso em exame, impressiona o argumento no sentido de que a decisão contrastada, no ponto em que faz suspender a "validade" de lei municipal em tese considerada, acaba por alcançar efeitos próprios à ação direta de inconstitucionalidade, sem permissivo legal e constitucional para tanto.*

À parte isso, *a própria legitimidade do Ministério Público para o aforamento de demanda com semelhante desiderato parece ser bastante duvidosa, diante da restrição que se contém no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/84 e precedentes doutrinários e jurisprudenciais a respeito da matéria, inclusive com aresto do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida e julgada (ARE 694294, rel. Min. Luiz Fux). E parece estreme de dúvidas a natureza tributária da lei em comento, ao dispor sobre o critério quantitativo da regra-matriz do IPTU no Município de São Paulo. Assim e em harmonia com o exposto, defiro o pedido em ordem a suspender a execução da medida liminar concedida pelo eg. Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos da ação civil pública n. 1010021-05.2013, até seu trânsito em julgado ou ulterior deliberação desta Corte.*.". (destaques nossos)

Tal decisão monocrática, embora combatida por meio de Agravo Regimental, acabou por transitar em julgado.

Com o relato dos principais tópicos da tramitação da Suspensão de Segurança em questão, apresentada pela Edilidade paulistana perante o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pretendemos dividir com os colegas que militam na esfera municipal, mormente nos Parlamentos, essa importante jurisprudência do TJ/SP, que, ao fim e ao cabo, reitera a impertinência do uso da Ação Civil Pública pelo Ministério Público para combater lei municipal em tese, finalidade essa, por excelência, só pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

# Competência municipal no combate à violência obstétrica e no desenvolvimento do parto humanizado

*Lilian Vargas Pereira Poças<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo visa debater a competência do Município para propor ações que objetivem proteger a gestante e a parturiente.

**Palavras-chave:** Violência obstétrica. Parto humanizado. Direitos da mulher. Direitos humanos. Competência municipal na defesa da mulher. Competência municipal para legislar sobre saúde.

A violência obstétrica caracteriza-se pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres<sup>2</sup>.

Importamos a definição de “violência obstétrica” da legislação da Argentina (Lei Nacional 25.929 e Lei Nacional 26.485) e da Venezuela (Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violência de 19/03/2007), sendo correto afirmar que tais dispositivos legais decorrem da ratificação por esses países da “Convenção Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher de 1979”, a qual também fora ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984.

Assim dispõe a referida Convenção:

Artigo 12 - 1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-partes garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) em 2000 e pós-graduada em processo civil pela Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>.

assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância. (<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>, Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984)

A Portaria 569, de 1º de junho de 2000, do Ministério da Saúde, que institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento do SUS, determina em seu art. 2º:

Art. 2º Estabelecer os seguintes princípios e diretrizes para a estruturação do Programa de Humanização no Prénatal e Nascimento:

A - toda gestante tem direito ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério;

B - toda gestante tem direito ao acompanhamento pré-natal adequado de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo I desta Portaria;

C - toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto;

**D - toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura, de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo II desta Portaria;**

E - todo recém-nascido tem direito à assistência neonatal de forma humanizada e segura;

F - as autoridades sanitárias dos âmbitos federal, estadual e **municipal** são responsáveis pela garantia dos direitos enunciados nas alíneas acima. (destacamos).

Em que pesem o disposto na mencionada Convenção Internacional e, ainda, na Portaria do Ministério da Saúde, não são poucos os relatos de violência obstétrica nas maternidades públicas e privadas do nosso país.

A pesquisa “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”, divulgada em 2010 pelo SESC e pela Fundação Perseu Abramo, mostrou que uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o parto. As mais comuns, segundo o estudo, são gritos, procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, falta de analgesia e até negligência<sup>3</sup>.

Em cartilha elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, são descritas condutas que podem caracterizar violência obstétrica na gestação (como, por exemplo, agendar cesárea sem indicação em evidência científica, apenas por

<sup>3</sup> <http://novo.fpabramo.org.br/content/violencia-no-parto-e-tema-de-debate>

conveniência médica<sup>4</sup>), no parto (por exemplo, impedir a entrada do acompanhante escolhido pela mulher<sup>5</sup>) e no atendimento em situação de abortamento (tais como, realizar procedimento invasivo sem explicação ou realizar ameaças, acusações e culpabilização da mulher pelo aborto).

Confira-se elucidativa questão sobre os limites éticos de uma ação médica para que não resulte em violência:

“A questão que se coloca aqui, portanto, sobre a violência institucional, diz respeito aos limites éticos de uma ação para que ela não resulte em violência. A esse respeito recorreremos mais uma vez ao nosso referencial teórico. Segundo Chauí (1998:34), a violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade

<sup>4</sup> Na cidade de São Paulo, os partos normais realizados no SUS em 2007 representaram 67,8% e 66,5% em 2012. Na rede privada, foram 15,3% em 2007 e 14,9% em 2012. “A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera que 15% de parto cesárea é a proporção máxima aceitável para qualquer região e que deve ser limitado a situações de risco da mãe e da criança”, comenta Eliana de Aquino Bonilha (<http://extranet.saude.prefeitura.sp.gov.br/secretaria-municipal-da-saude-traca-perfil-das-gestantes-da-cidade-de-sao-paulo>).

Ainda sobre o tema da elevada taxa de cesáreas em nosso sistema de saúde, reportagem da Folha de São Paulo denuncia dificuldades que grávidas beneficiárias de plano de saúde encontram ao chegar a hospital da rede credenciada em trabalho de parto: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/03/1254798-plano-de-saude-preve- apenas-partos-marcados-diz-operadora.shtml>.

<sup>5</sup> Historicamente, as mulheres sempre foram atendidas e apoiadas por outras mulheres durante o trabalho de parto. Porém, em muitos países, na medida em que mais mulheres passaram a dar à luz em hospitais em vez de terem partos domiciliares, o apoio contínuo durante o trabalho de parto tem se tornado exceção em vez de regra. Isso pode contribuir para a desumanização da experiência do parto para as mulheres. As práticas obstétricas modernas frequentemente sujeitam as mulheres a rotinas institucionais que podem ter efeitos prejudiciais sobre o processo do trabalho de parto. O apoio durante o trabalho de parto inclui oferecer suporte emocional, medidas de conforto, informações e intermediação a favor da parturiente. Essas ações podem ajudar o processo fisiológico do trabalho de parto a se desenvolver e aumentam a sensação de controle e de competência das parturientes, reduzindo assim a necessidade de intervenções obstétricas. Esta revisão incluiu 23 ensaios clínicos randomizados (22 com dados numéricos) realizados em 16 países, envolvendo mais de 15.000 mulheres em uma grande variedade de locais e circunstâncias. Nesses estudos, o apoio contínuo era oferecido por pessoas que eram parte da equipe hospitalar (como enfermeiras ou parteiras), ou por mulheres que não faziam parte da equipe hospitalar e não tinham nenhuma relação pessoal com as parturientes (como doulas ou mulheres que tinham um pequeno treinamento), ou então por pessoas escolhidas pela parturiente dentro da sua rede social (como marido, parceiro, mãe ou amiga). As mulheres que receberam apoio contínuo tiveram maior probabilidade de terem um parto vaginal espontâneo, isto é, de dar à luz sem ser por cesárea ou usando vácuo-aspirador ou fórceps. Além disso, essas mulheres tiveram menor probabilidade de usar remédios para dor durante o trabalho de parto e maior probabilidade de se sentir mais satisfeitas; além disso, a duração do seu trabalho de parto foi um pouco menor. Seus bebês tiveram menor risco de ter uma nota baixa no Apgar de 5 minutos. O apoio contínuo não produziu nenhum efeito prejudicial. Concluímos que todas as mulheres deveriam ter apoio contínuo durante o trabalho de parto. O tipo de apoio contínuo durante o trabalho de parto mais benéfico parece ser aquele que é oferecido por uma pessoa que está lá apenas para isso, não sendo parte do círculo social da parturiente, que tenha experiência em oferecer apoio a parturientes e que tenha recebido algum tipo de treinamento para exercer este papel. O apoio de um parente ou amigo, em comparação com nenhum tipo de companhia, aumenta a satisfação da parturiente em relação à experiência do parto.” (<http://pt.summaries.cochrane.org/CD003766/apoio-continuo-para-mulheres-durante-o-parto#sthash.A60lriCP.dpuf>).

Ainda a respeito da importância de acompanhante no momento do parto, merece destaque a Lei Federal nº 11.108/2005, que alterou a Lei nº 8.080/90, a fim de garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Todavia, referida Lei não prevê penalidade em caso de descumprimento da medida, tampouco é aplicada na rede privada de saúde, o que prejudica sua efetividade.

como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos, inertes ou passivos. Na medida em que a ética é inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre e responsável, tratá-lo como se fosse desprovido de razão, vontade, liberdade e responsabilidade é tratá-lo não como humano e sim como coisa, fazendo-lhe violência...

Vemos, portanto, de acordo com os relatos dos entrevistados, que a anulação da subjetividade e da alteridade da paciente, a desqualificação de sua fala, de sua liberdade e autonomia aparecem no cotidiano das maternidades públicas, naturalizado e banalizado na cultura institucional. Imersos nesta mesma cultura, que tem sua fonte não só na medicina, mas também nos valores vigentes da sociedade, profissionais e pacientes a reproduzem e resistem em diversos momentos e de diversas formas". JANAÍNA MARQUES DE A GUIAR, *Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero*. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências.<sup>6</sup>

Logo, para que não haja violência obstétrica, há que existir ética no tratamento à gestante e à parturiente, tratando-as de forma humanizada e respeitosa, concedendo informações sobre a necessidade ou não de intervenções médicas e, principalmente, sobre as consequências de tais procedimentos.

A fim de garantir tais direitos à mulher, o Município tem competência para legislar e instituir políticas públicas que combatam a violência obstétrica e estimulem a humanização do tratamento à gestante e da parturiente.

Nas palavras de Luiz Roberto Boettcher Cupertino, "o Município, precisamente por estar no nível mais alcançável e concreto da vida dos cidadãos, deve buscar justamente nos anseios das pessoas as respostas para a difícil questão da competência legislativa local. É ouvindo o povo e sabendo do que o povo precisa que o legislador local terá maior chance de acertar, pois a demanda por leis que nasce da vivência concreta das pessoas é, no nosso entendimento, o melhor critério. Por óbvio que uma ou outra questão ainda esbarrará na limitação expressa que Estados-membros e Municípios têm de legislar sobre temas que sejam privativos da União, conforme art. 22 da Constituição Federal. Acreditamos, no entanto, que a demanda legislativa que nasce do seio da comunidade possui grande chance de atender ao princípio do interesse local predominante"<sup>7</sup>.

A proteção e a defesa da saúde são de competência legislativa concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e também dos Municípios, estes para complementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local (artigos 24, XII, e 30, II, Constituição Federal).

<sup>6</sup> In <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/JanainaMAguiar.pdf>

<sup>7</sup> [http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/Autonomia\\_Municipal\\_Competencia\\_Legislativa.pdf](http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/Autonomia_Municipal_Competencia_Legislativa.pdf)

A Lei Orgânica do Município, em seu art. 215, ratifica a competência municipal para regulamentar ações e serviços de saúde:

Art. 215. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Município dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

No que concerne à iniciativa do projeto legal, cumpre registrar que a Lei Orgânica do Município não mais prevê a iniciativa privativa ao Prefeito para apresentação de projetos de lei que versem sobre serviços públicos, como, aliás, não poderia deixar de ser, visto que tal previsão não encontrava respaldo na Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou no sentido de afastar a iniciativa legislativa privativa do Prefeito (art. 37, § 2º, IV, da Lei Orgânica Municipal) diante de projeto que versava sobre proteção de saúde e meio ambiente:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 891, de 14/01/2010, de iniciativa do Legislativo Municipal, que institui o programa municipal de coleta e destinação de gorduras e óleos vegetais, utilizados ou não na fritura dos alimentos. Princípio da separação de Poderes que deve ser compreendido em razão de uma de suas finalidades precípua e para a qual fora criado: o interesse da coletividade, que encontra guarida no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado constitucionalmente tutelados. Vício de iniciativa e violação à reserva da Administração não configurado e que não se sobrepõem ao direito ao meio ambiente equilibrado, sem o qual a existência da Humanidade é comprometida e cuja preservação é um direito fundamental de terceira geração que assiste à generalidade das pessoas. Lei cuja constitucionalidade deve ser reconhecida. Ação improcedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0088296-47.2013.8.26.0000, julgado em 24 de julho de 2013, Relator Desembargador Caetano Lagrasta).

Vê-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pelo afastamento de eventual vício de iniciativa para garantir o interesse da coletividade, especialmente ante legislação que verse sobre saúde e meio ambiente.

A toda evidência, o projeto de lei de iniciativa do Poder Legislativo não deve impor obrigações ao Executivo, em atenção ao princípio da separação de Poderes, tampouco gerar despesas em desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal. No mais, respeitados tais limites, o Legislativo tem competência para editar normas gerais com vistas à proteção da saúde da gestante e do recém nascido.

No que concerne a eventuais custos para viabilizar a humanização dos partos no Município de São Paulo, merece destaque o resultado de projeto de Humanização da

Assistência ao Parto no Instituto de Saúde Elpídio de Almeida (ISEA)<sup>8</sup>, que visou implementar um modelo de assistência humanizada ao parto no SUS.<sup>9</sup>

Nesse projeto, uma equipe multidisciplinar voluntária, composta por médicas (obstetra e neonatologistas), fisioterapeutas, acadêmicos de medicina e fisioterapia e doulas, atuou em plantões quinzenais, a fim de colocar em prática as recomendações da Organização Mundial de Saúde para a assistência humanizada ao trabalho de parto e ao parto, evitando-se procedimentos desnecessários, permitindo a presença de acompanhante e oferecendo apoio contínuo às mulheres.

O resultado foi de mais de 95% de puérperas satisfeitas, tanto com o parto, quanto com a assistência recebida.

A pesquisa destaca que ‘em termos de assistência ao parto, humanizar significa, sobretudo, o resgate do protagonismo feminino do parto (Jones, 2008)’.

Conclui-se que ‘mesmo em condições adversas e lugares com poucos recursos, o respeito ao parto como evento fisiológico e à autonomia feminina para fazer suas escolhas permite a qualquer equipe prestar uma assistência humanizada ao parto’.

Em outras palavras, humanizar o parto nem sempre envolve aporte de recursos, bastando, em muitos casos, simplesmente alterar a maneira como o atendimento é prestado.

Por outro lado, evitar a violência obstétrica e promover o parto humanizado resulta em economia de recursos públicos.

Com efeito, a humanização ao atendimento à mulher em trabalho de parto previne cesarianas precoces e sem necessidade efetiva, assim como problemas com anestésias e o excesso de medicação e as possíveis infecções decorrentes de intervenções médicas. Em suma, traz benefícios para o bebê e para a parturiente.

Os ganhos também podem ser destacados quando se analisa os benefícios do parto natural para a saúde futura da criança, uma vez que pesquisas demonstram que crianças nascidas por essa via de nascimento têm menor propensão a diabetes, asma e alergias<sup>10</sup>.

A esse respeito, o documentário brasileiro “O Renascimento do Parto”, que debate a realidade obstétrica brasileira, a qual contém um número alarmante de cesarianas ou de partos com intervenções traumáticas e desnecessárias, em contraponto com o que é sabido e recomendado hoje pela ciência, esclarece, dentre outros pontos, os benefícios do parto humanizado para a saúde do bebê e da parturiente, destacando que para o bebê o principal risco da cesárea desnecessária é o risco da prematuridade.

A conclusão da pesquisa realizada pela Fiocruz, com o tema “Nascer no Brasil”, realça as consequências danosas da violência obstétrica:

<sup>8</sup> O ISEA situa-se em Campina Grande, na Paraíba.

<sup>9</sup> Amorim, Melania Maria Ramos et al. Assistência humanizada ao parto no Instituto de Saúde Elpídio de Almeida (ISEA): resultados maternos. Revista Saúde & Ciência on line, v. 1, n. 1, p. 80-87, 2012.

<sup>10</sup> <http://www.isaude.net/pt-BR/noticia/33827/geral/bebes-nascidos-por-cesariana-tem-cinco-vezes-mais-risco-de-desenvolver-alergias>

Como conclusão geral, as mulheres brasileiras e seus bebês de qualquer grupo social estão sendo desnecessariamente expostos ao risco de efeitos adversos no parto e nascimento. As de mais elevado nível social sofrem maior número de intervenções obstétricas, em especial a operação cesariana, e dão à luz a um grande número de bebês com menos de 39 semanas, perdendo assim as vantagens advindas da sua situação social. As mais pobres, atendidas no setor público, estão submetidas a partos extremamente medicalizados, dolorosos, e demonstram menor satisfação com a atenção recebida. Têm piores indicadores perinatais e de condições de saúde em geral, indicando a baixa efetividade do modelo de atenção obstétrica e neonatal predominante nos serviços públicos e privados do país.<sup>11</sup>

Nesse ponto, relevante notar, ainda, que, diante de violência obstétrica ocorrida em hospital da rede pública de saúde, o Município responderá pelos danos que seus agentes causarem à paciente. É o que determina o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como o art. 43 do Código Civil, *in verbis*:

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:

...

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Em suma, estimular a humanização do parto e combater a violência obstétrica não implica em aporte de vultosa quantia em recursos públicos e, por outro lado, gera verdadeira economia de tais recursos, seja evitando problemas de saúde do bebê e da parturiente, seja impedindo a ocorrência de danos capazes de originar pedido de indenização ao Município.

Diante de todo o exposto, entendemos que o Município deve editar normas que coíbam a violência obstétrica e garantam tratamento digno às gestantes e parturientes.

---

<sup>11</sup> Pesquisa da Fiocruz; Nascer no Brasil [www.enps.fiocruz.br/portal-enps](http://www.enps.fiocruz.br/portal-enps)

A violência obstétrica começa a receber atenção dos Municípios, o que se reflete na legislação sobre o tema, merecendo destaque a Lei Municipal de São Paulo nº 15.894, de 8 de novembro de 2013, a Lei Municipal de Ribeirão Preto nº 13.082, de 17 de setembro de 2013, que institui pacto municipal social para a humanização da assistência ao parto, bem como a Lei Municipal de Diadema nº 3.363, de 1º de outubro de 2013, que visa implantar medidas de informação à gestante e à parturiente, com o objetivo de combater a violência obstétrica.

A mencionada lei paulistana, que institui o plano municipal para a humanização do parto, dispõe sobre a administração de analgesia em partos naturais de gestantes da cidade de São Paulo, e dá outras providências, define o que será considerada assistência humanizada ao parto:

- I - não comprometer a segurança do processo, nem a saúde da parturiente ou do recém-nascido;
- II - só adotar rotinas e procedimentos cuja extensão e conteúdo tenham sido objeto de revisão e avaliação científica por parte da Organização Mundial da Saúde - OMS ou de outras instituições de excelência reconhecida;
- III - garantir à gestante o direito de optar pelos procedimentos eletivos que, resguardada a segurança do parto, lhe propiciem maior conforto e bem-estar, incluindo procedimentos médicos para alívio da dor.

A Lei do Município de Ribeirão Preto define como assistência humanizada ao parto aquela que:

- I – Respeitar as normas da Resolução da Diretoria Colegiada nº 36/08 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal;
- II – Estiver baseada nas melhores evidências científicas para assistência à gestação, parto e puerpério, de acordo com revisões e avaliações científicas por parte da Organização Mundial da Saúde – OMS ou de outras instituições de excelência reconhecida;
- III – Não comprometer a segurança do processo, nem a saúde da parturiente ou do recém-nascido;
- IV – Só adotar rotinas e procedimentos cuja extensão e conteúdo tenham sido objeto de revisão e avaliação científica por parte da já mencionada Organização Mundial da Saúde – OMS ou de outras instituições de excelência reconhecida;
- V – Garantir à gestante o direito de optar pelos procedimentos que lhe propiciem maior conforto e bem-estar, incluindo procedimentos para alívio da dor;

VI – Respeito à fisiologia da gestação, do parto e do nascimento evitando procedimentos desnecessários com a preferência pela utilização dos métodos menos invasivos e mais naturais;

VII – Oportunidade para a gestante escolher as circunstâncias em que o parto ocorra, considerando o local, posição do parto, uso de intervenções e equipe;

VIII – Garantia de informação baseada em evidências científicas de modo prévio à gestante ou parturiente, assim como ao acompanhante dos métodos e procedimentos eletivos;

IX – Assegurar a responsabilidade compartilhada que garanta relações isonômicas entre a gestante e a equipe, garantindo a autonomia da gestante;

X – Garantia da presença, junto à parturiente, de um acompanhante, indicado pela mesma, durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Relevante mencionar, ainda, a Lei nº 3.363, de 1º de outubro de 2013, do Município de Diadema, que dispõe sobre a implantação de medidas de informação à gestante e parturiente sobre a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, visando, principalmente, à proteção destas contra a violência obstétrica no Município de Diadema. A mencionada lei prevê a distribuição de Cartilha dos Direitos da Gestante e da Parturiente, propiciando a todas as mulheres as informações e esclarecimentos necessários para um atendimento hospitalar digno e humanizado, a fim de erradicar a violência obstétrica.

Reforçando a importância do debate deste tema, no dia 23 de setembro de 2014, a Organização Mundial da Saúde tornou pública, em português, uma declaração oficial para a prevenção e eliminação da violência obstétrica nas instituições de saúde de todo o mundo, na qual são indicadas as seguintes medidas para eliminar o desrespeito e os abusos contra as mulheres durante a assistência institucional ao parto:

1. Maior apoio dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para a pesquisa e ação contra o desrespeito e os maus-tratos;
2. Começar, apoiar e manter programas desenhados para melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, com forte enfoque no cuidado respeitoso como componente essencial da qualidade da assistência;
3. Enfatizar os direitos das mulheres a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto;
4. Produzir dados relativos a práticas respeitosas e desrespeitosas na assistência à saúde, com sistemas de responsabilização e apoio significativo aos profissionais;
5. Envolver todos os interessados, incluindo as mulheres, nos esforços para melhorar a qualidade da assistência e eliminar o desrespeito e as práticas abusivas.

Ante todo o exposto, conclui-se que a violência obstétrica implica em verdadeira violação de direitos humanos, como o direito à integridade corporal, à autonomia e à saúde e deve ser combatida, inclusive na esfera municipal. Por outro lado, a humanização do parto traz benefícios para a saúde do bebê, da gestante e parturiente e é um norte a ser seguido, também no âmbito do Município.

## Referências Bibliográficas

1. FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Gravidez, filhos e violência institucional no parto. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. Disponível em: <<http://www.fpa.org.br/galeria/gravidez-filhos-e-violencia-institucional-no-parto>>.
2. DIÁRIO REGIONAL. OAB cria comissão sobre violência obstétrica. 2013. Disponível em: <<http://www.diarioregional.com.br/2013/11/24/editorias/noticias-gerais/oab-cria-comissao-sobre-violencia-obstetrica/>>.
3. DIADEMA. Projeto de Lei nº 077/2013. Disponível em: <http://www.cmdiadema.sp.gov.br/PLidos/PL077-2013.PDF>
4. RIBEIRÃO PRETO. Lei nº 13.082/2013. Disponível em: <http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/leis/pesquisa/ver.php?id=34941&chave=>
5. SÃO PAULO. Lei nº 15.894/2013. Disponível em: <http://www.camara.sp.gov.br>
6. Hodnett ED, Gates S, Hofmeyr G, Sakala C. Continuous support for women during childbirth. Cochrane Database of Systematic Reviews 2013, Issue 7. Art. No.: CD003766. DOI: 10.1002/14651858.CD003766.pub5 – Disponível em <http://pt.summaries.cochrane.org/CD003766/apoio-continuo-para-mulheres-durante-o-parto#sthash.A60IriCP.dpuf>
7. <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>
8. <http://pt.summaries.cochrane.org/CD003766/apoio-continuo-para-mulheres-durante-o-parto#sthash.A60IriCP.dpuf>
9. JANAÍNA MARQUES DE AGUIAR, Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências. Disponível em <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/JainainaMAGuiar.pdf>
10. <http://www.isaude.net/pt-BR/noticia/33827/geral/bebes-nascidos-por-cesariana-tem-cinco-vezes-mais-risco-de-desenvolver-alergias>
11. Amorim, Melania Maria Ramos et al. Assistência humanizada ao parto no Instituto de Saúde Elpídio de Almeida (ISEA): resultados maternos. Revista Saúde & Ciência on line, v. 1, n. 1, p. 80-87, 2012.
12. Pesquisa da Fiocruz: Nascer no Brasil, disponível em [www.enps.fiocruz.br/portal-enps](http://www.enps.fiocruz.br/portal-enps)
13. Link para a chamada da OMS: [http://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal\\_perinatal/statement-childbirth/en/](http://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/en/) - Disponível em [www.cientistaqueviroumae.com.br](http://www.cientistaqueviroumae.com.br)
14. Documentário “O renascimento do parto”. Brasil, 2013, produzido por Eduardo Chauvet e Erica de Paula.

