



**CÂMARA MUNICIPAL DE  
SÃO PAULO**

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

v. 4 n. 1 janeiro/dezembro 2016

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câmara Municipal de São Paulo	São Paulo	v. 4	n. 1	p. 1-320	jan./dez. 2016
--	-----------	------	------	----------	----------------

## Expediente

Editor	Marcella Falbo Giacaglia
Conselho Editorial	Antonio Russo Filho, Andrea Rascovski Ickowicz, Ana Helena Pacheco Savoia, Carlos Benedito Vieira Micelli, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Christiana Samara Chebib, Felipe Faria da Silva, Juliana Tongu Reinhold, Luciana de Fátima da Silva, Marcella Falbo Giacaglia, Mário Sergio Maschietto, Rafael Meira Hamatsu Ribeiro, Ricardo Teixeira da Silva.
Capa	Equipe de Comunicação – CCI.3
Editoração gráfica	Gráfica CS - Eireli - EPP
Projeto gráfico, diagramação, CTP, impressão e acabamento	Gráfica CS - Eireli - EPP
Tiragem	500 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.4, n.1 (2016) – São Paulo: CMSP, 2016-  
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)

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

# 16ª Legislatura - 2016

## Mesa

Presidente	Antonio Donato
1º Vice-Presidente	Milton Leite
2º Vice-Presidente	Edir Sales
1º Secretário	Adolfo Quintas
2º Secretário	Adilson Amadeu
1º Suplente	George Hato
2º Suplente	Eduardo Tuma
Corregedoria	Dalton Silvano

## Vereadores

Abou Anni	Joselito
Adilson Amadeu	Juliana Cardoso
Alfredinho	Laercio Benko
Adolfo Quintas	Mario Covas Neto
Andrea Matarazzo	Milton Leite
Anibal de Freitas	Nabil Bonduki
Antonio Carlos Rodrigues	Natalini
Antonio Donato	Nelo Rodolfo
Ari Friedenbach	Noemi Nonato
Arselino Tatto	Ota
Atilio Francisco	Patricia Bezerra
Aurélio Miguel	Paulo Fiorilo
Aurélio Nomura	Paulo Frange
Calvo	Pe. Edemilson Chaves
Celso Jatene	Quito Formiga
Claudinho de Souza	Reis
Conte Lopes	Ricardo Nunes
Dalton Silvano	Ricardo Teixeira
David Soares	Ricardo Young
Edir Sales	Salomão Pereira
Eduardo Tuma	Sandra Tadeu
Eliseu Gabriel	Senival Moura
George Hato	Souza Santos
Gilson Barreto	Toninho Paiva
Jair Tatto	Toninho Vespoli
Jean Madeira	Vavá
Jonas Camisa Nova	Wadih Mutran
Jose Police Neto	



# Sumário

## ARTIGOS

A democracia representativa e a infidelidade partidária - <i>Rafael Meira Hamatsu Ribeiro</i> .....	09
Aspectos constitucionais da escolha do relator nas comissões parlamentares de inquérito - <i>Felipe Faria da Silva</i> .....	19
Competência municipal para legislar sobre Direito do Trabalho: empregos públicos e suplementação das leis federais - <i>Ricardo Teixeira da Silva</i> .....	31
Controle jurisdicional de políticas públicas - <i>Ana Helena Pacheco Savoia</i> .....	55
Do julgamento das contas de governo do chefe do poder executivo pelo poder legislativo - <i>Rafael Neubern Demarchi Costa</i> .....	67
A arbitragem e a Administração Pública no Novo Código de Processo Civil - <i>Silvano José Gomes Flumignan</i> .....	81

## PARECERES

Repactuação e Revisão de Preços - Parecer nº 49/2014 - <i>Carlos Benedito Vieira Micelli</i> .....	105
Parâmetros para Aferição da Vantajosidade na Prorrogação dos Contratos Administrativos - Parecer nº 136/2015 - <i>Carlos Benedito Vieira Micelli</i> .....	137
O Princípio da boa fé nos contratos administrativos - Parecer nº 235/2014 - <i>Maria Helena Pessoa Pimentel</i> .....	153
Retenção de Pagamento para Satisfação de Crédito de Multa - Parecer nº 275/2015 - Antonio Russo Filho.....	159
Recebidos Indevidamente por Erro da Administração. Necessidade de Restituição? - Parecer nº 269/2015 - <i>Luiz Eduardo de Siqueira S.thiago</i> .....	163
Consolidação dos Efeitos Financeiros de Contratos Administrativos Objeto de Procedimento de Fiscalização de Externo Lapso Temporal - Parecer nº 270/2015 - <i>Rafael Meira Hamatsu Ribeiro</i> ...	187
Limites à utilização do Órgão Televisivo Legislativo - Parecer 32/2012 - <i>Érica Corrêa Bartalin</i> .....	193
Período Eleitoral e a Possibilidade de Divulgação de Prestação de Contas do Mandato em Página Disponibilizada pelo Legislativo na Rede Mundial de Computadores - Parecer nº 61/2012 - <i>Érica Corrêa Bartalini</i> .....	205
Limitação de Acesso ao Palácio Anchieta - Parecer nº 113/2015 - <i>Rafael Meira Hamatsu Ribeiro</i> ..	211
Regulamentação de Transporte Individual Remunerado de Passageiros - Parecer nº 002/2016 - <i>Luciana de Fátima da Silva</i> .....	217
Necessidade de Lei Autorizativa para Outorga de Concessão de Serviço Público - Parecer nº 135/2015 - <i>Luciana de Fátima da Silva</i> .....	225

Trabalho Degradante e em Condições Análogas à Escravidão - Parecer - <i>Antonio Rodrigues de Freitas Jr.</i> .....	233
--	-----

## **PEÇAS JUDICIAIS**

Personalidade Jurídica do Poder Legislativo Municipal - <i>Cintia Talarico da Cruz Carrer, Andréa Rascoski Ickowicz</i> .....	277
---	-----

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Competência Municipal para Legislar sobre Meio Ambiente - Descarte de Embalagens - <i>Djenane Ferreira Cardoso, Paulo Augusto Baccarin</i> .....	283
---	-----

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Construção no Município de São Paulo com telhas de amianto – Competência Legislativa Municipal para legislar sobre matéria ambiental e posturas Municipais - <i>Cintia Talarico da Cruz Carrer, Andréa Rascovski Ickowicz</i> .....	303
--	-----

# Artigos



# A democracia representativa e a infidelidade partidária

Rafael Meira Hamatsu Ribeiro<sup>1</sup>

**Resumo:** A representação permitiu a expansão do sistema democrático a extensões territoriais maiores, equivalentes aos Estados modernos. No Brasil, os problemas inerentes à democracia são potencializados pelo elevado número de partidos políticos e pelo distanciamento da atuação das agremiações políticas e a vontade dos representados. Em recentes julgados, o STF reconheceu que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos, razão pela qual o TSE editou resolução para regulamentar o procedimento de perda do mandato eletivo. A Resolução 22.610/07 não apenas introduziu na ordem jurídica normas de direito processual, como também estabeleceu de forma geral e abstrata as hipóteses em que a desfiliação partidária não deve acarretar a perda do mandato eletivo, hipóteses parcialmente repetidas no introduzido art. 22-A na Lei 9.096/1995 pela Lei 13.165/2015. Por isto, nas ADIs, julgadas improcedentes, foram questionados os seguintes pontos: violação à reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, juízes e juntas eleitorais, conforme previsto no art. 121, da CF; usurpação de competência do Poder Legislativo e Executivo para dispor sobre a matéria eleitoral e processual civil; criação de nova atribuição ao Ministério Público por meio de resolução, e não por meio de lei em sentido estrito, e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, em ADI diversa, foi afastada da incidência das normas da Resolução a infidelidade de mandatários de cargos eleitos pelo sistema majoritário, tendo em vista que ao seu art. 13 foi conferido interpretação conforme a Constituição, para excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Democracia Representativa. Partidos Políticos. Infidelidade Partidária. Resolução 22.610/2007. Processo de perda de cargo eletivo. Controle de constitucionalidade. Sistemas proporcional e majoritário.

**Sumário:** I. Introdução. II. O processo de perda de cargo eletivo e justificção de desfiliação partidária. III. A ADI 3.999/DF e a ADI 4.086/DF. IV. A infidelidade dos mandatários eleitos pelo sistema majoritário. V. Conclusões. VI. Referências.

## 1. Introdução

A união entre a representação e a democracia permitiu que o governo po-

---

<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.

pular deixasse de ser confinado aos Estados menores, tais como as cidades-estados, ou seja, permitiu que tal governo fosse expandido a um grande número de pessoas, rompendo todas as barreiras teóricas à escala de uma unidade democrática, de forma a permitir ao estado de direito abarcar países inteiros<sup>2</sup>. Entretanto, esta mudança de perspectivas criou instituições e problemas novos, tais como o surgimento de associações políticas autônomas, consideradas não somente necessárias num sistema político pluralista, mas também legítimas, e a fragmentação do “bem público” em interesses grupais e individuais<sup>3</sup>.

No Brasil, os problemas da democracia representativa são amplificados pela instituição que permite sua existência: o partido político. Isto porque, após o retorno ao pluripartidarismo com a reforma de 1979, que resultou no PDS e PMDB, sucessores da Arena e do MDB, a edição da Emenda à Constituição 25, de 15 de maio de 1985, estabeleceu que “é livre a criação de partidos políticos”<sup>4</sup>, regra mantida na atual Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 17, *caput*. Assim, após vinte e sete anos da vigência da Constituição Cidadã, a liberdade de criação de partidos políticos resultou em trinta e três agremiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral<sup>5</sup>.

O elevado número de partidos existentes não pode ser decorrência de divergências ideológicas incontornáveis. Comumente, as críticas formuladas são embasadas na ideia de que não seriam eles “portadores de identidades ideológicas e programáticas próprias e claras”, “com raras exceções, não passariam de meras agremiações homogeneizadas e amorfas, carentes de qualquer substrato ideológico ou programático capaz de as diferenciar”, isto é, seriam “simples instituições instrumentais sob as quais se reuniriam homens e mulheres simplesmente interessados na aquisição ou manutenção do poder político”<sup>6</sup>. Tal é o distanciamento entre a atuação dos partidos políticos e a vontade dos representados que já se propôs conferir o *direito de iniciativa de leis* a grupos sociais organizados em *Instituições Representativas* ordenadas de acordo com as atividades por eles desenvolvidas, independentes da estrutura administrativa do Estado, em matérias que lhes digam respeito<sup>7</sup>.

Tal descrédito afeta não apenas a legitimidade do sistema representativo, mas também evidencia a fragilidade da necessidade de agremiações políticas como captadoras dos anseios populares. Com efeito, diante deste cenário, há o risco do protagonismo dos partidos políticos no processo eleitoral<sup>8</sup> se tornar progressiva e irremediavelmente anacrônico.

<sup>2</sup> DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*, 1ª ed., São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 506.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>4</sup> MORAES, Filomeno. *Os Partidos e a Evolução Político-constitucional Brasileira*. In: *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Eneida Desiree Salgado & Ivo Dantas (org.). Curitiba, Juruá Editora, 2013, p. 67.

<sup>5</sup> <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em 5 de agosto de 2015.

<sup>6</sup> JEHÁ, Pedro Rubez. P. 410. *O Processo de Degeneração dos Partidos Políticos no Brasil*. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de doutor em Direito do Estado. São Paulo, 2009.

<sup>7</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *A democracia participativa*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 100, p. 171-188, jan. 2005. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67669>, p. 187. Acesso em 4 agosto de 2015.

<sup>8</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. *Fidelidade Partidária*. *Revista do Advogado*, São Paulo, Ano XXX, Nº 109, p. 7-10, 2010, p. 10.

Neste contexto, o TSE foi instado a se manifestar a respeito do direito de partidos e coligações preservarem a vaga obtida pelo sistema proporcional. Na oportunidade, a despeito da inexistência de norma constitucional, respondeu a Corte Superior Eleitoral, por maioria, afirmativamente à consulta formulada pelo então Partido da Frente Liberal – PFL.

A resposta à consulta mencionada contrariou posição de parcela da doutrina especializada, uma vez que havia relevante tendência entre os constitucionalistas de se considerar que, embora os estatutos dos partidos possam prever sanções para atos de indisciplina e de infidelidade, que poderão ir da simples advertência até a exclusão, “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária”<sup>9</sup>. Inobstante isto, o Tribunal Superior Eleitoral - TSE consolidou, por meio da Resolução 22.610/2007, alterada pela Resolução 22.733/2008, a tese de que o cargo eletivo é vinculado ao partido político ao qual é filiado o mandatário.

Inobstante a edição das resoluções tenha suprido a lacuna criada pelos julgamentos dos mandados de segurança 22.602, 26.603 e 26.604 pelo STF e pela consulta acima indicada, é apontada como melhor forma de equacionamento da questão da fidelidade partidária a inserção de artigo na Lei 9.096/1995, o que era proposto pelo projeto de lei do Senado 266/2011. O citado projeto acrescentaria à Lei 9.096/1995 o art. 26-A, nos mesmos termos das normas veiculadas pelas resoluções do TSE, o que não seria o suficiente para pôr fim aos diversos problemas do procedimento atualmente adotado<sup>10</sup>. Da mesma forma, a conversão do projeto de lei da Câmara 75/2015 na Lei 13.165/2015, para acrescentar à Lei 9.096/1995<sup>11</sup> apenas as hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária, não alterou o cenário de lacuna normativa.

Embora a edição e vigência da Resolução 22.610/2007 tenham sido alvo de crítica por parcela da comunidade jurídica, a questão foi parcialmente pacificada por meio de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF. Não resta qualquer dúvida no que se refere à aplicação das resoluções acima indicadas aos parlamentares eleitos através do sistema proporcional, mas recente decisão da Suprema Corte brasileira conclui de forma diversa em relação à perda do cargo eletivo de titulares eleitos sob o sistema majoritário, o que demonstra que o disciplinamento exaustivo da matéria por meio de atividade legiferante do Poder Legislativo federal ainda se faz necessário para sanar as incertezas jurídicas que pairam sobre o tema.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 407.

<sup>10</sup> VILLELA, Renata Rocha. Partidos Políticos e Regulamentação: Limites e Benefícios da Legislação Partidária no Brasil. 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, 2014, p. 138.

<sup>11</sup> “Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.”

## 2. O processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária

Após assentada no TSE a tese de que “o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político”, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF)”<sup>12</sup>, e do julgamento dos mandados de segurança 22.602, 26.603 e 26.604 pelo STF, foi editada pelo TSE a Resolução 22.610/2007, alterada pela Resolução 22.733/2008, para normatizar as hipóteses e criar o procedimento para a perda do cargo eletivo nestas hipóteses. Tais atos normativos foram editados com fundamento no poder normativo do TSE, previsto no art. 23, inciso IX, da Lei 4.737/1965.

As resoluções acima indicadas estabeleceram abstrata e genericamente as hipóteses de justa causa para desfiliação sem a perda do cargo eletivo, parcialmente repetidas pelo art. 22-A da Lei 9.096/1995, os legitimados ativos ao pedido de perda do cargo, estabeleceu nova competência ao TSE e aos tribunais regionais eleitorais, e introduziram na ordem jurídica outras regras de natureza processual, tais como prazos, requisitos da petição inicial, efeitos da revelia, distribuição do ônus da prova e intervenção do Ministério Público Eleitoral.

A Resolução 22.610/2007 estabelece como justa causa para desfiliação do parlamentar a incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial, o desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal (art. 1º, § 1º). Por sua vez, o art. 22-A da Lei 9.096/1995 adjetiva a discriminação pessoal apta a justificar a desfiliação partidária como política e abre a possibilidade de mudança de partido durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato.

Em todo caso, segundo a Resolução, nos trinta dias da desfiliação, apenas o partido político interessado é o legitimado ativo *ad causam* para requerer a desfiliação; após este prazo decadencial, passam a ter legitimidade ativa supletiva e concorrente<sup>13</sup> aquele que tenha interesse jurídico e o Ministério Público Eleitoral.

No que se refere à grave discriminação pessoal, a ensejar a desfiliação sem a correspondente sanção de perda do cargo eletivo, já decidiu o TSE que esta hipótese de justa causa exige “a demonstração de fatos certos e determinados que tenham o condão de afastar o mandatário do convívio da agremiação ou revelem situações claras de desprestígio ou perseguição”<sup>14</sup>. De qualquer maneira, a grave discriminação pessoal se trata “de prova subjetiva que demandará razoável análise do órgão julgador”, ou seja, é necessário prová-la de forma resoluto<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Trecho do voto do relator da Consulta nº 1.398/DF, ministro Cesar Asfor Rocha, formulada ao TSE pelo então Partido da Frente Liberal (PFL).

<sup>13</sup> ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral, 8ª ed., Salvador, Editora jusPODIVM, 2014, p. 168

<sup>14</sup> TSE, AC RO nº 2-63.2013.6.16.000, rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 31/03/2014.

<sup>15</sup> RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 8ª. Ed., Editora Impetus, 2008, p. 325.

Já a hipótese de desfiliação em razão de mudança substancial ou o desvio reiterado do programa partidário e da grave discriminação pessoal, assentou este Tribunal eleitoral que “[p]ara a caracterização da hipótese, é necessário que se demonstre o desvio reiterado de diretriz nacional ou de postura que a legenda historicamente tenha adotado sobre tema de natureza político-social relevante”<sup>16</sup>, ou seja, não bastaria “mero rumor ou discussão sobre a possibilidade futura de alinhamento político com partido de oposição” para a configuração da justa causa.