# A Regra do sopesamento como critério para solução de colisões entre princípios de direitos sociais e financeiros

*Rafael Meira Hamatsu Ribeiro<sup>1</sup>*

**Resumo:** As diversas crises econômicas cíclicas e o desinteresse do Poder Público em implementar políticas de efetivação dos direitos sociais colocam em choque princípios relacionados ao Direito Financeiro e aos direitos sociais. Como resultante destas colisões, ora se defende a prevalência da independência dos Poderes e o Princípio da Legalidade em matéria orçamentária, ora se defende a prevalência da eficácia das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais. Como solução da colisão destes princípios, expõe-se o método proposto por Robert Alexy, cuja aplicação evidencia que a Teoria da Reserva do Possível representa fórmula pré-concebida de supremacia dos princípios relacionados ao Direito Financeiro, enquanto que os princípios da Vedação ao Retrocesso Social e do mínimo existencial estabelecem a supremacia da concepção da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Regra do sopesamento. Teoria da Reserva do Possível. Princípio da máxima eficácia. Vedação ao retrocesso. Mínimo existencial.

**Sumário:** I. Introdução. II. Os direitos sociais: breve histórico e classificação. III. Colisões entre princípios e a regra do sopesamento. IV. As soluções pré-concebidas aos conflitos de princípios: a Teoria da Reserva do Possível, da Vedação do Retrocesso Social e o mínimo existencial. V. Conclusão. VI. Bibliografia

## I. Introdução

O surgimento do Estado do Bem Estar Social criou demandas ao Poder Público até então inexistentes, ou em grau reduzido, com a conseqüente elevação da porção da receita orçamentária destinada a tais finalidades. Ao longo da história constitucional, verifica-se que a implementação do Estado Providência se deu com a elevação da extensão e do número de direitos sociais previstos nas cartas políticas.

---

<sup>1</sup> Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), em 2012. Bacharel, licenciado em Ciências Biológicas e Mestre em Ciências Biológicas (Genética) pela mesma Universidade.

A previsão em abstrato de tais direitos criam demandas populares pela concretização destas normas, que não raras vezes são bloqueadas pelas diversas fazendas públicas em razão de limitações orçamentárias<sup>2</sup>. Através da concepção de que a destinação de receitas aos programas sociais deve observar o que é financeiramente possível, pretendem as diversas fazendas públicas justificar a ineficácia das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais.

Em contrapeso à prevalência das normas de direito financeiro, argumenta-se a existência da regra da vedação ao retrocesso social, o que impediria a redução da extensão de programas sociais, sobretudo em épocas de crises econômicas e redução de arrecadação tributária, e a intangibilidade de um conteúdo mínimo de direitos fundamentais sociais, que deve ser observado em razão do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, que as pretensões individuais e coletivas à implementação, manutenção ou extensão de políticas públicas previstas em normas constitucionais levadas ao Poder Judiciário representam colisões entre princípios veiculadores de direitos sociais e princípios de Direito Financeiro. Tais colisões, como se pretende expor, encontram solução adequada através da aplicação da regra do sopesamento, a qual, se aplicada de forma sistemática, poderia conferir às decisões judiciais que as apreciam maior racionalidade.

Assim, pretende este artigo expor brevemente os argumentos que levam à prevalência das normas financeiras, aos que resultam na máxima eficácia dos direitos sociais e a regra do sopesamento como critério para solução destas colisões.

## II. Os direitos sociais: breve histórico e classificação

Os direitos fundamentais têm sua origem em período indeterminado, mas, indiscutivelmente, sofre influências das Revoluções Francesa e Industrial, assim como da Independência dos Estados Unidos da América. Os estudiosos do tema referente à evolução dos direitos humanos apontam a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses, como referência para algumas liberdades civis clássicas, a exemplo do *habeas corpus*, do devido processo legal e a garantia de propriedade. Podem ser citadas, também, como importantes marcos nesta evolução o Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França,

---

<sup>2</sup> Como exemplo, pode ser citada a demanda por vagas em creches ou pré-escolas que deveriam ser oferecidas pelos municípios. Segundo noticiado em 16 de setembro de 2014 pelo jornal Estadão, em matéria intitulada "Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%", para o secretário municipal da educação de São Paulo, Cesar Callegari, seria preciso que os juízes conversassem com as prefeituras para saber sobre as condições financeiras e o planejamento, antes de cobrar a matrícula. Disponível na Internet: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>. Acesso em 23 de setembro de 2014.

consequência da Reforma Protestante e da crescente reivindicação de liberdades religiosas, a *Petition of Rights*, de 1628, celebrada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, firmada por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1688, promulgada pelo Parlamento, sendo estes três últimos documentos resultados da Revolução Gloriosa de 1688 e da progressiva limitação do poder monárquico e da ascensão do Parlamento inglês<sup>3</sup>.

A despeito de todo o desenvolvimento das liberdades públicas na Inglaterra até o final do século XVII, consideram-se como marco inicial dos direitos fundamentais a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. Ambas declarações, com forte influência jusnaturalista, reconheceram a todo ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis<sup>4</sup>.

Classicamente, dividem-se os direitos fundamentais em gerações ou dimensões (termos mais adequado, tendo em vista que tais direitos não se sucedem, apenas coexistem), sendo consensualmente reconhecidas três, a saber: (i) primeira geração, composta de prestações negativas; (ii) segunda geração, consistente em prestações positivas; e (iii) terceira geração, na qual estão compreendidos os direitos difusos ou coletivos. Tradicionalmente, classificam-se também tomando-se como critério a ordem histórica cronológica em que foram constitucionalmente reconhecidos<sup>5</sup>.

À clássica classificação dos direitos fundamentais se sobrepõe a que os separa em direitos a atos negativos (por sua vez, subdivididos em direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos, direito a não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas e direito a não eliminação de posições jurídicas), direitos a ações positivas (seja ação positiva de natureza fática, seja de natureza normativa) e liberdades, tradicionalmente associadas aos direitos de defesa perante o Estado<sup>6</sup>. Tendo em vista que a efetivação dos direitos sociais depende tanto de ação positiva do legislador infraconstitucional, quanto de ações positivas de natureza fática por parte do Poder Público, entende-se que tais direitos são fundamentais e constituem direitos a ações positivas.

No sistema brasileiro não resta dúvida quanto à existência de direitos fundamentais de caráter social, tendo em vista a opção do constituinte originário em criar um capítulo destinado aos direitos sociais no título referente aos direitos e garantias fundamentais. Tais normas, em face das garantias processuais-constitucionais aplicáveis em caso de omissão legislativa (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão), também vinculam o Poder Público<sup>7</sup>.

<sup>3</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.47-9.

<sup>4</sup>*Ibidem*, p.50-1.

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2008, p.31.

<sup>6</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2000, p. 1258-1260.

<sup>7</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.23, julho, agosto, setembro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2011, p.6.

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, os direitos sociais são, segundo José Afonso da Silva, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” e classificam-se em (i) direitos sociais relativos ao trabalhador, (ii) direitos sociais relativos à seguridade (saúde, previdência e assistência social), (iii) direitos sociais relativos à educação e à cultura, (iv) direitos sociais relativos à moradia, (v) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso e (vi) direitos sociais relativos ao meio ambiente<sup>8</sup>. Em tal definição, que não se afasta das classificações dos direitos fundamentais acima apresentadas, verifica-se a indisociabilidade dos direitos sociais e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam somas relevantes de receita do orçamento, posto ser inimaginável a garantia de acesso à cultura e a educação, por exemplo sem que haja efetivo estímulo e financiamento estatais.

O mínimo de bem-estar social proporcionado pelos direitos sociais, ou seja, um meio de atenuação das desigualdades sociais, foi reconhecido inicialmente pelas Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919. Estes direitos fundamentais não são somente condizente com a dignidade da pessoa humana, mas também são causa e sustentação da democracia<sup>9</sup>, porque promover a eficácia de direitos e evitar a excessiva desigualdade a que leva o sistema econômico de mercado significa assegurar o regime democrático através do arrefecimento do ímpeto revolucionário que esteve presente na história ocidental desde o século XVIII.

Admitidos o caráter fundamental dos direitos sociais e a sua importância à manutenção do regime democrático, conclui-se que os direitos sociais devem ter aplicabilidade imediata e direta, conforme norma inscrita no §1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e também máximas eficácia e efetividade. De outra forma, conforme pretende a “Doutrina Brasileira da Efetividade”, haveria o impedimento do desenvolvimento dos direitos sociais. A adoção da mencionada teoria pelos constitucionalistas brasileiros leva ao seguinte paradoxo: embora a Constituição Federal de 1988 possa ser classificada como democrática e social, e até dirigente, possuindo em seu bojo um plano de transformação social, levando os sociólogos a buscarem a compreensão das instituições e seu regime jurídico-constitucional, os constitucionalistas se enclausuram em discussões improdutivas a respeito da aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 286-7.

<sup>9</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Democracia e Direitos Sociais, in Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Maria Garcia, Lauro Lui Gomes Ribeiro e Luciana Andrea Accorsi Berardi (org.). 1ª ed, São Paulo, IOB-Thomson, 2007, p. 311-6.

<sup>10</sup>BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento; Gustavo Binenbojm. (org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 733-5.

Por outro lado, há constitucionalistas defensores da tese segundo a qual a Constituição Federal de 1988, assim como as de 1891, 1934 e 1946, tem se mostrado uma carta política nominal, ou seja, suas normas não são adaptadas à dinâmica do processo político, mas contém apenas um caráter educativo e prospectivo. Há um dissenso entre os pressupostos sociais e econômicos (ou capacidade orçamentária) e a aspiração constitucional a ser sanada com o tempo, conforme apontado por Luís Roberto Barroso, embora após mais de duas décadas da inauguração de uma nova ordem constitucional ainda se debata quais normas são autoaplicáveis e quais não o são<sup>11</sup>.

Assim, o que se observa neste embate entre constitucionalista é a disputa entre a corrente defensora da prevalência da autonomia do Poder Público em formular e implementar, através de políticas públicas, os direitos sociais previstos em normas constitucionais e a corrente que busca a máxima eficácia das normas constitucionais, apoiando-se nas teorias da vedação do retrocesso social e do mínimo existencial.

### III. Colisões entre princípios e a regra do sopesamento

A discussão a respeito da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, seja pela atividade interpretativa dos tribunais, seja pela atividade legislativa, tem como questão preliminar a distinção entre regras e princípio. Tal distinção também é de fundamental importância na aplicação do método de sopesamento<sup>12</sup>, o que tem sido utilizado pela doutrina e jurisprudência erroneamente como sinônimo de razoabilidade<sup>13</sup>.

A despeito dos critérios tradicionalmente utilizados para a distinção entre regras e princípios, como o grau de generalidade, a distinção proposta por Robert Alexy é o que mais racionalmente soluciona os conflitos entre tais normas. Ambos (regras e princípios) são normas porque dizem o que devem ser<sup>14</sup> e se distinguem em razão de sua estrutura e forma<sup>15</sup>, ou seja, os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>16</sup>, ou seja, são mandamentos de otimização; por outro lado, as

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 5ª ed, Rio de Janeiro, RENOVAR, 2001, p. 65.

<sup>12</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª ed. alemã, São Paulo, 2008, Editora Malheiros, p. 85.

<sup>13</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. Revista de Direito Administrativo, 798 (2002), p. 23.

<sup>14</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 87.

<sup>15</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável, p. 25.

<sup>16</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 90.

“regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>17</sup> e “expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção”<sup>18</sup>.

O conflito entre regras deve ser solucionado, segundo este critério de distinção entre as duas espécies de normas, pelo afastamento de uma delas, seja pela declaração de invalidade, seja pela existência de uma cláusula de exceção<sup>19</sup>. Por outro lado, a colisão de princípios deve ser solucionada de forma completamente diferente, tendo em vista que estas normas são mandamentos de otimização (podem ser satisfeitos em graus variados dependentes das possibilidades fáticas e jurídicas); assim, em determinadas situações, um princípio cede em favor de outro, sem a necessidade de o cedente ser declarado inválido ou haver uma cláusula de exceção, e, em outras situações, a solução pode ser diferente<sup>20</sup>.

Em casos de colisão entre princípios, poderiam ser estabelecidas relações de precedência incondicionada ou condicionadas, vale dizer, relações em que se pode estabelecer de antemão a sobreposição de um sobre o outro ou em que se faz necessária a análise do caso concreto para que seja averiguado se há razões suficientes para a prevalência de um deles<sup>21</sup>. Contudo, em tais casos, em razão da definição de princípio como mandamentos de otimização, deve ser adotada a segunda alternativa porque, se houvesse precedência incondicionada entre dois princípios, negar-se-ia de antemão eficácia a uma deles.

É importante destacar a tradição no Brasil de se referir a tal método como princípio (ou dever, o que não resolve a confusão, já que deveres são normas, ou seja, poderia se tratar de regras ou princípios) da proporcionalidade, inobstante, conforme acima exposto, tratar-se de uma regra, razão pela qual a melhor doutrina a ela se refere como regra de proporcionalidade<sup>22</sup> ou técnica da ponderação<sup>23</sup>. Conforme mencionado, a regra de proporcionalidade também não se confunde com a razoabilidade, a despeito da não distinção entre elas por parcela da doutrina e jurisprudência, tendo em vista as distintas origens<sup>24</sup> e estrutura.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 91.

<sup>18</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável, p. 25.

<sup>19</sup>ALEX, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª ed. alemã, São Paulo, 2008, Editora Malheiros, p. 92.

<sup>20</sup>*Ibidem*, p. 93.

<sup>21</sup>ALEX, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 96-7.

<sup>22</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável, p. 26.

<sup>23</sup>Expressão utilizada no enunciado n. 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, in verbis: “Os direitos de personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

<sup>24</sup>Conforme observado por SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. Revista de Direito Administrativo, 798 (2002), p. 29-31, a *Magna Carta* de 1215 é comumente apontada como a origem da regra de proporcionalidade, o que não se confunde com proporcionalidade, já que esta última regra, na forma de teste da irrazoabilidade (ou *teste Wednesbury*) só aplicado na Inglaterra em 1948 (numa decisão judicial); por outro lado, a regra de proporcionalidade surgiu do controle judicial dos atos restritivos de direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão.

A análise do caso concreto é fundamental para que sejam tomadas decisões através da aplicação da regra de sopesamento em casos de colisão entre princípios, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas. O sistema proposto por Robert Alexy, inobstante tenha levado a conclusões antagônicas ao ser aplicado pelos tribunais, é aquele que permite a análise crítica dos critérios utilizados pelo julgador. Embora o Supremo Tribunal Federal utilize com frequência a regra da proporcionalidade para considerar inconstitucionais condutas abusivas do Poder Público, para sua invocação comumente “não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle de proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados”<sup>25</sup>.

Como exemplo, pode ser citada a pesquisa realizada por Bruno Ramos Pereira no sistema de busca do Supremo Tribunal, entre as decisões prolatadas nos anos de 2004 e 2006. Observou-se que apenas 81 acórdãos fazem referência ao termo proporcionalidade, e apenas 42 deles foram considerados relevantes, sendo que o maior número destas referências (22 acórdãos) foi observado nos votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes. Contudo, em 12 deles o mencionado ministro “não justificou o uso da proporcionalidade no caso ou remeteu o leitor à justificativa para a utilização da proporcionalidade explicitada em caso julgado anteriormente”<sup>26</sup>.

Entretanto, a despeito da ausência de critério técnico para a aplicação da regra, pode-se dizer que a referência à proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser entendida como referência à razoabilidade (uma das sub-regras que compõem a proporcionalidade, ou seja, conceito mais restrito que este último)<sup>27</sup>.

Embora haja alguma discordância quanto à correta aplicação da regra do sopesamento e sua origem, a sua previsão no ordenamento jurídico vigente não parece suscitar dúvida.

Como exemplos de normas constitucionais apontadas como origem da regra em cotejo, podem ser citados os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, *caput* (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). Podem ainda ser citados os institutos do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), *habeas data* (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, alínea *a*)<sup>28</sup> e a garantia do *substantive due process of Law*<sup>29</sup>. Também importa mencionar que alguns autores encontram fundamento constitucional da proporcionalidade no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal (o

---

<sup>25</sup>*Ibidem*, p. 31.

<sup>26</sup>PEREIRA, Bruno Ramos. O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise de Votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009, p. 90.

<sup>27</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, p. 32-3.

<sup>28</sup>*Ibidem*, p. 42.

<sup>29</sup>Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 07 de março de 1996.

que é defendido por Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides)<sup>30</sup>. No entanto, deve-se admitir a frustração da busca de uma fundamentação jurídico-positiva desta regra nesta ou naquela norma constitucional, tendo em vista que ela decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais<sup>31</sup>.

A despeito da confusão jurisprudencial e doutrinária, os autores que tratam da regra de proporcionalidade a subdividem em três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>32</sup>. A enumeração nesta ordem é de fundamental importância, tendo em vista que há uma relação de subsidiariedade entre as sub-regras, ou seja, a análise da segunda sub-regra só é exigível se o caso não houver sido solucionado com a análise da primeira e a análise da terceira só é exigível se a primeira e segunda sub-regras não o solucionarem<sup>33</sup>.

Com relação à primeira sub-regra, a saber, a adequação, o conceito mais largamente aceito é o de que é adequado o meio apto para alcançar o resultado pretendido. Entretanto, há um equívoco nesta concepção porque o verbo adequar é, neste contexto, utilizado como a tradução do alemão *fördern*, o que é melhor traduzido como fomentar. Adequado “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”<sup>34</sup>. Assim, somente pode ser considerada inadequada uma medida se não contribuir de nenhuma forma para fomentar determinado objetivo almejado.

Caso a medida do Poder Público seja adequada, o próximo passo da regra de proporcionalidade é a análise da sua necessidade. “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”<sup>35</sup>. Assim, a diferença essencial entre o exame da necessidade e o da adequação é de que o primeiro resulta de uma análise comparativa entre duas ou mais medidas e sua restrição a determinado direito fundamental, enquanto o segundo resulta em um exame absoluto.

Por fim, caso o exame da medida seja considerada adequada e necessária, resta a análise da proporcionalidade em sentido estrito para que tal medida seja reputada proporcional. A proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>36</sup>. Para que a medida adequada e necessária seja considerada desproporcional em sentido estrito, não é necessário que ela resulte na não realização

<sup>30</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, p. 43.

<sup>31</sup>*Ibidem*, p. 43.

<sup>32</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 116-7.

<sup>33</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável, p. 34.

<sup>34</sup>*Ibidem*, p. 36.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 38.

<sup>36</sup>*Ibidem*, p. 40.

do direito fundamental ou que seja atingido o núcleo essencial de algum destes direitos; basta que as razões de tal medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental<sup>37</sup>.

A despeito da maior racionalidade com que as colisões entre direitos fundamentais são resolvidas, o método formulado por Alexy foi duramente criticado por não permitir, a formulação de juízos racionais sobre o conflito de valores ou princípios constitucionais<sup>38</sup>. A irracionalidade apontada pelos críticos residiria, sobretudo, na terceira sub-regra mencionada, o que levou seu idealizador a criar uma fórmula para atribuir pesos ou grandezas diferentes aos interesses em colisão.

Para equacionar a apontada subjetividade, sugere Alexy a aplicação de uma metodologia que nomeou como “Fórmula do Peso”, com a consideração da interferência que a realização de um dos valores em conflito causa ao outro, bem como a interferência que sofrerá um deles com a omissão em realizá-lo. Tal fórmula consiste, em suma, na atribuição de pesos relativos aos princípios em conflito<sup>39</sup>, com a finalidade de estabelecer se e em que medida um deve preponderar sobre o outro, acaso tenha um maior peso relativo, sem excluir a possibilidade de que ambos os princípios em conflito, ao final, tenham pesos relativos idênticos<sup>40</sup>.

A “Fórmula do Peso”, enunciada sem maiores ressalvas, aparentaria dar às decisões que envolvam conflitos de princípios solução objetiva. Contudo, objetividade plena não existe, tendo em vista que a atribuição de valores às variáveis pelo aplicador do direito se dá através de argumentação por ele mesmo elaborada, conforme seus critérios, ou seja, não há valores previamente estabelecidos para cada uma delas.

Embora não haja a objetividade intrínseca às ciências naturais, é possível, através da aplicação de tal método, determinar em muitos casos nos quais o Poder Judiciário é chamado a intervir, qual princípio deve prevalecer<sup>41</sup>. Nas hipóteses em que a aplicação da mencionada fórmula resultar no número 1, ou seja, nos casos em que for impossível determinar racionalmente qual princípio colidente deve

<sup>37</sup>*Ibidem*, p. 41.

<sup>38</sup>GUERRA, Marcelo de Lima. A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: Significância e Algumas Implicações. Revista da Procuradoria-Geral do Estado/Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Vol. 31, n. 65, janeiro-junho, 2007, p. 25.

<sup>39</sup>A fórmula proposta é assim concebida, considerando-se dois princípios colidentes, a saber, Pi e Pj:  $W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$ , sendo que  $I_i$  corresponde ao grau de interferência que a conduta C (voltada a realizar o princípio Pj) causa em Pi;  $I_j$  corresponde ao grau de interferência que a omissão da conduta C (voltada a realizar o princípio Pi) causa em Pj;  $W_i$  corresponde ao peso abstrato de Pi;  $W_j$  corresponde ao peso abstrato de Pj;  $R_i$  corresponde às evidências sobre a interferência em Pi (e o peso abstrato de Pj) e  $R_j$  às evidências sobre a interferência em Pi (e o peso abstrato de Pi). Portanto,  $W_{i,j}$  é o o peso relativo de Pi (e de Pj), resultado a ser atingido com o uso da Fórmula de Alexy. Após, deve ser atribuído a cada grandeza valores de 1, 2 ou 4, consistentes, respectivamente, aos valores “leve”, “moderado” e “sério”. Se o resultado final for maior que 1, é de ser considerado preponderante o princípio correspondente à primeira letra da variável  $W_{i,j}$ , ou seja, o princípio Pi; se o resultado for menor 1, deve-se considerar como preponderante o princípio Pj; finalmente, se o resultado de  $W_{i,j}$  for igual a 1, não será possível decidir, racionalmente, a preponderância de um princípio sobre o outro.

<sup>40</sup>*Ibidem*, p. 28.

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 36-7.

prevalecer, espera-se que o Poder Legislativo, numa escolha política, resolva e regule de forma abstrata os futuros casos.

Resta esclarecer que, embora a técnica em comento tenha sido elaborada como forma de solução de casos de colisão entre direitos fundamentais, nada impede que tal regra seja estendida para os casos de colisão entre “direito fundamental e outro valor consagrado na Constituição”<sup>42</sup>. A este respeito, assim se manifestou Gilmar Mendes: “Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais”<sup>43</sup>.

Observar-se-á, nos itens abaixo, que a construção doutrinária da Teoria da Reserva do Possível, da concepção do mínimo existencial, da segurança jurídica e da proteção da confiança são soluções pré-concebidas aos choques entre princípios de Direito Financeiro e o da máxima efetividade dos direitos sociais. Ao invés disto, a aplicação da técnica da ponderação aos casos concretos que representam choques destes princípios poderia levar a decisões judiciais mais ponderadas e compreensíveis pelos jurisdicionados.

#### **IV. As soluções pré-concebidas aos conflitos de princípios: a Teoria da Reserva do Possível, da Vedação do Retrocesso Social e o mínimo existencial**

No embate entre a função assumida pelo Poder Judiciário (em especial, o Supremo Tribunal Federal) de guardião da Constituição, a legitimidade do legislador e a discricionariedade técnica do administrador, a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada como restrição à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tal teoria, também denominada como reserva do financeiramente possível, tem a aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário caso inexista previsão

---

<sup>42</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 286.

<sup>43</sup>Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Intervenção Federal n. 2915-5/SP, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de fevereiro de 2003.

orçamentária específica em função da separação dos poderes, conforme aponta parte dos autores que enfrentam o tema <sup>44</sup>.

Segundo este posicionamento, no sopesamento entre os princípios veiculadores de direitos que dependam de prestação pelo Poder Público e o princípio da legalidade (previsão de orçamento na Lei Orçamentária Anual) realizado pelo Poder Judiciário, a tutela jurisdicional deve sempre fazer prevalecer o segundo princípio. Contudo, admitir tal solução implica em ignorar a regra de sopesamento proposta por Alexy, tendo em vista a admissão prévia da superioridade incondicionada dos princípios de Direito Financeiro quando colididos com aqueles relacionados a direitos sociais e à máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, o que leva à conclusão da ilegitimidade do Poder Judiciário em determinar a formulação de determinada política pública por meio de tutela.

De fato, uma das maiores dificuldades na determinação dos elementos constitutivos dos direitos sociais reside no fato destes direitos fundamentais só existirem quando houver atividade legislativa infraconstitucional e políticas públicas ou sociais que os garantam. Em razão dos elevados custos das políticas sociais necessárias à efetivação dos direitos sociais, muito comumente governos aderem à ideia da cláusula da reserva do possível ou “reserva dos cofres cheios”, mesmo sofrendo a restrição da vinculação do Estado à garantia do mínimo social<sup>45</sup>.

Com efeito, há estreita relação entre orçamento público (e as regras de Direito Financeiro que regulam sua elaboração) e políticas públicas (medidas que devem ser tomadas para que os direitos previstos na Constituição e demais diplomas infraconstitucionais saiam do papel e se transformem em utilidades para os administrados<sup>46</sup>). Há também forte correlação entre o orçamento público e o desenvolvimento social, conforme será explorado neste item.

Todas as despesas devem ser previstas na Lei Orçamentária Anual, conforme prescreve o princípio da legalidade (artigo 167, inciso I, da Constituição Federal), e esta lei deve ser elaborada em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Plano Plurianual (artigo 165 da Constituição Federal).

Há, portanto, estreitos limites ao aumento de gastos. Tais limites são subdivididos em formais, a exemplo dos artigos 212 e 198, §2º, da Constituição Federal, e materiais, “representados pelos valores, objetivos e programas trazidos pelo texto constitucional e condensados, sobretudo, no artigo 3º da Constituição de 1988, onde constam descritos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”<sup>47</sup>.

<sup>44</sup>MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDOMANICA.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2011, p. 13-4.

<sup>45</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 480-1.

<sup>46</sup>OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 1ª ed., São Paulo, Editora RT, 2006, p. 251.

<sup>47</sup>MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível..., p. 3.

É corrente a posição de que não há qualquer limitação para a apreciação pelo Poder Judiciário da observância dos limites formais ou do devido processo legislativo durante a elaboração das leis orçamentárias, mas, com relação aos limites materiais, o que se consubstancia na apreciação do mérito administrativo da aplicação das receitas orçamentárias, a questão ainda é controvertida, sobretudo porque as leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo.

Assim, a divergência poderia ser equacionada de forma a ser possível a aplicação da regra da proporcionalidade proposta por Alexy e explorada no item III do presente trabalho, já que tal regra, conforme exposto, decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais. De um lado, há a supremacia do princípio da legalidade em matéria orçamentária, o que se consubstancia na discricionariedade do administrador na alocação das verbas (respeitados alguns parâmetros previamente estabelecidos) que, por si só, bastaria para impedir a sua apreciação pelo Poder Judiciário em razão do princípio da separação dos poderes. De outro, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, decorrente do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Ainda que implicitamente, a adoção da Teoria da Reserva do Possível poderia ser entendida como a prevalência da legalidade no procedimento do sopesamento, cuja medida a ser analisada seria a interferência no Poder Judiciário na escolha da alocação das verbas orçamentária e na elaboração de políticas públicas. Por outro lado, a construção doutrinária dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança representaria o oposto, ou seja, o afastamento dos princípios de Direito Financeiro nos casos de colisão com o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Os princípios gerais da segurança jurídica e da proteção da confiança são considerados elementos constitutivos do Estado de Direito. Constituem cláusula geral da qual decorrem, como manifestações específicas, a segurança jurídica, a segurança social, a segurança pública e a segurança social, entre outras. Decorrem, explícita ou implicitamente, dos pactos internacionais, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de São José da Costa Rica (embora não contenham expressa menção à segurança jurídica, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo) e das constituições<sup>48</sup>.

Embora se defenda que o princípio da segurança jurídica decorra da ordem jurídica, a identificação dos passos lógicos percorridos entre a indicação e interpretação de determinadas normas do ordenamento jurídico e a conclusão da existência de tal princípio e seu conteúdo não é clara nem uniforme. Aponta Ingo Wolfgang Sarlet que a segurança foi estabelecida como valor fundamental no preâmbulo da

---

<sup>48</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2011., p. 3-4.

Constituição, além de se encontrar prevista no *caput* do artigo 5º. Além disso, segurança teria sido contemplada em diversos dispositivos: o princípio da legalidade; a proteção ao ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido; o princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal, além da irretroatividade da lei penal desfavorável; garantias processuais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa<sup>49</sup>.

O princípio da segurança jurídica (conceito que inclui a proteção da confiança, constituindo este aspecto sua face subjetiva, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup>) exige certa conduta do Poder Público, a saber, “confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência” de seus atos, assim como, em seu aspecto objetivo, “um patamar mínimo de continuidade do Direito”<sup>51</sup>.

Relacionada à proteção da confiança, há a construção da vedação ao retrocesso social. A doutrina que defende a sua existência justifica a vedação como decorrente da segurança jurídica, tendo em vista que esta cláusula geral abrange manifestações como a segurança jurídica, a segurança pública, a segurança pessoal e a segurança social<sup>52</sup>. Neste contexto, a garantia de um patamar mínimo de segurança é apenas assegurada com a proteção da confiança, ou seja, implica no dever da parte, no caso, o Poder Público, “não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos”<sup>53</sup>.

É importante destacar que medidas retrocessivas não necessariamente são retroativas, tendo em vista que, em regra, não atingem posições jurídicas incorporadas ao patrimônio jurídico. Medidas retrocessivas são comumente prospectivas, a exemplo da revogação, pelo legislador infraconstitucional, de dispositivos legais que dão concretude aos direitos sociais, retirando a eficácia da norma constitucional. Defendem alguns constitucionalistas a indisponibilidade pelo legislador dos direitos fundamentais sociais após sua concretização em nível infraconstitucional<sup>54</sup> (impedindo-se, portanto, a desmontagem dos sistemas de seguridade e assistência social ou do sistema único de saúde, por exemplo), gerando-se aos indivíduos, assim, direito público subjetivo a prestações estatais e à garantia de existência de instituições que o assegure. Tais medidas prospectivas podem veicular retrocesso tanto do ponto de vista individual quanto da ordem jurídica como um todo.

De outro lado, há constitucionalistas que defendem a inexistência da vedação ao retrocesso sob o argumento de que os conteúdos dos direitos fundamentais sociais não estão definidos na Constituição Federal, ou seja, defende-se a atribuição ao legislador infraconstitucional da definição de tais direitos. Haveria, assim, nesta

<sup>49</sup>*Ibidem*, p. 5-6.

<sup>50</sup>Mandado de Segurança n. 24781/DF, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 02 de março de 2011.

<sup>51</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica..., p. 10.

<sup>52</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica..., p. 3.

<sup>53</sup>*Ibidem*, p. 12.

<sup>54</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 474-5.

atividade legislativa, grande margem de liberdade, inclusive para revogar a legislação definidora do conteúdo de determinado direito social.

Argumenta-se que, ao admitir a existência implícita deste princípio na ordem constitucional brasileira, como a Constituição vincula todos os Poderes, aquele que tem como função precípua a guarda da Constituição seria necessariamente superior aos demais e, desta forma, o Judiciário passaria a ter poder sobre o Legislativo e o Executivo, pois o direito lhe permite anular os atos destes Poderes sob o irrefutável argumento de defender a Constituição<sup>55</sup>. Permitir-se-ia à Suprema Corte atuar como legislador positivo ao aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição<sup>56</sup> ou substituir a discricionariedade legislativa ao realizar o controle de constitucionalidade por omissão.

Entretanto, supressões legislativas de direitos sociais previstos na Carta Magna são entendidas pela corrente constitucionalista defensora da vedação ao retrocesso e do princípio da proteção da confiança como “fraude à Constituição”<sup>57</sup>, já que equivaleria ao desfazimento de um mandamento do Poder Constituinte e à “supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado”<sup>58</sup>, o que afetaria a dignidade da pessoa.

Embora haja debates sobre o fundamento ou existência do princípio da vedação ao retrocesso social, dúvidas não há quanto ao seu caráter relativo em face das disponibilidades orçamentárias do Estado, o que varia entre os exercícios financeiros, sobretudo em momentos de crises econômicas e interrupção do crescimento do produto interno bruto.

Com efeito, os constitucionalistas defensores da relativização da vedação ao retrocesso buscam o estabelecimento de limites à redução da eficácia dos direitos sociais e à omissão do Poder Público. Estes doutrinadores propõem que deve ser resguardado o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, compreendido como “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade”<sup>59</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que, em face da instabilidade do aporte financeiro do Estado em razão das crises econômicas (o que impacta diretamente na capacidade arrecadatória), o princípio poderia ser mitigado, contanto que resguardado os núcleos essenciais dos direitos afetados<sup>60</sup>.

A defesa da vedação ao retrocesso tendo como ideia central o mínimo existencial colocaria, assim, qualquer medida restritiva de direitos sociais sob suspeita

---

<sup>55</sup>LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política, artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, disponível na internet: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.html>. Acesso em 01 de agosto de 2011.

<sup>56</sup>A despeito da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que “É vedado ao poder judiciário atuar como legislador positivo” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 744887/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 13 de março de 2012).

<sup>57</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p.448.

<sup>58</sup>*Ibidem*, p.449.

<sup>59</sup>*Ibidem*, p.457.

<sup>60</sup>*Ibidem*, p.456.

de inconstitucionalidade, sujeita, ao menos, ao controle sob o prisma da proporcionalidade<sup>61</sup>. A medida retrocessiva, para ser admitida como não violadora do princípio do retrocesso social e, sob este aspecto, livre do vício de inconstitucionalidade, deveria ter fundamentação constitucional, preservar o núcleo essencial do direito social (principalmente no que se refere às prestações materiais indispensáveis a uma vida com dignidade), além de ser assegurada a universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais<sup>62</sup>.

Em vista de tais aspectos, conclui-se que a vedação ao retrocesso social, nos termos estipulados pela doutrina constitucionalista, constitui o prevailecimento incondicionado dos princípios veiculadores de direitos sociais quando colididos com princípios de Direito Financeiro. No entanto, a tutela jurisdicional que resulta da apreciação de ato normativo ou administrativo que restrinja direitos sociais poderia ser analisada sob a ótica da técnica de sopesamento, ou seja, através do cotejo da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, o entrelaçamento do princípio da segurança jurídica à ideia de mínimo existencial constitui limite pré-estabelecido à aplicação da regra da proporcionalidade, ou seja, ao admitir o prevailecimento dos princípios financeiros, não se admite de antemão a supressão total do direito social colidente ou seu afastamento de forma a comprometer o mínimo vital ou seu núcleo essencial.

O método proposto por Alexy também poderia levar à preservação de um núcleo intangível dos direitos sociais, já que expor os titulares dos direitos sociais a situações em que se negue a prestação que assegure o mínimo existencial ou que aniquile o núcleo essencial de um direito não seria proporcional em sentido estrito. Contudo, a aplicação desta técnica pressupõe que não há prevailecimento incondicionado de nenhum princípio, ou seja, é possível que o resultado do sopesamento leve à supressão total do direito social, a depender do caso concreto.

## V. Conclusão

Os direitos sociais tem previsão constitucional e são entendidos como direitos fundamentais. A despeito da previsão constitucional, os direitos sociais dependem do cumprimento de determinada obrigação de fazer pelo Estado, o que requer previsão orçamentária. Contudo, é frequente que o Poder Público não destine tais verbas a programas sociais.

Nestes casos, as demandas por políticas públicas são levados ao Poder Judiciário. Tem-se entendido que cabe ao Poder Judiciário apreciar a escolha tomada pela Administração Pública, analisando-se o panorama fático-jurídico concreto

---

<sup>61</sup>*Ibidem*, p.458.

<sup>62</sup>*Ibidem*, p.460.

sob o prisma da razoabilidade, resguardando-se da apreciação judicial o mérito administrativo.

Nestas demandas levadas à apreciação do Judiciário se nota uma colisão entre princípios constitucionais, o que poderia ser solucionado com a aplicação da regra da proporcionalidade, conforme proposto por Alexy. Tal método, a despeito de sua aplicação de forma pouco criteriosa pelos tribunais, consistente nas seguintes sub-regras: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em razão da colisão entre princípios orçamentários e veiculadores de direitos sociais (assim como a máxima efetividade das normas constitucionais), surgiram teorias para justificar ora a prevalência de uns, ora de outros. A Teoria da Reserva do Possível consiste na prevalência incondicionada das normas financeiras e discricionariedade da Administração Pública na alocação de verbas. Por outro lado, os princípios da segurança jurídica e da confiança e a vedação ao retrocesso social (cujas existências ainda são debatidas) consistem na prevalência incondicionada da eficácia dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Poderia o Poder Judiciário, verificada a colisão entre princípios, valer-se da regra da proporcionalidade. Acaso optassem por tal método, as soluções poderiam ser semelhantes ou divergentes, mas as fundamentações dos julgados seriam mais racionais, além de serem mais facilmente compreendidos pelos jurisdicionados os pesos atribuídos a cada princípio em colisão.

## VI. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª ed. alemã, São Paulo, 2008, Editora Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 5ª ed, Rio de Janeiro, RENOVAR, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Democracia e Direitos Sociais, in Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Maria Garcia, Lauro Lui Gomes Ribeiro e Luciana Andrea Accorsi Berardi (org.). 1ª ed, São Paulo, IOB-Thomson, 2007.

GUERRA, Marcelo de Lima. A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: Significância e Algumas Implicações. Revista da

Procuradoria-Geral do Estado/Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Vol. 31, n. 65, janeiro-junho, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política, artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, disponível na internet: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.html>. Acesso em 01 de agosto de 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.23, julho, agosto, setembro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RE-RE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 286.

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

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 1ª ed., São Paulo, Editora RT, 2006.

PEREIRA, Bruno Ramos. O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise de Votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. Revista de Direito Administrativo, 798 (2002).



# Pareceres



# Função fiscalizadora do Poder Legislativo – parecer nº 280/2011

Luciana de Fátima da Silva<sup>1</sup>  
Marcella Falbo Giacaglia<sup>2</sup>

**Resumo:** As diversas crises econômicas cíclicas e o desinteresse do Poder PSr. Procurador Legislativo Chefe

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria sobre as formas de exercício da competência dos Senhores Vereadores e das Comissões da Câmara Municipal de São Paulo no tocante à função fiscalizadora do Poder Legislativo.

Para discorrer sobre tal tema inicialmente deve ser feita uma breve consideração acerca do princípio da harmonia e independência entre os Poderes, expressamente adotado por nossa Constituição Federal em seu art. 2º, no sentido de lembrar o significado do princípio em tela, o qual foi concebido como forma de limitar o poder estatal, evoluindo para a idéia de controle recíproco entre os três Poderes.

De acordo com esta concepção teórica, ao Poder Executivo cabe administrar, executar as ações necessárias à satisfação do interesse público, à promoção do bem estar social enquanto ao Poder Legislativo cabe legislar, produzindo as normas necessárias à atuação do Poder Executivo e fiscalizando os seus atos.

Em uma linguagem mais atual, pode-se dizer que foi confiada ao Poder Executivo a função de execução das políticas públicas – entendidas estas, em apertada síntese, como as ações desenvolvidas pelo Poder Público a fim de atender as mais variadas demandas sociais – formulando-as juntamente com o Poder Legislativo, o qual, por sua vez, terá atuação também na fase de implementação e avaliação das referidas políticas públicas, através do exercício de sua função constitucional de fiscalização.

A Constituição Federal ao dispor que os Municípios serão regidos pelas Leis Orgânicas que aprovarem determina no art. 29, XI que devem ser preceitos norteadores dos Municípios na elaboração de suas Leis Orgânicas a organização das funções legislativas e fiscalizadoras das Câmaras Municipais, *verbis*:

*“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo dez dias, e aprovado por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabeleci-*

<sup>1</sup> Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie. Pós-graduada em Gestão Pública Legislativa pela Universidade de SP (USP-EACH) e em Direito Municipal pela UNIDERP/ANHANGUERA. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

<sup>2</sup> Procuradora Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie. Pós-graduada.

*dos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

...

*XI – organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;”*

Assim, em decorrência de expresso mandamento constitucional e a par da autonomia, do poder de auto-organização conferido ao Município enquanto ente federativo, deve ele estruturar o Parlamento local para o exercício das funções legislativa e fiscalizadora que lhe competem.

Oportuno ressaltar que as funções legislativa e fiscalizadora possuem o mesmo status, ambas estão inseridas na competência do Poder Legislativo, não sendo a segunda inferior ou menos importante do que a primeira. Aliás, vale lembrar que a função de fiscalização dos atos do Poder Executivo historicamente foi a primeira função confiada ao Parlamento.

Já no tocante à estrutura geral do Poder Legislativo, a Carta Magna fixa em vários dispositivos atribuições e prerrogativas tanto às Casas Legislativas quanto às suas Comissões.

No que tange ao exercício da função fiscalizadora, a Lei Orgânica do Município de São Paulo traz previsões específicas para nortear a atuação dos Senhores Vereadores e das Comissões da Câmara Municipal.

O art. 23 da Lei Orgânica prevê que o Vereador, no exercício de seu mandato, terá livre acesso aos órgãos da administração direta e indireta, devendo ser atendido pelos respectivos responsáveis.

Não obstante, a jurisprudência<sup>3</sup> posiciona-se no sentido de invalidar previsões legais de semelhante teor, prestigiando o princípio da colegialidade, ou seja, a atuação fiscalizadora do Poder Legislativo respaldada na deliberação conjunta de seus membros ou de suas Comissões.

Desta forma, entendemos que apesar de até o momento o art. 23 da Lei Orgânica não ter sido objeto de questionamento quanto a sua constitucionalidade, a negativa por parte da administração pública ao cumprimento do citado dispositivo não poderá ser sanada, notadamente em função do entendimento que os tribunais já manifestaram a respeito da matéria.

Outra, porém, é a conclusão quanto ao exercício da função fiscalizadora pelas Comissões.

---

<sup>3</sup> A título ilustrativo: (i) ADI nº 3046-9 – STF – declara inconstitucional a Lei nº 10.869/01 do Estado de São Paulo, que assegurava aos deputados livre acesso aos órgãos públicos da administração direta e indireta: “4. O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembléia Legislativa, no dos Estados; nunca aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão.” e (ii) ADI nº 32.040-0/1 – TJSP – declara inconstitucional Lei Municipal de São Paulo nº 11.949/95, a qual assegurava aos Vereadores o livre acesso aos órgãos da administração direta e indireta.

As Comissões Permanentes são 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.

Da doutrina de Paulo Adib Casseb extraímos o seguinte conceito:

*“As comissões constituem conjuntos de parlamentares, formados por reduzido número de integrantes, com campos temáticos próprios (ou não) e constituídos para, em razão da matéria de sua competência, procederem ao exame dos projetos submetidos ao Parlamento e para exercerem funções de controle, durante todo o período de duração da legislatura, por outro prazo determinado ou mesmo indeterminado.*

*Como assevera Luiz Sánchez Agesta, as comissões parlamentares ‘são instituições que, de certa maneira, podem considerar-se como consequência natural do princípio da divisão do trabalho em um órgão: o exame técnico de um problema, a revisão e estudo de uma proposta, exigem o trabalho de um número reduzido de membros, dotados de alguma especial competência naquela matéria, aos quais compete instruir a Câmara, para orientar a discussão e votação, próprias do processo deliberante.’” (in “Processo Legislativo – atuação das Comissões Permanentes e Temporárias”, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.16)*

Verifica-se que esta concepção estrutural do Poder Legislativo, sem dúvida, está ligada à necessidade de racionalização dos trabalhos e de especialização para o desempenho de suas funções, o que certamente propicia o cumprimento do princípio da eficiência, que, nos termos do art. 37, caput, da Constituição deve nortear a atuação da administração pública de todos os Poderes.

Frise-se, portanto, que **as Comissões constituem parte de um todo e quando exercem suas competências representam este todo, agem em nome dele.** Assim, as Comissões não devem ser compreendidas como a voz do grupo de parlamentares que as compõem, mas, sim, como a voz de toda a Casa Legislativa da qual fazem parte. A determinação veiculada no art. 58, § 1º, da Constituição Federal no sentido de que na composição das Comissões deve ser respeitada tanto quanto possível a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa corrobora esta assertiva.

Importante observar que a Constituição Federal coloca em destaque o papel das Comissões quando lhes confere a possibilidade de votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa (art. 58, § 2º, I).

Especificamente no tocante ao exercício da função fiscalizadora, prevê a Constituição Federal, em seu art. 58, § 2º, que podem as Comissões convocar Ministros de

Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições (inciso III); receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (inciso IV); solicitar o depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (inciso V); apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer (inciso V).

A Lei Orgânica de São Paulo, por sua vez, ao disciplinar a matéria no âmbito do Município reproduz os dispositivos constitucionais referidos e confere maior detalhamento ao tema, com vistas ao melhor aparelhamento do Poder Legislativo para o exercício de sua competência fiscalizadora, conforme se verifica no art. 32, § 2º, II:

*“Art. 32 – A Câmara terá Comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo Regimento ou no ato de que resultar a sua criação.*

...

*§ 1º Às Comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:*

...

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

Neste ponto, cabem algumas ponderações acerca da necessária correlação que deve haver entre o regramento traçado pelos Estados, Distrito Federal e Municípios em matéria de função fiscalizadora do Poder Legislativo e as normas contidas na Constituição Federal sobre o mesmo tema.

O controle externo conferido ao Poder Legislativo deve ser exercido de acordo com os parâmetros traçados na Constituição Federal e não pode ser confundido com o controle interno, de incumbência do próprio Poder, no caso do Poder Executivo. Deste modo, não podem os entes federados quando disciplinam tal matéria se apartar e nem contrariar as disposições constitucionais. Com efeito, tratando-se de matéria de natureza política, incidente sobre a estruturação e funcionamento do Estado e intrinsecamente ligada à preservação da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, impõe-se uma disciplina uniforme no plano federativo de modo a assegurar a essência do regramento traçado na Carta Magna.

Neste sentido a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Judiciário, quando executa a função administrativa. Não podem as legislações*

*complementar ou ordinária e as constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional". (in "Direito Administrativo", 15ª edição, Editora Atlas, 2003, p. 611)*

Impera, portanto, neste campo, o denominado princípio da simetria, segundo o qual os ordenamentos estadual e municipal devem refletir a mesma estrutura concebida pela Constituição em determinados temas.

Todavia, conforme se tem entendido mais recentemente, a aplicação do princípio da simetria não reduz o legislador estadual ou municipal a mero reproduzidor do texto da Constituição Federal. Não foram ceifadas de modo peremptório pelo legislador constituinte federal as possibilidades de tratamento da matéria no âmbito da legislação dos entes federados.

Aliás, do próprio texto constitucional se pode extrair tal conclusão, eis que lá se fala em respeito a preceitos, a princípios. Assim, se todas as inovações, se as regras adicionais criadas no plano estadual ou municipal estiverem de acordo com a Constituição em seu conjunto não há que se cogitar de violação do princípio da simetria. Exatamente esta é a situação que ora está sob análise, posto que se tem um dispositivo da Lei Orgânica do Município (art. 32, § 2º) que não foi meramente transplantado do texto da Constituição Federal, sendo, contudo, extraído, de dispositivos, também constantes do texto da Carta Magna, que confiam ao Poder Legislativo à função de fiscalização dos atos do Poder Executivo (art. 49, X; 29 XI, à guisa de exemplo).

Corroborando as assertivas acima, interessante reproduzir segmento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.001-8, na qual restou reconhecida a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que inovou em relação ao tratamento específico que a Constituição Federal confere ao tema, sem, contudo, incorrer em inconstitucionalidade, verbis:

*"CONSTITUCIONAL. CÂMARAS MUNICIPAIS: PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, art. 12.*

*I. – Constitucionalidade do art. 12 da Constituição gaúcha, que assegura às Câmaras Municipais, no exercício de suas funções legislativas e fiscalizadoras, a prerrogativa de solicitarem informações aos órgãos da administração direta e indireta, situados no respectivo município.*

*II. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*

...

*Voto*

*O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Sr. Presidente, fico feliz em verificar, acompanhando a discussão ora travada sobre o federalismo brasileiro, que começamos a encontrar normas no modelo estadual que podem ser mantidas, ainda que não se limitem a reproduzir o texto constitucional federal.*

*De qualquer sorte, ao ler o texto, assaltou-me a dúvida sobre a possibilidade do surgimento de conflitos, uma vez que a exigência pode revelar-se exorbitante, mas nada que não pudesse eventualmente ser desatado pelo próprio Judiciário, caracterizada a impertinência do pedido em caso de abuso. Acredito que é de se saudar a iniciativa.” (DJ 21/02/03, grifamos)*

Com base na decisão acima mencionada, a qual prestigia o conceito de federalismo cooperativo, é sustentável a tese de que o dispositivo contido na Lei Orgânica detalhando o modo do exercício da função de fiscalização do Parlamento local adequa-se aos limites previstos na Carta Magna para o exercício de tal função, focando-se na cooperação que deve haver entre os Poderes constituídos de um mesmo ente federativo. Com efeito, se estudiosos do assunto pugnam pela cooperação entre entes federados que gozam da autonomia conferida pelo art. 18 da Constituição Federal, com maior razão se deve esperar a defesa de um modelo de relações baseado na colaboração entre os poderes locais.