Em relação à competência para processar e julgar processos de perda de cargo eletivo, o TSE é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato eleitoral federal, enquanto nos demais casos o são os tribunais regionais eleitorais (art. 2º da Resolução 22.610/2007). Assim, a Resolução prorrogou a competência da Justiça Eleitoral para a decretação da perda do mandato eletivo, sem que seja por meio de ação de impugnação<sup>17</sup>.

No que se refere à oitiva de testemunhas, o art. 7º da Resolução 22.610/2007 determina que devem elas serem trazidas pela parte que as arrolou. Por isto, o TSE já denegou segurança pleiteada para a oitiva de testemunha em sua residência<sup>18</sup>. Além disto, a regra em comento determina o número máximo de três testemunhas por polo da demanda, e em face da formação de litisconsórcio passivo, cada parte tem o direito de arrolar testemunhas independentemente das arroladas pelas demais partes<sup>19</sup>, cabendo ao Relator deferir sua inquirição, ou seja, “o indeferimento da prova testemunhal não acarreta cerceamento ao direito de defesa quando a oitiva de testemunhas é irrelevante para o equacionamento da lide, segundo as peculiaridades do caso concreto aferidas pelo juiz da causa”<sup>20</sup>.

Conquanto haja a possibilidade de julgamento antecipado da lide (art. 9º da Resolução 22.610/2007), não tem reconhecido o TSE o direito à antecipação da tutela jurisdicional no procedimento de perda do mandato eletivo, já que os procedimentos eleitorais são céleres e o art. 12 da Resolução determina que o processo deve se encerrar em sessenta dias<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> TSE, AC RO n° 2-63.2013.6.16.000, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 31/03/2014.

<sup>17</sup> RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral..., p. 325.

<sup>18</sup> TSE, MS 72-61, rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 18/06/2012.

<sup>19</sup> TSE, Respe 25.478, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 03/06/2008.

<sup>20</sup> TSE, AgR-REspe 199-65, rel. Min. Dias Toifoli, PSESS em 18.12.2012.

<sup>21</sup> TSE, MS 3671, rel. Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, DJe 11/2/2008, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE LIMINAR. PROCESSO DE PERDA DE CARGO ELETIVO. RESOLUÇÃO-TSE Nº 22.610/2007. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. LIMINAR DEFERIDA.

1. Não cabe no procedimento veiculado pela Res.-TSE 22.610/2007 a antecipação dos efeitos da tutela. A celeridade processual, inerente aos feitos eleitorais, já está contemplada nos processos regidos pela resolução em foco, pois, além da preferência a eles conferida, hão de ser processados e julgados no prazo de 60 dias. Sem falar que “são irrecorríveis as decisões interlocutórias do relator” (art. 11 da resolução).

2. É prematuro antecipar os efeitos da tutela quando o parlamentar nem sequer apresentou as razões pelas quais se desfilou da agremiação partidária. Economia e celeridade processual não têm a força de aniquilar a garantia do devido processo legal.

3. Incumbe ao tribunal decretar ou não a perda do cargo, quando do julgamento de mérito, assegurados a ampla defesa e o contraditório.

4. Liminar deferida.”

A decisão de mérito proferida no bojo deste procedimento é constitutiva<sup>22</sup> e dela cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República. As demais decisões são irrecuráveis, ou seja, das decisões interlocutórias prolatadas pelo Relator não cabe recurso, nos termos do art. 11 da Resolução, inobstante a Corte Superior Eleitoral já tenha admitido agravo regimental previsto no art. 36, § 8º, do RITSE contra decisão monocrática<sup>23</sup>. Por esta razão, também, não se admite a antecipação da tutela nestes feitos.

Por isto, a resolução em comento não apenas veicula diversas regras de direito processual, como também introduz no ordenamento jurídico normas de direito material eleitoral, o que, segundo seus críticos, apenas poderia ter sido feito por meio de lei em sentido estrito. Essas, entre outras razões, foram as razões do ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade em que se questionou sua validade.

### 3. A ADI 3.999/DF e a ADI 4.086/DF

A validade da Resolução 22.610/2007 foi arguida por meio de ações de controle concentrado de constitucionalidade, ajuizadas pelo Partido Social Cristão – PSC e pelo Procurador-Geral da República. Nestas ADIs, com relação à mencionada Resolução, foram apreciados as seguintes questões: violação à reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, juízes e juntas eleitorais, conforme previsto no art. 121, da CF; usurpação de competência do Poder Legislativo e Executivo para dispor sobre a matéria eleitoral e processual civil; criação de nova atribuição ao Ministério Público por meio de resolução, e não por meio de lei em sentido estrito, e ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Com relação ao primeiro ponto questionado, o poder normativo do TSE para regulamentar o mecanismo de perda do mandato eletivo do mandatário infiel foi reconhecido enquanto perdurar o silêncio do Poder Legislativo. De outra forma, conforme reconhecido pelo relator das ações diretas, “de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – fidelidade partidária – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo”. O quadro temporário de inexistência de norma legal justificaria a validade das Resoluções até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

Todavia, não houve unanimidade no julgamento dos feitos. A primeira divergência foi aberta pelo Min. Marco Aurélio quanto à admissibilidade das ações, tendo em vista que a norma impugnada não seria ato normativo abstrato-autônomo a desafiar o controle concentrado de constitucionalidade.

Em relação ao mérito, o Min. Eros Grau, em seu voto vencido pela procedência de ambas as ações, em reprodução ao voto igualmente vencido no TSE, indicou que as resoluções são “multiplemente inconstitucionais”, tendo em vista que carece ao TSE o poder de expedir normas primárias sobre as matérias regulamentadas pelos atos normativos impugnados, poder este que não poderia ser a ele conferido pelo STF.

<sup>22</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito Eleitoral Esquematizado, 1ª ed., Editora Saraiva, 2011, p. 350.

<sup>23</sup> Pet. 2.787/DF, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 15/08/2008, página 7.

Além disto, aponta que a perda do mandato eletivo apenas pode se dar em hipóteses previstas em lei (arts. 22, inciso I, e 48, da CF), que a distribuição de competências entre o TSE e Tribunais Regionais Eleitorais é reservada pela Constituição da República à lei complementar, assim como as novas atribuições do Ministério Público, e que as inovações em direito processual não poderiam se dar nem mesmo por medida provisória. Portanto, haveria, em sua visão, abuso de inconstitucionalidade.

#### **4. A infidelidade dos mandatários eleitos pelo sistema majoritário**

Inobstante a Resolução 22.610/2007 tenha sido declarada formalmente constitucional no bojo da ADI 3.999/DF e no da ADI 4.086/DF, algumas questões substantivas ainda foram objeto da ADI 5.081/DF, de autoria do Procurador-Geral da República. Embora a causa de pedir seja aberta nas ações concentradas de constitucionalidade, a ilegitimidade constitucional da perda de mandato nas hipóteses de cargos eletivos do sistema majoritário não fora objeto daquelas ADIs indicadas, ou seja, na análise da constitucionalidade do ato normativo impugnado, o STF não se manifestou sobre essa questão constitucional específica.

Com efeito, do voto do relator do ADI 5.081/DF ficou consignado que:

Caso assim não fosse, esta Corte permitiria a manutenção no ordenamento jurídico de dispositivos em aparente desacordo com a Constituição pelo simples fato de a sua validade, sob o ponto de vista formal, já haver sido atestada em julgamentos anteriores. A validade formal do diploma legal não garante imunidade a vícios de natureza material, e não se pode realisticamente supor que o Tribunal irá antever todos os possíveis vícios de inconstitucionalidade material nestas hipóteses.

A análise de aspectos materiais da resolução se deu porque o TSE respondeu afirmativamente à seguinte consulta formulada pelo deputado federal Nilson Mourão:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?<sup>24</sup>.

Segundo o relator desta consulta, é “indiscutível a tese de se fortalecer a fidelidade partidária para os candidatos dos cargos do Poder Executivo e do Legislativo, sob pena de o sistema ficar com uma função horizontal para as eleições proporcionais e outra vertical, com efeitos em desarmonia com a Constituição Federal, para as eleições partidárias”.

Desta forma, o eleito passaria:

<sup>24</sup> TSE, Consulta nº 1.407/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto.

a ser obrigatoriamente um representante do partido a que está filiado. No instante em que quebra a fidelidade prometida ao partido, renunciando está à condição de representa-lo no Executivo e/ou no Legislativo, perdendo o direito subjetivo de exercer o cargo ocupado, o qual foi adquirido com toda a vinculação ao partido.

Consequentemente, a Resolução 22.610/2007 passou a ser aplicada em todos os casos de perda de mandatos eletivos.

Assim, na ADI 5.081/DF concluiu-se que, inobstante não haja previsão expressa da regra de fidelidade partidária ou da sanção de perda do mandato motivado por infidelidade, “[n]o sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há”<sup>25</sup>. Não fosse isto, as migrações partidárias, aliadas à possibilidade de estabelecimento de coligações eleitorais, o fenômeno da transferência de votos e o esvaziamento dos programas dos partidos deturparia ainda mais a vontade política do eleitor e o desvirtuamento do sistema proporcional.

Na citada ação de controle de constitucionalidade, o relator conclui que no sistema majoritário a regra da fidelidade partidária “não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição)”, o qual integra o núcleo essencial do princípio democrático, já que são desconsiderados, nestes casos, os votos dados aos candidatos derrotados. A decretação da perda do mandato nos casos de senadores ou de Chefe do Executivo teria o efeito nefasto de dar posse ao suplente, mormente desconhecido pelo eleitor, ou ao vice, que muitas vezes sequer pertence ao mesmo partido do respectivo prefeito, governador ou presidente.

Neste julgado, a tese vencedora por unanimidade de que “[a] perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor” se deu em detrimento do ideal de centralidade dos partidos políticos na democracia brasileira. No sistema majoritário, portanto, a vontade soberana do eleitor, depositada no candidato a cargo eletivo majoritário, sobrepunha a posição jurisprudencial de que o mandato eletivo pertence ao partido, e não ao eleito.

Por isto, conclui o Supremo Tribunal que o art. 10 da Resolução 22.610/2007<sup>26</sup> deve ser interpretado conforme a constituição para excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.

## 5. Conclusões

A posição sustentada pelo STF e pelo TSE, através da Resolução 22.610/2007,

<sup>25</sup> Trecho do voto do relator da ADI 5081/DF, julgada por unanimidade de votos.

<sup>26</sup> “Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.”

indica claramente a decisão de valorizar e fortalecer os partidos políticos como protagonistas do processo eleitoral, em detrimento da concepção de que “o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito”, o que o tornaria “senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor”<sup>27</sup>. Visto desta forma, os partidos políticos seriam atores centrais na poliarquia<sup>28</sup> em formação no Brasil, já que estariam intrinsecamente não apenas relacionados ao direito dos cidadãos de concorrer a cargos eletivos, mas também a fidelidade ao partido seria condição de exercício do mandato eletivo.

Assim, a consolidação da possibilidade de perda do mandato eletivo do representante eleito em caso de desfiliação partidária pelo TSE e pelo STF se sustenta na existência de um Estado de Partidos no Brasil<sup>29</sup>, o que é merecedor de críticas, tendo em vista “a inexistência do sistema eleitoral de listas fechadas e bloqueadas; filiação partidária como requisito para o exercício do mandato; partidos fortes com rígidas posturas ideológicas; e preferência e identidade popular para com os partidos políticos, dada a personificação dos votos”<sup>30</sup>.

Tal orientação, aliada à possibilidade de normas estatutárias preverem punições à infidelidade, aparentemente busca pôr fim à percepção corriqueira por parte dos candidatos de que “os partidos são praticamente fungíveis, devendo a escolha recair sobre aquele que ofereça maiores condições de eleição”<sup>31</sup>. Neste sentido, a imposição da fidelidade partidária pelo Poder Judiciário foi saudada não como “uma usurpação de competências legislativas, mas sim um autêntico desempenho de atribuições constitucionais, atento à modelagem institucional do Estado de Direito brasileiro e situado nos limites de um ativismo democraticamente comprometido”<sup>32</sup>.

Todavia, o julgamento da ADI 5.081/DF pela Suprema Corte alterou parcialmente a posição de centralidade dos inúmeros partidos políticos, muitos dos quais

<sup>27</sup> Trecho do voto do relator da Consulta nº 1.398/DF, ministro Cesar Asfor Rocha, formulada ao TSE pelo então Partido da Frente Liberal (PFL).

<sup>28</sup> Para Robert A. Dahl, *op. cit.*, p. 350-351, a poliarquia é uma ordem política na qual a cidadania é extensiva a um número relativamente alto de adultos e os direitos da cidadania incluem não apenas a oportunidade de se opor aos funcionários mais altos do governo, mas também de removê-lo de seus cargos por meio do voto. Segundo o autor, esta ordem política se distingue pela presença de sete instituições: 1) funcionários eleitos e constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais; 2) eleições livres e justas destes funcionários, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara; 3) sufrágio inclusivo, de forma a permitir a inclusão de praticamente todos os adultos; 4) direito de praticamente todos os adultos a concorrerem a cargos eletivos; 5) liberdade de expressão quanto aos assuntos políticos, sem perigo de punições severas; 6) existência de fontes alternativas de informações protegidas por lei; 7) autonomia associativa, o que inclui os partidos políticos.

<sup>29</sup> O Min. Carlos Britto, em seu voto pela improcedência da ADI 3.999/DF e da ADI 4.086/DF utiliza, para tanto, a expressão partidocracia, o que reforça a ideia de centralidade das agremiações políticas na democracia representativa brasileira.

<sup>30</sup> LEITE, Cassio Prudente Vieira. *Transfugismo Partidário e Representação Política*. In: *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Eneida Desiree Salgado & Ivo Dantas (org.). Curitiba, Juruá Editora, 2013, p. 213.

<sup>31</sup> VILLELA, Renata Rocha. *Partidos Políticos e Regulamentação...*, p. 149.

<sup>32</sup> NAUMANN, Rodrigo. (in)Fidelidade Partidária, Democracia e Jurisdição Constitucional: O STF Como Fiscal do Processo Político. *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*, [S.l.], n. 12, p. 1-42, aug. 2012, p. 38. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/142>>. Acesso em 18 de setembro de 2015.

esvaziados do ponto de vista ideológico e infiéis aos seus programas, ao menos no que se refere aos cargos de chefia do Poder Executivo e de senador. Nestes casos, a pretensa vontade popular suplantaria o dever de fidelidade partidária, o que pressupõe que o eleitor não deseja depositar seu voto em determinado partido e programas políticos, mas apenas na pessoa do candidato, independentemente de sua posição ideológica ou eventuais mudanças de postura.

## Referências

- ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral, 8ª ed., Salvador, Editora jusPODIVM, 2014.
- CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito Eleitoral Esquemático, 1ª ed., Editora Saraiva, 2011.
- DAHL, Robert A. A Democracia e seus Críticos, 1ª ed., São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- JEHÁ, Pedro Rubez. P. 410. O Processo de Degeneração dos Partidos Políticos no Brasil. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de doutor em Direito do Estado. São Paulo, 2009.
- LEITE, Cassio Prudente Vieira. Transfugismo Partidário e Representação Política. In: Partidos Políticos e seu Regime Jurídico. Eneida Desiree Salgado & Ivo Dantas (org.). Curitiba, Juruá Editora, 2013.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Fidelidade Partidária. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXX, Nº 109, p. 7-10, 2010.
- MORAES, Filomeno. Os Partidos e a Evolução Político-constitucional Brasileira. In: Partidos Políticos e seu Regime Jurídico. Eneida Desiree Salgado & Ivo Dantas (org.). Curitiba, Juruá Editora, 2013.
- NAUMANN, Rodrigo. (in)Fidelidade Partidária, Democracia e Jurisdição Constitucional: O STF Como Fiscal do Processo Político. Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense, [S.l.], n. 12, p. 1-42, aug. 2012. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/142>>. Acesso em 18 de setembro de 2015.
- RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 8ª. Ed., Editora Impetus, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. A democracia participativa. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 100, p. 171-188, jan. 2005. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67669>>. Acesso em 4 de agosto de 2015.
- VILLELA, Renata Rocha. Partidos Políticos e Regulamentação: Limites e Benefícios da Legislação Partidária no Brasil. 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, 2014.

# Aspectos constitucionais da escolha do relator nas comissões parlamentares de inquérito

*Felipe Faria da Silva*<sup>33</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo identificar as normas regimentais das principais casas legislativas acerca da escolha do relator nas Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como cotejá-las com a importância dessa figura no trabalho das CPIs e com o tratamento constitucional a respeito do instituto, tido como um dos principais mecanismos de investigação promovido pelas minorias parlamentares.

**Palavras-chave:** Comissão Parlamentar de Inquérito, CPI, relator, escolha, regimento interno, minorias parlamentares.

## 1. Introdução

A disciplina constitucional a respeito das Comissões Parlamentares de Inquérito, restrita ao § 3º do art. 58, é sucinta e proporciona ao intérprete poucas conclusões a partir de sua leitura, dentre as quais se encontra o insofismável direito das minorias à instauração da Comissão.

A ausência de disciplina constitucional a respeito do funcionamento das CPIs acaba dando amplo espectro de discricionariedade aos regimentos internos das casas legislativas, elaborados de acordo com o entendimento da maioria, em regra formada em torno dos interesses do Chefe do Poder Executivo.

Essa circunstância se reflete na escolha do relator das CPIs, geralmente escolhido pelo Presidente da Comissão, eleito por votação dos membros das Comissões – que espelham, por imposição constitucional, a proporcionalidade das bancadas da Casa Legislativa.

Tal constatação é preocupante, uma vez que a Constituição de 1988 ampliou os poderes dos relatores das CPIs, determinando que suas conclusões, se for o caso, sejam encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

<sup>33</sup> O autor é Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em outubro de 2014, mediante concurso público. É graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, tendo exercido os cargos de Procurador do Município de Campinas (2013-2014), Assistente Técnico Judiciário no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2008-2013), e de Auxiliar e Oficial de Promotoria junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo (2005-2008).