Cabe ainda aqui menção ao emblemático voto do Ministro Paulo Brossard nos autos do HC nº 71.039, no qual com maestria está representada a necessidade e a razão de serem assegurados instrumentos para que o Poder Legislativo se desincumba de suas funções:

*“Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também, e com ele as suas comissões. ... o poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo. **Quem quer o fim dá os meios.** ...*

*Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho.” (DJ 14/04/94, grifamos)*

Diante do quanto até aqui exposto, conclui-se que é possível a realização de diligências pelos membros das Comissões da Câmara Municipal, como instrumento para o exercício da função de fiscalização, de controle das políticas públicas pelo Poder Legislativo.

Note-se que embora se vislumbre pertinência na utilização de tal via com mais clareza quando se tem em mira uma Comissão Parlamentar de Inquérito, indubitavelmente, não é só neste âmbito que ocorre o exercício da função fiscalizadora pelo Poder Legislativo. Nas demais Comissões, em especial nas permanentes, também ocorre a fiscalização, revestindo-se tal função de extrema importância para o controle das políticas públicas municipais. Neste sentido, mencione-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Cível nº 140.608-5/5-00:

*“Sendo função inerente ao Poder Legislativo a fiscalização dos atos do Poder Executivo (C.F., art. 49, inciso IX), especialmente no que diz respeito ao controle externo da execução orçamentária, que no âmbito municipal é exercido pela Câmara Municipal (CF., art. 31), constitui direito de seus Vereadores o acesso e conhecimento às informações que permitam o efetivo exercício dessa prerrogativa, o que não pode ser negado sob qualquer pretexto, quando solicitado, sob pena de violação ao princípio da publicidade da Administração Pública (C.F., art. 37, “caput”) e do princípio da separação e harmonia dos poderes (C.F., art. 2o), que exige o recíproco respeito às funções repartidas constitucionalmente.*

*... define-se como legítima providência para possibilitar o controle externo e permitir que, por essa via, possa o Legislativo desempenhar o controle político administrativo dos atos do Executivo, facultando seu questionamento por meio das Comissões Permanentes e, eventualmente, pela criação de Comissão Parlamentar de Inquérito.” (j. 19/03/02, grifamos)*

Não obstante, para que seja possível o exercício da prerrogativa prevista no art. 32, § 2º, II, da Lei Orgânica do Município, no sentido de efetuar diligências, vistorias e levantamentos “in loco” é imperiosa a observância dos seguintes requisitos:

- i. pertinência entre a matéria de competência da Comissão e as atividades desempenhadas pelo órgão objeto das diligências, vistorias e levantamentos;
- ii. prévia deliberação fundamentada da Comissão, a fim de demonstrar que, de fato, corresponde à expressão da vontade da Casa Legislativa, representada por seu órgão fracionário;
- iii. não comprometimento do serviço público prestado pelo órgão objeto das diligências, vistorias e levantamentos, atentando-se especialmente para as normas protetoras da intimidade e de prerrogativas profissionais.

Por outro lado, cumpre observar, que a existência da expressão “nos termos da legislação pertinente” no art. 32, § 2º, II, pode induzir à argumentação por parte do Poder Executivo de que a efetivação das medidas previstas no referido dispositivo está condicionada à existência de lei regulamentadora de seu exercício, ou seja, enquanto não editada lei com tal finalidade, o dispositivo em questão seria desprovido de eficácia. Contudo, outra interpretação também é possível – a qual julgamos mais acertada – no sentido de que as medidas previstas no art. 32, § 2º, II, serão executadas com observância da eventual legislação pertinente a cada área na qual esteja inserida a matéria objeto de fiscalização das respectivas Comissões. Assim, na hipótese de se adotar a primeira interpretação, a alteração do texto da Lei Orgânica, retirando a referida expressão, conferiria maior efetividade ao dispositivo quanto a este aspecto.

Independentemente da interpretação adotada, vale destacar que o referido dispositivo teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 11.754-0/6.

Igualmente, se faz oportuno observar que a aceitação pelo Poder Executivo da atuação das Comissões por meio da realização de diligências, vistorias e levantamentos junto a órgãos públicos por certo dependerá não apenas do preenchimento dos requisitos já mencionados como condição para sua realização, mas, também, e em grande parte, da forma de abordagem utilizada. Vale dizer, ainda que no plano abstrato a realização da diligência esteja devidamente respaldada, é possível que no momento de efetivação da medida se não guardadas as devidas cautelas ocorra a violação do princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

Traçado um panorama geral sobre os meios de que dispõe o Poder Legislativo para o exercício da função de fiscalização, passemos agora a tecer algumas considerações sobre as consequências de eventual obstaculização do exercício de tal função da Câmara Municipal, que pode se dar pelas seguintes formas: a) não comparecimento de Secretário ou responsável pela administração direta e indireta regularmente convocado a prestar esclarecimentos; b) não fornecimento de documentos/informações solicitados; e, c) negativa de acesso aos órgãos da administração direta e indireta que deveriam ser objeto de diligência a ser efetuada pelos membros das Comissões.

Primeiramente, anote-se que a Lei Orgânica prevê em seu art. 82 no tocante às informações solicitadas ao Poder Executivo que devem ser as mesmas enviadas à Câmara Municipal no prazo de 30 (trinta) dias, cabendo recurso à via judicial na hipótese de não fornecimento.

O Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, estabelece em seu art. 4º, II e III que:

“Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

...

II – impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;

III – desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;”

A Lei Federal nº 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, estabelece punições para os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, *verbis*:

“Art.11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

...

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;”

À luz do dispositivo acima mencionado, é possível enquadrar como ato de improbidade administrativa por violação de princípios constitucionais o ato omissivo dos Secretários Municipais e dos responsáveis legais pela administração direta e indireta, bem como o ato omissivo do Prefeito que, devidamente ciente do não atendimento das solicitações efetuadas pelo Poder Legislativo, mantém-se inerte.

No caso restariam violados o princípio da legalidade, haja vista que as medidas adotadas pelo Poder Legislativo e negadas pelo Poder Executivo possuem todas respaldo tanto na Constituição Federal quanto na Lei Orgânica do Município, conforme se demonstrou, e o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, haja vista que estaria sendo obstaculizado o exercício de uma das funções típicas do Parlamento.

Diante das considerações supra, na hipótese de omissão do Poder Executivo que caracterize óbice ao exercício da função de fiscalização da Câmara Municipal, entendemos que poderão ser adotadas as seguintes providências:

- i. ingresso com **medida judicial** para resguardar o regular exercício das funções da instituição;
- ii. instauração de processo para **apuração de infração político-administrativa do Prefeito**, com base no art. 4º, III, do Decreto-Lei nº 201/67;

- iii. **expedição de ofício ao Ministério Público** para averiguação da possível ocorrência de ato de improbidade administrativa por parte daqueles que adotaram a conduta omissiva, incluindo o Prefeito, com fulcro no art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92.

Importante observar que a adoção de medida judicial compete ao Presidente da Câmara e quando requerida por Comissão não está sujeita à análise discricionária. Com efeito, como espera-se ter demonstrado com ênfase, em tal hipótese a decisão da Comissão equivale à decisão do plenário, posto que tomada com base na competência que lhe foi delegada, sendo que tal providência somente não pode ser adotada diretamente pelas Comissões em razão do disposto no art. 17, VI, b do Regimento Interno, o qual confere ao Presidente a competência para agir judicialmente em nome da Câmara.

A instauração de processo para apuração de infração político-administrativa, por sua vez, deve observar o rito próprio previsto no art. 390 do Regimento Interno.

Cabe consignar, ainda, que na hipótese de solicitações dirigidas aos particulares não serem atendidas, as Comissões não poderão se valer das mesmas medidas expostas acima, dispondo apenas dos mecanismos já citados de fiscalização junto ao Poder Executivo, tais como o pedido de informações e a convocação para prestar esclarecimentos, a fim de obter as informações de que necessitam, salvo, é claro, na hipótese de se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, que possui regramento específico e poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, conforme reza o art. 58, § 3º da Constituição Federal.

Por fim, reitera-se que para que haja possibilidade de êxito na adoção das medidas mencionadas, é imprescindível haja fundamentação em todos os requerimentos e convocações efetuados pelo Poder Legislativo, bem como a cientificação do Prefeito acerca das condutas adotadas pelos Secretários Municipais e responsáveis pela administração direta e indireta que se omitiram no exercício de suas funções.

Permanecemos à disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

São Paulo, 18 de outubro de 2011

**Luciana de Fátima da Silva**

Procuradora Legislativa

OAB/SP 181.552

RF 11.200

**Marcella Falbo Giacaglia**

Procuradora Legislativa Supervisora - Setor do Processo Legislativo

OAB/SP 111.393

RF 11.047

# Acerto do repasse das contribuições previdenciárias de vereador titular de cargo efetivo do Estado de SP parecer nº 106/2012

*Érica Corrêa Bartalini de Araújo<sup>1</sup>*

## Sr. Procurador Legislativo Supervisor

Trata-se de processo em que figura como promovente a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo – São Paulo Previdência, e que, em resposta a solicitação de acerto do repasse das contribuições da vereadora xxxxxxxx, aponta o montante a ser recolhido pela Edilidade Paulistana relativamente à parte patronal, no percentual de 22% relativo ao período de 01/09/2007 a 30/10/2011, que totaliza R\$ 118.466,54, e à parte do servidor, no percentual de 11% do período de 01/09/2007 a 01/04/2009, das diferenças de contribuições do período de 01/04/2009 a 30/06/2011 e dos meses 07 a 10/2011, que totalizam R\$ 29.425,87. Esclarecem que o débito apontado será atualizado mês a mês, com juros de 1% ao mês e atualização pela UFESP. Informam, ainda, que a vereadora vinha efetuando o recolhimento por boleto, com lacunas em seu recolhimento.

A Supervisora de Equipe de Folhas de Pagamento, a fls. 10, tendo em vista o encaminhamento de planilhas pela Diretoria de Benefícios dos Servidores Públicos – Gerência de Pensões – Supervisão de Afastamentos, sugeriu o envio do processo a SGA.2 para recolhimento da parte patronal, a favor do SPPREV, conforme planilha elaborada por SGA.12, no total de R\$29.613,78.

Os comprovantes da transferência encontram-se juntados a fls. 14/15.

Foi encaminhado ofício pela Secretaria de Recursos Humanos à Diretoria de Benefícios Cíveis da SPPREV - São Paulo Previdência na data de 06 de dezembro de 2011, solicitando fossem indicados os valores totais recolhidos pelos vereadores xxxxxxxxxxxx e xxxxxxxxxxxx a título de contribuição previdenciária para fins de verificação das planilhas apresentadas referentes ao período de setembro/2007 e setembro/2011, no intuito de se verificarem eventuais acertos a serem feitos.

A fls. 59 e 59-verso, SGA.12 informa ter procedido ao recolhimento da parte patronal incontroversa e, quanto aos valores restantes cobrados por aquela instituição sugere o encaminhamento de ofício a SPPREV, com cópia do processo, solicitando, resumidamente:

1. elaboração de planilha com novos cálculos de encargos, tendo em vista as informações constantes dos autos, ressaltando eventuais compensações não processadas por aquele órgão;

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

2. a base legal utilizada no cálculo dos encargos constantes das novas planilhas enviadas, caso continuem sendo cobrados, e a indicação dos valores totais a título de contribuição previdenciária recolhidos pela vereadora por meio de boleto.

Paralelo a isso, sugere o encaminhamento do presente ao gabinete da vereadora para juntada dos comprovantes de recolhimento pertinentes ao período citado. Por fim, ressalta que a Câmara não tem recebido as informações necessárias para os devidos recolhimentos previdenciários a favor do SPPREV dos vereadores constantes da folha de pagamento, dentro do prazo legal, trazendo transtornos e encargos desnecessários.

A fls. 65/68, constam informações encaminhadas pelo TCE com a base de cálculo da contribuição devida à SPPREV.

Constam boletos em nome da vereadora xxxxxxxxxxxx, cujo cedente é o IPESP/SPPREV, fls. 69/124.

Planilha com os cálculos encaminhados pela SPPREV encontra-se acostada a fls.130/137. As planilhas elaboradas pela Câmara Municipal de São Paulo encontram-se juntadas a fls. 138/142.

A fls. 143, consta manifestação da Supervisora do Setor Folhas de Pagamento. Por meio desta, apresenta três formas de cálculo distintas, sugerindo a primeira como aquela que deva ser adotada. A partir dos cálculos efetuados, a CMSP tem valor a pagar de R\$11.235,64 à SPPREV, relativamente à parte patronal, R\$ 35.345,13, a pagar à vereadora, relativos à parte da segurada, e a vereadora tem valor a pagar de R\$ 13.193,84, à SPPREV, relativos à parte da segurada. Solicita manifestação da Procuradoria no tocante à incidência dos juros.

É o relatório. Passo a opinar.

A Constituição Federal, em seu art. 40, diz que aos servidores titulares de cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo e solidário**, mediante **contribuição do respectivo ente público**, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observando-se **critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial**. Extraem-se do quanto exposto algumas conclusões: (i) o regime previdenciário é contributivo e solidário, o que quer dizer que a contribuição do servidor deve ser entendida como coativa, obrigatória, de maneira que, para que o sistema de previdência funcione, todos devem contribuir; (ii) o ente público que remunera o servidor deve efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária; (iii) dever de observação de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, ou seja, o Sistema de Previdência deve sempre preservar o equilíbrio, a fim de que possa funcionar adequadamente e atender todos aqueles que dele necessitem.

Em seu art. 38, dispõe que o servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo e investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e não havendo compatibilidade, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração.

O que se entende da leitura dos autos é que a vereadora xxxxxxxxxxxx, servidora do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, licenciou-se de seu cargo para exercício do mandato eletivo, optando pela remuneração deste último.

A Lei Federal nº 9.717/98 estabelece a vinculação do servidor efetivo ao regime previdenciário de origem, conforme se depreende da leitura do art. 1º-A a seguir transcrito:

**Art. 1o-A. O servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou o militar dos Estados e do Distrito Federal filiado a regime próprio de previdência social, quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, permanecerá vinculado ao regime de origem. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)**

Do quanto exposto, extrai-se a conclusão de que a vereadora continua vinculada ao regime previdenciário de origem.

A Orientação Normativa SPS nº 02, de 31 de março de 2009, do Ministério da Previdência e Assistência Social, disciplina, em seu artigo 31<sup>2</sup>, que em caso de cessão, licenciamento ou afastamento, o cálculo da contribuição será feito com base na remuneração do cargo efetivo de que o servidor for titular. Disciplina, ainda, no art. 32,<sup>3</sup> que na cessão de servidores ou no afastamento para exercício de mandato eletivo em que o pagamento da remuneração ou subsídio seja ônus do cessionário ou do órgão de exercício do mandato, será deste órgão a responsabilidade pelo (i) desconto da contribuição devida pelo segurado; (ii) custeio da contribuição devida pelo órgão ou entidade de origem; (iii) repasse dessas contribuições à unidade gestora do RPPS a que está vinculado o cedido ou afastado. Assim sendo, cabe à Câmara Municipal de São Paulo, órgão que efetua o pagamento da remuneração à vereadora, proceder ao desconto da contribuição previdenciária do subsídio pago à vereadora, no montante de 11%, bem como a

<sup>2</sup> "Art. 31. Nas hipóteses de cessão, licenciamento ou afastamento de servidor, o cálculo da contribuição ao RPPS será feito com base na remuneração do cargo efetivo de que o servidor for titular, observado o disposto nesta Subseção."

<sup>3</sup> "Art. 32. Na cessão de servidores ou no afastamento para exercício de mandato eletivo em que o pagamento da remuneração ou subsídio seja ônus do cessionário ou do órgão de exercício do mandato, será de responsabilidade desse órgão ou entidade:

I - o desconto da contribuição devida pelo segurado;

II - o custeio da contribuição devida pelo órgão ou entidade de origem; e

III - o repasse das contribuições, de que tratam os incisos I e II, à unidade gestora do RPPS a que está vinculado o cedido ou afastado.

§ 1º Caso o cessionário ou o órgão de exercício do mandato, não efetue o repasse das contribuições à unidade gestora no prazo legal, caberá ao órgão ou entidade de origem efetuar-lo, buscando o reembolso de tais valores.

§ 2º O termo, ato, ou outro documento de cessão ou afastamento do servidor com ônus para o cessionário ou o órgão de exercício do mandato, deverá prever a responsabilidade deste pelo desconto, recolhimento e repasse das contribuições previdenciárias ao RPPS, conforme valores informados mensalmente pelo órgão ou entidade de origem.

§ 3º O disposto neste artigo se aplica a todos os casos de afastamento do cargo para exercício de mandato eletivo com ônus para o órgão de exercício do mandato, inclusive no caso de afastamento para o exercício do mandato de prefeito ou de vereador em que haja opção pelo recebimento do subsídio do cargo eletivo."

recolhê-la juntamente com o valor relativo à contribuição patronal, no percentual de 22%, tendo como base de cálculo o valor que receberia a vereadora caso estivesse em exercício no cargo de origem.

No mesmo sentido encontra-se o Decreto Estadual nº 52.859/2008, ao dispor, em seu art. 7º, I<sup>4</sup>, que o servidor afastado ou licenciado para exercício de mandato eletivo manterá seu vínculo ao Regime Próprio de Previdência Social, e ao prever, em seu art. 9º<sup>5</sup>, que quando houver cessão de servidor a outro ente federativo e o ônus de pagar sua remuneração for do órgão ou da entidade cessionária, a este também caberá (i) realizar o desconto da contribuição devida pelo servidor; (ii) pagar a contribuição devida pelo ente de origem; (iii) repassar à SPPREV as importâncias relativas às contribuições acima mencionadas.

A conclusão a que se chega, portanto, é que a responsabilidade pelo desconto da contribuição relativa à vereadora e recolhimento de ambas as contribuições é da Câmara Municipal de São Paulo. A Portaria – SPPREV 262, de 11-08-2001, que trata da cobrança de contribuição previdenciária de servidores afastados e de pagamentos devidos, traz, em seu art. 3º, disposição no seguinte sentido:

*Art. 3º - As contribuições previdenciárias referentes aos servidores públicos civis e militares afastados ou licenciados titulares de cargos efetivos da Administração direta e indireta, da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado e seus Conselheiros, das Universidades, do Poder Judiciário e seus membros, do Ministério Público e seus membros, da Defensoria Pública e seus membros, fundamentadas na Lei Complementar 1.010, de 1º de junho de 2007, e que não recolhidas no prazo e na forma estabelecidos pelo art. 12 da Lei Complementar 1.012 de 05-07-2007 regulamentado pelo art. 8º do Decreto 52.859 de 2 de abril de 2008, pelo § 10 do art. 137 da Lei Complementar 180 de 12-05-1978 e pelo art. 10 da Lei Complementar 1013, de 6 de julho de 2007 regulamentado pelo art. 33 do Decreto 52.860 de 2 de abril de 2008 ficarão sujeitas à incidência de atualização monetária de acordo com a variação da UFESP – Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (artigo 113 e seus §§ da Lei Estadual 6.374, de 1º de março de 1989), além de juros moratórios calculados à razão de 1% ao mês (art. 139 da Lei Complementar 180, de 12-05-1978). (negritos)*

<sup>4</sup> “Artigo 7º O servidor afastado ou licenciado manterá seu vínculo ao RPPS:

I - quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, nos termos do artigo 1º-A, da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, incluído pela Medida Provisória nº 2.817-13, de 2001;

II - quando o tempo de licenciamento seja considerado como de efetivo exercício no cargo;

III - durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo.”

<sup>5</sup> Artigo 9º - Quando o servidor seja cedido a outro ente federativo, e o ônus de pagar sua remuneração seja do órgão ou da entidade cessionária, a este também caberá:

I - realizar o desconto da contribuição devida pelo servidor;

II - pagar a contribuição devida pelo ente de origem;

III - repassar à SPPREV as importâncias relativas às contribuições mencionadas nos incisos I e II deste artigo.

Percebe-se, da leitura do artigo, bem como da leitura do art. 139<sup>6</sup>, da Lei Complementar 180/78, e art. 113<sup>7</sup> e §§ da Lei Estadual 6.374/89, que a falta de recolhimento das contribuições no prazo legal enseja a aplicação de multa na razão de 1% ao mês, somado à atualização monetária de acordo com a variação da UFESP. Portanto, por não terem as contribuições de que tratam os presentes autos sido recolhidas pela Câmara Municipal no prazo legal, e pelo sistema de previdência necessitar que deva sempre existir equilíbrio, tanto financeiro quanto atuarial, e por ter como característica o caráter contributivo e solidário, entendo devam ser pagos pela Câmara os juros que vêm sendo cobrados pelo órgão de previdência estadual.

Contudo, tendo em vista informação constante dos autos a fls. 59 e 59/verso, emanada pela Supervisora de SGA.12, que informa que a Câmara não tem recebido as informações necessárias para os devidos recolhimentos previdenciários a favor do SPPREV dos servidores constantes da folha de pagamento, dentro do prazo legal, trazendo transtornos e encargos desnecessários, sugiro, sem prejuízo do pagamento dos juros neste momento, seja apurado se a responsabilidade pela falta de desconto e não recolhimento no prazo foi originado pelo órgão de origem, ao encaminhar fora do prazo as informações de que necessita a Câmara para que efetue corretamente o desconto e recolhimento devidos, a fim de que a Edilidade Paulistana possa eventualmente se ressarcir dos valores neste momento dispendidos a título de juros e atualização monetária.

No tocante à aplicação do fator de correção pelo índice IPC-Fipe ao quanto devido à vereadora xxxxxxxxxxxx, entendo encontrar-se respaldado pelo quanto disposto no Decreto Municipal nº 31.131/1992.

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

São Paulo, 25 de abril de 2012

**Érica Corrêa Bartalini**  
PROCURADORA LEGISLATIVA  
OAB/SP 257.354

<sup>6</sup> Artigo 139 - As contribuições devidas na forma do artigo 137 e não recolhidas pelo contribuinte no prazo regulamentar ficarão sujeitas ao juro de 1% (um por cento) ao mês."

<sup>7</sup> Artigo 113 - Fica criada a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo - UFESP, no valor de NCz\$ 6,17 (seis cruzados novos e dezessete centavos) em 1º de janeiro de 1989, atualizável monetariamente pelo Índice de Preço ao Consumidor - IPC.

§ 1º - Ocorrendo a extinção do IPC, o Poder Executivo fixará outro índice oficial que o substitua, para atualização monetária da UFESP.

§ 2º - A partir de 1º de fevereiro de 1989, as referências da legislação tributária do Estado de São Paulo à Obrigação do Tesouro Nacional - OTN passam a ser entendidas como à Unidade Fiscal do Estado de São Paulo - UFESP.

§ 3º - A atualização monetária dos valores relativos a créditos tributários anteriores à vigência desta lei continuará a ser feita segundo os Índices das Obrigações do Tesouro Nacional - OTN até 31 de janeiro de 1989, e, após essa data, segundo a variação das UFESPs.

§ 4º - A Secretaria da Fazenda do Estado poderá promover a atualização diária da UFESP, que não poderá superar o índice de variação mensal."



# Publicidade institucional em período eleitoral – parecer nº 107/2012

Érica Corrêa Bartalini de Araújo<sup>1</sup>

## Sr. Procurador Legislativo Supervisor

Trata-se de encaminhamento, pelo Diretor de Comunicação Externa da Câmara Municipal de São Paulo, de pareceres jurídicos fornecidos por **Elemídia Consultoria e Serviços de Marketing S/A – Abril Mídia** – e **BusTV Brasil Publicidade S/A** a respeito de publicidade institucional no período eleitoral, de consulta a empresas aceca do que seja publicidade institucional, bem como de considerações suas acerca do que seja publicidade institucional.

Em síntese, os pareceres fazem uma análise da legislação eleitoral a respeito do tema e concluem, ao final, que os informes publicitários da Câmara Municipal de São Paulo são legais e permitidos, inclusive nos três meses anteriores ao pleito.

É o relatório.

A Constituição Federal, em seu art. 37, §1º, define a publicidade institucional.

“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”.** (negritamos)

Da redação do artigo, depreende-se que a publicidade efetuada pelos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Assim sendo, em momento algum, ou seja, mesmo em período não eleitoral, poderá o órgão público, ao realizar publicidade de seus atos, promover promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Dessa maneira, publicidade institucional não se confunde

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo graduada em Direito pela Univerdade de São Paulo (USP). Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

com propaganda eleitoral, não podendo, através daquela, o agente político realizar publicidade de seus atos, promovendo-se através de recursos públicos.

A Lei Federal nº 9.504/1997 traz, em seu art. 73, condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. No tocante ao tema aqui tratado, verifica-se, de acordo com o inciso VI, *b*, ser proibido aos agentes públicos, servidores ou não, nos 3 (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.”

Desse modo, a publicidade institucional, que não se confunde com propaganda eleitoral, não poderá ser veiculada nos três meses anteriores ao pleito.

O tema sobre o qual versa este parecer já foi tratado nos pareceres nº 96/2011 e nº 33/2012 desta Procuradoria.

No primeiro deles, a conclusão foi “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”. Entendeu-se, portanto, não ser possível a veiculação de jornal institucional da Edilidade no período de três meses anteriores à eleição, por se tratar de publicidade institucional.

No segundo deles, a conclusão é no mesmo sentido, ou seja, de que nos três meses anteriores ao pleito não é possível que se faça publicidade institucional.

Importante destacar que publicidade institucional não se confunde com publicidade legal. Esta diz respeito à publicidade necessária de ser veiculada tendo em vista comando legal, enquanto aquela diz respeito à publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta. Assim sendo, a publicidade legal é aquela necessária de ser feita, e que, em regra, é realizada por meio do Diário Oficial da Cidade e por jornais de grande circulação, nos termos da Lei Orgânica do Município, pode continuar a ser veiculada no período de três meses anteriores ao pleito. **Aquela que não tem essa natureza, ou seja, que se configura como publicidade institucional, não poderá ser veiculada, não importando o meio de comunicação que venha a ser utilizado.** A seguir, encontra-se trecho de julgado em que se diferencia a publicidade legal e obrigatória daquela considerada institucional.

- REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - PARTIDO COLIGADO ATUANDO EM JUÍZO SEM A PARTICIPAÇÃO DA OUTRA AGREMIACÃO QUE FORMOU A COLIGAÇÃO - AÇÃO PROTOCOLIZADA APÓS O PLEITO - LEGITIMIDADE CONCORRENTE DA COLIGAÇÃO E DOS

PARTIDOS POLÍTICOS QUE A TENHAM INTEGRADO PARA AGIR ISOLADAMENTE - PROEMIAL AFASTADA .

A regra prevista no art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.504/1997 deve ser observada até a data da eleição. Realizado o pleito, tanto a coligação como os partidos que a integraram, passam a possuir legitimidade concorrente para propor, isoladamente, ações visando apurar e reprimir condutas que tenham maculado a regularidade do processo eleitoral.

- REPRESENTAÇÃO ELEITORAL AJUIZADA EM FACE DE DIVERSAS CONDUTAS - CONDENAÇÃO DECORRENTE DE SUPOSTA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL E ALEGADA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA A SERVIDORES - EDITAL DE LICITAÇÃO PUBLICADO NA VÉSPERA DA ELEIÇÃO - INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE INTERRUÇÃO DE LICENÇA SEM VENCIMENTO - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CAPTAÇÃO CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS APTA A CASSAR O DIPLOMA - ACERVO PROBATÓRIO FRÁGIL E TEMERÁRIO A ROBORAR AS DEMAIS CONDUTAS - AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS E INCONTROVERSAS - IMPROCEDÊNCIA. **A publicação de edital de licitação não pode ser considerada publicidade institucional para efeito de aplicação da legislação eleitoral, já que não tem por objetivo enaltecer ato, obra, programa, serviço ou campanha do poder público.**

Descaracterizada a veiculação de publicidade institucional em desacordo com a legislação eleitoral, não há como concluir, nesse caso, pela suposta ocorrência de conduta vedada aos agentes públicos, restando inviabilizada possível cassação de diploma.

A narração de diversos comportamentos supostamente ilícitos, sem que contudo sejam produzidas provas robustas e incontroversas a demonstrar sua aptidão para macular a regularidade e a legitimidade do pleito, não autoriza a cassação dos diplomas de candidatos representados em face da prática de condutas que infringem à Lei das Eleições.

Afigura-se irrazoável, dentro de um regime democrático, desconstituir a vontade popular, expressa por meio do sufrágio, com base em acervo probatório frágil e temerário. (RREP - RECURSO EM REPRESENTAÇÃO nº 2110 - barra velha/SC - Acórdão nº 20325 de 21/11/2005 - Relator(a) PEDRO MANOEL ABREU) - negritamos

Junto ao presente parecer Resolução Conjunta SEGOV-AGE nº 002, de 3 de maio de 2010, que “Dispõe sobre as condutas vedadas aos agentes públicos, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais, no período eleitoral do ano de 2010” e que traz, em seu art. 6º, o conceito de publicidade institucional, dispondo que “A publicidade institucional abrange todo tipo de mensagem sobre atos, fatos, programas, obras, serviços e campanhas, incluindo comunicações pagas e a distribuição de material jornalístico gratuito dos órgãos da Administração Pública

Direta e Indireta”. Em seu §2º, diz que “O agente público deverá, para a classificação de uma comunicação como publicidade institucional (sic) apurar seu conteúdo, verificando se ela contém juízos de valor sobre as ações do governo e induções a conclusões por parte dos receptores”. Dentre as condutas proibidas, o art. 8º, I, de referida Resolução traz a vedação à realização de “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, ou de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado”.

Necessário se faz ressaltar que a infringência ao disposto no art. 73 da Lei 9.504/97 sujeita os infratores a diversas sanções graves, a seguir transcritas:

*Art. 73. (...)*

*§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 do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4o, o **candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma**. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)*

*§ 6º As **multas** de que trata este artigo serão **duplicadas a cada reincidência**.*

*§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, **atos de improbidade administrativa**, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 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<sup>2</sup> <sup>3</sup>.*

*§ 8º **Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos** responsáveis pelas condutas vedadas e **aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem**.*

*(...)*

<sup>2</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).  
(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

<sup>3</sup> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

A infringência ao disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal configura **abuso de autoridade** e sujeita o responsável, se candidato, ao **cancelamento do registro ou do diploma**<sup>4</sup>.

Assim sendo, apesar dos vários documentos juntados ao presente expediente dizendo que o material a eles submetido à análise, e ao qual não tive acesso, não se caracteriza como publicidade, mas sim que possuem conteúdo meramente informativo, há julgados de Tribunais que entendem que **“não pode a comunicação se transformar em salvo-conduto para a publicidade institucional. Imaginar-se que modesta comunicação tem esse caráter seria fazer letra morta da vedação, escancarar as portas para a publicidade travestida ou direta e sepultar, na prática, a igualdade entre candidatos de situação e de oposição”**<sup>5</sup> (negritamos). Trechos deste julgado, naquilo que pertinentes com o tema aqui tratado, encontram-se juntados ao presente parecer.

Importante consignar, conforme já exposto no parecer nº 33/2012 “que a jurisprudência do TSE presume que a publicidade institucional é prejudicial ao tratamento isonômico que deve ser dado aos candidatos, considerando desnecessário o exame do elemento subjetivo do autor, ou seja, se existiu ou não intuito eleitoreiro”.

Dessa maneira, além de toda e qualquer publicidade institucional efetuada dever sempre obedecer estritamente aos comandos insertos no §1º, do art. 37, da Constituição Federal, **entendo deva ser tomada por esta Casa Legislativa uma posição mais conservadora, no sentido de que publicidade institucional, qualquer que seja o veículo de comunicação pelo qual venha a ser divulgada, não poderá ser veiculada no período de 3 (três) meses anteriores ao pleito**, a fim de evitar que os agentes públicos responsáveis pela veiculação da publicidade, bem como aqueles que venham dela se beneficiar, sofram as **sanções** previstas em lei, quais sejam: (i) **suspensão imediata da conduta vedada**; (ii) **multa**; (iii) **sujeição à cassação do registro ou do diploma**; (iv) **caracterização da conduta como ato de improbidade administrativa** e (v) **abuso de autoridade**.

É meu parecer, que submeto a apreciação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 04 de maio de 2012.

**Érica Corrêa Bartalini**  
PROCURADORA LEGISLATIVA  
OAB/SP 257.354

<sup>4</sup> Art. 74. *Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 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 ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)*

<sup>5</sup> Processo nº 2.108 – Classe XI – Recurso – Representação – 91ª Zona Eleitoral – Itapema – TRE – SC – Acórdão nº 20.362 – Relator Juiz Henry Petry Junior.



# Publicação de remuneração de servidores no *site* da Câmara Municipal – parecer nº 120/2013

Érica Corrêa Bartalini de Araújo<sup>1</sup>

## Sr. Procurador Legislativo Supervisor

Trata-se de expediente encaminhado a esta Procuradoria em que figura como requerente o SINDILEX – Sindicato dos Servidores da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em que requer a retirada dos nomes dos servidores da publicação dos salários no *site* da Câmara, publicando, a fim de atender a Lei de Acesso à Informação, apenas referências como cargo ou registro funcional.

Sustenta estarem sendo violadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantidas constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso X, como cláusula pétrea, bem como a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que prevê o respeito à intimidade, à vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. Argui que tal forma de publicação, com tamanha exposição, coloca em risco a vida privada dos servidores e suas famílias, sobretudo em uma sociedade com tamanhos índices de violência.

É o relatório.

O presente pedido trata dos limites ao princípio da publicidade, insculpido na Constituição Federal, a que a Administração Pública deve obedecer. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”.

O mesmo autor cita que referido princípio pode ser concretizados por alguns instrumentos jurídicos, entre eles: a) ação administrativa *ex officio* de divulgação de informações de interesse público; b) direito de petição; c) certidões.

A Constituição Federal prestigia o princípio da publicidade, e coloca em seu artigo 5º, dentre as garantias fundamentais, o direito à informação, previsto no inciso XXXIII, a seguir transcrito:

*XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade. (negritamos)*

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo graduada em Direito pela Univerdade de São Paulo (USP). Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

Em seu artigo 37, *caput*, diz que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da publicidade, determinando, em seu §3º, inciso II, que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando, especialmente, “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre os atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”.

Em 2011, foi editada a Lei nº 12.527, que regula o acesso a informações. O Capítulo II da Lei trata do acesso a informações e da sua divulgação. Em seu artigo 6º, disciplina que:

*Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:*

*I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;*

*II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e*

*III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.*

Depreende-se, da leitura do artigo, que cabe à Administração Pública, ao dar publicidade de seus atos, ser transparente na forma de transmissão da informação, devendo, contudo, **proteger as informações sigilosa e pessoal**.

O artigo 7º de referida lei elenca os direitos previstos pela lei:

*Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:*

*I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;*

*II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;*

*III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;*

*IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;*

*V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;*

*VI - **informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;** e*

*VII - informação relativa:*

*a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;*

*b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.*

*§ 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

*§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*§ 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.*

*§ 5º Informado do extravio da informação solicitada, poderá o interessado requerer à autoridade competente a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação.*

*§ 6º Verificada a hipótese prevista no § 5º deste artigo, o responsável pela guarda da informação extraviada deverá, no prazo de 10 (dez) dias, justificar o fato e indicar testemunhas que comprovem sua alegação.*

Percebe-se que se encontra, dentre os direitos, o de informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos. Não traz a lei o modo pelo qual a informação deverá ser publicada a fim de atender ao comando legal.

O artigo 8º traz os deveres da Administração Pública na divulgação de informações:

*Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.*

*§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:*

*I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;*

*II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;*

*III - registros das despesas;*

*IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;*

*V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e*

*VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.*

*§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).*

*§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:*

*I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;*

*II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;*

*III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;*

*IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;*

*V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;*

*VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;*

*VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e*

*VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008.*

*§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).*

Da leitura do dispositivo, depreende-se ser dever da Administração Pública promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, devendo constar, no mínimo, dentre outras coisas, o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público, e os registros das despesas.

O artigo 4º, inciso IV, traz a definição de informação pessoal, dizendo tratar-se daquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. No Capítulo IV da

Seção V, trata a lei 'Das Informações Pessoais'. O artigo 31, cuja redação encontra-se transcrita abaixo, diz que as informações pessoais devem ser tratadas com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades de garantias individuais.

**Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades de garantias individuais.**

**§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:**

*I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*  
**II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.**

**§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.**

**§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:**

*I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;*

*II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;*

*III - ao cumprimento de ordem judicial;*

*IV - à defesa de direitos humanos; ou*

*V - à proteção do interesse público e geral preponderante.*

**§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.**

**§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.**

Dispõe o artigo, ainda, que a informação pessoal poderá ser divulgada ou acessada por terceiros mediante previsão legal ou quando houver consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem, e diz ainda que regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento da informação pessoal. O artigo 32, inciso IV, dispõe sobre a responsabilização do agente público no caso de divulgação indevida de informação pessoal, e o artigo 33 disciplina que os órgãos e entidades públicas

respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações pessoais.

Depreende-se, de tudo quanto foi exposto até o presente momento, em resumo, **que a Administração Pública deve, ao dar publicidade de seus atos, ser transparente na forma de transmissão da informação, devendo, contudo, proteger as informações sigilosa e pessoal. Deve informar o quanto pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos, não tendo a lei trazido o modo pelo qual a informação deverá ser publicada a fim de atender ao comando legal. Deve a Administração Pública promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, devendo constar, no mínimo, dentre outras coisas, o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público, e os registros das despesas. Não diz que se deva proceder à publicação identificada nominalmente das remunerações. Deve cuidar, ainda, para que a informação pessoal seja divulgada ou acessada por terceiros mediante previsão legal ou quando houver consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem, sob pena de responsabilização prevista no §2º do art. 31, art. 32, inciso IV, e art. 34, e deverá disciplinar, por regulamento, os procedimentos para tratamento da informação pessoal.**

O Poder Executivo Federal editou o Decreto Federal nº 7.724, de 16 de maio de 2012, a fim de regulamentar a lei de acesso à informação no âmbito da Administração Pública em âmbito federal. Referido decreto não tem aplicação no âmbito desta Edilidade, tendo em vista os princípios federativo e da separação de Poderes, visto que o regulamento específico deverá ser editado no âmbito do próprio poder aplicador da lei, ou seja, do Poder Executivo, do Legislativo, do Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público de cada uma das esferas. Para aplicação de Decreto do Executivo Municipal no âmbito desta Edilidade, referido Decreto deverá ser adotado explicitamente por esta Casa. Naquele Decreto Federal, foi disciplinada, no artigo 7º, §3º, inciso VI, a divulgação da “remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”. Tal disciplina, a meu ver, extrapola o quanto previsto na Lei, visto não existir qualquer dispositivo na Lei que obrigue a Administração a divulgar nominalmente a remuneração de seus servidores. Além disso, entendo tratar-se de informação pessoal a disponibilização na *internet* do holerite do servidor, devendo haver concordância do servidor para tanto. Contudo, mesmo que se entenda não estar aquele Decreto extrapolando a lei, tal disciplina não se aplica à Edilidade, pelos motivos já expostos.

Em relação ao Decreto do Executivo Municipal, nº 53.623, de 12 de dezembro de 2012, em seu artigo 8º ele trata do âmbito de abrangência, dispondo ser ele aplicável aos órgãos da Administração Direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou

indiretamente pelo Município. Contudo, como já dito acima, não se aplica a esta Casa, a não ser que venha a ser adotado expressamente. Em seu artigo 10, diz o §2º que “A divulgação de informações sobre funcionários, empregados e servidores obedecerá a legislação específica que disciplina a matéria”. Não traz o Decreto dispositivo que obrigue a Administração Municipal a publicar na *internet* os nomes dos servidores com a respectiva remuneração.

A meu ver, o caso em questão enquadra-se no conceito de informação pessoal, visto que a divulgação do nome do servidor com sua remuneração está relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Assim sendo, entendo que a divulgação do quanto recebido por cada servidor, inclusive com os descontos efetuados em seu holerite, no *site* da Câmara, enquadra-se no conceito de informação pessoal. Um modelo que, no meu entendimento, atenderia ao quanto disposto na lei de acesso à informação é aquele que primeiro foi utilizado por esta Casa para divulgação da remuneração, ou seja, aquele em que consta o simulador com o quanto pago a cada uma das carreiras, nos diversos níveis, e com as gratificações que podem vir a ser percebidas. Ou, caso assim não se entenda, e se opte pela publicação do quanto recebido por cada servidor, seja feita a identificação pelo registro funcional, e não pelo nome, a fim de não identificar expressamente a quem se refere determinada remuneração.

Apesar do entendimento esposado acima, necessário, contudo, seja feita análise do entendimento dos Tribunais sobre o tema, bem como se proceda a estudo do modo pelo qual vêm os diversos órgãos dando efetividade à Lei de Acesso à Informação.

A tabela a seguir mostra como diversos órgãos disponibilizam os dados relativos à remuneração de seus servidores:

Órgão	Identifica nominalmente o servidor	Identifica o servidor pelo registro funcional	Forma de disposição dos dados
Prefeitura do Município de São Paulo	Sim		Coloca a remuneração do servidor, identificando-o
Assembleia Legislativa de São Paulo	Não	Não	Há dois quadros distintos. No primeiro, constam os cargos e funções. No segundo, consta tabela com os vencimentos dos cargos.
Governo do Estado de São Paulo	Sim		Disponibiliza o nome do servidor, o valor de sua remuneração bruta e líquida.

Tribunal de Contas do Município	Não	Não	Há dois quadros distintos. No primeiro, constam os cargos e no segundo, consta a composição do quadro de vencimentos
Administração Pública Federal	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Supremo Tribunal Federal	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Superior Tribunal de Justiça	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	Não	Não	Divulga relatório das despesas com pessoal
Ministério Público do Estado de São Paulo	Não	Sim	Divulga o registro funcional do servidor acrescido de sua remuneração
Conselho Nacional de Justiça	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Tribunal Superior Eleitoral	Sim		Divulga o nome do servidor acrescido de sua remuneração
Senado Federal	Não	Não	Divulga a situação funcional do servidor, sem a remuneração. Para visualização desta, é necessário preencher formulário com identificação do requerente.
Câmara dos Deputados	Não	Não	Divulga a situação funcional do servidor, sem a remuneração. Para visualização desta, é necessário preencher formulário com identificação do requerente.

Percebe-se, do quanto exposto, que há divulgação da remuneração, juntamente com o nome, nos seguintes órgãos: Prefeitura do Município de São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, Administração Pública Federal, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Conselho Nacional de Justiça e Tribunal Superior Eleitoral. Não há divulgação de remuneração nominal, nem pelo registro funcional, nos seguintes órgãos: Assembleia Legislativa de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Tribunal de Contas do Município. Deve ser preenchido formulário, com plena identificação do requerente, para ter acesso à remuneração dos servidores, os seguintes órgãos: Senado Federal e Câmara dos Deputados. Identifica o servidor pelo número da matrícula: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em relação à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal entende ser plenamente possível a identificação nominal dos servidores juntamente com sua remuneração, conforme se depreende dos julgados Suspensão de Liminar nº 689 DF, Suspensão de Segurança nº 4661 DF, Suspensão de Liminar nº 630 RS, Suspensão de Segurança nº 4661 DF,

***Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada***

*dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS 3902 AgR - SÃO PAULO Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 09/06/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)*

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, divulgou a remuneração de seus servidores, com a respectiva identificação, em seu *site*, tendo feito menção à prática de tal ato em várias de suas decisões, como se verifica a seguir, no bojo da Suspensão de Liminar nº 623, do Distrito Federal, em que foi Relator o Ministro Presidente, publicada a decisão monocrática em 03/08/2012:

*Por fim, registro que, quando da entrada em vigor da recente Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação Pública), esta nossa Corte decidiu “divulgar, de forma ativa e irrestrita, os subsídios dos ministros e a remuneração dos servidores do quadro de pessoal do Supremo Tribunal Federal, assim como os proventos dos ministros aposentados, dos servidores inativos e dos pensionistas”. O que se deu na quarta sessão administrativa, realizada em 22 de maio de 2012, por unanimidade.*

Em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a maioria das decisões é no sentido de não poder haver divulgação pelos entes públicos da remuneração individualizada, identificando-a ao servidor, conforme se verifica na ementa a seguir e nos recursos: Apelação nº 0008435-52.2010.8.26.0053, 0008435-52.2010.8.26.0053, 0041499-53.2010.8.26.0053, 0022542-04.2010.8.26.0053, 0017829-83.2010.8.26.0053.

#### EMENTA

*RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Dano moral - Servidores públicos - Lei Municipal de São Paulo nº 14.720/08, regulamentada pelo*

*Decreto nº 50.070/08. Divulgação pela internet dos vencimentos dos servidores, com nome completo e cargo que ocupam. Violação a direito fundamental da pessoa humana. No conflito entre o interesse público, nele incluídos os princípios da publicidade e transparência, e os direitos fundamentais, a opção deve ser pela prevalência destes, com a preservação do respeito à dignidade humana. Inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inteligência dos artigos 5º, X, XIV e XXXIII, 31, §3º, 37, 'caput' e §3º, II e 39, §6º, da CF. Dano moral configurado. Sentença de procedência. Recursos oficial e do Município provido em parte. CORREÇÃO MONETÁRIA. Pretensão de incidência a partir da data da sentença. Admissibilidade. Súmula 362 do STJ. JUROS DE MORA. Pretensão de incidência a partir da data da sentença - Incidência a partir da data do evento danoso de acordo com jurisprudência dominante. Cálculo a partir da citação determinada na sentença. Prevalência desta última forma, sob pena de se incorrer em "reformatio in pejus". Rejeitada a preliminar e recursos oficial e do Município parcialmente providos. (6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO - APEL. : 0048889-40.2011.8.26.0053 - JUIZ : Adilson Araki Ribeiro - VOTO N°: 14395)*

Contudo, a decisão nos autos da Apelação Cível nº 0015816-14.2010.8.26.0053 traz entendimento diverso, nos termos do quanto vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Como conclusão, entendo não poder ser efetuada a publicação das remunerações identificando-as aos servidores que as percebem. Entretanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é diverso, entendendo que a publicação identificada é legal. Os diversos órgãos vêm efetuando a publicação de diversas maneiras. Há aqueles que identificam nominalmente a remuneração, atribuindo-a a servidor específico; há aqueles que publicam a remuneração identificando-a pelo registro funcional; e há aqueles que apenas publicam as remunerações dos cargos, sem qualquer tipo de identificação dos servidores.

Diante do panorama exposto, cabe à Câmara Municipal entender qual linha adotar.

Este é o meu parecer, que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.  
São Paulo, 02 de maio de 2013

**Érica Corrêa Bartalini de Araujo**  
PROCURADORA LEGISLATIVA  
OAB/SP 257.354

Obs.: tendo em vista o transcurso do tempo da data de edição do parecer até a data de hoje, segue tabela atualizada com a situação dos órgãos que tiveram sua sistemática de divulgação da remuneração alterada:

Órgão	Identifica nominalmente o servidor	Identifica o servidor pelo registro funcional	Forma de disposição dos dados
Assembleia Legislativa de São Paulo	Não	Sim	Divulga o registro funcional do servidor acrescido de sua remuneração
Tribunal de Contas do Município	Não	Não	Há dois quadros distintos. No primeiro, consta a relação de funcionários e no segundo, consta a composição do quadro de vencimentos
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	Sim		Há identificação nominal, acrescentando a respectiva remuneração mensal
Câmara dos Deputados	Não	Sim	Divulga a situação funcional do servidor, sem a remuneração. Para visualização desta, é necessário preencher formulário com identificação do requerente. Há, todavia, divulgação do registro funcional, acrescido de sua remuneração.

# Peças Judiciais



# Informações em ADI Sacolas plásticas

*Cintia Talarico da Cruz Carrer<sup>1</sup>*

*Andréa Rascovski Ickowics<sup>2</sup>*

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**Autos nº 0121480-62.2011.8.26.0000**

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, EXMO. VEREADOR JOSÉ POLICE NETO, assistido por suas procuradoras, nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício nº 2296-0/2012-iafp apresentar

### **INFORMAÇÕES**

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

### **I. SÍNTESE**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Sindicato da Indústria de Material Plástico do Estado de São Paulo, tendo por objeto a **declaração de inconstitucionalidade da Lei do Município de São Paulo nº 15.374, de 18 de maio de 2011, que dispôs sobre a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo.**

Para tanto, invocou o Requerente:

1. Que a norma impugnada extrapolaria a competência legislativa do Município, vez que regularia matéria inerente à proteção do meio ambiente;
2. Violação ao artigo 152 da Constituição do Estado de São Paulo, o qual prevê *“uma integração do planejamento e execução de funções públicas de interesse comum entre o Estado e os Municípios atuantes em determinada região”*;
3. Violação ao artigo 154, inciso IV da Constituição do Estado de São Paulo, que *“prevê a integração dos poderes para regulamentação de norma sobre meio ambiente”*;

<sup>1</sup> 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 e Procuradora do Município de São José dos Campos.