Não se pode olvidar, por outro lado, que, após o advento da vigente Carta Magna, as CPIs se tornaram importante instrumento de investigação, em que pese influenciado pelos apelos midiáticos e populares sobre os infindáveis casos de corrupção que assolam nosso país.

Considerando essas premissas, este sucinto trabalho pretende identificar a legislação sobre a figura do relator, bem como aferi-la de acordo com a importância do trabalho desse parlamentar junto à Comissão Parlamentar de Inquérito e os parâmetros constitucionais que norteiam o instituto.

## 2. As normas a respeito da escolha do relator nas CPIs

A primeira Constituição a trazer tratamento específico das Comissões Parlamentares de Inquérito foi a efêmera Constituição de 1934.

Conforme excelente esforço histórico feito por Plínio Salgado (2001), desde o advento da República houve vários requerimentos de investigação em sede parlamentar, criando-se um costume finalmente normatizado na Carta de 1934, o qual foi repetido nas Constituições que lhe sobrevieram, com exceção da outorgada e ditatorial Constituição de 1937.

A constitucionalização das CPIs no Brasil recebeu forte influência da Constituição alemã de Weimar, sobretudo por estabelecer a possibilidade de criação dessas Comissões por uma minoria parlamentar. Marcos Evandro Cardoso Santi, trazendo à baila as palavras do Ministro Paulo Brossard, aduz que “desde muito se reconhecia a legitimidade da criação de CPI, como auxiliar inerente às atribuições parlamentares. Foi a Constituição de Weimar, porém, que assegurou à minoria a prerrogativa de criá-las” (2007, p. 40). Tal informação é confirmada por Plínio Salgado, para quem:

(...) tal prerrogativa é tradicional no direito alemão, tendo sido inaugurada pelo artigo 34 da Constituição de Weimar de 1919, e cuja prática se revelou como instrumento adequado ao equilíbrio de força política da minoria com a maioria parlamentar do Governo, possibilitando àquela, principalmente, o controle da atividade governamental. (SALGADO, 2001, p. 26)

É importante ressaltar que nem todos os países adotam a possibilidade de criação de CPIs por grupos minoritários. Paulo Hamilton Siqueira Júnior nos traz importante observação no sentido de que “os sistema jurídicos adotam o direito de minoria da oposição que varia entre um terço (1/3) e um quinto (1/5) dos membros do Parlamento”, sendo que “na França e na Itália a criação das Comissões de Inquérito é dependente da deliberação majoritária” (2007, p. 38).

Parece-nos, contudo, ser importantíssimo assegurar às minorias esse poder, pois, nas palavras de Siqueira Júnior, “é um importante instrumento do grupo parlamentar que não detém o poder, se tornando uma arma da oposição no jogo parla-

mentar” (2007, p. 38)<sup>34</sup>.

Esse foi o caminho trilhado pelas diversas Constituições pátrias que, em contraposição ao direito das minorias à instalação das CPIs, mantiveram a regra geral, constante no § 1º do art. 58 da Constituição de 1988, segundo o qual “na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

Para Andyara Klopstock Sproesser, andou bem o constituinte ao estabelecer a cláusula “tanto quanto possível”, que “traz em si, inegavelmente, o propósito de abrandar o rigor da regra, permitindo que a disputa política, essencial ao processo parlamentar, não leve ao puro e simples predomínio da maioria sobre a minoria” (2008, p. 240).

De qualquer modo, trata-se de regra que permite à base governista certo controle das atividades das CPIs, sobretudo tendo em vista a constatação feita por Marcos Evandro Cardoso Santi:

(...) não é difícil constatar que, para a maioria, a investigação parlamentar, antes de ser assimilada como um direito democrático das minorias, tem sido interpretada como uma ameaça ao poder, o que tem gerado uma subversão dos princípios constitucionais em favor de táticas e demandas “políticas” circunstanciais. E, em se tratando de jogo de poder, quando não há o adequado controle social - ou mesmo institucional - sobre os representantes do povo, é duro constatar, mas parece que tem sido preferível à maioria preservar os seus interesses a observar princípios democráticos que protejam minorias adversárias. (SANTI, 2007, pp. 40-41)

A vigente Constituição de 1988, para além de manter a regra da minoria parlamentar e da proporcionalidade na composição das Comissões, trouxe importante novidade, consistente no encaminhamento das conclusões das CPIs ao Ministério Público para eventual responsabilização dos culpados. Isso se deu em virtude da ausência de repercussão judicial das CPIs até então criadas, que muito dificilmente alcançavam a efetiva punição das pessoas envolvidas nos crimes e irregularidades investigadas.

O § 3º do art. 58 da Constituição Federal, contudo, preocupando-se somente com a fase ulterior do trabalho das CPIs, nada dispôs a respeito da escolha do relator nas Comissões.

Essa anomia também é verificada nas leis que foram editadas para discipli-

---

<sup>34</sup> É importante mencionar que algumas casas legislativas já adotaram a prática de prever em seus regimentos internos a necessidade de ratificação da criação das CPIs pelo Plenário. Trata-se de evidente inconstitucionalidade, pois “inexiste qualquer possibilidade de a criação de uma comissão parlamentar de inquérito resultar de deliberação plenária, dado o exaustivo disciplinamento pela Constituição (art. 58, § 3º), importando a não-recepção - uma vez que existente incompatibilidade vertical com ela - do parágrafo único, do artigo 1º da Lei (Federal) nº 1.579, de 1952.” (ALVES, 2004, p. 312)

nar as CPIs (Leis Federais ns. 1.579/52, 4.595/64 e 10.001/00), nenhuma voltando atenção para o processo de escolha do relator, preferindo-se, como fez a Lei n. 10.001/00, seguir a trilha constitucional de privilegiar os fatos posteriores ao relatório para eventual punição de culpados.

No exercício da competência expressamente delegada pela Constituição, tanto o Congresso Nacional quanto as duas casas legislativas que o compõem (Câmara dos Deputados e o Senado Federal) trataram de normatizar com mais detalhes a criação e o funcionamento das CPIs, contudo do mesmo modo não dispensaram tratamento específico acerca da escolha do relator.

Com efeito, o Regimento Comum do Congresso Nacional tratou a CPI em apenas um artigo que praticamente reproduz as palavras da constituição (art. 21), cabendo aplicar, na falta de tratamento específico, a regra geral segundo a qual “ao Presidente da Comissão Mista compete designar o Relator da matéria sujeita ao seu exame” (art. 10, § 3º).

A ausência da disciplina específica da escolha do relator das CPIs é também sentida nos Regimentos Internos do Senado Federal (que trata das CPIs em seus artigos 35 a 37) e da Câmara dos Deputados (artigos 145 a 153), cabendo em ambos os casos socorrer-se à disciplina geral do funcionamento das Comissões, que atribui ao respectivo Presidente a designação de relatores das matérias ali tratadas (art. 41, VI, do RISF e art. 89, III, do RICD).

Refletindo o modelo federal, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo também não possui disciplina específica sobre o tema quando trata das CPIs em seu Regimento Interno (arts. 34 a 34-D), cabendo ao Presidente da Comissão designar o relator por força de norma subsidiária (art. 34-B, § 11, c. c. o art. 38, V).

A Câmara Municipal de São Paulo, por seu turno, também por norma subsidiária, prevê a designação dos relatores das CPIs pelo Presidente (art. 100, parágrafo único, c. c. o art. 50, VI, do Regimento Interno),<sup>35</sup> mas na prática, o que se tem verificado é a escolha do relator por eleição dos membros da CPI, em deferência ao princípio da colegialidade<sup>36</sup>.

Para André Eduardo da Silva Fernandes e Luiz Fernando Bandeira, em trabalho destinado ao estudo da figura do Presidente e do relator nas CPIs no âmbito do Congresso Nacional, a palavra “designar” indica que “a relatoria é uma atribuição, um encargo que o presidente transmite ao parlamentar relator, mas que não configura um direito ao qual poderá este reportar-se na hipótese de ser substituído” (2005, p. 13).

Esse método de escolha, que nas palavras de Guilherme Rodrigues Abrão é “verdadeira construção política” (2012, p. 40) privilegia os partidos de situação, pois o

---

<sup>35</sup> Interessante notar que, na Câmara Municipal de São Paulo, o Presidente das CPIs não é eleito entre seus pares, sendo “sempre o primeiro signatário do requerimento que a propôs” (art. 94, parágrafo único, do Regimento Interno). Essa previsão, que pelo menos em tese daria às minorias parlamentares o poder de nomeação dos relatores, não é verificada na prática.

<sup>36</sup> Na CPI dos Planos da Saúde, por exemplo, houve a eleição do Vereador Senival Moura (PT) por eleição de seus pares realizada no dia 24 de março de 2015. Por sua vez, a CPI instalada para investigar a violência no futebol realizou eleição entre seus membros no dia 6 de agosto de 2015 para eleger o Vereador Ota (PROS) como relator.

Presidente é escolhido por eleição dos membros da Comissão, cuja composição reflete as bancadas parlamentares da Casa Legislativa à qual está ligada. Permite-se, desse modo, o controle das atividades do relator pela base de sustentação do governo.

### 3. A importância da figura do relator nas CPIs

O escasso tratamento normativo a respeito da escolha do relator nas CPIs contrasta com a importância dessa figura no trabalho das Comissões.

Com efeito, incumbe ao relator organizar todos os trabalhos realizados na atividade investigatória (requisição de documentos, oitiva de testemunhas e envolvidos, quebras dos sigilos fiscais e de dados telefônicos, diligências fora das Casas Legislativas, etc.), com a finalidade de concluir pela existência ou não de indícios de irregularidades para posterior instrução de processo civil ou criminal promovido pelo Ministério Público<sup>37, 38</sup>.

Para José Wanderley Bezerra Alves, o relatório deve apontar ao menos: “a) a criação e a constituição da comissão; b) as ações desenvolvidas; c) os fatos investigados; d) a análise das provas colhidas; e) as conclusões; e f) as propostas” (2004, p. 294).

André Eduardo da Silva Fernandes e Luiz Fernando Bandeira deixam claro que a função de relator não compreende poderes, mas sim atribuições. Para eles, “o relator é um membro a serviço da Comissão Parlamentar, que o encarrega da função precípua de analisar os fatos da matéria sob exame e sobre ela emitir sua opinião primeiramente, para ser submetida à apreciação dos demais membros” (2005, p. 8).

A importância das conclusões adotadas nas CPIs é sintetizada de forma brilhante por Siqueira Júnior:

As conclusões das Comissões Parlamentares de Inquérito, quando conduzidas de forma adequada, têm um resultado positivo, uma vez que se torna um atestado de aprovação ou desaprovação de determinado órgão do governo, que influencia a opinião pública, o que na esfera política ganha grande importância.

No documento conclusivo as Comissões Parlamentares de Inquérito podem propor reformas legislativas e administrativas com a finalidade do aprimoramento dos atos do governo. Por intermédio desse relatório final, a Comissão Parlamentar de

<sup>37</sup> Há autores, inclusive, que defendem a possibilidade de indiciamento de acusados no âmbito das CPIs (conforme ABRAO, 2012, pp. 62-63).

<sup>38</sup> Para Siqueira Júnior, as conclusões das CPIs também devem ser enviadas “não só ao Ministério Público, mas também à Mesa da Casa Legislativa para conhecimento do Plenário, e ainda ao Tribunal de Contas da União, na medida em que se trata de órgão que auxilia o Parlamento no controle externo das contas públicas, e as conclusões das Comissões Parlamentares de Inquérito podem auxiliar no desempenho dessas suas funções previstas no art. 71 da Constituição Federal.” (2007, p. 139).

Inquérito cumpre sua finalidade de vigiar o cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os atos do governo e da administração. No primeiro aspecto, verifica-se a preservação do Estado de Direito, e a segunda finalidade indica o aprimoramento da democracia. (SIQUEIRA JR., 2007, p. 141)

O estudo da atividade do relator leva à conclusão de que ela se aproxima muito da atividade jurisdicional durante a instrução probatória dos processos criminais,<sup>39</sup> fato que por si só evidencia o questionamento da adoção de um critério estritamente político para a escolha dessa figura quando da instalação das CPIs.

Verdade é, porém, que, apesar da importância da figura do relator, a doutrina pátria não tem destinado tratamento adequado ao tema.

Com efeito, nas consultas às obras específicas das Comissões Parlamentares de Inquérito, o que se verifica, para além da compilação da legislação sobre a matéria, é a abordagem maciça da extensão dos poderes instrutórios dessas Comissões e o sopesamento entre os seus poderes próprios de autoridades judiciais e os direitos individuais dos investigados.

Parece-nos, contudo, ser também importante o estudo a respeito do método de escolha do relator, pois é ele quem reunirá esses elementos de prova para consubstanciá-los em documento que, submetido à deliberação da Comissão, poderá servir de base para futuro processo civil ou criminal dos envolvidos.

Urge, assim, redirecionar o foco do desenvolvimento dos trabalhos das CPIs para o momento de sua criação, até com a finalidade de evitar o indesejável excesso de poder comumente visto no desenrolar dos trabalhos parlamentares.

É preciso ter em mente, nas palavras de Erival da Silva Oliveira:

que a comissão parlamentar de inquérito é um instituto de Direito Processual Constitucional, uma vez que está prevista na Constituição e tem procedimento próprio para instauração, além de poderes próprios das autoridades judiciais para a instrução probatória. (2001, p. 108).

#### **4. Normas do regimento interno em confronto com os parâmetros constitucionais das CPIs**

Como se percebe, atualmente a escolha dos relatores das CPIs se dá unicamente com base nas regras estabelecidas nos regimentos internos das casas legislativas.

Em um primeiro momento, mostra-se relevante identificar até que ponto os regimentos internos podem disciplinar acerca do funcionamento das CPIs.

---

<sup>39</sup> É importante a observação de Ovídio Rocha Barros Sandoval, para quem a “Comissão de inquérito não julga, apenas investiga e, por via de consequência, o relatório deve conter, apenas, os resultados das investigações e deliberações realizadas nos trabalhos da comissão, podendo acrescentar projeto de resolução para o aprimoramento das leis” (2001, pp. 51-52).

A esse respeito, cumpre relembrar a disposição literal do § 3º do art. 58 da Constituição Federal, segundo o qual as CPIs terão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”.

Analisando esse dispositivo constitucional, José Wanderley Bezerra Alves faz uma criteriosa análise doutrinária, que se inclina majoritariamente no sentido de que:

os regimentos internos têm incidência direta somente no âmbito do órgão que o edita, importando que não podem intervir em direitos de terceiros. Em outros termos: não podem obrigar ou estabelecer medidas de restrição à liberdade de terceiros, eis que privativas de lei.” (2004, p. 155).

Indo além, Uadi Lammêgo Bulos defende que os regimentos internos, embora disciplinem atividades *interna corporis* que não afetem terceiros, devem obediência aos princípios e regras estabelecidas na Constituição Federal:

A função dos regimentos internos é complementar o Texto Supremo, pois ele próprio assim determinou (§ 3º do art. 58). Complementar a Lex Mater significa suprir-lhe os vazios, preencher-lhe os claros, por meio das prescrições materiais do regimento interno.

E a posição dos regimentos internos, nada obstante a autonomia normativa que o constituinte lhe conferiu, não é de primazia em relação às pautas legislativas de comportamento, promanadas do legislador ordinário, complementar e derivado. (BULOS, 2001, p. 209)

É a partir dessa leitura que deve ser estudada a escolha do relator nas Comissões Parlamentares de Inquérito, surgindo aqui a inevitável indagação: tratando-se tais Comissões de um direito das minorias parlamentares – ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.831, “verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares” -, seria compatível com a Constituição que o relator, incumbido de apresentar as conclusões desse trabalho, fosse escolhido pela base de sustentação do governo?

Em um primeiro momento, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em outros casos – uma vez que, repita-se, não houve ainda tratamento jurisprudencial e sequer doutrinário especificamente em relação à matéria – nos leva a crer que a escolha do relator se trata de assunto *interna corporis*, portanto passível de livre disciplina no Regimento Interno e imune a qualquer tipo de análise judicial.<sup>40</sup>

Essa orientação, entretanto, vem sendo superada, tanto é que o próprio STF,

<sup>40</sup> Apenas como exemplo, podemos citar o julgamento da ADIN nº 1.635-1/DF, na qual o STF absteve-se de analisar a inconstitucionalidade da limitação do número de CPIs instaladas por considerar que isso se trata de matéria *interna corporis*.

em julgamento histórico no já citado Mandado de Segurança n. 24.831, decidiu que a não indicação de membros para a CPI dos Bingos não poderia obstar a sua efetiva instalação, uma vez que “o direito das minorias em criar comissão parlamentar de inquérito é matéria de natureza constitucional e não pode estar limitada por regras inscritas somente nos regimentos ou por supostas lacunas neles contidas” (SANTI, 2007, p. 108).

A despeito de esse não ter sido o foco da decisão do STF no julgamento do caso, seu desfecho evidencia a necessidade de releitura crítica da doutrina *interna corporis*.

Com efeito, segundo Marcos Evandro Cardoso Santi (2007), tal instituto teve como origem o preconceito da burguesia francesa em relação aos juízes, geralmente de origem nobre, circunstância que tornava necessária e oportuna certa “blindagem” do parlamento contra a intervenção judicial conservadora que se temia naquele contexto histórico.

Trata-se, contudo, de orientação obsoleta, que vem sendo superada pela consolidação da democracia e da participação organizada da sociedade na vida política do país.