<sup>2</sup> 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. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

4. Violação ao artigo 193, incisos XX e XXI da Constituição do Estado de São Paulo, que estatui a necessidade de uma ação conjunta e coordenada;
5. Violação aos artigos 5º e 47, incisos II e XI, da Constituição do Estado de São Paulo, os quais preveem o princípio da separação dos Poderes e as atribuições privativas do Governador;
6. Violação ao artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo;
7. Existência de projeto de lei no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, versando sobre a matéria em foco, já teria sido vetado pelo então Sr. Governador;
8. Que o Estado já teria firmado posicionamento no sentido de que não seria possível fixar regras sobre a utilização dos produtos previstos na Lei nº 15.374/2001, “*não havendo estudos que atestem a sua segurança e qual impacto vai causar ao Meio Ambiente*”;
9. Decisões desse E. Tribunal de Justiça já teriam declarado a inconstitucionalidade de leis similares à presente;
10. Previsão de sanção genérica na lei impugnada, o que violaria o critério da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade;
11. Ausência de indicação precisa dos recursos hábeis à cobertura dos ônus gerados pela lei;
12. Ausência de confecção de eventual estudo de impacto ambiental.

A liminar pleiteada restou concedida pelo Exmo. Desembargador Relator nos seguintes moldes:

“Exclusivamente, agora, para efeito da concessão de provimento preambular, adoto os fundamentos deduzidos na petição inicial. Mostram-se presentes o ‘*fumus boni juris*’ e o ‘*periculum in mora*’. Liminarmente, com efeito ‘*ex tunc*’, suspendo a eficácia da Lei Municipal nº 15.374, de 18 de maio de 2011, comunicando-se...”

Face a tal decisão, a Edilidade Paulistana interpôs Agravo Regimental, ao qual foi negado provimento, e em seguida, Recurso Extraordinário, ainda pendente de julgamento.

Todavia, conforme restará demonstrado, a presente demanda deverá ser **ju-  
gada extinta, sem resolução de mérito**. E mesmo na remota hipótese de assim não se entender, há que se julgar a improcedente a presente ação, face à ausência de qualquer violação à Carta Estadual. Vejamos.

## II. PRELIMINARMENTE

### a. Inépcia da Petição Inicial (art. 295, I, do CPC e arts. 3º e 4º da Lei 9.868/99)

Como bem destacou o douto Procurador Municipal, à fls. 327 dos autos, “*a exordial é confusa, já que destituída de raciocínio lógico, dificultando o trabalho do interprete e o exercício da ampla defesa*”. Pelo simples exame da inicial já é possível constatar que não se poderá chegar a um exame de mérito.

Dispõem os artigos 3º e 4º da Lei 9.868/99:

“Art. 3º A petição indicará:

O dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;)

O pedido, com suas especificações.”

“Artigo 4º - A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”

As disposições em evidência deixam claro que nas ações diretas de inconstitucionalidade cada dispositivo da norma atacada deve ser impugnado de forma detalhada, devendo o proponente demonstrar os fundamentos jurídicos para cada impugnação, o que não foi feito pelo autor da presente ação.

Trata-se de processo objetivo, constitucional, sendo destinado à tutela abstrata das Constituições, não existindo, em qualquer hipótese, a possibilidade de defesa do direito subjetivo do requerente. Por se revestir destas particularidades, é que não se admite descrições impertinentes e em desacordo com o mérito da ação. Frise-se que sequer há possibilidade de desistência no controle abstrato.

Não obstante tais considerações, para o Requerente, a norma impugnada, em sua integralidade, seria inconstitucional, haja vista que o Município não teria competência legislativa para disciplinar matéria atinente ao meio ambiente. Todavia, não destaca na exordial **quais os exatos dispositivos da Constituição Estadual que tratariam de competência legislativa e que estariam violados**, o que acaba por impossibilitar a exata compreensão, o reconhecimento de causalidade com o pedido, e a defesa da norma impugnada.

Com efeito, vê-se que a inicial limita-se a trazer a baila, de forma esparsa, vaga, e sem qualquer contexto, dispositivos da Constituição do Estado, os quais, no entanto, não tratam de competência legislativa, **mas sim administrativa.**

Resta evidente que os dispositivos invocados pelo autor são normas que fixam diretrizes e metas a serem cumpridas pelo Estado, estabelecendo funções administrativas, como por exemplo o poder de polícia do Estado, **algo que não se coaduna com o objeto da presente ADI, que é a declaração de inconstitucionalidade em razão de incompetência para legislar sobre o tema versado na lei impugnada.**

Cuidando-se de processo objetivo, que não se destina a proteger relações jurídico-privadas, nem à defesa de direitos subjetivos lesados ou ameaçados de lesão, **imprescindível que o proponente tivesse verbalizado, de forma objetiva, os dispositivos da Constituição Estadual que tratam da competência legislativa municipal, e que foram diretamente violados pela Lei Municipal (vício formal).**

Nesse passo, tendo em vista que, **“da narração dos fatos não decorreu logicamente a conclusão”** (artigo 295, I, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil), deve a presente ação direta ser **extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, I, do diploma processual civil, e dos artigos 3º e 4º da Lei Federal 9.868/99.**

**b. Da impossibilidade jurídica do pedido (artigos 102, inciso I, alínea “a” e 125, § 2º, da Constituição Federal)**

Permite o **artigo 125, § 2º da Carta Magna o controle direto de constitucionalidade de lei municipal, tão-somente, em face da Constituição Estadual**; jamais da Constituição Federal.

E o **artigo 102, inciso I, letra “a” da Constituição Federal**, não autoriza, de qualquer modo, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Ocorre que da simples leitura da peça exordial depreende-se que **o Requerente se utiliza de disposições insertas na Constituição Estadual com o intuito de possibilitar o questionamento apenas formal de constitucionalidade da Resolução Municipal**. Todavia, é insofismável que **o questionamento da norma impugnada se dá, de forma direta, em relação às disposições insertas na Constituição Federal, mais especificamente no que tange à matéria de “competência legislativa” prevista no artigo 24, inciso VI, que dispõe sobre a competência legislativa concorrente em tema de proteção do meio ambiente**.

Com efeito, as normas apontadas como violadas tratam das seguintes matérias:

- a. Artigo 5º - princípio da separação de Poderes;
- b. Artigo 47, incisos II e XI – prescrevem a competência privativa do Governador para exercer a direção da administração estadual e iniciar o processo legislativo, na forma e casos lá previstos (artigo 24, §2º - que nada prevê acerca de meio ambiente);
- c. Artigo 144 - determina a observância pelos Municípios, dos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual (relembrando-se as decisões exaradas pelo STF nas ADIn 347-0-SP, Reclamação 383/SP, RE 421.256/SP);
- d. Artigo 152- prevê a organização regional do Estado;
- e. Artigo 154, inciso IV, observando-se que não existem incisos em tal disposição, mas apenas parágrafos, sendo certo que tal disposição disciplina o plano regional;
- f. O artigo 192 da Constituição do Estado, também invocado pelo autor, trata de competência administrativa (e não legislativa) do Estado, disciplinando o Poder de Polícia do Estado em matéria de outorga e licença ambiental;
- g. Artigo 193, incisos XX e XXI – que prevê a criação pelo Estado mediante lei, de um sistema de administração de qualidade ambiental com o fim de controlar e fiscalizar obras, atividades (inciso XX) e realizar o planejamento e o zoneamento ambientais (inc. XXI).

Sobre essa questão, o E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos seguintes precedentes:

## 1. Reclamação nº. 1692

No mês de setembro de 2000 a Câmara Municipal de Vereadores da Cidade de Cabo Frio (RJ) apresentou Reclamação perante essa Suprema Corte em razão de decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que, em liminar decorrente de representação de inconstitucionalidade, havia suspenso a eficácia do artigo 15, § 2º da Lei Orgânica do Município de Cabo Frio.

O então Exmo. Ministro Relator, Dr. Moreira Alves, deferiu o pleito de liminar, com a consequente suspensão do processo em curso no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, bem como da liminar nele deferida.

E conforme se depreende da decisão final de tal Reclamação, pronunciou-se o Ministério Público Federal sobre o tema, nos seguintes moldes (Doc.01):

“...6. O que impende verificar, pois, é se a decisão reclamada, que determina a suspensão cautelar da eficácia do art. 15, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Cabo Frio, usurpou ou não as atribuições jurisdicionais do colendo Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao exercício privativo da defesa objetiva da Constituição Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, quando a apreciação de ofensa por Lei Municipal à Constituição Estadual dar-se-ia de forma indireta, ante a análise prévia de possível contrariedade a preceitos contidos na Constituição da República.

7. A jurisprudência dessa Corte reconhece a legitimidade constitucional da fiscalização normativa abstrata, perante Tribunal de Justiça Estadual, somente quando esta reproduz literalmente princípios de observância compulsória inscrito na própria Constituição Federal. Nesse sentido é a Reclamação nº 383, Rel. Min. MOREIRA ALVES, em que se firmou entendimento sobre a viabilidade do controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal quando o preceito da Constituição Estadual reproduz cânon consagrado no texto da Carta da República, conforme se depreende da seguinte ementa:

.....  
É importante enfatizar, no entanto, que essa excelsa Corte Suprema não admite que Tribunal de Justiça Estadual julgue a inconstitucionalidade de normas de direito municipal, se para isso tiver de valer-se de preceitos contidos na Constituição Federal, porquanto, tal hipótese não se enquadra nos casos de controle abstrato das normas nela previstos. O único controle de lei municipal ante a Carta Federal admitido é o difuso, em que é exercido incidenter tantum por todos os órgãos do Poder Judiciário no julgamento dos casos concretos. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, à vista do nosso sistema constitucional, dispõe de atribuições jurisdicionais

para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição da República. (cf.: RE nº 213.120-BA, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 02/6/2000).

9. Na hipótese dos autos, a Lei Orgânica do Município de Cabo Frio é confrontada, em última análise, com a Constituição Federal, uma vez que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro faz expressa remissão em seu art. 346 a artigo da Carta da República (art. 29, inciso IV).....

10. De sorte que, parece-nos que além de extrapolar a competência da Corte reclamada, porquanto só é admitido o controle concentrado de lei municipal em face da Constituição Estadual na hipótese prevista no art. 125, § 2º, da CF, a apreciação desta matéria pelo Tribunal Local invade, virtualmente, segundo a jurisprudência consolidada dessa Corte Suprema, a competência do STF como guardião da Carta da República. (Rcl nº 545, Rel. Ministro PAULO BROSSARD). Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela procedência da presente reclamação.” (destaques nossos)

Nesse passo, tal Reclamação restou julgada procedente pelo Exmo. Ministro Relator, **Dr. Joaquim Barbosa**, através de decisão exarada em 1º de setembro de 2004 (Doc. 02):

“...Nas hipóteses em que a Constituição estadual faz simples remissão à Federal, o Texto do Estado não pode servir de parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais efetuado pelo tribunal estadual, sob pena de usurpação, em última análise, da competência desta Corte (cf. Rcl. 370, rel. min. Otavio Gallotti, Pleno, 09.04.1992 – nesse precedente, tratava-se de norma da Constituição de Mato Grosso que remetia ao art. 195 da CF para disciplinar a previdência daquele estado-membro).

.....

.....

Observa-se, assim, que **no caso ora em exame, não poderia o Tribunal de Justiça fluminense proceder ao controle concentrado da Lei Orgânica de Cabo Frio, pois, se o fizesse, tomaria por referência a Constituição Federal, em violação do disposto nos arts. 102 e 125, § 2º.**

Note-se ainda que a circunstância de não ser o STF competente para processar o controle concentrado não obsta o conhecimento da presente reclamação. A esse respeito, registro trecho do voto do ministro Paulo

Brossard no julgamento da Rcl 337: "(...) se pelo artigo 102, 'caput', da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição, se houvesse previsão de ação direta para tal hipótese, a competência só poderia ser sua, pois ele tem a primazia da defesa direta da Lei Maior. A ele compete a tarefa de expungir do sistema jurídico as normas que lhe venham contrariar. Como observou o Ministro MARCO AURÉLIO naquele julgamento, o Tribunal, visando proteger a Constituição Federal, é competente, até mesmo, para dizer da pertinência da ação direta de inconstitucionalidade.

Questão similar à presente também foi examinada no RE 213.210 (rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma): "CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. PRESSUPOSTOS. HIPÓTESE DE NORMAS QUE FAZEM MERA REMISSÃO FORMAL AOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A simples referência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal não autoriza o exercício do controle abstrato da constitucionalidade de lei municipal por este tribunal. 2. **O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte só é permitido se a causa de pedir consubstanciar norma da Constituição Estadual que reproduza princípios ou dispositivos da Constituição da República.** 3. A hipótese não se identifica com a jurisprudência desta Corte que admite o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal quando a Constituição Estadual reproduz literalmente os preceitos da Carta Federal. Recurso Extraordinário conhecido e provido para declarar o autor carecedor do direito de ação."

Do exposto, conheço da presente reclamação e, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Emenda Regimental 13, de 25.03.2004), julgo-a procedente, para decretar a extinção da Representação por Inconstitucionalidade 57/2000, em curso no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro..." (destaques nossos).

## 2. Reclamação nº 4955/RJ

Com o objetivo de enfatizar a ocorrência da impossibilidade jurídica do pedido (art. 125, §2º da CF), transcreve-se **recente decisão proferida pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Reclamação 4955/RJ, datada de 15 de maio de 2012**, observando-se que o Exmo. Ministro Cezar Peluso, em 2.3.2007, já havia deferido o pleito de liminar:

“...Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o paradigma a ser utilizado para a declaração de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual em sede de controle abstrato de constitucionalidade é unicamente a Constituição do Estado, à exceção das normas de reprodução obrigatória. Conforme bem ressaltou o Procurador-Geral da República, em parecer de fls. 69-71, **“o confronto do ato normativo com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro só foi possível após o exame da norma à luz do art. 22, IV, da Constituição Federal”**. Isso porque, somente após reconhecida a invasão da competência legislativa da União, é que se pode concluir pelo descompasso da lei com a Constituição do Estado”. Restou caracterizada, portanto a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: ADI 409, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 26.4.2002; Rcl 3436, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1.82005; Rcl 370, Rel. Octavio Gallotti, DJ 29.6.2001; RE 421.256, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 24.11.2006; Rcl 3.014, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE 21.5.2010; e Rcl-AgR 10.500, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJE 29.9.2011, esta última com acórdão assim ementado

.....

Ante o exposto, julgo procedente a reclamação para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, com base na jurisprudência sedimentada nesta Corte (art. 161, parágrafo único, RSTF)...” (destaque nosso – Doc. 03).

### **3. Reclamação nº 4329- MG**

Também o E. Supremo Tribunal, no julgamento da Reclamação 4329, do Estado de Minas Gerais, acolheu os argumentos do Reclamante, no sentido da configuração de usurpação da competência originária, além da ilegitimidade do Procurador Geral de Justiça o qual, de forma equivocada, deflagrou o processo de controle concentrado de constitucionalidade da Lei Municipal 9.418/2004, adotando como parâmetro de controle, o inciso XII do artigo 21, o inciso IV do artigo 22 e o inciso XII do artigo 48 da Constituição Federal de 1988, bem como o §1º do art. 165 da Carta Estadual, nos seguintes moldes (Doc. 04):

**“CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXERCER O CONTROLE CONSTITUCIONAL CONCENTRADO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS FEDERAIS E ESTADUAIS.**

1. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de representação de inconstitucionalidade, suspendeu a eficácia da Lei 9.148/2004, do Município de Uberaba/MG, com fundamento no art. 2º da Constituição Federal, bem como pelo fato de o Município haver usurpado a competência legislativa e material da União em tema de serviço de radiodifusão (inciso IV do art. 22 e inciso XII do art. 21 e art. 223, todos da Carta Magna). Situação configuradora de usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, dado que os parâmetros constitucionais de que lançou mão a Casa de Justiça reclamada não são de absorção obrigatória pelas Constituições estaduais.

2. Reclamação julgada procedente. Agravo regimental prejudicado.”

O caso assemelha-se ao da presente ADIn, haja vista que o Requerente da impugnação arguiu ofensa a matérias insertas na Constituição Federal, utilizando-se da Constituição Estadual apenas para possibilitar o confronto formal:

“...Vê-se, pois que, ao impugnar a Lei municipal 9.418/2004, o Procurador-Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais buscou demonstrar a inconstitucionalidade do referido diploma legislativo, é certo, mas adotando como parâmetro de controle o inciso XII do artigo 21, o inciso IV do art. 22 e o inciso XII do artigo 48 da Constituição Federal de 1988, bem como o §1º do artigo 165 da Carta estadual.”

Corroborando a constatação de que a matéria em tela – competência legislativa municipal para legislar sobre meio ambiente – tem índole estritamente constitucional federal, o reconhecimento de **repercussão geral do tema “competência legislativa municipal em matéria ambiental”**, quando da análise do Recurso Extraordinário 586.224-1- São Paulo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo e pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool, contra a decisão desse C. Órgão Especial, que julgou improcedente a ADIn da Lei 1.952, de 20.12.95, do Município de Paulínia:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE PROIBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇUCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL RECONHECIDA APÓS A ÊNFASE CONFERIDA AO MUNICÍPIO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTERESSE LOCAL DO MUNICÍPIO QUE NÃO DIFERE DO PECULIAR INTERESSE CONSAGRADO NA ORDEM JURÍDICA. AÇÃO IMPROCEDENTE.”

“RE 586.224/SP – Na espécie, está em questionamento a atuação normativa da Câmara Municipal quanto ao meio ambiente. Tudo recomenda

o crivo do Supremo, definindo-se o alcance da Carta da República. Tal como fez o relator, concluo pela existência de repercussão geral.”

Demonstrada a **impossibilidade jurídica do pedido**, face ao prescrito nos **artigos 102, inciso I, alínea “a” e 125, § 2º da Carta Magna**, há que se decretar a extinção da presente ação, sem resolução do mérito.

### III. DO MÉRITO

#### a. Competência do Município para legislar sobre matéria relacionada ao meio ambiente

A **Constituição Federal** vigente alçou a proteção ao meio ambiente dentre as garantias e direitos fundamentais (**artigo 5º, inciso LXXIII**), classificando-o, inclusive, como condição essencial à sadia qualidade de vida da coletividade (**art. 225, “caput”**), determinando, ainda, ser de **competência comum da União, dos Estados e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer das suas formas** (**art. 23, VI**).

No que tange à **competência legislativa** envolvendo matéria ambiental, é certo que é **concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios**, este último tendente a suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local (**artigos 24, inciso VI e 30, incisos I e II, da Constituição Federal**).

Conforme ensina o Mestre Dr. Paulo Affonso Leme Machado, *“suplementar”, “não é somente ornamentar uma norma geral, como se essa competência representasse uma superfluidade. Adicionar, completar e aprimora a norma federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo. O contrário é praticar um federalismo “consentido”, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas”* (in “Direito Ambiental”. Ed. Forense, 2010, p. 263).

E a própria **Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 191** determinou aos Estados e **Municípios**, com a participação da coletividade *“a preservação, conservação, defesa, **recuperação e melhoria do meio ambiente** natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”*.

Como não poderia deixar de prever, a Lei Orgânica do Município de São Paulo contém capítulo específico de regulamentação de regras atreladas ao meio ambiente (artigos 180 e seguintes), estabelecendo, inclusive, que *“O Município, mediante lei, organizará, assegurada a participação da sociedade, sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para coordenar, fiscalizar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta no que respeita a....”*.

De se recordar que sobre a matéria em apreço a União já editou a **Lei nº 12.305/2010 – Lei de Resíduos Sólidos** – a qual não é contrariada, de qualquer modo, pela norma ora impugnada.

Pelo contrário, a norma municipal questionada, em decorrência de autorização prevista no **artigo 23, inciso VI**, combinado com o **artigo 30, inciso I e II, da Constituição Federal**, apenas regulamentou, de forma suplementar, no que tange ao seu interesse local, a Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, a qual disciplina, de forma geral, a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

De se salientar que referida norma, de âmbito nacional, prescreve, dentre seus princípios e objetivos (artigos 6º e 7º):

- a prevenção e a precaução;
- o desenvolvimento sustentável;
- a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;
- proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;
- não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais.

E, em seu artigo 9º, prescreve que **“Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”**.

Ora, a lei municipal questionada, ao vedar a distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo observou a primeira das prioridades previstas na gestão e gerenciamento de resíduos, qual seja, a **não geração**.

Corroborando a constitucionalidade da norma impugnada, cabe salientar que o E. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que em matérias relativas à defesa da saúde pública e meio ambiente – ambas inseridas na competência legislativa concorrente e administrativa comum de todos os entes federativos – **a norma a ser aplicada é a mais restritiva, como forma de melhor garantir o direito em questão**.

Com efeito, ao **negar liminar** nos autos da **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109**, que tem por objeto a Lei do Município de São Paulo nº 13.113, de 16 de março de 2001, a qual dispôs sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto, decidiu o Exmo. **Ministro Ricardo Lewandowski** (DJ 22/04/2009 – Doc. 05):

**“...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, as também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não me impressiona, à primeira vista, o argumento que a legislação impugnada deve subordinar-se, na espécie, à Lei federal 9.055/1995, uma vez que, não vigora no direito brasileiro o princípio de que o direito federal rompe com o direito estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) consagrado no art. 31 da Constituição alemã.

Por fim, como bem ressaltei, 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” ....**” (destaques nossos)

Também nesse sentido manifestou-se o mesmo Ministro ao analisar o **Recurso Extraordinário 264127** (DJ 10.11.2009), reafirmando que *“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”* (Doc.06).

Ainda, em decisão monocrática já transitada em julgado, apontou a **Exma. Ministra Carmem Lúcia**, ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário nº 602472/PR (publicação 04.02.2011 – Doc. 07):

**“...4. O art. 225 da Constituição da República** dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Assim, **a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal possuem ampla competência para legislar em tutela do meio ambiente...**” (destaques nossos)

Também nesse sentido, decidiu o **Exmo. Ministro Carlos Velloso**, ao negar seguimento ao **Recurso Extraordinário nº 438561/MG** (DJ 30/05/2005 – Doc. 08):

**“...9. O acórdão recorrido analisou corretamente a questão, pois é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição**

em qualquer de suas formas, conforme determinação expressa no art. 23, VI, da Constituição da República.

10. Conquanto a matéria concernente a meio ambiente e combate à poluição insira-se também no âmbito de competência concorrente entre a União Federal e os Estados e o Distrito Federal, prevista no art. 24, VI, da Constituição da República, não consta que, à época dos fatos, houvesse lei federal regulando diversamente o tema em questão, nem tampouco lei estadual. Aponte-se que, ainda **nas hipóteses de competência concorrente, compete aos Municípios, nos termos do art. 30, II, da Constituição da República, suplementar a legislação federal e estadual.**

11. **Da conjugação dos arts. 23, VI; 24, VI e 30, II, da Constituição Federal, é válido concluir que, em não havendo ao tempo dos fatos legislação federal ou estadual estabelecendo penalidade diversa ou regulamentando outras formas de combate à poluição, legítima a aplicação da legislação municipal.**

12. Ressalte-se, ainda, que a Constituição da República em seu art. 225, caput, estabelece ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações..." (destaques nossos)

Nessa linha, esse C. Órgão Especial desse E. Tribunal de Justiça de São Paulo tem se manifestado, ao admitir a **competência municipal para fixar normas tendentes à proibição da queima de palha de cana-de-açúcar.**

De fato, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 146.999-0/3-00**, julgou-se improcedente a demanda, através de acórdão assim Ementado:

**"Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo de lei municipal – Acusada antinomia deste com regras da Constituição Estadual e de Lei também do Estado de São Paulo – Questão a envolver queimadas de palha de cana-de-açúcar, proibidas pela cidade – Conflito aparente de autonomias – Solução em favor das regras municipais de proteção do meio ambiente equilibrado e da saúde da população, segundo o interesse local – Ação julgada improcedente."** (destaque nosso)

Importante passagem que consta da fundamentação de tal acórdão, relatado pelo Exmo. Desembargador José Geraldo de Jacobina Rabello, cabe ser transcrito:

**"...Segundo bem anotado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, houve oportunidade de exame de situação idêntica a esta agora em análise por ocasião do julgamento da Ação Direta de**

**Inconstitucionalidade n. 129.132/0-3.** Como então anotado no acórdão, “no embate entre autonomias dos entes federados, como lembrado pelo Desembargador Laerte Nordi, de se prestigiar a do Município, uma vez que como anteriormente decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RT 679/204), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente não exclui a edição pelo último de normas de padrões que objetivem regular situação local como a vivida pela população de Limeira, sem condição de continuar a suportar o sofrimento causado pelas queimadas. As regras atacadas apenas complementam a lei estadual citada como violada, como, de seu lado, argumentou o Desembargador Caio Canguçu de Almeida, na medida em que adaptaram à realidade e para a defesa dos interesses locais dos munícipes a tímida proibição de queima trilhada por aquela.....

Se se considerar de modo isolado o disposto no artigo 24 da Constituição Federal, em que se estabelece, no inciso VI, competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, não competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, haveria mesmo lugar para suposição de que os dispositivos da Lei municipal sobre proibição de queima de palha de cana-de-açúcar se mostrariam contrários à Lei Maior e também ao previsto quanto a essa matéria na Constituição do Estado de S Paulo. O mesmo referido artigo 24, no inciso n XII, outra vez mais com exclusão dos Municípios, volta a estabelecer competência concorrente apenas da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, com o que também sob sua regência a lei municipal a dispor sobre proibição de queima de palha de cana-de-açúcar dever ser tida como inconstitucional, certo ainda que reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas (artigo 25, “caput”).

Acontece que a Constituição Federal, no artigo 23, ns II, VI, VII e IX, tem como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dentre outras atribuições, “cuidar da saúde e assistência pública”, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, “preservar as florestas, a fauna e a flora” (inciso VII) e “promover saneamento básico” (inciso IX).

E, bem, quer parecer não ser possível fazê-lo, isto é, cuidar o Município da saúde, da proteção ao meio ambiente, de combate à poluição em qualquer de suas formas, de preservação de florestas, fauna e flora, de promoção do saneamento básico, sem legislar a esse respeito. Não bastantes portarias administrativas ou decretos (sic) os cidadãos sabem que ninguém é obrigado a fazer ou a não fazer alguma coisa senão em virtude de lei...” (destaque nosso)

Também adotando a tese da constitucionalidade de leis municipais que vedam a queimada de cana-de-açúcar: ADIns nsº 126.780-0/8-00, 147.007-0/5-00, dentre outras.

#### **b. Da constitucionalidade material:**

##### **Tutela jurídica do Meio Ambiente pelo ente municipal**

*“Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”<sup>3</sup>*

O Município, adotado como ente federativo, conforme preceituam os artigos 1º e 18 da Constituição Federal, recebeu autonomia, possuindo competências exclusivas e organização política própria, que lhe conferem a possibilidade de exercer uma efetiva tutela ambiental.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>4</sup>, discorrendo sobre o tema, bem destacou que *“Em linhas gerais, podemos concluir que a competência legislativa em matéria ambiental estará sempre privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência”* (grifei).

Nesse passo, a competência municipal para legislar sobre meio ambiente revela-se de extrema importância, visto que o Município é o ente mais próximo aos interesses e peculiaridades da população, estando mais apto e colocar em prática a proteção ambiental tão reclamada no texto constitucional, como bem asseverq o I. Doutrinador apontado:

“Interessante verificarmos que o texto constitucional, ao atribuir ao Município competência para legislar sobre assuntos locais, está-se referindo aos interesses que atendem de modo imediato às necessidades locais, ainda que tenham repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País. Com isso, questões como o fornecimento domiciliar de água potável, o serviço de coleta de lixo, o trânsito de veículos e outros temas típicos do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho no âmbito do Município, embora de interesse local, não deixam de afetar o Estado e mesmo o país...

**Assim temos que a Carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando plena**

<sup>3</sup> Princípio n.1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

<sup>4</sup> Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007,p.81

**integração social, com base na moderna concepção de cidadania**<sup>75</sup>  
(destaque nosso)

Nesse sentido, já se manifestou a E. Suprema Corte nos julgados apontados no item acima.

Especialmente na Cidade de São Paulo, é notório que os sacos plásticos também são uma das causas do entupimento da passagem de água em bueiros e córregos, contribuindo para as tão temidas inundações e para o entupimento das grades de filtragem das estações de tratamento de efluentes (esgoto), sem descuidar do fato de que podem acumular água e servir de criadouro para vários insetos e vetores de doenças como a dengue.

Aliás, de acordo com a “revista mercado” ([www.revistamercado.com.br](http://www.revistamercado.com.br)), dados do Ministério do Meio Ambiente demonstram que **cada família brasileira descarta por ano cerca de 40 quilos de plástico, dos quais 56% são compostos de embalagens usadas. A estimativa é que o Brasil consuma 33 milhões de sacolas plásticas por dia, sendo que mais de 80% são utilizadas apenas uma vez e, em seguida, descartadas.**

Não restam dúvidas sobre a constitucionalidade material da norma ora impugnada, que vai de encontro com os princípios relacionados ao meio ambiente, expressamente destacados na Carta Magna, na Legislação Federal e em Tratados internacionais.

Destaca-se, entre estes o **princípio da prevenção – expressamente previsto na Lei Federal nº 12.305/2010, já invocada** -, segundo o qual se deve outorgar prioridade às medidas que evitem o dano ao ambiente, reduzindo ou eliminando suas causas:

“Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de riscos de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”.<sup>6</sup>

E o princípio do **desenvolvimento sustentável** (artigo 225, “caput”, CF e Lei nº 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente), visto que os recursos ambientais são esgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvessem-se alheias a esse fato.

Aludidos princípios constituem pedras basilares dos sistemas politico-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a

<sup>5</sup> Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007, p. 83

<sup>6</sup> Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)

produção ambiental, em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado.<sup>7</sup>

Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, reduzindo passo a passo os efeitos danosos ao meio ambiente, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

O Município tem papel fundamental na busca e conquista de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, econômico e a utilização dos recursos naturais, objetivando que futuras gerações tenham oportunidade de desfrutar dos mesmos recursos hoje disponíveis.

Frise-se que o próprio texto constitucional estabelece que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa (sistema de produção capitalista) deverá reger-se pelos ditames de justiça social, **respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, contido no inciso VI, do artigo 170.**

Garantir um **meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dever do Município**. A necessidade de manutenção do equilíbrio ecológico impõe a restrição dos recursos ambientais, que são finitos, e o papel do Município neste controle é indiscutível.

Diante destas considerações, tem-se que o Município necessita efetuar o controle e fiscalização do meio ambiente, e o primeiro passo, é através da edição de Lei protetiva do meio ambiente.

Outrossim, não é demais apontar que em todos os julgados invocados na presente peça o Ministério Público Estadual, na qualidade de “*custus legis*”, manifestou-se pela constitucionalidade das normas municipais.

A questão do uso das sacolas plásticas e o problema ambiental gerado para o Município de São Paulo reveste-se de tamanha importância que, a despeito da lei objeto da presente demanda encontrar-se suspensa, o **Ministério Público Estadual, através de simples Termo de Ajustamento de Conduta, havia vedado a utilização de sacolas plásticas pelos associados da APAS – termo esse que, como é notório, acabou por ser suspenso pelo Conselho do Ministério Público Estadual.**

### **c. Da manifestação do Procurador Geral do Estado a respeito da matéria**

A despeito do D. Procuradora Geral do Estado de São Paulo, como regra, não adentrar no mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que têm por objeto leis municipais, **face à importância da Lei do Município de São Paulo nº 15.374/2011, manifestou-se o I. Procurador Geral do Estado de São Paulo no seguintes termos (fls. 538/541):**

<sup>7</sup> Fiorillo, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, citando Kloepfer, Umweltrecht, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007, p. 28.

“...No **caso em tela**, possível verificar a **relevância da legislação para o Estado de São Paulo, em virtude da matéria que pretende legislar**, razão pela qual se passa à **análise de sua constitucionalidade**.

Como já mencionado, a lei questionada determina a proibição distribuição gratuita ou a venda de sacolas plásticas, nos termos de seu artigo 1º:

Art. 1º - Fica proibida a distribuição gratuita ou a venda de sacolas plásticas para os consumidores para o acondicionamento e transporte de mercadorias adquiridas em estabelecimentos comerciais no Município de São Paulo.

Notadamente, a **matéria abarcada pela lei em comento versa sobre o Direito Ambiental**. Nesta esteira, há de se recordar o **artigo 191 da Constituição do Estado de São Paulo**, que trata sobre a **atuação do Estado e dos Municípios**:

**Art. 191** – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Observa-se que a **Lei Maior do Estado de São Paulo** demonstra que **ambos os entes da Federação deverão promover medidas objetivando a preservação ambiental**.

Por meio da **Lei Estadual nº 12.300, de 16 de março de 2006**, instituiu-se a **Política Estadual de Resíduos Sólidos**, ocasião em que foram definidos princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos visando, dentre outros, a prevenção e controle da poluição. Dentre suas disposições, vale ressaltar os seguintes artigos:

Artigo 2º - São **Princípios da Política Estadual de Resíduos Sólidos**:  
(...)

IV – a **promoção de padrões sustentáveis de produção e consumo**;

Artigo 3º - São objetivos da Política Estadual de Resíduos Sólidos:  
(...)

III – **reduzir a quantidade e a nocividade dos resíduos sólidos**, evitar os problemas ambientais e de saúde pública por eles gerados e **erradicar os “lixões”, “aterros controlados”, “bota-foras” e demais destinações inadequadas**;

Artigo 12 – Os **governos estadual e municipais, consideradas as suas particularidades, deverão incentivar e promover ações que visem a reduzir a poluição difusa por resíduos sólidos**.

Os dispositivos listados ressaltam, em apertada síntese, que o Estado de São Paulo observará a sustentabilidade em sua produção e consumo, reduzirá a nocividade dos resíduos sólidos, bem como promoverá a redução da poluição difusa por tais resíduos.

Há de se recordar o disposto no **art. 30 da Constituição Federal**, que versa sobre a competência legislativa do Município:

Art. 30. **Compete aos Municípios:**

I – **legislar sobre assuntos de interesse local;**

II – **suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;**

Verifica-se que a **Carta Magna designou aos Municípios a competência para legislar em assuntos adstritos aos seu interesse local**, observando-se, contudo, o arcabouço jurídico federal e estadual.

Desta feita, no caso em tela, uma vez **observada a legislação federal e, sobretudo, a legislação estadual no tocante à correta disposição dos resíduos sólidos, não há inconstitucionalidade da lei municipal, porquanto o Município legislou sobre assunto de interesse local e, como dito, em conformidade com as leis federal e estadual reguladoras da matéria.**

A constatação de que o uso de sacolas plásticas e sacos de lixo fabricados com plástico convencional vem a prejudicar o meio ambiente, em razão dos danos relacionados à sua decomposição, denota a preocupação do Município em reduzir a poluição que advém de tal produto, além de instituir um padrão sustentável de consumo.

Nessa linha, **não é possível observar qualquer afronta da matéria tratada pela em tela em face da legislação estadual, pelo contrário, seus objetivos afinam-se com aqueles explicitados pela Lei Estadual nº 12.300/06.**

Diante do exposto, manifesto-me pela improcedência da ação, tendo em vista a clara constitucionalidade da Lei Municipal n 15.374, de 18 de maio de 2011, frente à Constituição Bandeirante” (destaques nossos)

#### **IV. DOS PRECEDENTES DESSE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS SEMELHANTES À ORA QUESTIONADA**

Em sua exordial, o Requerente apresenta precedentes desse E. Tribunal de Justiça que teriam declarado a inconstitucionalidade de leis municipais que determinam ou autorizam a utilização de embalagens plásticas oxibiodegradáveis e/ou biodegradáveis no acondicionamento de produtos comercializados nos estabelecimentos comerciais dos respectivos Municípios.

Inicialmente, cabe salientar que a hipótese em apreço – Lei do Município de São Paulo nº 15.374/2011 – é totalmente diversa dos precedentes invocados, haja vista que a norma ora impugnada limitou-se a proibir “a distribuição

*gratuita ou a venda de sacolas plásticas para os consumidores para o acondicionamento e transporte de mercadorias adquiridas em estabelecimentos comerciais no Município de São Paulo” – não determinando ou facultando, de qualquer modo, a substituição das sacolas atualmente existentes por qualquer outra, inclusive oxibiodegradáveis e/ou biodegradáveis.*

Ao contrário, as normas municipais que foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas por esse C. Órgão Especial determinavam ou facultavam a utilização de sacolas plásticas oxibiodegradáveis e/ou biodegradáveis.

Aliás, a Lei Municipal ora questionada determinou, inclusive, que *“Os fabricantes, distribuidores e estabelecimentos comerciais ficam proibidos de inserir em sacolas plásticas para o acondicionamento e transporte de mercadorias a rotulagem degradáveis, assim como as terminologias oxiodegradáveis, oxibiodegradáveis, fotodegradáveis e biodegradáveis, e mensagens que indiquem suposta vantagem e ecológica de tais produtos”.*

Ou seja, **a norma questionada exarou simples comando geral de proibição de utilização de sacolas plásticas, do que se infere a ausência de qualquer questionamento relacionado à manutenção de prejuízo ao meio ambiente com a utilização de outras espécies de sacolas plásticas – questionamento esse que, inclusive, motivaria a ausência de norma no âmbito do Estado de São Paulo de acordo com a peça inicial.**

Ademais, em todos os acórdãos invocados, as decisões que declararam a inconstitucionalidade de leis se deram por **maioria de votos**, devendo-se, pois, invocar as seguintes passagens constantes de declarações de votos vencidos:

*i. ADIn nº 0230256-30.2009.8.26.0000 – Município de Jundiaí*

Voto vencido Exmo. Desembargador Mauricio Vidigal, também constante da ADIn nº 9030772-75.2009.8.26.0000 (Município de Guarulhos):

*“...Sucedee que a competência deste tribunal para apreciar ação direta de inconstitucionalidade está restrita às violações à Constituição Estadual. Em inúmeros casos, o vício caracteriza-se por infringência ao art. 144 da Carta Paulista que exige que os municípios se organizem, atendendo os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na própria norma paulista. Já por três vezes, acórdão no RE 412.256, relatado pelo Min. Ricardo Levandowski e decisões individuais, RE 350.049-0/SP, relator Min. Eros Grau, e 401.065/SP, relator Min. Carlos Britto, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o art. 144 mencionado não repete a discriminação da competência legislativo do art. 22 da Carta magna, sendo, portanto, não invocável violação ao segundo para caracterizar infringência ao primeiro. A mesma orientação deve ser aplicada quando a violação é ao art. 24 da Carta Nacional que também trata de competência legislativa.*

Não violado, assim, o art. 144 da Constituição Paulista, também não se percebe infração aos arts. 152, I, III, e IV, 192 e 193, XX e XXI, do mesmo diploma. A lei não interfere em planejamento regional para qualquer fim, nada trata de licença ambiental para execução de obras, atividades, processo produtivos e exploração de recursos naturais e não infringe sistema de administração de qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso de recursos naturais, bem como planejamento e zoneamento ambiental. Se houvesse esse desrespeito, os planejamentos e sistemas desprezados teriam sido indicados expressamente pelo autor ou pela Procuradoria Geral do Estado...” (destaque nosso).

**ii. ADIn nº 0038637-74.2010.8.26.0000** – Município de Osasco

A despeito da declaração de inconstitucionalidade, por maioria de votos (vencidos os Exmos. Desembargadores Reis Kuntz, Sousa Lima, Barreto Fonseca, Renato Nalini e Roberto Mac Cracken), apontou o **Exmo. Desembargador Relator, Dr. José Santana, a existência de competência legislativa compartilhada ou concorrente entre União, Estados e Municípios (CF, art. 23, VI)** – tal observação também consta do julgado da ADIn nº 0230289-20.2009.8.26.0000 (Município do Guarujá).

De se destacar que a C. 3ª Câmara de Direito Público desse E. Tribunal de Justiça, em controle incidental de constitucionalidade, entendeu pela constitucionalidade da Lei Municipal nº 6.106/2008 de Mogi das Cruzes, através de acórdão assim Ementado, nos autos da **Apelação Cível nº 990.10.327490-3** (j. 23.11.2010, v.u., Relator Exmo. Desembargador Magalhães Coelho – Doc. - 09):

“MANDADO DE SEGURANÇA – **Lei Municipal nº 6.106/2008 que determina a obrigatoriedade de adoção, por parte das empresas, de embalagens oxibiodegradáveis, substituindo as embalagens plásticas convencionais – Inexistência de inconstitucionalidade** – Alegação de que as sacolas plásticas oxibiodegradáveis são nocivas ao meio ambiente e de que a implementação da lei seria inviável em razão da ausência de tecnologia no mercado – Necessidade de dilação probatória – Ausência de direito líquido e certo consubstanciado em prova pré constituída – Manutenção da sentença que denegou a segurança” (destaque nosso)

Em tal julgado apontou-se:

“...Trata-se, assim, de opção legislativa que não exclui a adoção de outras medidas que preservem o meio ambiente, como a reciclagem e a utilização de sacolas de tecido ou de caixas de papel, as quais têm sido realizadas por parcela da população dotada de consciência ambiental.

Todas as medidas – entre elas a adoção de materiais cuja decomposição e mais célere – revelam ações conjuntas e não excludentes. Por isso, irrelevante para o deslinde da questão o fato do impetrante adotar outras medidas ambientais.

A existência e adoção dessas medidas alternativas não têm o condão de invalidar a lei, **não se vislumbrando a sua inconstitucionalidade, cujo escopo é justamente a proteção do meio ambiente – tutelado pelos artigos 170, inciso VI, e 225 da Constituição Federal e artigo 193 da Constituição Estadual** – ao exigir a adoção de embalagens biodegradáveis em detrimento das convencionais, uma vez que estes comprovadamente possuem um período de decomposição muito mais elevado, de aproximadamente cem anos em oposição aos dezoito meses de decomposição das sacolas biodegradáveis. Não obstante existam outras medidas já mencionadas, como a reciclagem, essas dependem de educação ambiental, cujos resultados são colhidos em um prazo mais extenso; de forma que a adoção de alternativas conjuntas de resultado mais célere respeita o princípio da razoabilidade.

Em verdade, **a lei questionada regula matéria que disciplina o comércio da cidade sob a ótica da responsabilidade ambiental, cuida-se, portanto, de evidente interesse local. Daí ser inexistente a usurpação de competência de outros entes federativos...** (destaques nossos)

Evidente que os precedentes invocados na exordial não se amoldam ao caso em análise, vez que, repita-se, a lei impugnada não determinou ou autorizou a utilização de qualquer sacola plástica, ainda que menos prejudicial ao meio ambiente.

Outrossim, não é demais apontar que em todos os julgados invocados o Ministério Público Estadual, na qualidade de “*custus legis*”, manifestou-se pela constitucionalidade das normas municipais.

## **V. DO RECONHECIMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL nº 9.529/2008, DE BELO HORIZONTE**

Com o intuito de demonstrar a repercussão nacional da matéria objeto da lei impugnada, cabe apontar que o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através de sua Corte Superior, por votação unânime, declarou **improcedente ação direta de inconstitucionalidade que teve por objeto a Lei Municipal de Belo Horizonte nº 9.529/2008 (ADIn nº 4926896-38.2009.8.13.0000)**, a qual determinou a substituição do uso de sacos plásticos de lixo e de sacolas plásticas por sacos de lixo ecológicos e sacolas ecológicas.

O acórdão em questão foi assim Ementado (Doc. 10):

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE – LEI MUNICIPAL Nº 9.529/2008 QUE DETERMINA A SUBSTITUIÇÃO DO USO DE SACOS PLÁSTICOS DE LIXO E DE SACOLAS PLÁSTICAS POR SACOS DE LIXO ECOLÓGICOS E SACOLAS ECOLÓGICAS – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA. A Lei Municipal nº 9.529, de 27/02/2008, não contém o vício formal de iniciativa, uma vez que não regula ou dispõe sobre as matérias expressamente previstas na Constituição como de sua exclusiva competência do Chefe do Executivo e nem cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública. O que se propõe e se regula através da Lei 9.529/2008 é a substituição gradativa do uso de sacos plásticos de lixo e de sacola plástica por saco de lixo ecológico e sacola ecológica, em caráter facultativo pelo prazo de 3 (três) anos e, em caráter obrigatório, a partir de então; questão de política pública concernente à proteção do meio ambiente e que não se insere dentre as de competência exclusiva do Chefe do Executivo” (destaque nosso)

Na fundamentação de tal “*decisum*” constou:

“...De plano, anota-se que as questões que envolvem o meio-ambiente exigem condutas para a sua efetiva preservação; não podem mais ficar relegadas a interesses meramente econômico-financeiros. Embora esses interesses não devam ser desprezados, devem ser compatibilizados com o desenvolvimento sustentável e o que implica na preservação do meio ambiente para que a um só tempo sejam garantidas as necessidades do presente sem comprometimento das gerações futuras e da própria vida no Planeta, conforme o disposto no art. 225 da Constituição Federal.

A legislação Municipal ora hostilizada via desta ação direta de INCONSTITUCIONALIDADE, trata de questão de enorme importância para a preservação da vida no Planeta já que tem por objetivo maior diminuir o impacto ambiental causado pelos plásticos; reduzindo o lixo abandonado no meio ambiente que polui rios e mares.

Com efeito, a Lei Municipal, de iniciativa parlamentar e promulgada com os vetos ao parágrafo único e incisos do art. 1º e ao artigo 5º, que tratam, respectivamente dos conceitos de saco de lixo ecológico, sacola ecológica, material oxibiodegradável, sacola tipo retornável e da fiscalização de sua aplicação pelo Poder Executivo, tem este elevado desígnio. E ao contrário do que aponta o Senhor Prefeito, não se evidencia o alegado vício de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, uma vez que não se está regulando ou dispondo sobre as matérias expressamente previstas na Constituição como de sua exclusiva

competência e nem se está criando ou estruturando qualquer órgão da Administração Pública.

O que se propõe e se regula através da Lei 9.529/2008 é a substituição gradativa do uso de sacos plásticos de lixo e de sacola plástica por saco de lixo ecológico e sacola ecológica, em caráter facultativo pelo prazo de 3 (três) anos e, em caráter obrigatório, a partir de então; questão de política pública concernente à proteção do meio ambiente e que não se insere dentre as competências exclusiva do Chefe do Executivo.

A matéria em debate não teve restringido o âmbito de sua titularidade na Constituição; não se trata de assunto reservado e não nos parece ser hipótese em que caiba ao Executivo definir conveniência ou oportunidade na deflagração do debate legislativo.

Não há como se dar a interpretação extensiva pretendida pelo Requerente para ampliar as hipóteses de iniciativa privativa do Executivo, já que as matérias a si reservadas são restritas e excepcionais à regra de edição de normas legais que é inerente às funções do Poder Legislativo.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

“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 expresse, a preveja” (MS nº 22.690-1-CE, Pleno, Min. Celso de Mello, DJ 07/12/2006).

Assim, não se observa INCONSTITUCIONALIDADE por vício de iniciativa. Também não contém a referida legislação INCONSTITUCIONALIDADE por vício de substância (material).

A proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI CF) está adaptada à competência material comum, com deveres e não simples faculdade – a todos os entes da Federação, sendo, ademais, evidente o interesse do Município em tutelar a sadia qualidade de vida, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usufruir, de modo sustentável, dos bens ambientais, em consonância com o que preceitua o art. 225 da Constituição Federal.

.....  
No caso em espécie, o Município de Belo Horizonte, ao legislar sobre a questão ambiental em debate não está extrapolando do seu poder supletivo e nem do tema de interesse estritamente local. Encerra o referido texto legal conteúdo que visa a concretização de políticas públicas, relativas ao meio ambiente e à saúde pública, conforme o traçado no art. 214, da CEMG, que reproduz o art. 225 da Constituição da

**República**.....  
No mais, quanto ao argumento de que a questão implica, necessariamente, em profunda reestruturação da máquina administrativa, com interferência direta na organização e atribuições de órgão da Administração Municipal, tal não se traduz em INCONSTITUCIONALIDADE, constituindo afirmação genérica, sem base jurídica para prevalecer. Do mesmo modo que **constitui atribuição inerente ao Poder Legislativo legislar, cabe ao Executivo desenvolver as ações necessárias para tornar eficaz a lei e fiscalizar o seu cumprimento; para isto restou preservado o seu Poder Regulamentar, segundo o qual disciplinará as ações necessárias e as hipóteses em que as penalidades serão aplicadas...**

O julgado acima transcrito aplica-se como uma luva à hipótese em apreço, inclusive no que tange à ausência de vício de iniciativa, vez que, assim como na hipótese paradigmática:

1. A Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Orgânica do Município de São Paulo não preveem como de iniciativa privativa no Chefe do Executivo, sob qualquer prisma, a matéria objeto da norma hostilizada (artigos 61, § 1º CF. art. 24, § 2º CE e 37, § 2º LOMSP);
2. A lei questionada não criou ou estruturou qualquer órgão da Administração Pública, limitando-se a indicar a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente como responsável pela aplicação das penalidades prevista na Lei Federal nº 9.605/98 (artigos 6º e 7º). Releve-se que tal Secretaria já é estruturada através da Lei Municipal nº 14.887/2009 (Doc. 11), sendo certo que referida norma já estabelece que compete ao Departamento de Gestão Descentralizada coordenar e desenvolver, por meio das Divisões Técnicas dos Núcleos de Gestão Descentralizada, ações da Secretaria relativas à fiscalização, dentre outros (art. 22, inciso II);
3. Não se vislumbra qualquer aumento de despesa pública decorrente da proibição imposta.