É necessário, como observa Santi (2007), levar em consideração esse fato e relacioná-lo ao direito das minorias parlamentares na criação das CPIs. Nesse sentido, o autor faz uma interessante intersecção entre a Teoria Discursiva do Direito de Jurgen Habermas e os direitos das minorias parlamentares. O autor alemão sustenta que a democracia deve estar alicerçada no plano comunicacional, focada em procedimentos que assegurem legitimidade das decisões da maioria, sem olvidar, contudo, da necessária oitiva, troca de experiências e atendimentos das necessidades das minorias.

Daí resulta, segundo Santi, que “nas premissas para a aplicação do princípio da maioria, portanto, resulta nítida a importância da preservação de garantias para as minorias - inclusive a alternância no poder e a possibilidade da revisão das decisões -, elemento essencial de qualquer concepção democrática” (2007, p. 141).

Nesse mesmo sentido parece caminhar o pensamento de Uadi Lammêgo Bulos, que diferencia o escopo das CPIs no parlamentarismo e no presidencialismo:

Numa palavra, as comissões parlamentares de inquérito, no parlamentarismo, são em sua essência políticas. Não precisam seguir, necessariamente, este ou aquele pressuposto formal, insculpido na constituição. Já no presidencialismo as comissões parlamentares de inquérito integram o mecanismo dos freios e contrapesos dos Poderes (BULOS, 2001, pp. 172-173).

Nesse contexto, tendo em vista que a Constituição Federal assegura às minorias parlamentares o direito à instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito, parece-nos contraditório que a figura do relator recaia sobre parlamentar escolhido pela maioria, geralmente da base governista, sobretudo diante da previsão, também constitucional, de envio das conclusões da investigação ao Ministério Público para eventual punição dos culpados.

Essa constatação é reforçada pelo fato de a própria Constituição evitar even-

tual tirania das minorias ao assegurar a congruência entre a composição das Comissões e a da casa legislativa respectiva. Essa regra por si só já é capaz de equilibrar as forças, objetivo que é dilacerado a partir do momento em que tanto o Presidente quanto o relator das CPIs recaem em parlamentar escolhido pela base governista.

Do mesmo modo, o fato de o relatório ser submetido à votação da Comissão – que é composta pela maioria governista, a qual poderia rejeitar as conclusões feitas por parlamentar da oposição – também não é motivo para que haja críticas à tese aqui defendida, uma vez que é notório o apelo midiático e popular em torno das CPIs,<sup>41</sup> sendo certamente mais desgastante para o governo contrariar o relator da Comissão a simplesmente rejeitar relatório por ele oferecido apenas na condição de membro.

Também não se sustenta eventual argumento no sentido de que o parlamentar da oposição, agindo com o único intuito de desgastar o governo, faria constar em seu relatório apenas fatos desabonadores em eventual investigação perpetrada em atos governistas. Não se pode olvidar que as Comissões Parlamentares de Inquérito, investidas de poderes próprios de autoridade jurisdicional, devem obediência ao princípio do devido processo legal.

Como aduz Manoel Messias Peixinho e Ricardo Guanabara, “inegavelmente que as comissões parlamentares de inquérito devem motivar as suas decisões, principalmente quando deliberam determinada matéria que envolva restrições a direitos fundamentais” (2001, p. 106). Essa é a mesma conclusão de Guilherme Rodrigues Abrão, para quem:

Inegável que as comissões de inquérito possuem caráter político, e suas conclusões, por meio do relatório final, poderão ser também, mas não somente, conclusões meramente políticas. Todavia, ao se reconhecer que as comissões de inquérito também se constituem em um instrumento afeto ao Poder Legislativo para investigar infrações penais cometidas em detrimento da administração pública e de relevante interesse público, é preciso que essa atividade tenha o mínimo de regramento harmônico nas diferentes esferas da Federação e se coadune com os ditames de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, ao contrário, portanto, do que se pode verificar hoje em dia (ABRAO, 2012, p. 74).

Eventual excesso parlamentar obviamente deverá ser podado pelo Judiciário, pois, conforme expõe Uadi Lammêgo Bulos, as CPIs “não estão imunes à missão constitucional outorgada, pela Carta de Outubro, ao Poder Judiciário, pois vivemos em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), campo onde viceja, com toda

---

<sup>41</sup> André Eduardo da Silva Fernandes e Luiz Fernando Bandeira aduzem ser “evidente que, com o ônus de estar à frente das investigações, o relator acaba por estar informado com mais profundidade sobre os detalhes da investigação, acaba por formular as questões mais comprometedoras para os depoentes e, conseqüentemente, ganha mais atenção da mídia para sua atuação, o que, sob o prisma político, constitui sua remuneração pelo fardo extra a que foi submetido” (2005, p. 8).

pujança, o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF)” (2001, p. 138).

## 5. Considerações finais

Conforme constatado neste trabalho e sintetizado por Siqueira Júnior, “os instrumentos e poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito não estão claramente identificados e limitados nos diplomas legais, o que impede o seu correto desenvolvimento” (2007, p. 143).

Esse fato é sentido na escolha do relator, que, conforme os Regimentos Internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e Comum das duas casas, é atribuída exclusivamente ao Presidente da Comissão, escolhido em votação realizada pelos seus membros, cuja composição reflete aquela da casa legislativa respectiva.

Essa previsão regimental parece divorciar-se da finalidade dos regimentos internos, que conforme abalizada doutrina devem limitar-se ao estabelecimento de regras consentâneas com a Constituição Federal e a legislação sobre a matéria.

Com efeito, o direito das minorias parlamentares não deve cingir-se à mera instalação das CPIs, mas também ao seu funcionamento efetivo como órgão investigatório, o que abrange o exercício da figura do relator, na qual se concentra a incumbência de organizar todas as atividades desenvolvidas pela CPI e apresentar suas conclusões para deliberação da Comissão.

A importância da figura do relator e do método de sua escolha é ainda mais importante após o advento da Constituição de 1988, que, procurando dar maior efetividade às atividades investigatórias das CPIs, dispôs que suas conclusões devem ser enviadas ao Ministério Público para eventual responsabilização dos investigados.

Assegurar o relatório à minoria parlamentar que deu ensejo à criação da CPI traz como vantagem a elaboração das conclusões do trabalho sem a influência da base do governo, cujos atos frequentemente são objeto de investigação das Comissões.

Do mesmo modo, será evitado que nas conclusões sejam omitidos pontos fundamentais da investigação, facilitando, assim, a posterior atividade do Ministério Público e dos órgãos incumbidos da punição a eventuais culpados.

Essa conclusão não é infirmada por eventual excesso que poderia ser praticado por parlamentar confiado a esse encargo, pois todos os atos da CPI devem ser devidamente fundamentos em obediência ao devido processo legal e estão sujeitos a controle jurisdicional quando excederem o seu propósito.

Igualmente, o fato de o relatório ser submetido à votação da base governista que geralmente compõe a CPI também não é motivo para que o relatório não seja um direito da minoria, uma vez que o envolvimento da mídia e da população em torno dos trabalhos da Comissão ressaltará a figura do relator, sendo certamente mais desgastante para os parlamentares que compõem a base governista rejeitar relatório fundamentado feito por relator componente da minoria parlamentar que originou a investigação.

Deve ser ressaltado que o presente trabalho, diante das limitações próprias

de um artigo científico, pretende apenas abrir a discussão a respeito da importante figura do relator nas CPIs, sobretudo em virtude do escasso tratamento doutrinário sobre o tema.

Cabe aos operadores do Direito e aos demais atores sociais intensificar e pluralizar o debate, a fim de que seja alcançado o aperfeiçoamento dos mecanismos que compõem esse importante instrumento de investigação do Poder Legislativo em nosso sistema jurídico.

## Referências

- ABRAO, Guilherme Rodrigues. *Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões Parlamenares de Inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão Parlamentar de Inquérito: técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERNANDES, André Eduardo da Silva; BANDEIRA, Luiz Fernando. *Aspectos jurídicos da escolha do Presidente e do relator em Comissões Parlamentares de Inquérito*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2005. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-23-aspectos-juridicos-da-escolha-do-presidente-e-do-relator-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito>>.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. São Paulo: Lumen Juris, 2000.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUANABARA, Ricardo. *Comissões Parlamentares de Inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao pé da letra*. Campinas: Millennium, 2001.
- SANTI, Marcos Evandro Cardoso. *Criação de comissões parlamentares de inquérito: tensão entre o direito constitucional de minorias e os interesses políticos da maioria*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito: CPI no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2008.



# Competência municipal para legislar sobre Direito do Trabalho: empregos públicos e suplementação das leis federais

Ricardo Teixeira da Silva<sup>42</sup>

**Resumo:** Tendo em vista o sistema de repartição de competências legislativas adotado pelo federalismo brasileiro, constata-se significativa dificuldade, por parte dos operadores do Direito, em encontrar uma solução que compatibilize a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho e a autonomia municipal para organizar os seus serviços e quadro de pessoal. O artigo propõe uma crítica à posição adotada pela doutrina e jurisprudência de forma amplamente majoritária, desvelando que argumentos utilizados para embasar o entendimento de que os Municípios nunca podem legislar sobre empregos públicos estão calcados em interpretações que não levam em conta alterações operadas no texto constitucional, imperfeições técnicas da própria Constituição Federal, bem como uma interpretação sistemática das normas constitucionais. Procura-se, ademais, destacar a importância de princípios como o da autonomia municipal, legalidade e indisponibilidade do interesse público, por meio do que se pretende explicar porque tais princípios não podem ser desconsiderados. Pretende-se demonstrar, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto está assentada em poucos precedentes que, no mais das vezes, sequer enfrentaram o mérito da controvérsia, o que, cogita-se, pode ter forçado o TST a construir jurisprudência ambígua sobre o tema, rebaixando as leis municipais a um *status* infralegal sem, contudo, expurgá-las do ordenamento jurídico, posição que também é criticada. Sugere-se, por fim, solução que, entendendo, pode acomodar de forma mais satisfatória os bens jurídicos em jogo, o que poderia aperfeiçoar a divisão de competências legislativas sobre o assunto sem nenhum prejuízo no campo de atuação da União e, além disso, permitiria a adoção de decisões judiciais mais coerentes.

**Palavras-chave:** Federalismo. Repartição de competências legislativas. Direito do Trabalho. Empregados públicos. Autonomia municipal. Jurisprudência do STF e do TST. Competência municipal para suplementar a legislação federal sobre empregos públicos.

<sup>42</sup> Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo e especialista em Administração Pública pela Escola Superior de Gestão e Contas Públicas Conselheiro Eurípedes – Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

## 1. Introdução

Inequivocamente um dos temas centrais do federalismo é a repartição de competências. Em fórmula concisa e capaz de transmitir a relevância do estudo de tal assunto, Fernanda Dias de Menezes de Almeida chegou a afirmar que “A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à centralização em unidades autônomas”<sup>43</sup>.

O terreno sobre o qual se assenta o presente estudo é a repartição da competência para legislar sobre Direito do Trabalho, especialmente sob o ponto de vista dos municípios. O tema já foi enfrentado algumas vezes pela doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores. Nada obstante, apesar de esforços realizados até o momento, há questões que, penso, ainda hoje pedem soluções que contemplem de maneira mais satisfatória a gama de direitos e interesses envolvidos.

Tomando como ponto de partida o texto constitucional, constata-se que o primeiro desafio a ser enfrentado reside na verificação de compatibilidade entre o artigo 22, I<sup>44</sup> e o 30, I e II<sup>45</sup>, ambos da Constituição da República. O problema já foi devidamente diagnosticado, entre outros, por Estevão Mallet, que dedicou interessante artigo ao assunto.<sup>46</sup>

Em relação à jurisprudência, analisando os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, é possível constatar a existência de entendimento uniforme no sentido de que não compete aos municípios legislar sobre Direito do Trabalho, ante a iniciativa privativa da União prevista pelo artigo 22, I da Constituição Federal<sup>47</sup>. Neste particular, o STF não distingue as leis destinadas a regular as relações entre particulares daquelas endereçadas às carreiras vinculadas ao próprio ente público. Observe-se, porém, que a uniformidade das decisões proferidas pelo STF não implica, por si só, a conclusão de que existe ou existiu consenso na Corte. No RE 116419<sup>48</sup>, por exemplo, os Ministros Célio Borja, Sepúlveda Pertence, Carlos Madeira e Aldir

<sup>43</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 4ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, pg. 14.

<sup>44</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

<sup>45</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

<sup>46</sup> “Para resolver o problema da constitucionalidade ou não das leis municipais trabalhistas é preciso considerar, antes de mais nada, a regra do art. 22, inciso I, da Constituição. Neste dispositivo fica clara a atribuição de competência privativa à União para legislar sobre direito do trabalho, ressalvada, tão-somente, a delegação, a delegação legislativa prevista no parágrafo único do mesmo art. 22, para questões específicas, até hoje nunca utilizada. Poder-se-ia replicar, no entanto, com o disposto no art. 30 da Constituição, em que se alude à competência do Município para tratar de assuntos de interesse local (inciso I) e para “suplementar a legislação federal” (inciso II).” MALLET, Estevão, *Competência legislativa em matéria trabalhista na Constituição. Trabalho e Doutrina*, nº 15, 1997, pgs. 8-9.

<sup>47</sup> Por exemplo: RE 164715 – MG; Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Julgamento em 13.06.1996; RE 632713 Agr MG, Rel. Carlos Ayres Britto, Julgamento em 17.05.2011; ARE 668285 – Agr – RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Julgamento em 27.05.2014; ARE 821761 – Agr – SC, Rel. Ministro Dias Toffoli, Julgamento em 09.06.2015.

<sup>48</sup> RE 1165419-1 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Julgamento em 12.08.1983.

Passarinho divergiram do relator (Min. Octavio Gallotti), defendendo a posição de que a lei municipal poderia conceder estabilidade provisória de 36 meses para os servidores celetistas, uma vez que se equiparava a ato administrativo de gestão que, por razões políticas, dependia de autorização legislativa, não havendo, ainda, que se falar em confronto com a legislação federal.

No âmbito dos órgãos que exercem jurisdição com competência em matéria trabalhista, a controvérsia, via de regra, apresenta-se como pano de fundo em lides nas quais se discute a percepção de parcelas remuneratórias por empregados públicos. É bem verdade que o Tribunal Superior do Trabalho ainda não editou nenhum verbete jurisprudencial específico a respeito da coexistência entre os princípios da autonomia municipal<sup>49</sup> e da condição mais benéfica<sup>50</sup>; porém, são cada vez mais reiteradas as decisões no sentido de que direitos de empregados públicos municipais<sup>51</sup>, positivados em lei local, não podem ser reduzidos ou suprimidos por meio de leis posteriores promulgadas pelos mesmos entes federativos<sup>52</sup>.

As lides já apreciadas tratam de direitos de distintas espécies, como adicional por tempo de serviço<sup>53</sup>, gratificação de atividade técnica<sup>54</sup>, ou alteração da base de cálculo da remuneração<sup>55</sup>. Mas todos os referidos direitos possuem um aspecto comum: o processo de instituição e revogação por meio de lei local.

Analisando tais casos observa-se que a *ratio decidendi* empregada para fundamentar a ampla maioria das referidas decisões judiciais está baseada em dois argumentos principais, a saber: (1) apenas a União possuiria competência para legislar

<sup>49</sup> Sobre o assunto, especialmente: “A atual Constituição da República, além de inscrever a autonomia como prerrogativa intangível do Município, capaz de autorizar até a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando postergada pelo Estado-membro (art. 34, VII, “c”), enumera, dentre outros, os seguintes princípios asseguradores dessa mesma autonomia: (1) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); (2) poder de autogoverno pela eletividade do prefeito, vice-prefeito e dos vereadores; (3) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; (4) poder de autoadministração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas”. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2013, pg. 94).

<sup>50</sup> De acordo com Alice Monteiro de Barros, o princípio da condição mais benéfica: “se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação ao art. 468 da CLT”. (BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2005 - p. 170).

<sup>51</sup> Empregados públicos municipais são, de acordo com a melhor doutrina, os trabalhadores cujos contratos de emprego mantidos junto aos entes públicos locais são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido: “Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração Municipal direta e indireta, sujeitos ao Regime Jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho/CLT e legislação correlata; daí serem chamados também de celetistas.” (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, São Paulo, pg. 608).

<sup>52</sup> Por exemplo: TRT da 2ª Região - Processo nº 00013020820135020332; 6ª Turma; Des. Relator Rafael E. Pugliese Ribeiro; Publicação 06.08.2014; TST - RR-1144-87.2012.5.15.0117 Data de Julgamento: 11/03/2015, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015.

<sup>53</sup> TRT da 3ª Região – Recurso Ordinário 01429-2012-149-03-00-4, Belo Horizonte, Jessé Claudio Franco de Alencar, 02 de julho de 2013.

<sup>54</sup> TST - RR-1230-55.2012.5.02.0332 Data de Julgamento: 19/11/2014, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014.

<sup>55</sup> TST - RR-181-90.2010.5.15.0039 Data de Julgamento: 21/05/2014, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/05/2014.

sobre Direito do Trabalho (artigo 22, I, da Constituição Federal) do que resultaria a inconstitucionalidade formal orgânica das leis municipais redutoras ou supressoras de direitos que até então integravam o contrato de trabalho<sup>56,57</sup>; (2) os direitos em questão já estavam integrados ao contrato de trabalho, por força do princípio da proteção e, especialmente, seu desdobramento no princípio da condição mais benéfica, de maneira que a estabilidade do contrato seria assegurada, ainda, pela manifestação de tal princípio no direito positivo (artigo 468, CLT), e na jurisprudência consolidada (Súmula nº 51, I, TST)<sup>58</sup>.

Por meio do presente artigo pretendo demonstrar que o entendimento atualmente predominante na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que os municípios não possuem competência para legislar sobre Direito do Trabalho, não se aplica à totalidade dos casos. Com efeito, devem ser excluídas as regras aptas a reger relações entre o Município e seus empregados públicos, assim como as relações entre particulares<sup>59</sup> quando se tratar de leis municipais mais protetivas que versem sobre meio ambiente do trabalho, sendo que estas últimas, porém, não serão objeto do presente artigo.

Nesse diapasão, objetiva-se, ainda, demonstrar que a jurisprudência a respeito do assunto é muito menos sólida do que se acredita, ora porque emergiram divergências no processo decisório do único *leading case* de fato existente no STF, o qual já data de mais de 20 anos, ora porque não enfrentado o núcleo da questão colocada nos julgamentos posteriores ou, ainda, porque alguns argumentos simplesmente desconsideram princípios relevantes, como o democrático e o da autonomia municipal. A intenção é, ainda, refutar tais argumentos com fundamento no arcabouço jurídico pátrio, além de propor uma solução que compatibilize de maneira mais satisfatória os valores constitucionais que se encontram em jogo.

## 2. Da previsão do regime jurídico único e da competência legislativa privativa da União sobre Direito do Trabalho

Como visto acima, faz parte de um entendimento corrente que as leis mu-

<sup>56</sup> Há inconstitucionalidade formal orgânica quando um ente federativo edita lei a respeito de matéria não inserida em sua competência legislativa. Nesse sentido, por exemplo, ADI 2.847, STF; RE 227.384 – SP, STF e RE 215.325-RS, STF.

<sup>57</sup> Deve-se observar que esse argumento apresenta uma contradição intrínseca: ora, se a lei que suprime vantagens é inconstitucional em razão da ausência de competência material, necessariamente a lei instituidora oriunda do mesmo ente federativo padeceria do mesmo vício.

<sup>58</sup> “NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)”.

<sup>59</sup> E ainda assim quando a matéria não disser respeito ao meio ambiente do trabalho, assunto que inequivocamente está inserido na competência legislativa municipal, o que se depreende da conjugação dos artigos 24, VI; 30, I e 200, VIII, todos da Constituição Federal. Especificamente sobre o assunto, por exemplo: O papel dos municípios na busca de melhorias no meio ambiente do trabalho, (ZIMMERMANN, Cirlene Luiza, Revista Brasileira da Direito Municipal – RBDM, Editora Fórum, ano 12, nº 40, 35 – 66).

nicipais que disciplinam as relações de trabalho entre os empregados públicos e a Administração esbarram em vício de inconstitucionalidade formal em razão da incompetência material do ente federativo que emite a norma, haja vista o teor do artigo 22, I da Constituição Federal, que atribui expressamente à União a competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho<sup>60</sup>.

Nada obstante, é preciso observar que o poder constituinte originário, ao definir a redação do artigo 22, I, da Constituição Federal, não vislumbrou o interesse de estados e municípios em legislar sobre matéria trabalhista pertinente aos empregados públicos. Isso fica muito claro quando se analisa o texto original da Constituição de 1988. Com efeito, a redação primitiva do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal previa que todos os entes federativos deveriam adotar regime jurídico único<sup>61</sup>, alterando a política de gestão de pessoal que havia vigorado nos 50 anos antecedentes, com coexistência do estatuto próprio com a Consolidação das Leis do Trabalho<sup>62</sup>.

Nesse ponto, é importante lembrar que a redação do artigo 39 da Constituição Federal suscitou intensa divergência doutrinária na época de sua promulgação, uma vez que renomados juristas defendiam o entendimento de que, sendo exigível o regime jurídico único, competiria a cada ente federativo optar entre um estatuto próprio ou a Consolidação das Leis Trabalho<sup>63</sup>; porém, outra corrente tão prestigiada quanto a anterior defendia que o regime jurídico único deveria, necessariamente, ser de natureza estatutária<sup>64</sup>. A segunda corrente, com as ponderações realizadas por Celso Antônio Bandeira de Melo, parece ter sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 492 – DF, em que se julgava a constitucionalidade do artigo 240, alíneas “d” e “e” da lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, que previa a aplicação de institutos típicos do Direito do Trabalho, como a negociação coletiva e o ajuizamento de ações perante a Justiça do Trabalho. Em tal julgamento prevaleceu o entendimento de que o regime jurídico único previsto na Constituição deveria possuir, obrigatoriamente, natureza administrativa, sendo que as diversas referências constitucionais a “empregados públicos da administração

<sup>60</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;  
<sup>61</sup> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

<sup>62</sup> Sobre o tema, especialmente: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas, Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 143-169, jan. – jul., 2007.

<sup>63</sup> Por exemplo: MUKAI, Toshio, Administração Pública na Constituição de 1988, 1989, p. 62. DI PIETRO, Maria Sylvania, Direito Administrativo, 1990, p. 311.

<sup>64</sup> DALLARI, Adilson, Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 1990, p. 46-50; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 1994, 386-388. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Regime Jurídico Único do Servidor Público, 1990, p. 56-76 e GASPARINI, Diogenes, Direito Administrativo, 1992, p. 147-150. Destaque-se que Celso Antônio Bandeira de Melo, apesar de também defender que o chamado “regime jurídico único” deveria necessariamente ser estatutário, admitia a possibilidade de adoção do regime celetista para funções subalternas, em que não fossem manifestados nenhum dos poderes inerentes ao Estado, cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de, Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, ed. Revista dos Tribunais, 2ª Ed. 1991, pgs. 22 e 104 e seguintes.

direta e indireta” deveriam ser entendidas como direcionadas às carreiras tidas como operacionais ou subalternas; e, portanto, incompatíveis com o exercício de poderes inerentes à atividade estatal.

Com efeito, o entendimento adotado pelo STF mostra-se mais apto à estruturação dos recursos humanos dos diversos entes federativos, indo ao encontro dos objetivos vislumbrados pelo constituinte de 1988, que fez constar, dentre os princípios que regem a administração pública, o da impessoalidade. A aplicação do regime orientado pela CLT para todos os agentes públicos, o que só seria possível caso adotada a primeira corrente, não se mostraria adequada para reger uma série de carreiras em que a atuação dos respectivos agentes deve ter em vista não apenas a relação de trabalho; mas, sobretudo, a finalidade pública envolvida. Em tal grupo é possível citar desde agentes políticos, como magistrados, membros do Ministério Público e membros de tribunais de contas<sup>65</sup>, até outros servidores cuja atuação exige elevado grau de independência funcional imprescindível para assegurar a consecução dos princípios positivados pelo artigo 37 da Constituição Federal, como é o caso dos procuradores, auditores e todas as carreiras integrantes do núcleo estratégico do aparelho do Estado. Com efeito, o exercício das funções inerentes a tais carreiras é incompatível com diversos institutos do regime celetista, como a possibilidade de demissão imotivada<sup>66</sup>.

Partindo-se da premissa de que a Constituição Federal, em seu texto original, previu a vigência de um regime jurídico único para orientar as relações entre a Administração e todos os agentes públicos; e que tal regra deveria ser aplicada sobre todos os entes federativos, não se poderia admitir que o regime em questão fosse o celetista, já que diversos agentes de praticamente todas as unidades federadas deveriam, necessariamente, vincular-se à Administração por meio de liame de natureza administrativa, sob pena de subverter a própria natureza dos referidos cargos públicos.

Desvela-se bastante coerente, portanto, o entendimento de que o regime jurídico único previsto pelo poder constituinte originário era, necessariamente, o

---

<sup>65</sup> Conforme as lições de Hely Lopes Meirelles, “Os agentes políticos constituem, na realidade, categoria própria de agente público. Porém, sem dúvida, no Título e Seções referidas, a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-os como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos. São eles os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designação ou nomeação, para o exercício de atribuições constitucionais. Nesta categoria encontram-se, na órbita municipal, o chefe do Executivo (prefeito) e seus auxiliares imediatos (secretários municipais), os membros do Poder Legislativo (vereadores), os membros dos Tribunais de Contas (nos municípios onde houver) e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais. Normalmente tem normas específicas para sua escolha, investidura, prerrogativas, responsabilidades e conduta, submetendo-se, no mais, ao regime estatutário geral ou a um regime estatutário de natureza peculiar.” MEIRELLES, (Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2013, pg. 607).

<sup>66</sup> Embora não tenha se filiado a nenhuma das duas correntes acima, Celso Antônio Bandeira de Melo explicitou argumentos contundentes que arrimam a impossibilidade de sujeição de todos os tipos de agentes públicos ao regime celetista. Na visão do renomado autor, o regime jurídico de natureza administrativa deveria ser considerado o “regime normal dos servidores públicos civis”, o que decorreria do fato de que “este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses laborais, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores são os próprios instrumentos da atuação do Estado”, (Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 154-155). Nesse mesmo sentido, o julgamento da ADI 2310 pelo Supremo Tribunal Federal.

regime jurídico estatutário.

É sobre tal premissa que se alicerça um dos argumentos por ora defendidos: se todas as leis destinadas a tratar dos direitos dos agentes públicos deveriam ter necessariamente natureza administrativa, a legislação trabalhista seria exclusivamente destinada a reger as relações jurídicas entre os particulares, haja vista que o Direito Individual do Trabalho, em seu núcleo, pode ser caracterizado como um ramo do direito contratual. Nesse contexto, e apenas nesse contexto, poderia fazer sentido a inclusão do Direito do Trabalho ao lado do Direito Civil, entre as matérias com competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF).

Ocorre que, por uma série de razões, a adoção de um regime jurídico único e de natureza estatutária não foi medida de grande adesão por parte dos Municípios brasileiros.

O primeiro obstáculo residia na alteração do regime jurídico e criação de isonomia jurídica entre milhares de agentes públicos espalhados por praticamente todos os entes federativos, a exemplo do que pretendeu a União, que deu um passo definitivo com a aprovação da lei 8.112/90<sup>67</sup>. Providência análoga, além de juridicamente complexa, poderia acarretar aumento das despesas de custeio com folha de pessoal, além de elevadas despesas com o pagamento de verbas rescisórias, especialmente depósitos de FGTS acrescidos de multa de 40%, não havendo grande adesão por parte dos municípios<sup>68</sup>. Com efeito, a alteração dos regimes celetistas para estatutários acarretaria, inevitavelmente, o rompimento de um liame contratual para o surgimento de outro, o administrativo. Com a solução do vínculo trabalhista os entes públicos passariam a arcar com os respectivos haveres rescisórios. O problema foi muito bem exposto por José Nilo Castro<sup>69</sup>. E como aponta o mesmo autor, outra ameaça às finanças municipais, oriunda de uma possível alteração do regime jurídi-

<sup>67</sup> Trata-se do estatuto jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais

<sup>68</sup> Nesse ponto, não é demais lembrar que a União, diferentemente dos estados e municípios, passou a arrecadar numerário em percentual cada vez mais significativo em relação ao PIB a partir de 1988, o que se deveu principalmente à instituição de tributos não compartilhados e ao aumento das alíquotas de contribuições sociais que não integram o montante passível de distribuição por meio do Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios. Em resumo, a migração de agentes públicos do regime celetista para o regime administrativo possuía impactos financeiros e previdenciários para os quais a União estava preparada, mas a grande maioria dos entes federativos não.

<sup>69</sup> “A implantação do regime jurídico estatutário único nos Municípios em que se tinha a CLT, cessando-se, pois, os contratos de trabalho dos servidores municipais, implica consequências de ordem jurídica, dentre as quais se sobrepõem as seguintes: FGTS e os proventos de aposentadoria então pagos pelo INSS. A mudança do regime celetista para estatutário – é já entendimento jurisprudencial (TRT – RO 379/90, Município de Belém, recorrente; recorrido, Pedro Pereira da Costa, acórdão n. 1673/90), impõe, necessariamente, a liberação do montante acumulado na conta vinculada do servidor, com acréscimos de juros e correção monetária, salvo nos casos de ocupação temporária de cargo em comissão de livre exoneração, como anteriormente já se pronunciava o ex-TFR, Súmula 178/TFR. Onde: na passagem para o regime estatutário, liberou-se FGTS, sem acréscimo de 40% (TRT – 8ª Região, RO – 1.452/90). Daí, o Município que não tem poderes para legislar sobre a matéria (competência da União, art. 22, I, CF), se depositou, regularmente, o FGTS do servidor, não pode furtar-se a conceder-lhe a guia respectiva para movimentação da conta. E se o Município nunca fez o depósito do FGTS para servidor seu ex-celetista, a situação complica-se. É que a sua obrigação era de regularmente ter feito o depósito. Nesse caso, incumbe ao Município acertar as suas obrigações com a Caixa Econômica Federal, para se respeitar o exercício do direito de seu servidor ex-celetista”. (CASTRO, José Nilo de Castro, *Direito Municipal Positivo*, 2ª. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1992, pg. 146).

co dos agentes públicos, diz respeito ao pagamento de aposentadorias e pensões, que sairiam da responsabilidade do INSS e passariam a ser arcadas pela Administração local.<sup>70</sup>

O que se seguiu foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, que pretendia extirpar a exigência do regime jurídico único, atribuindo nova redação ao artigo 39 da Constituição Federal<sup>71</sup>.

A nova redação, porém, foi suspensa por medida cautelar deferida na ADI 2.135-DF, que restituiu a vigência da redação originária. Porém, como a decisão proferida em cautelar gera efeitos *ex nunc*, não foram anulados os atos praticados com base no texto aprovado pela Emenda Constitucional nº 19, passando a coexistir, novamente, em todos os entes federativos que editaram leis sobre empregos públicos no interregno de vigência da EC/19, os regimes estatutário e celetista. Tudo sem prejuízo de estar em vigor, outra vez, a previsão do regime jurídico único.

Em resumo, a redação do artigo 22, I, da Constituição Federal, que atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho, só faz sentido quando se interpreta a Constituição Federal em seu conjunto e se presume a existência de um regime jurídico único, de natureza administrativa, em todos os entes federativos. Porém, se o regime estatutário ainda coexiste com o celetista, não há como negar aos municípios a competência necessária para legislar sobre diversos aspectos do contrato de trabalho entre a Administração e os empregados públicos. Indaga-se: os municípios poderiam conceder reajustes salariais aos seus empregados públicos por meio de atos administrativos em vez de leis? Seria possível impor um plano de cargos e salários por ato administrativo? Normas a respeito do processo administrativo disciplinar?

Em face de tais perguntas, observa-se que o reconhecimento da incompetência legislativa municipal para estabelecer regras aplicáveis aos empregados públicos necessariamente acarretaria uma de duas alternativas igualmente insatisfatórias, a saber: 1) ou deixaria de regulamentar aspectos importantíssimos de uma infinidade de contratos de trabalho; 2) ou teria que compactuar com a sistemática violação do princípio da legalidade a cada oportunidade em que se fizesse necessário editar normas voltadas não à mera regulamentação, mas sim à criação, alteração ou extinção de direitos e, principalmente, que acarretassem a utilização de recursos públicos, o que poderia ocorrer em diversas matérias não contempladas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela legislação federal esparsa.

Além disso, o impulso de evitar duas alternativas deficientes não obriga, no caso, a adotar uma terceira via juridicamente arbitrária. É que o sistema de repartição de competências previsto na Constituição Federal comporta uma interpretação que não exclui a possibilidade dos municípios legislarem sobre aspectos dos contratos de trabalho mantidos com seus empregados públicos. Isso porque o constituinte pátrio

<sup>70</sup> CASTRO, José Nilo de Castro, *Direito Municipal Positivo*, 2ª. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1992, pgs. 147/148.

<sup>71</sup> Após a Emenda Constitucional nº 19 o artigo 39 passou a ostentar a seguinte redação: "Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes".

adotou, simultaneamente, o sistema da repartição horizontal e o da repartição vertical. No presente caso, a doutrina e a jurisprudência tem adotado uma interpretação literal do artigo 22, I, da Carta Magna, dando prevalência à repartição horizontal de competências, assim como ocorre, por exemplo, com o Direito Civil. Porém, por meio de uma interpretação sistemática, constata-se que nos casos envolvendo vínculos jurídicos entre os municípios e os seus agentes existe não apenas a possibilidade, mas sim a necessidade de conciliar os dois sistemas. E isso nem sequer é uma peculiaridade do Direito do Trabalho, ocorrendo também em outras áreas do Direito, como as licitações e contratações públicas, por exemplo.

### **3. Sobre as impropriedades técnicas presentes no artigo 22 da Constituição Federal e por que a repartição de competências no plano vertical é mais adequada para solucionar o problema da competência municipal para legislar sobre empregos públicos**

A existência de todo sistema federativo de organização do Estado pressupõe a adoção de um modelo confiável de repartição de competências<sup>72</sup>. De acordo com a doutrina, o primeiro poder constituinte a se deparar com tal desafio, que foi o dos Estados Unidos da América, adotou como solução a atribuição de competência sobre matérias expressamente enumeradas ao governo federal, e restando a competência reservada, remanescente ou não enumerada aos estados<sup>73</sup>. Adotou-se, assim, a chamada repartição horizontal das competências, em que cada ente federativo recebe uma determinada gama de matérias a respeito das quais poderá legislar exaustivamente.

Diverso foi o sistema adotado pela Constituição da República. Renata Benedet assinala “que a Constituição Brasileira de 1988 traz, em seu bojo, técnicas de repartição diferenciadas, coabitando variações de técnica de repartição de competências

<sup>72</sup> “Sob outro visio, a partilha de competências afigura-se um imperativo do federalismo para a preservação do relacionamento harmônico entre União e Estados-membros. Sim, porque a não delimitação das atribuições do conjunto e das partes, que devem coexistir e atuar simultaneamente, tornaria inevitavelmente conflituosa sua convivência, pondo em risco o equilíbrio mútuo que há de presidir a delicada parceria a que corresponde, em última análise, a Federação”. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 4ª edição, Atlas, São Paulo, 2007, pg. 15).