Indubitável a ausência de qualquer inconstitucionalidade na norma impugnada, devendo-se, inclusive, aplicar o **princípio da prevenção**, segundo o qual se deve outorgar prioridade às medidas que evitem o dano ao ambiente, reduzindo ou eliminando suas causas (artigo 225, “caput”, CF e Lei nº 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente).

## V. CONCLUSÃO

Pelo 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 **inépcia da petição inicial** (cf. item II, “a”, supra – **artigos 295, I, CPC e artigos 3º e 4º da Lei Federal 9.868/99**), bem como reconhecimento da **impossibilidade jurídica do pedido** (cf. item II, “b”, supra - **artigos 102, inciso I e 125, §2º da Constituição Federal**).

Todavia, na remota hipótese de se adentrar ao mérito da demanda, requer seja julgada improcedente, em **respeito à população da cidade de São Paulo e aos artigos 5º, inciso LXXIII, 23, inciso VI, 24, inciso VI, 30, incisos I e II, 61, § 1º, 170, inciso VI e 225, “caput”, da Carta Magna, artigo 191 da Constituição do Estado de São Paulo, artigos 180 e seguintes da Lei Orgânica do Município de São Paulo e Lei Federal nº 12.305/2010 (Lei de Resíduos Sólidos), os quais requer, desde já, sejam expressamente apreciados para fins de questionamento da matéria.**

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício. São Paulo, 21 de agosto 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:** Como mencionado nas informações prestadas, no mês de junho de 2011, o então Exmo. Desembargador Relator concedeu o pedido de liminar, suspendendo a Lei Municipal impugnada. Todavia, em julgamento realizado em 01/10/2014, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, decretou a improcedência da ação, através de acórdão ainda não publicado, mas registrado, conforme constante do *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

# Informações em MS Alston (MS p/ suspender a convocação p/ depoimento à CPI dos Transportes

Maria Cecília Mangini de Oliveira<sup>1</sup>

Paulo Augusto Baccarin<sup>2</sup>

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DO TRANSPORTE e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por meio de seus procuradores “*in fine*” assinados, consoante atribuições estabelecidas pelos artigos 1º, “*caput*” e inciso V, e 2º, inciso II, da Lei Municipal nº 14.259/07 e instrumento de mandato ora anexados (**docs. 01 e 02**), inconformados, “*data maxima venia*”, com a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA, (Autos nº 1005534-89.2013.8.26.0053), vêm respeitosamente à presença de V. Exa. interpor o presente

## AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

com fulcro no artigo 7º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 7/08/2009, combinado com os artigos 524 e seguintes do Código de Processo Civil, uma vez que a **decisão recorrida causa aos agravantes lesão grave e de difícil reparação**, conforme razões que seguem anexas.

Para formar o presente Agravo e possibilitar o pleno conhecimento da matéria em debate, os Agravantes juntam:

- ✓ as principais cópias do referido processo judicial (**doc. 03**), contendo:
  - petição inicial (fls.1/15);
  - procuração e contrato social do Impetrante/Agravado (doc.01 da inicial - fls. 20/43);
  - demais docs. acostados à petição inicial (fls. 44/378);

<sup>1</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Foi Procuradora do Município de Santo André. Ex-membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

<sup>2</sup> Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Graduado em Direito pelo Universidade de São Paulo (USP). Exerce a função de Procurador chefe da Câmara Municipal de São Paulo, nomeado em 03/01/13.

- r. decisão agravada (fls. 385/386);
- petição do Impetrante requerendo extensão dos efeitos da liminar (fls.389/390);
- r. decisão estendendo a eficácia da liminar para o dia 24/10/2013 (fl. 392);
- certidão de publicação de disponibilização no Diário de Justiça Eletrônico (fls. 395/396);

✓ procuração dos Agravantes (*docs.01 e 02* deste recurso);

✓ Ofício de Notificação de Requisição de Informações à autoridade impetrada (fls.398) expedido dia 15/10/2013 e recebido pela Secretaria da CPI dos Transportes no dia 16/10/2013 (cópia anexa - *doc.04*);

✓ Convênio de Integração Operacional e Tarifária, por meio da utilização de Sistema de Bilhetagem Eletrônica com Cartão Inteligente com Circuito Integrado sem Contato (Contactless Smart Card), entre os Sistemas de Transporte Coletivo Municipal sob a Gestão da São Paulo Transporte S.A – SPTrans e os Sistemas de Transporte Coletivo da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos –CPTM – Convênio 023/2005 (*doc.05*)

Indicam, para os fins do art. 524, III, do Código de Processo Civil, os nomes e os endereços dos advogados das partes:

**Advogados da Agravante:** Maria Cecília Mangini de Oliveira – OAB/SP 73.947 e Paulo Augusto Baccarin – OAB/SP 138.129, com escritório no xxxxxxxx.

**Advogados do Agravado:** Pedro Estevam A. P. Serrano – OAB/SP 90.846, com escritório xxxxxx.

Outrossim, **declaram os patronos subscritores a autenticidade das cópias anexas.**

P. Deferimento

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

**MARIA CECÍLIA MANGINI DE OLIVEIRA**

Procuradora Legislativa Supervisora

OAB/SP 73.947

**PAULO AUGUSTO BACCARIN**

Procurador Legislativo Chefe

OAB/SP 138.129

**Origem:** 10ª Vara da Fazenda Pública - Proc. nº 1005534-89.2013.8.26.0053

**Agravantes:** Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Transporte e Câmara Municipal de São Paulo

**Agravada:** Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.

## **RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**E. Tribunal,  
C. Câmara!**

### **I – SÍNTESE**

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela empresa Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. contra ato do Presidente da **Comissão Parlamentar de Inquérito criada no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo para averiguar Planilhas de Custos do Transporte Coletivo no Município de São Paulo**, com prazo de 120 dias (processo RDP nº 08-0034/2013), conhecida como CPI do Transporte.

Nesse passo, insta frisar os fundamentos pelos quais se levou à criação da CPI, consoante requerimento de sua constituição (fls. 46 dos autos- **doc. 03**):

- reivindicação pela população de melhoria no Sistema de Transporte Público;
- necessidade de maior transparência na análise e entendimento das planilhas de custos do Transporte Público no Município de São Paulo;
- necessidade do subsídio para o sistema e limites orçamentários.

O ato do Presidente da CPI do Transporte contra o qual a empresa Alstom Brasil impetrou o presente *writ* refere-se ao Ofício CPI-Transporte nº 093/2013 expedido em 19 de setembro, dirigido ao Presidente da Impetrante para que comparecesse no dia 11 de outubro de 2013 a fim de prestar depoimento na qualidade de testemunha, perante a CPI, “*em razão de suspeita no CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica por suposta formação de cartel em contratos mantidos com a Companhia do Metropolitan de São Paulo*” (fls.376 dos autos – **doc. 03**).

Em face de alteração no cronograma estabelecido para os trabalhos da CPI, a data prevista para a oitiva do Presidente da Alstom Brasil passou para o dia 24 próximo futuro, razão pelo qual foi expedido novo ofício comunicando tal redesignação.

A intimação recebida pelo Presidente da Impetrante consubstanciada no Ofício CPI-Transporte nº 093/2013 assenta-se no requerimento elaborado pelo membro da CPI, Vereador Milton Leite, apresentado em 15/08/2013 (fls.57 dos autos) e

aprovado pela Comissão na reunião da CPI do Transporte realizada em 22/08/2013 (fls. 241/371 dos autos).

Alega a empresa impetrante, na exordial, que *“a matéria relativa à suposta formação de cartel não pode ser objeto de investigação pela CPI em pauta, haja vista a ausência de sua competência para tanto, bem como diante da necessidade de delimitação certa e objetiva do fato investigado”*, requerendo *“a concessão de medida liminar a fim de imediatamente suspender os efeitos do ofício nº 093/2013, autorizando o não comparecimento de quaisquer representantes da Impetrante na Reunião Extraordinária agendada para 11/10/2013, afastando-se, por consectário, a aplicação de quaisquer sanções”*.

Ao final, requer, no mérito, *“a concessão da ordem mandamental para que se declare a nulidade do ofício nº 093/2013, bem como determine a abstenção da autoridade coatora no tocante à expedição de convocação de membros da empresa impetrante para participação da CPI em comento.”*

O MM. Juiz *“a quo”* ao proferir a r. Decisão agravada teceu várias considerações, dentre as quais destacam-se:

*“ O requerimento formulado e que foi aprovado pela Comissão, determinando a intimação e convocação do presidente da impetrante, expressamente se refere à apuração de eventual cartel nos contratos do METRÔ, matéria que, tem tese, desborda dos limites materiais daquela Comissão. Além disso, esse requerimento não explicita em que medida tal apuração possa ser de interesse na apuração da planilha de custos das empresas que operam no sistema de transporte coletivo de São Paulo, que é o objetivo específico de sua instauração, omissão que configura, em tese, uma indevida violação ao devido processo legal “processual”. As investigações que são realizadas por comissão parlamentar de inquérito inserem-se, é certo, no poder constitucional do Poder Legislativo e não devem ser obstaculizadas pelo Poder Judiciário, salvo quando se identificar ilegalidade, ou ainda violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, situação que exige do Poder Judiciário a pronta concessão da proteção jurisdicional a direitos subjetivos que estejam a ser indevidamente violados por essas investigações, como parece se configurar no caso presente. Identificando, pois, uma situação de risco concreto e urgente, diante da proximidade da data em que ocorreria a inquirição do presidente da impetrante, CONCEDO a medida liminar, suspendendo a eficácia do ato que determinou a intimação e convocação do presidente da impetrante para depor como testemunha nos trabalhos realizados pela “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DO TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL”, instaurada na Câmara do Município de São Paulo, inquirição que ocorreria no próximo dia 11, às 10 horas.”*

Posteriormente, ao tomar ciência da redesignação da data para a oitiva do Presidente da empresa impetrante, o MM. Juiz “a quo” determinou: “*Defiro o requerido, prevalecendo as mesmas razões que conduziram à concessão da medida liminar, cuja eficácia também abarca o ato que ocorrerá no próximo dia 24 de outubro.*”

Não obstante as ponderações tecidas, a r. decisão agravada está a merecer reforma pois os fatos em que se embasa não traduzem a realidade, terminando **por obstaculizar a legítima atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito cujos poderes são conferidos pela Constituição Federal, em seu art. 58 § 3º, e reproduzidos na Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 33, § 1º, inc. I, com a conseqüente violação ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º, CF).**

## II – PRELIMINARMENTE

### a- Da tempestividade do recurso de agravo

A Secretaria da CPI do Transporte da Câmara Municipal de São Paulo recebeu no último dia 16 o ofício de Notificação e Requisição de Informações em Mandado de Segurança, expedido nos autos do processo nº 1005534-89.2013.8.26.0053 (mandado nº 053.2013/026296-0), datado de 15/10/2013, conforme demonstrado no ***doc. 04***.

Dessa forma, está demonstrada a tempestividade do presente recurso quanto ao prazo contido no artigo 522, do Código de Processo Civil.

## III – DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

### a- Da verdade dos fatos

A Comissão Parlamentar de Inquérito constituída na Câmara Municipal de São Paulo para averiguar planilhas de custos do transporte coletivo do Município de São Paulo, desde sua instalação, teve como **meta fundamental para o atingimento de seu escopo** levantar todas as **informações e esclarecimentos necessários ao entendimento sobre o funcionamento do sistema de transporte coletivo na cidade de São Paulo**, a fim de que se possa traçar uma correta e detalhada análise das planilhas de custo tarifário.

Como é sabido, **embora não abordado pela Impetrante em sua inicial**, não há como analisar a composição de custos sem entender a política e estruturas tarifárias existentes em face do **Convênio de Integração Operacional e Tarifária – Convênio nº 023/2005, firmado em 06 outubro de 2005 (doc. 5)**, o qual estabelece as condições de integração operacional e tarifária do sistema de ônibus com o sistema sobre trilhos por meio do **Bilhete Único - Sistema de Bilhetagem Eletrônica com**

circuito integrado entre o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, sob a gestão da São Paulo Transportes S/A (SPTrans) e os Sistemas de Transporte Coletivo da Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ) e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).

Ressalte-se que, a partir do mês de junho de 2010, com o início da operação comercial da Linha Amarela do Metrô, a VIAQUATRO foi inserida como partícipe do convênio de integração operacional e tarifária e passou a receber parte da arrecadação das vendas de créditos eletrônicos.

Nesse passo, diante da complexidade do tema, a CPI do Transporte tem chamado para prestar informações, esclarecimentos e depor sobre fatos relacionados ao objeto investigado representantes, gestores e técnicos das partícipes do Convênio - SPTrans, CPTM, METRÔ - de empresas permissionárias e concessionárias, de empresas responsáveis pela implantação da bilhetagem eletrônica, inclusive empresas que participaram da implantação da VIAQUATRO – linha amarela do Metrô.

Bem de ver que a Alstom Brasil, ora Impetrante, faz parte do Consórcio VIAQUATRO- Linha amarela, sendo responsável por fornecer toda a infraestrutura para essa linha, incluindo a alimentação de energia (alta, média e baixa tensão, além do sistema de catenária rígida), telecomunicação (monitoramento das estações por câmeras, sistema de telefonia VoIP, além do sistema de televisão e som nas estações), sistema de controle local (informações da estação para o centro de controle) e auxiliares (como por exemplo as escadas rolantes, elevadores e ar-condicionado para as estações).

Por meio dos depoimentos tomados e farta documentação enviada, restou evidenciado que os custos com manutenção e operação praticados pelo Metrô influem nos custos tarifários do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, em face do Bilhete Único, onerando, sobremaneira, a tarifa deste transporte. Nesse sentido, leia-se depoimento prestado pelo Sr. José Carlos Batista do Nascimento, responsável pela gerência de controle financeiro do Metrô, depoimento tomado na Reunião da CPI de 15/08/2013 (fls. 59/239 dos autos-doc. 03).

Assim sendo, concordar com a alegação de que a investigação levada a cabo pela CPI do Transporte não abrangeria questões relacionadas aos custos com o Sistema do Metrô é ignorar a existência do Convênio celebrado entre a SPTrans, Metrô, CPTM e Viaquatro, plenamente vigente, que implantou a integração operacional e tarifária do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo.

#### **b- Da ausência de direito líquido e certo e “fumus boni juris”**

Como será demonstrado a seguir, o Impetrante não possui direito líquido e certo a ser resguardado pela via do *mandamus*, por decorrência, falta-lhe o requisito indispensável de “fumus boni juris” a respaldar a concessão de liminar, que lhe asseguraria não comparecer à CPI para prestar depoimento, como testemunha. Senão vejamos.

b.1) Poderes outorgados às Comissões Parlamentares de Inquérito, no Município de São Paulo - art. 33 da Lei Orgânica do Município de São Paulo

A teor do que foi insculpido no artigo 58, § 3º da Constituição Federal, a Lei Orgânica do Município de São Paulo previu em seu artigo 33, § 1º, inc. I:

“Art. 33. As Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno, em matéria de interesse do Município, e serão criadas pela Câmara, mediante requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros, **para apuração de fato determinado, em prazo certo, adequado à consecução dos seus fins**, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. (grifamos e negritamos)  
§ 1º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no interesse da investigação, além das atribuições previstas nos incisos II, IV, IX e XII do § 2º do art. 32 e daquelas previstas no Regimento Interno, poderão:  
I – tomar depoimento de autoridade municipal, **intimar testemunhas e inquiri-las sob compromisso, nos termos desta lei.**” (grifos e negritos nossos)

*Consoante esclarecido no item anterior, a CPI do Transporte tem exercido os poderes investigatórios que lhe foram conferidos dentro dos exatos limites estabelecidos em lei, posto que para averiguar as planilhas de custos do Transporte Coletivo no Município de São Paulo deve, necessariamente, tomar em conta o Convênio de Integração Operacional e Tarifária, firmado entre a SPTrans, Metrô, CPTM e VIAQUATRO, em face da utilização do Sistema de Bilhetagem Eletrônica.*

b.2) Existência de fundamentação e pertinência lógica com a matéria investigada pela CPI no tocante ao ato praticado pela Autoridade Impetrada, ora Agravante  
O ofício nº 093/2013 expedido pelo Presidente da CPI do Transporte teve como base requerimento elaborado pelo Vereador Milton Leite, na Reunião da CPI do Transporte realizada 15/08/2013.

Em que pesem os termos do requerimento que faz alusão a suposta formação de cartel em contratos celebrados com o Metrô, sua fundamentação e pertinência lógica com o objeto de investigação da CPI restaram demonstradas quando da deliberação havida na Reunião da CPI de 22/08/2013.

Indagado quando da aprovação do requerimento, o Vereador Milton Leite expôs as razões e pertinência de seu pedido, conforme constaram das notas taquigráficas (fls. 255/256 dos autos – doc. 03):

“ O SR. MILTON LEITE – Isso. Mas eu explico as razões, nobre Vereador Tripoli e demais membros, para dar vazão ao meu requerimento. Por que nós temos que examinar e ouvir empresas que estão envolvidas nessa denúncia? A Siemens, especificamente, porque é

ré confessa. A razão é a seguinte: Se eles fornecem equipamento, fazem a manutenção, conforme depoimento na sessão anterior desta Comissão Parlamentar de Inquérito, e com documentos acostados junto a esta Comissão de que a manutenção do sistema sobre trilhos tem um custo de manutenção da ordem de 40%, e se os trens são superfaturados, obviamente, isso vai parar onde? Na conta sistema, na integração. Se o contribuinte paga a integração, ele está superfaturando o sistema e aumentando o custo do transporte. Então, a Siemens, ao confessar, ela atingiu o tesouro, o erário municipal. Qual é a intenção deste Vereador? Na medida em que ele superfatura, aumenta o custo da manutenção, aumenta o custo da passagem aqui. Se o Estado tem a ver, a ressarcir, como afirmou o Sr. Governador, nós, o Município também vai querer reaver a parte que ele foi lesado, em quanto é lesado e em quanto isso pode eventualmente diminuir da passagem. Esse é o nosso propósito. A parte de criminalizar, deixe que o Estado e o CADE façam isso. Nós queremos saber qual é a parte do município que está causando ou ajudando a aumentar o buraco no erário municipal. É isso, Sr. Presidente.”

Importante observar que não se pode exigir que na fundamentação parlamentar, por se revestir de caráter político, contenha as formalidades técnico-jurídicas com que se revestem todas as decisões judiciais. Necessário, “*in casu*”, que as deliberações contenham a devida fundamentação e que essa seja suficientemente clara a permitir entrever a pertinência lógica com o objeto investigado.

Nesse sentido, leia-se entendimento exarado no Pretório Excelso, no MS 23.575-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, em decisão monocrática (julgamento 16/12/99, DJ 1/02/2000):

“ Uma coisa é o fundamento político ou jurídico de uma decisão. Outra é não ter fundamento algum. O que se exige é a fundamentação de uma decisão. O que não se permite é a decisão arbitrária, porque sem fundamentação. No mesmo MS 23.446-6, fiz distinção entre o processo decisório judicial e o processo decisório das Casas Políticas. Disse não poder ‘(...) fazer uma paridade entre o processo decisório judicial e o processo político no que diz respeito à fundamentação de suas decisões (...) Não se pode pretender (...) que a fundamentação da decisão do parlamento tenha a mesma textura, a mesma forma ou a mesma densidade das decisões do Poder Judiciário. (...) O procedimento pelo qual agem os parlamentares é absolutamente distinto do procedimento judicial. (...)’. A fundamentação da decisão política se encontra em qualquer peça ou momento do procedimento. Pode se encontrar no próprio projeto, no

requerimento, na indicação, no parecer e na emenda – que são os tipos de proposições parlamentares. Pode ocorrer do debate quando da votação da matéria. O certo é que as decisões parlamentares não estão sujeitas às regras que disciplinam as decisões judiciais que impõem relatório, fundamentos e dispositivo (CPC, art. 458). O procedimento parlamentar é outro. O procedimento de tomada das decisões é outro. Logo, não se lhe aplica as regras de processo judicial, que é diverso. No entanto, não se conclua que a decisão parlamentar possa ser arbitrária e sem nenhum fundamento.” Não se confunda inexistência de fundamentação com topologia da fundamentação. Para as decisões judiciais, a lei impõe uma topologia própria e específica para os seus fundamentos. Não é o caso das decisões parlamentares. A localização dos fundamentos pode e é difuso. Os fundamentos podem se encontrar em diversos locus do processo decisório. É o caso dos autos.” (grifos e negritos nossos)

No presente caso, as razões justificadoras que levaram à apresentação do requerimento formulado que foram acolhidas pelos demais membros da Comissão na Reunião em que ocorreu sua deliberação (22/08/2013) pautaram-se na preocupação com a excessiva oneração do tesouro municipal que subsidia em boa parte as tarifas de transporte coletivo, diante da integração operacional e tarifária com o Metrô, a CPTM e a VIAQUATRO.

Por todo o exposto, ausente o “direito líquido e certo” a respaldar a impetração do mandado de segurança, apto a afastar o legítimo exercício do poder investigatório de que se reveste a Comissão Parlamentar de Inquérito criada com fundamento no artigo 33, da Lei Orgânica do Município, para averiguar planilhas de custo do transporte coletivo do Município de São Paulo. Por decorrência, ao **pedido de concessão de liminar falece o indispensável “*fumus boni juris*”.**

### III – DO “ PERICULUM IN MORA IN REVERSO”

Em face do prazo determinado de 120 dias fixado para o término dos trabalhos de investigação, a CPI do Transporte não terá tempo hábil para tomar todos os depoimentos faltantes e analisar toda a documentação colhida para apresentar seu relatório final tendente a dar uma resposta adequada e eficaz aos anseios da população que reside neste Município e que anseia por um transporte coletivo melhor e menos oneroso.

A **manutenção da liminar concedida, nesse aspecto, inviabiliza a correta e eficaz atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito no exercício da competência para a qual foi criada.**

#### IV – DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO

À vista do exposto, requerem a concessão de imediato efeito suspensivo ao presente recurso, a fim de se evitar sério prejuízo aos trabalhos de investigação levados a cabo pela CPI do Transporte instalada na Câmara Municipal de São Paulo, com prazo certo de 120 dias, o qual está próximo de seu término.

#### V – CONCLUSÃO

Em face do exposto, em face da ausência de “fumus boni juris” e do alegado direito líquido e certo, bem como em face da presença do “periculum in mora re- verso”, aguardam e requerem os Agravantes, com fundamento no inciso III do art. 527 do CPC, que este E. Tribunal se digne antecipar o mérito do recurso, com a imediata suspensão dos efeitos da r. decisão que concedeu a medida liminar no mandado de segurança, com a expedição de ofício ao MM. Juízo “a quo”, da 10ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Requerem, ao final, seja conhecido e provido o presente Agravo de Instrumento, com a cassação definitiva da r. decisão concessiva da medida liminar, em face das razões de fato e de direito ora apresentadas, sob pena de violação ao artigo 33, § 1º, inc. I, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que reproduz a competência outorgada pelo artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, como medida de inteira

Justiça!

**MARIA CECÍLIA MANGINI DE OLIVEIRA**

Procuradora Legislativa Supervisora  
OAB/SP 73.947

**PAULO AUGUSTO BACCARIN**

Procurador Legislativo Chefe  
OAB/SP 138.129

**NOTA:** O Agravo de Instrumento foi autuado sob número 2037460-36.2013.8.26.0000 (TJSP), sendo certo que foi concedido efeito ativo através de decisão monocrática exarada em 04.11.2013. Através de acórdão prolatado em 02.12.2013, a Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, deu provimento ao recurso, por votação unânime; decisão essa que já transitou em julgado.

## PROCURADORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

### **Procurador Legislativo Chefe**

Paulo A. Baccharin

### **Procuradores (as)**

Ana Helena Pacheco Savoia

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

Felipe Faria da Silva

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

Rafael Meira Hamatsu Ribeiro

Raimundo Batista

Ricardo Teixeira da Silva

Rogério Justamante De Sordi – Supervisor do Setor de Elaboração Legislativa

Simona M. Pereira de Almeida

### **Servidores (as) de suporte administrativo**

Isis Duarte Rodrigues – Supervisora do Expediente

Alessandra Labaki

Caio César Maia de Oliveira

Carlos Roberto Andrade

Clarice Carvalho

Isis Duarte Rodrigues – Supervisora do Expediente

José Joaquim Neto

Leonardo Fraga Moralino Bispo Ribeiro

Lívia Salomão Nogueira

Maria José Oliveira

Nelson Minoru Horie

Paulo Henrique da Silva Lopes

Sonia Maria Soares Ferreira

Yoshie Kamei Tawada

Gabriela Rodrigues Mendes – estagiária

Ramon Borges da Silva – estagiária

Luane Jemini dos Santos – estagiária



**CÂMARA MUNICIPAL DE  
SÃO PAULO**