<sup>73</sup> “A solução encontrada pela fórmula originária do modelo federal – o norte-americano – teve seu fundamento pautado nos poderes estaduais, favorecendo-os. As competências dos poderes federais foram expressa e restritivamente elencados na Constituição norte-americana, deixando aos poderes estaduais, a competência reservada, remanescente ou não enumerada. As matérias que não estivessem contidas no rol das competências do Estado federal seriam dos poderes estaduais (cláusula expansiva).<sup>17</sup> A técnica constitucional de repartição de competências formulada pelo constituinte da Filadélfia, firmada no plano de repartição horizontal de competências, exerceu e exerce influências na organização de estados federais, admitindo, contudo, algumas variações que, segundo Horta, são as seguintes: a) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento; b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados de poderes reservados ou não enumerados; c) enumeração da competência dos Estados-Membros e atribuição à União de poderes reservados.” (BENEDET, Renata, *Lei nacional e lei federal: A repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988*, *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 11 - n. 2 - p. 301-311 / jul-dez 2006, pg. 304).

vertical e horizontal.”<sup>74</sup>. Assim, ao lado da repartição horizontal de competências, há também uma repartição vertical, segundo a qual compete a todos os entes federativos legislar sobre a mesma matéria, criando-se, nas palavras de Raul Machado Horta, um verdadeiro condomínio legislativo<sup>75</sup>. Nas matérias em que a competência legislativa é distribuída de forma vertical, prevalece o critério da generalidade, incumbindo à União, em regra, estabelecer normas gerais, restando aos demais entes federativos dispor sobre as peculiaridades de cada localidade. E nem se diga que os municípios não podem participar da repartição vertical de competências, já que a Constituição Federal atribui expressamente a competência suplementar do poder local. De acordo com Alexandre de Moraes, a competência suplementar “consiste na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução à peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local”<sup>76</sup>.

A competência suplementar dos municípios, que se estrutura em um modelo de repartição vertical, reside no artigo 30, II, da Constituição Federal<sup>77</sup>. Isto é, compete aos municípios suplementar a legislação federal e estadual naquilo que couber.

O dispositivo constitucional em questão possui a finalidade explícita de permitir que a União estabeleça as regras gerais, competindo aos municípios a criação de regras acessórias que possuam como escopo proporcionar a melhor implementação dos princípios gerais a cada realidade local.

Nesse contexto, o campo de atuação de cada ente federativo fica mais facilmente delimitável quando a própria Constituição Federal faz referência à edição de normas gerais. São os casos, por exemplo, do artigo 22, XXVII, que confere à União a competência para estabelecer normas gerais sobre licitações públicas e do artigo 146, III, que reserva à União a competência para elaborar, por meio de lei complementar, as normas gerais em matéria de legislação tributária. Nesses casos, é inequívoco que à União foi conferida a prerrogativa de traçar os fundamentos e diretrizes do ordenamento jurídico referente às licitações e ao sistema tributário nacional, o que ocorreu por meio da promulgação da lei 8.666/93 e da recepção da lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional, com *status* de lei complementar. Igualmente inequívoco que aos municípios compete suplementar tais estatutos para, por meio de normas atentas às peculiaridades locais, implementar as regras gerais, de maneira a considerar as necessidades presentes em cada ente municipal.

A referência às licitações e contratos públicos no artigo 22, XXVII da Constituição Federal é ainda mais categórica, já que se trata claramente de uma hipótese

---

<sup>74</sup> BENEDET, Renata. Lei nacional e lei federal: A repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988, *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 11 - n. 2 - p. 301-311 / jul-dez 2006, pg. 304.

<sup>75</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª edição. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 321.

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11 edição, São Paulo, Atlas, 2002. p. 303.

<sup>77</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”;

de matéria para a qual foi expressamente atribuída a competência concorrente<sup>78</sup>, mas que foi incluída no artigo constitucional que trata do rol de competências privativas. Análogos são os casos referentes às “diretrizes da política nacional de transportes” (IX), “normas gerais de organização, efetivo, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares” (XXI), e “diretrizes e bases da educação nacional” XXIV. A imprecisão relacionada à localização de matérias claramente sujeitas à competência legislativa concorrente no rol constante no artigo que trata da competência privativa da União foi percebida pela melhor doutrina, que se referiu ao fenômeno como “Inadequação técnica da inclusão de competências legislativas concorrentes entre as competências legislativas privativas da União”<sup>79</sup>.

Em face dos problemas decorrentes de tal fenômeno, a autorizada doutrina aponta que não se deve aplicar simples interpretação literal ou mesmo topológica. Assim, se o próprio texto constitucional diz que a União deve editar apenas as normas gerais sobre uma matéria, não é porque o dispositivo está inserido no artigo 22, que trata das competências privativas, que a referida matéria deverá ser tida por de competência privativa. Tudo vai depender da estrutura e natureza da norma, buscando-se o sentido das normas constitucionais em consonância com todo o arcabouço normativo no qual estão inseridas, aplicando-se a interpretação sistemática, portanto. Nesse sentido, por exemplo, as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>80</sup>.

Não pode haver dúvidas, portanto, que as matérias mencionadas nos incisos IX, XXI, XXIV e XXVII do artigo 22 da Constituição Federal estão sujeitas à competência legislativa concorrente da União, estados e municípios (estes nos limites constitucionais delineados pelo artigo 30), já que, conforme consta expressamente do texto constitucional, a União deve se preocupar apenas com as normas gerais.

Todavia, em relação à competência para legislar sobre Direito do Trabalho, a Constituição Federal não diz que à União compete legislar apenas as normas gerais. O dispositivo é mais lacônico e refere apenas ao Direito do Trabalho.

A solução do problema proposto, portanto, não é tão simples quanto a encontrada para outras matérias, como as licitações e contratos públicos. Porém, o simples fato de verificar que o artigo 22 da Constituição Federal contempla matérias que estão fora da competência legislativa privativa da União já abre uma importante perspectiva e autoriza o intérprete a investigar de maneira mais detida a adequação

---

<sup>78</sup> Uma vez que à União cabe estabelecer as regras gerais, por decorrência lógica, a suplementação deve ser realizada por estados e municípios, estes últimos apenas em relação às matérias pertinentes a sua organização, seus serviços, arrecadação de seus tributos e assuntos de interesse local, conforme a previsão do artigo 30 da Constituição Federal.

<sup>79</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 4ª edição, Atlas, 2007, pgs. 87-90.

<sup>80</sup> “Algumas observações, todavia, cabem a este propósito, em face de um texto com as características da Constituição de 1988. A primeira consiste em acentuar a importância da interpretação sistemática. As normas da Constituição de 1988, repita-se, resultam de uma composição entre propostas, não raro extremamente divergentes, senão contraditórias. Nem sempre a conciliação se fez com a mesma orientação, e cá ou lá prevalecem inclinações entre si opostas. Assim, se jamais se deve determinar isoladamente o sentido de uma regra, com relação à Constituição vigente é imperioso procurar inseri-la no sistema que objetivamente deflui de seu texto, conciliando-se o aparentemente inconciliável.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1990. V. 1, pg. 10, APUD ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 4ª edição, Atlas, 2007, pgs. 89).

quanto à inclusão de determinadas competências legislativas no artigo 22 da Carta Magna. Importa dizer: pode haver princípios e regras constitucionais que imponham uma interpretação constitucional sistemática quanto às competências mencionadas no artigo 22 da Constituição Federal.

#### 4. Da autonomia municipal para organizar o seu pessoal

Com a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina majoritária passou a reconhecer que os municípios adquiriram *status* de entes federativos, superada, inclusive, a polêmica capitaneada por José Afonso da Silva, que por algum tempo negava tal condição às pessoas políticas locais<sup>81</sup>.

A autonomia constitucionalmente adquirida foi didaticamente dividida, por Hely Lopes Meirelles, em três esferas, a saber: 1) autonomia política, 2) autonomia administrativa e 3) autonomia financeira<sup>82</sup>. A competência para organizar o seu pessoal, os seus recursos humanos, está inequivocamente inserida na autonomia administrativa<sup>83</sup>.

Sobre o tema, é interessante o ponto de vista de José Nilo de Castro. O eminente municipalista também parte da premissa de que a autonomia municipal pressupõe a respectiva competência para editar leis dispondo sobre a organização dos recursos humanos do Município. Nada obstante, enxerga em tal aspecto uma prova de que a exigência constitucional de adoção do regime jurídico único exclui completamente a possibilidade de adoção, por entes da administração direta, do regime

---

<sup>81</sup> Sobre o posicionamento do eminente constitucionalista, conferir, por exemplo, (SILVA, José Afonso da, Malheiros, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, 2006, pgs. 474/475).

<sup>82</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2013, 17ª Ed. pgs. 89-126.

<sup>83</sup> “As entidades estatais são livres para organizar seu pessoal para o melhor atendimento dos serviços a seu cargo. Devem, todavia, fazê-lo por lei. A competência para essa organização é da entidade a qual pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria, como já assinalamos, as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos funcionários dos Municípios. Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos, segundo suas conveniências e necessidades administrativas e as forças de seus erários (CF, arts. 39 e 169).” (...) “A competência do Município para organizar o serviço público e seu pessoal é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público (CF, arts. 37 a 41) bem como os preceitos das leis de caráter nacional e de sua lei orgânica, pode o Município elaborar o regime jurídico de seus servidores, segundo as conveniências locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais. Só será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente. Nem como a Constituição Estadual poderá estabelecer direitos, encargos e vantagens para o servidor municipal, porque isto atenta contra a autonomia local. Desde que o Município é livre para aplicar suas rendas e organizar seus serviços (CF, art. 30, III e V), nenhuma interferência pode ter o Estado-membro nesse campo da privativa competência local. Só o Município poderá estabelecer regime de trabalho e de pagamento de seus servidores, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento”. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2013, 17ª Ed. pg. 619-620).

celetista, resultando impositiva a criação de regras estatutárias<sup>84</sup>, <sup>85</sup>.

Em resumo, partindo-se da premissa de que os Municípios são entes federativos com autonomia para organizar seu próprio pessoal e que o ordenamento jurídico atual, diferentemente do vigente quando da promulgação da Constituição de 1988, autoriza a estruturação das carreiras municipais pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>86</sup>, resultaria um contrassenso considerar inconstitucionais as leis municipais destinadas a suplementar a legislação federal acerca do assunto.

## **5. Do princípio da legalidade e do regime jurídico de direito público ao qual se submetem os municípios**

Como é sabido, os valores defendidos pelo princípio da legalidade remontam ao movimento constitucionalista, na medida em que representam verdadeira limitação de poder. Parte-se do princípio de que nenhum soberano pode impor a sua vontade ao povo criando as regras que bem entender. Em vez disso, é o próprio povo quem cria as regras que deverá obedecer, as quais são produzidas por intermédio dos representantes democraticamente eleitos. Assim, quando a Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei, afirma que o povo brasileiro apenas deverá obedecer as regras com as quais, ainda que indiretamente, concordou.

Quando se trata da atuação do Poder Público e não dos particulares, tal princípio assume feição ainda mais rigorosa. Reproduzindo fórmula já consagrada, é possível afirmar que se no campo do Direito Privado é possível fazer tudo aquilo o que a lei não proíbe, na esfera do Direito Público é possível fazer apenas aquilo que a lei permite<sup>87</sup>. A razão é muito simples e parte da mesma lógica já exposta. O particular é

<sup>84</sup> "O regime trabalhista não serve o servidor público e civil desmerece a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional. Adotá-lo seria ter renúncia inconstitucional à autonomia da entidade política (Estados ou Municípios. A União já instituiu o estatutário, como estatutário é o regime jurídico dos servidores estaduais mineiros). Vários Municípios (pessoas jurídicas dotadas de autonomia constitucional) possuem, hoje ainda, servidores estatutários e servidores sobre o regime consolidado celetista. A duplicidade é vedada constitucionalmente. A unicidade se impõe. E se impõe por dois motivos nucleares. Conforme acabamos de ver, não há possibilidade jurídica de o Município renunciar à sua autonomia constitucional, não legislando para a organização de seu pessoal e, nessa orientação, a organização pressupõe a instituição do regime estatutário como ÚNICO, de vez que o Município não legisla sobre direito do trabalho. (...) Em consequência, não instituir o regime estatutário no serviço público como único, a meu sentir, pelo que se desgarra da Constituição Federal, é demitir-se da autonomia irrenunciável municipal prevista constitucionalmente, é comodidade, senão uma irresponsabilidade, que, aliás, não encontra ressonância, para gáudio de todos, em nossos administradores municipais, que buscam o melhor para os Municípios e o devido para seus servidores, na prevalência do interesse público sobre o particular, sem prejuízo da segurança jurídica de todos os servidores". (CASTRO, José Nilo de, *Direito Municipal Positivo*, 2ª. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1992, pgs. 144/145).

<sup>85</sup> A posição é interessante sob o ponto de vista doutrinário, e fincava sólida posição em relevante controvérsia acadêmica já mencionada, mas não pode ser levada às últimas consequências, no contexto atual, haja vista que o arcabouço constitucional foi alterado com a Emenda Constitucional nº 19 e o julgamento da medida cautelar na ADI 2.135-DF.

<sup>86</sup> Observadas as peculiaridades de vigência da Emenda Constitucional nº 19, conforme abordado em tópicos anteriores.

<sup>87</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993, pg. 83.

livre para usar seus próprios bens e direitos para perseguir seus objetivos, encontrando limites apenas nos direitos e interesses de outros particulares ou da coletividade, os quais são protegidos por lei. A Administração pública, porém, utiliza os bens desta coletividade para perseguir interesses comuns; assim, nada mais lógico do que o povo estar de acordo com tal atuação e a conseqüente eleição de objetivos e alocação de recursos. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho: “Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles zelar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.”<sup>88</sup>. É justamente por isso que, não bastasse a positivação do princípio da legalidade no artigo 5º da Constituição Federal, ela também dispôs expressamente, no artigo 37, que o Poder Público se sujeita à legalidade.

Partindo-se da premissa de que a Administração Pública está sujeita aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, impõe-se a seguinte questão: é possível o Poder Público conceder vantagens pecuniárias a seus agentes sem a edição de lei?

A única resposta possível é negativa. Primeiramente, destaca-se que a expansão de despesas de caráter continuado com pessoal deve ser compatível com a lei orçamentária anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual. Tudo nos termos do artigo 169, § 1º, I e II da Constituição Federal e artigo 16, § 1º, I e II da Lei de Responsabilidade Fiscal. Logo, previsão legal deverá haver a partir do momento em que se pretende criar a despesa com o aumento de remuneração, gratificações ou outras vantagens dos empregados públicos.

O Tribunal Superior do Trabalho também já reconheceu, por meio de jurisprudência consolidada, que a Administração está adstrita aos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, convém mencionar a Orientação Jurisprudencial nº 5 da Seção de Dissídios Coletivos, segundo a qual: “Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010”. Diversos são os precedentes que seguem a mesma linha argumentativa<sup>89</sup>.

Ora, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, por meio de verbete da juris-

<sup>88</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Atlas, 2012, pg. 34.

<sup>89</sup> “DISSÍDIO COLETIVO AJUIZADO EM FACE DE ENTE PÚBLICO. 1) RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA FUNDAÇÃO PARQUE ZOOLOGICO DE SÃO PAULO. 1) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. As pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, estão submetidas às regras da administração pública, nos aspectos patrimonial, orçamentário e financeiro, consoante as diretrizes dos arts. 37 a 41 e 163 a 169 da Constituição, bem como às regras específicas de gestão de pessoal, conforme dispõem as leis em vigor. Nesse contexto, editou-se a Orientação Jurisprudencial nº 5 da SDC desta Corte, que não reconhecia aos servidores públicos o direito a celebrar acordos e convenções coletivas de trabalho, e de ajuizar dissídios coletivos. Ocorre que o posicionamento atual e majoritário desta Seção Especializada em relação à aplicação do dispositivo supracitado é o de que a restrição nele contida limita-se à apreciação de cláusulas de conteúdo econômico. Assim, admite-se o ajuizamento de dissídio coletivo em face da Fundação Parque Zoológico de São Paulo, sendo possível a instituição de cláusulas de natureza social, e, tendo o Regional decidido nesse sentido, mantém-se aquela decisão e nega-se provimento ao recurso quanto à prefacial de extinção do feito, pela impossibilidade jurídica do pedido. 2) CLÁUSULAS SOCIAIS IMPUGNADAS. Providas parcialmente para que sejam adaptadas, algumas delas, à jurisprudência normativa desta Corte. Recurso ordinário parcialmente provido. (RO-2006500-62.2006.5.02.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, DEJT 24/09/2010)”.

prudência consolidada, reconhece expressamente que o Poder Público só pode criar por meio de lei as cláusulas econômicas que se destinam a compor o contrato de trabalho. Não faz sentido, portanto, que em outros julgados declare a incompetência material de municípios para legislar sobre Direito do Trabalho.

Em resumo, a sujeição da administração municipal aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público impõe ao Poder Público a edição de leis sempre que quiser incluir uma cláusula de natureza econômica nos contratos de trabalho dos seus empregados públicos, e isso já está reconhecido na jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho.

## 6. O alcance das leis municipais sobre Direito do Trabalho

De acordo com os critérios de repartição de competências legislativas adotados pela Constituição Federal, a União possui o poder de editar leis com diferentes alcances, a depender dos seus destinatários. Tendo tal questão em vista, Regis Fernandes de Oliveira, entre outros, realizou pertinente distinção entre leis nacionais e leis federais, sendo aquelas destinadas a reger as relações jurídicas existentes entre a União e a coletividade e estas voltadas à organização da própria União<sup>90</sup>.

Mais minuciosa, porém, é classificação sugerida pelo professor Sérgio Rezende de Barros, que traz interessante acréscimo ao mencionar leis federais nacionais, leis federais transitivas e as leis federais intransitivas.

De acordo com o eminente autor, as leis federais nacionais são aquelas que “transitam da União para a nação. São editadas pela União em nome do Estado Nacional. Têm por fim imediato, alcançando relações sociais entre indivíduos, nacionais ou paranações, disciplinar a convivência deles no seio da nação”.<sup>91</sup>

Já as leis federais intransitivas são “leis da União para si mesma, mediante as quais ela cuida imediatamente de seus próprios assuntos político-administrativos, estritamente, sem repercutir – senão mediatamente, por reflexos inevitáveis – na estrutura federativa ou na convivência nacional. São leis federais intransitivas sendo da União, não transitam além da União para impor institutos ou instituições à federação ou à Nação. São leis federais pelas quais a União se autogoverna e se auto-administra.

<sup>90</sup> “De outro lado, não se pode esquecer da existência de leis nacionais, ou seja, as que, expedidas pelo Congresso Nacional, valem para todo território nacional, alcançando todas as pessoas que nele estejam e que são de cumprimento obrigatório pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios (caso do Código Civil, Código de Processo Civil, por exemplo). Ao lado delas, existem as leis federais, as quais, editadas pela mesma Casa de Leis, apenas alcançam as pessoas vinculadas à União, sem vínculo, portanto, para as demais unidades federadas. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, por exemplo, é lei federal, ou seja, tem seu âmbito de incidência limitado àqueles que mantêm vínculo funcional estatutário com a União. Não alcança qualquer outro servidor público. Como ensina Kelsen, o âmbito espacial de validade e o âmbito pessoal são diferentes”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, Curso de Direito Financeiro, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013).

<sup>91</sup> Sérgio Rezende de Barros, Lei nº 8.666: Lei Federativa, [http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8\\_666--lei-federativa.cont](http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8_666--lei-federativa.cont) acesso em 31/07/2015.

São leis da União para a União: *interna corporis*<sup>92</sup>.

Por fim, há que se falar nas leis federais transitivas, ou leis federais federativas. Neste particular, anotou Sérgio Rezende de Barros: “As leis federais federativas transitam da União para a Federação. A União as edita em nome do Estado Federal. Têm por fim imediato, alcançando outros entes federativos, completar a organização político-administrativa conferida pela constituição à Federação. Com elas, a União não dispõe interna corporis exclusivamente, mas também legisla externa corporis inclusivamente, não só para si mesma, mas também para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ingressando no recinto da Federação, para aí ativar institutos e instituições de ordem pública, de teor político-administrativo”.<sup>93</sup>

Em face das considerações *supra*, impõe-se a seguinte pergunta: como podem ser classificadas as leis editadas pela União em matéria de Direito do Trabalho? Entendo que podem, a depender do assunto, adquirir qualquer uma das três classificações<sup>94</sup>.

Para ilustrar o que se afirma, é possível mencionar, por exemplo, a lei nº 9.962 de 22 de fevereiro de 2000, que “Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências”. Trata-se claramente de lei federativa intransitiva, a exemplo do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. A principal diferença é que a lei 9.962/2000 se aplica aos funcionários ligados à União por vínculo contratual, ao passo que o estatuto se direciona aos servidores cuja relação jurídica é regida por vínculo estatutário. Mas nenhuma das duas leis produz efeitos aplicáveis à Nação ou aos outros entes federativos.

E quanto à Consolidação das Leis do Trabalho e legislação acessória, como a lei nº 13.134/15, que dispõe sobre o seguro desemprego e a lei nº 4.090/62, que dispõe sobre o décimo terceiro salário? São leis que, ao mesmo tempo, devem ser observadas por todos os entes federativos que realizarem contratação de empregados públicos e, também, por todos os particulares que mantiverem vínculo de emprego.

Tratando-se de regras que se aplicam tanto à coletividade quanto aos outros entes federativos, entendo que seria um esforço grande e desnecessário tentar distinguir a natureza de tais normas entre nacionais ou federais transitivas, a depender da preponderância. Em todo caso, não se contesta a incidência das regras sobre todos os particulares que desenvolvam relação de trabalho e entes públicos que realizem contratação de pessoal por meio de liame contratual. E ainda que assim não fosse, é inequívoco que tanto as leis federais nacionais quanto as leis federais transitivas podem ser integradas pelos municípios, no exercício da competência residual positivada por meio do artigo 30, I e II da Constituição Federal.

Para melhor ilustrar a questão, pode-se lembrar que situação semelhante ocorre quando um ente público celebra algum dos chamados “contratos privados da

<sup>92</sup> Sérgio Rezende de Barros, Lei nº 8.666: Lei Federativa, [http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8\\_666--lei-federativa.cont](http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8_666--lei-federativa.cont) acesso em 31/07/2015.

<sup>93</sup> Sérgio Rezende de Barros, Lei nº 8.666: Lei Federativa, [http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8\\_666--lei-federativa.cont](http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8_666--lei-federativa.cont) acesso em 31/07/2015.

<sup>94</sup> Tal fenômeno não pode ocorrer, por exemplo, com o Direito Civil, que é necessariamente composto de leis com caráter de normas nacionais, voltadas à Nação.

administração”<sup>95</sup>. Isto é, ao optar por contratar pessoal por meio do sistema regido pela CLT, o ente público abre mão de uma parcela da sua autonomia e passa a obedecer normas de direito privado vigentes em todo o território nacional. Porém, embora tal abdição diga respeito à maior parte das regras que poderiam ser editadas caso o sistema fosse o estatutário, é inequívoco que o campo de atuação normativa dos entes públicos que contratam pela CLT não fica aniquilado. Prosseguindo na comparação com os contratos privados da administração, as lições de José dos Santos Carvalho Filho, citadas supra, mencionam expressamente que, como regra, a Administração não possui “qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum”<sup>96</sup>. Como regra inexistente supremacia do ente público para criar normas unilateralmente, mas excepcionalmente elas existem. É o que se extrai por meio de interpretação *a contrario sensu* dos ensinamentos do brilhante administrativista. E, neste particular, não há diferença quanto ao tratamento a ser dispensado na esfera do Direito do Trabalho<sup>97</sup>.

## 7. Sobre a jurisprudência do STF: O RE 116419 e decisões posteriores

Conforme mencionado na introdução, nos autos do RE 116419, o STF, em decisão dividida, entendeu que os Municípios não possuem competência para legislar sobre Direito de Trabalho, ainda que apenas para suplementar a legislação federal naquilo que diz respeito aos empregados públicos vinculados a cada município por contrato de trabalho.

No caso em questão, o Município de Paraibuna, no Estado de São Paulo, havia criado estabilidade de 36 meses para seus servidores. A controvérsia dizia respeito

---

<sup>95</sup> “A primeira das espécies dos contratos dessa categoria é a dos contratos privados da Administração, regulados pelo Direito Civil ou Empresarial. É evidente que, quando a administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a Administração age no seu *ius gestionis*, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 25ª edição, 2012, pg. 172).

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 25ª edição, 2012, pg. 172.

<sup>97</sup> Poder-se-ia suscitar, neste ponto, uma questão interessante. É que a doutrina administrativista não reconhece que, nos casos mencionados, o Município teria adquirido competência para suplementar a legislação civil. Pensa-se, em vez disso, que o município pode criar regras de Direito Administrativo que passam a integrar as contratações civis, suplementando-as. Tal solução, a princípio, seria possível também em relação à matéria trabalhista. Como inclusive já foi defendido por diversos ministros em julgado do STF que será analisado em tópico específico. Penso, porém, que tal possibilidade vem sendo evitada pela jurisprudência, na medida em que reascenderia a discussão quanto ao deslocamento de competência jurisdicional. Tal deslocamento seria, ademais, mais complicado em face da decisão proferida pelo STF em sede da ADI 3.395-6, em que foi considerada inconstitucional qualquer interpretação do artigo 114, I, da Constituição Federal que inclua entre a competência da Justiça do Trabalho a “apreciação ... de causas que...sejam instauradas entre o Poder Público, e ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Todavia, ainda que possível e, parece-me, mais razoável do que a interpretação que ocupa campo majoritário, esta não me parece ser a melhor solução.

à compatibilidade de tal regra com a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho. Competência esta verificada em face do paradigma da Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969, já que a lei foi editada em 1982, portanto, anteriormente à promulgação da Constituição vigente.

No voto condutor, o Ministro Relator, Octavio Gallotti, considerou que o Município possui competência para editar normas regulamentares incidentes sobre os contratos de trabalho de seus empregados, mas apenas regras de gestão, e não lei em sentido formal e material. É a *ratio decidendi* que vem sendo adotada até hoje.

O Ministro Célio Borja, abrindo a divergência, concordou com o Relator quanto ao fato, mas considerou que a lei municipal questionada era materialmente um mero ato administrativo composto, editado com a participação do Prefeito e da Câmara Municipal, e que tanto no setor de pessoal quanto no de finanças públicas há uma série de atos de administração que, a rigor, deveriam ser de atribuição exclusiva do Prefeito. Portanto, a lei municipal em questão seria constitucional porque não seria materialmente lei. É a linha de pensamento adotada pela TST para não ter que pronunciar a inconstitucionalidade das leis municipais e expurgar as respectivas regras do mundo jurídico.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Célio Borja, acrescentando alguns pontos na fundamentação. Afirmou, por exemplo, que todas as leis de organização administrativa, como as que regem a força de trabalho, possuem natureza de direito público, não adentrando, portanto, a competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, tratava-se de norma de Direito Administrativo, ainda que os seus efeitos se estendessem para o campo do Direito do Trabalho.

O Ministro Paulo Brossard acompanhou o Relator, mas é possível destacar em seu voto uma considerável prevalência de argumentos de natureza política. Anotou o Ministro que a lei que vinha a conceder estabilidade provisória de 36 meses a todos os agentes municipais era, na verdade, um ardil praticado pelo administrador da ocasião popularmente conhecido como “testamento político”. Isto é, a lei havia sido aprovada dias após a realização de eleições municipais e pouco tempo antes da troca de administração. Voltava-se, portanto, a resguardar interesses do administrador em manter os funcionários ligados ao seu grupo político na máquina pública, ainda que contra a vontade de seu sucessor eleito, o que contrariava dispositivo expresso de lei federal. Considerou também a incompetência legislativa do Município, é preciso dizer, ainda que em *obiter dictum*.

Acompanhou a divergência o Ministro Carlos Madeira, destacando que a lei em questão era um mero ato administrativo e que nada impedia o Município de estender benefício a patamar acima do previsto em lei federal, já que qualquer particular poderia fazer isso sem incorrer em ilegalidade.

Expostos os principais argumentos constantes nos votos que conferiram maior profundidade à questão, registra-se que o voto do Relator foi vencedor com quatro divergências. Ou seja, tratou-se de decisão bastante controvertida.

De lá para cá não foram muitas as ocasiões em que o STF revisitou o tema, o que passa a ser exposto por intermédio de análise empírica após busca na sessão de

jurisprudência do site do STF por meio dos critérios “competência”, “legislativa” e “direito adj2 trabalho”. Serão analisados acórdãos em que se questionou a validade de leis municipais e estaduais aplicáveis a empregados públicos, desconsiderando-se os demais julgados.

No AI 176796 AgR / PR, o recurso foi promovido por Eduardo de Paula em face da Fazenda Pública do Estado do Paraná. Na ocasião, o reclamante demandava diferenças salariais e após o término da tramitação nas instâncias ordinárias a lide foi submetida ao TST, por meio de Recurso de Revista. O Agravo Regimental em Agravo de Instrumento apreciado pelo STF limitou-se a reconhecer a ausência de pertinência da matéria constitucional ventilada, constatando-se a ausência de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Não se pode falar em análise da questão federativa no referido julgado.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1515-0 DF, discutia-se uma norma editada pelo Distrito Federal que estipulava, em síntese, o adiantamento de 40% da remuneração das férias. A ação foi julgada procedente para pronunciar a inconstitucionalidade do dispositivo, haja vista a incompetência legislativa do ente federativo que editou a regra. E nada mais correto, já que a norma imposta ia de encontro ao conteúdo do artigo 145 da CLT, que garante o pagamento antecipado integral da remuneração de férias. Neste caso, a legislação acessória pretendia inovar o conteúdo de lei federativa transitiva ou lei nacional, como preferir o leitor. O certo é que o Distrito Federal certamente extrapolou o terreno da competência para suplementar a legislação federal. Logo, a incompetência legislativa reconhecida não serve para refutar a tese por ora defendida, já que não se trata de legislação suplementar.

No agravo regimental em agravo de instrumento nº 265.672-1, o caso de fundo versava sobre pretensão de empregados de fundações públicas do Distrito Federal a um reajuste salarial que seguiu texto de lei que utilizava o termo genérico “servidores públicos”, sem especificar se apenas os estatutários ou se estatutários e celetistas. A análise do então relator, Ministro Otávio Galloti, limitou-se ao despacho de inadmissibilidade do recurso manejado pelos reclamantes, não ingressando propriamente na questão de fundo. Ora, o acórdão não explica por que a lei seria meio inidôneo para dispor sobre a remuneração de empregados públicos de fundações públicas vinculadas ao Distrito Federal.

A decisão do Recurso Extraordinário nº 361.600-5, relatado pela eminente Ministra Ellen Gracie, lança maiores luzes sobre a controvérsia exposta no parágrafo supra. Em tal ocasião fica claro que as pretensões dos reclamantes vinculados a fundações públicas do Distrito Federal não diz respeito apenas à fixação de salários. Tratava o caso, também, da aplicabilidade da Medida Provisória nº 154 de 1990 sobre os empregados públicos da referida entidade federativa. A medida provisória em questão controlava reajustes de preços e salários, constituindo ponto fundamental da política econômica vigente à época. Torna-se, portanto, perfeitamente razoável a conclusão de que não compete a estados e municípios imiscuírem-se em tais assuntos. Ainda assim, o julgamento de improcedência foi unânime com fundamento na ausência de competência legislativa do Distrito Federal para emitir normas sobre

Direito do Trabalho.

No agravo regimental em recurso extraordinário com agravo nº 668.285 Rio Grande do Sul, relatado pela Ministra Rosa Weber, a relatora expõe uma série de precedentes da Corte para verificar que a decisão agravada está em consonância com a jurisprudência reiterada do Tribunal. Percebe-se, portanto, que o terreno tido por nós como frágil ganha, na dimensão interna do STF, ares de jurisprudência sólida. Em todo caso, não há novamente discussão mais profunda, tampouco se explica como os entes públicos municipais e estaduais poderiam tratar de uma série de questões caras aos seus empregados públicos sem implicar violação ao princípio da legalidade.

Eis aqui um grande perigo residente na utilização massificada de precedentes em um sistema jurisdicional que não está habituado à cultura dos precedentes. Indispensável que o STF volte a visitar o tema com maior profundidade, como ocorrido no RE 116419. Não se pode admitir por pacificada jurisprudência calcada em um único acórdão proferido tendo como paradigma de constitucionalidade a Constituição anterior, altamente controvertido e que já soma mais de duas décadas, além de uma série de decisões pertinentes à simples verificação de requisitos de admissibilidade recursal.

## **8. Da equiparação entre a lei municipal e o regulamento de empresa na jurisprudência do TST**

Como visto acima, diferentemente do que poderia parecer, a jurisprudência do STF sobre a incompetência dos municípios para suplementarem a legislação federal em matéria trabalhista, além de esbarrar em uma série de problemas teóricos e práticos, não possui a robustez que muitos imaginam.

Ainda assim, não pode ser desconsiderada pelo TST. Parece-me que os Ministros do TST concordam com o fato de que uma série de normas aplicáveis aos contratos individuais de trabalho dos empregados públicos não estão positivadas na CLT e nem na legislação federal esparsa. Concordam também que os municípios e seus agentes celetistas não podem dispor sobre tais assuntos por meio de convenção ou acordo coletivo, ou até mesmo acordo individual, já que tal prática esbarraria nos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Para não expurgar do ordenamento jurídico regras que já haviam sido incorporadas aos contratos de trabalho, suprimindo direitos e garantias, o TST passou a evitar a pronúncia de inconstitucionalidade das leis municipais (o que estaria de acordo com a jurisprudência do próprio TST), equiparando-as a regulamentos empresariais. Isto é, normas que apenas podem suplementar a legislação federal, sempre de forma mais benéfica ao trabalhador, e emitidas de maneira unilateral pelo empregador. Implicaria dizer: os municípios não podem legislar sobre direito do

trabalho, mas podem emitir regulamentos empresariais<sup>98</sup>.

Em que pese a intenção de preservar a vigência de normas que regulamentam pontos importantíssimos de milhares de contratos de trabalho em todo o território nacional, não se pode considerar que o TST adotou a postura juridicamente mais rigorosa. A uma, porque a norma jurídica geral e abstrata que emerge do processo legislativo municipal com a participação dos poderes Legislativo e Executivo e destinada a criar, extinguir ou modificar direitos é lei em sentido formal e material. E a duas, porque os municípios nunca poderiam dispor sobre uma série de assuntos, como a política de remuneração de seus empregados, por exemplo, por meio de outro instrumento normativo que não a lei, haja vista os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

A distinção que se defende por ora não é apenas teórica. *A priori*, poder-se-ia pensar que os processos em que se discute a supressão de direitos e garantias por meio de lei municipal, como aqueles mencionados na parte introdutória, a alteração do *status* da norma de regulamento empresarial para lei municipal poderia não alterar o resultado das controvérsias jurídicas, que continuariam sendo solucionadas de acordo com o conteúdo do artigo 468, CLT e da Súmula nº 51, I, TST.

Os processos possuem peculiaridades, porém, e em diversos casos a distinção realizada ganha especial relevância. No Processo TST-RR-10213-32.2014.5.15.0099, por exemplo, foi decidido que “A teor da Súmula 294, TST, tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”. Assim, versando a pretensão sobre o pagamento de diferenças salariais decorrentes de reajustes instituídos por Lei Municipal que se equipara a regulamento empresarial, a prescrição aplicável é a total.

O que a Súmula diz é que nas hipóteses em que o direito à percepção de parcelas sucessivas não é assegurado por lei, a supressão de referidas parcelas pelo empregador acarreta alteração contratual *in pejus*. Tal alteração ocorre por um “ato único”, no momento da supressão. E esse ato único passa a ser considerado o termo inicial do prazo prescricional, de acordo com a teoria da *actio nata* (art. 186 do Código Civil). Todavia, não se pode admitir que um ente público municipal, adstrito ao princípio da legalidade, deixe de cumprir uma lei editada por ele próprio, por meio do regular processo legislativo, e que tal conduta resulte simplesmente em alteração contratual *in pejus*. A lei municipal é de observância compulsória pelo ente público municipal e seus agentes, sob pena de total violação dos princípios que regem a atividade pública e, em última análise, configuração de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade. Logo, havendo violação a direitos e garantias previstos em leis municipais, não há como negar que tais violações se repetem mês a mês,

---

<sup>98</sup> Por exemplo: Processo: ARR - 65600-28.2008.5.15.0136, data de julgamento: 22/10/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 31/10/2014; RR - 108000-18.2004.5.09.0022, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 9/11/2012; RR - 924-35.2012.5.09.0092, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 1º/7/2014; RR - 192-96.2011.5.04.0102, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 19/9/2014; AIRR - 1647-02.2011.5.15.0099, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29/8/2014.

não havendo nunca que se falar em prescrição total. Que poder seria esse conferido ao agente público, capaz de alterar o conteúdo de uma lei por sua simples vontade? Ora, a lei não se revoga tacitamente pelo seu descumprimento. Estar-se-ia, caso contrário, confundindo validade com eficácia.

Destaque-se que a comparação entre lei municipal e regulamento empresarial não serve sequer para delimitar o campo de possível atuação de tais institutos. Como semelhança, ambos apenas podem suplementar a legislação federal. Há diferenças, porém. Um empregador particular, por exemplo, nunca poderia promover alteração *in pejus* de normas constantes de convenção coletiva de trabalho por meio de regulamento empresarial, já a lei municipal poderia promover tal alteração. É bem verdade que nenhuma delas se aplicaria aos contratos de trabalho em curso (artigo 468, CLT e Súmula nº 51, C. TST), mas a lei municipal possuiria aplicação imediata em relação aos novos contratos, o que não ocorreria com o regulamento empresarial.

Em suma, a lei municipal possui natureza de lei, e não se confunde com o regulamento empresarial formal e hierarquicamente. Nada obstante, a revisão da linha de raciocínio amplamente utilizada pelo TST, depende, em grande parte, da aplicação de outra óptica, especialmente pelo STF, quanto à competência legislativa sobre Direito do Trabalho.

## 9. Conclusões

A atual interpretação jurisprudencial do artigo 22, I, da Constituição Federal só se mostra adequada em face da redação originária do texto constitucional. A partir do momento em que a própria Carta Magna autorizou Estados e Municípios a efetuarem contratação de pessoal por meio de liame de natureza trabalhista, deixou de fazer sentido a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho, já que os outros entes federativos passaram a ter interesse em suplementar as normas federais.

Tal suplementação, embora em desacordo com a literalidade do artigo 22, I, da Constituição de República, parece ser possível, já que o mesmo artigo comprovadamente possui imprecisões técnicas e, por reiteradas vezes, trata de competência concorrente como se privativa fosse, e nem por isso os demais entes federativos deixam de realizar as suplementações necessárias ao exercício da autonomia constitucionalmente conferida, como ocorre com as licitações e contratos, por exemplo.

Neste ponto, destaca-se que a interpretação literal do artigo 22, I, da maneira como realizada, acarreta inevitavelmente a supressão da autonomia municipal assegurada pelos artigos 29, caput e 30, I e II da Carta Magna. Logo, o reconhecimento da competência suplementar para legislar sobre aspectos dos contratos de trabalho de seus empregados públicos está de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, já que não subtrai da União o poder de editar leis aplicáveis a todos os entes públicos e nas relações entre particulares e, por outro lado, não aniquila a autonomia municipal. Possibilita, ademais, que muitos aspectos relevantes

dos contratos de trabalho sejam regulamentados sem violação dos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público.

A nova interpretação, por outro lado, não acarretaria conflito de competências, bastando, para tanto, observar as regras de divisão de competências nos planos vertical e horizontal e a natureza das normas quanto ao seu alcance, sendo certo que apenas a União pode editar leis nacionais e federativas, e considerando que as leis federativas transitivas podem, se necessário, receber suplementação por meio de lei municipal, que nunca poderá contrariar a lei federal, limitando-se a regulamentar e esmiuçar as regras já existentes ou, ainda, preencher lacunas não enfrentadas pela União.

E nem se poderia alegar que a interpretação proposta provocaria uma grande revolução na jurisprudência constitucional, pois esta, ainda que se pretenda robusta, está alicerçada em terreno arenoso, conforme se verifica em uma análise um pouco mais detida dos precedentes.

A postura aqui defendida poderia, ainda, conferir maior segurança ao TST para reconhecer a validade das leis municipais sobre os contratos de trabalho de empregados públicos. Equiparar leis municipais a regulamento de empresa é um raciocínio de certa forma parecido com o da divergência formada no RE 116419, STF. Porém, o que se está a fazer é conferir natureza infralegal a uma lei, sendo certo que a matéria tratada não poderia ser regulamentada por norma infralegal.

Ademais, o reconhecimento da competência concorrente, dentro dos limites pertinentes à autonomia municipal, e o conseqüente reconhecimento da competência suplementar dos Municípios permitiria a melhor resolução de diversos casos concretos, como os citados casos de prescrição.

## Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 4ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas*, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 50, jan. – jul., 2007, Belo Horizonte pgs. 143-169.

BARROS, Alice Monteiro de, *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005.

BARROS, Sérgio Rezende de, Lei nº 8.666: Lei Federativa, [http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8\\_666--lei-federativa](http://www.srbarros.com.br/pt/lei-no-8_666--lei-federativa).cont acesso em 31/07/2015.

BENEDET, Renata, *Lei nacional e lei federal: A repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988*, Novos Estudos Jurídicos, Vol. 11 - n. 2, jul-dez 2006 p. 301-311.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Atlas, 2012.

CASTRO, José Nilo de, *Direito Municipal Positivo*, 2ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, 25ª edição, São Paulo, Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2 edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

MALLET, Estevão, *Competência legislativa em matéria trabalhista na Constituição*. Trabalho e Doutrina, nº 15, 1997, São Paulo, Saraiva, pgs. 3-10.

MEIRELLES, Hely Lopes Meireles, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 31ª edição, São Paulo, Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*. 11 edição, São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

MUKAI, Toshio, *Administração Pública na Constituição de 1988*, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 1989.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *Curso de Direito Financeiro*, 5ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2006.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza, *O papel dos municípios na busca de melhorias no meio ambiente do trabalho*, Revista Brasileira da Direito Municipal – RBDM, ano 12, nº 40, Belo Horizonte, Editora Fórum, pgs. 35 – 66.

# Controle jurisdicional de políticas públicas

Ana Helena Pacheco Savoia<sup>99</sup>

**Resumo:** o presente artigo dedica-se ao estudo do controle judicial de políticas públicas e suas limitações, sob a ótica do princípio da separação dos Poderes e tendo em vista a concretização de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Controle judicial de políticas públicas. Princípio da separação dos Poderes. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Limitações orçamentárias. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 1. Introdução<sup>100</sup>

No modelo do Estado liberal clássico, a teoria da separação dos poderes atribuída a Montesquieu (*De l'esprit des lois*), aplicada de forma rígida, acabava por limitar o papel dos juízes a simples “boca da lei”, neutralizando-os frente aos demais poderes, não se cogitando de qualquer atitude mais proativa de sua parte no sentido de buscar a realização efetiva de certos direitos.

Os chamados direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos como liberdades públicas, nascidos dos ideais da Revolução Francesa, tinham por principal objetivo a defesa do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Com a evolução da História, em especial depois da Revolução Industrial, o século XX testemunhou o advento de Constituições inspiradas em ideais sociais, de que são exemplos as Constituições do México (1917) e a de Weimer (1919). Foram, assim, positivados os chamados direitos sociais de segunda geração. A propósito, a lição de Grinover: (2013, pp. 125 e ss.):

Outro dado que mudou o enfoque do juiz como ‘bouche de la loi’ foi o fenômeno histórico da Revolução Industrial, ocorrido no

<sup>99</sup> Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) em 1992 e mestre pela Universidade de Cambridge (LL.M. concluído em 2002), na área de Direito Comercial.

<sup>100</sup> “Trabalho de conclusão de semestre apresentado pela autora, como aluna especial da disciplina ‘Controle Jurisdicional de Políticas Públicas’, ministrada entre março e junho de 2015, pelos Professores Camilo Zufelato, Kazuo Watanabe, Marco Antonio da Costa Sabino, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Susana Henriques da Costa, sob a coordenação da Prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, no âmbito do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

início do séc. XX, em que as massas operárias assumiram relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.

A intensificação da atividade estatal no século XX, sobretudo após o fim da 2ª Guerra Mundial, dá passagem ao Estado social de direito, com o surgimento de demandas que obrigam o Estado a prestar uma série de serviços voltados à concretização dos direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração. Assim, por exemplo, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia.

A concretização desses direitos, diferentemente daqueles da primeira geração, exige do Estado prestações positivas. São direitos que, para serem usufruídos, dependem da formulação e execução de políticas públicas, funções ordinariamente exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O advento do Estado social produz uma “alteração qualitativa” das funções do Estado, na expressão de Bucci (1996, p. 135):

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, muito expressivo nos países da Europa e nos Estados Unidos, há um aprofundamento dessa alteração qualitativa das funções do Estado, que do plano da economia se irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania. O dado novo a caracterizar o Estado social (...) é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados. (p. 135)

Surgem, assim, novas demandas que o Estado tem o dever de atender, seja por uma imposição histórica decorrente do avanço nas conquistas por mais e maiores direitos imprescindíveis à liberdade e à igualdade materiais, à dignidade humana e ao exercício pleno da cidadania, seja por um comando do próprio ordenamento jurídico.

No Brasil, a Constituição Federal reflete, em inúmeros dispositivos, essa evolução do Estado liberal, então focado nas garantias formais da liberdade e da igualdade perante a lei, para o Estado social e democrático de direito, em que o Estado assume relevante papel na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, inciso I), a qual tem por fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

## **2. O papel institucional dos três Poderes**

O artigo 2º da Constituição Federal estabelece que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

São funções típicas do Poder Legislativo a elaboração de leis e a fiscalização

dos atos do Poder Executivo. Deve o Legislativo “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (CF, art. 49, XI), bem como “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 49, V). Além disso, o Legislativo julga as contas prestadas pelo Executivo e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); fiscaliza e controla os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X). Deve haver, assim, respeito às atribuições constitucionalmente reservadas ao Legislativo, espaço vocacionado ao debate amplo e democrático de todos os temas que possam interessar à sociedade ou à Nação.

Ao Executivo compete a função precípua de administrar, ou seja, executar as ações necessárias à satisfação do interesse público, desde a arrecadação dos recursos até o planejamento de suas ações, o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, a gestão e a repartição dos recursos segundo as prioridades estabelecidas em leis de iniciativa do Poder Executivo, que disponham sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (CF, art. 165).

Segundo a Constituição Federal, o estabelecimento das metas e prioridades da administração pública é matéria de lei em sentido estrito, de iniciativa do Poder Executivo (art. 165, §§ 1º e 2º). Cabe a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei em matéria orçamentária, as contas do Executivo, os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária (CF, art. 166, § 1º, I e II). O art. 167 da Constituição traz ainda um extenso elenco de ações de governo que só são admissíveis se houver prévia e expressa autorização legislativa. Como exemplo, é vedada “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa” (art. 167, inciso VI).

Em estudo sobre “As políticas públicas e o Direito Administrativo” (ob. cit., p. 140 e 142), Bucci (1996, p. 135) analisa a questão relacionada ao poder de iniciativa para a formulação das políticas públicas: se caberia ao Poder Legislativo ou ao Executivo formulá-las. A autora conclui pela ausência de uma separação nítida entre os papéis por eles desempenhados:

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis, de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela de atividade ‘formadora do direito’ nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

Bucci (1996, p. 135) observa ainda que há políticas que se traduzem em

“programas de ação em sentido estrito”, como o “Programa de Material Escolar”, o “Programa do Álcool”, cujo detalhamento se exprime por meio de diversas normas infralegais (decretos, portarias, resoluções etc.).

Por oportuno, confira-se o “Plano Municipal para Erradicação do Trabalho Escravo em São Paulo”, objeto do recente Decreto Municipal nº 56.110, de 13 de maio de 2015, que, em boa medida, oferece um panorama da complexidade de um plano dessa natureza e da necessidade de diálogo institucional entre as várias instâncias de poder. Nesse sentido, confira-se a rubrica do item 17 do Plano:

17. Estabelecer atuação e estratégias integradas em relação às ações preventivas e repressivas dos órgãos do Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com o objetivo de erradicar o trabalho escravo, tráfico de pessoas e violações correlatas. (Plano Municipal para Erradicação do Trabalho Escravo em São Paulo)

De um modo geral, percebe-se uma concentração grande de poder no Executivo, seja pelo seu poder de iniciativa dos projetos de lei em matéria orçamentária, seja pelo fato de estar diretamente em contato com a realidade social e as demandas da população, o que o habilita, ao menos em tese, a tomar decisões estratégicas e gerir os recursos públicos disponíveis com maior eficiência e conhecimento de causa. Mas o compartilhamento desse poder decisório com o Legislativo e as demais instâncias é de fundamental importância para a própria legitimidade democrática das políticas públicas adotadas e o contínuo aperfeiçoamento dos planos de governo.

Quando essa engrenagem não funciona adequadamente, em prejuízo de algum direito fundamental, entra em cena o Poder Judiciário, cuja atuação é sempre condicionada à provocação da parte prejudicada pela omissão estatal ou pela insuficiência ou ineficiência da política escolhida.

Numa visão rígida da teoria da separação dos poderes, não haveria como o Judiciário ultrapassar seu papel de aplicador das leis elaboradas pelo Legislativo para interferir, ainda que provocado a fazê-lo por meio de ação judicial, na eleição das prioridades sociais e na forma de sua execução.

O Estado social de direito, contudo, impõe uma nova interpretação da teoria da separação dos poderes, consoante a lição de Canela Júnior (2013, pp. 225 e ss.):

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes. (citado por GRINOVER, ob. cit., p. 128)

Prossegue Canela Júnior (2013, pp. 225 e ss.) em seu raciocínio:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes aos seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF). (citado por GRINOVER, ob. cit., p. 129)

Neste trabalho, serão analisados quatro precedentes jurisprudenciais em matéria de direito à saúde, à educação e ao saneamento básico, que esbarraram, em abstrato, em alegações de violação ao princípio da separação dos poderes, e, em concreto, em limitações materiais e/ou orçamentárias, a chamada “reserva do possível”. Cada qual, julgado por um Tribunal distinto, chegou às suas próprias conclusões, que serão adiante comentadas, na sequência de alguns conceitos fundamentais.

### 3. Alguns conceitos fundamentais

Segundo a lição de Grinover (2013, p. 133), os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um “**núcleo central**”, ou “**núcleo duro**”, que deve assegurar o **mínimo existencial** necessário a garantir a dignidade humana (ob. cit., p. 132). Nem prisioneiros, doentes mentais, indigentes poderiam ser privados desse mínimo existencial, nos quais costumam ser incluídos os direitos sociais à educação fundamental, à saúde básica, ao saneamento básico, de acesso à justiça, além de outros.

O não atendimento desse mínimo existencial, ainda segundo Grinover (2013, p. 133), autorizaria a imediata “judicialização do direito”, independentemente da existência de lei regulamentadora ou de atuação administrativa.

Mas quais seriam os critérios para definir se o Judiciário pode ou deve intervir nas políticas públicas?

Grinover (2013, p. 133) responde à indagação fazendo uso do **princípio da razoabilidade**, o qual, segundo a autora, se mede pela aplicação do princípio constitucional da **proporcionalidade**. A autora prossegue, citando Canotilho e os **subprincípios** em que ele divide o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, a saber: a) **adequação** entre meios e fins; b) princípio da **exigibilidade** ou da **necessidade** ou da menor ingerência possível, ou, ainda, da menor desvantagem possível ao cidadão; c) **proporcionalidade em sentido estrito** (ideia da justa medida entre meios e fins).

A proporcionalidade seria, assim, o critério limitador da intervenção judicial. É ela, enquanto princípio, aplicada às circunstâncias do caso concreto, que de-

verá guiar o processo decisório do juiz.

Entre as circunstâncias do caso concreto, para além das particularidades do direito invocado e do interesse do autor da demanda, há muitas variáveis que não podem ser ignoradas pelo juiz em matéria de controle de políticas públicas, sob pena de proferir uma decisão reducionista, desvinculada de um contexto maior, com grande risco de se tornar inexecutível, ineficaz ou mesmo comprometedora da política pública como um todo.

Uma dessas variáveis é, certamente, a relacionada à disponibilidade de recursos para o cumprimento das providências pleiteadas em juízo, tema de estudo de SABINO (3), ligado à escassez de bens e à constatação de que todos os direitos têm custos. Ou seja, toda política pública ou qualquer ação de governo voltada à concretização de direitos tem um custo que pesa sobre o orçamento. E se, por um lado, as demandas sociais pelos mais variados direitos são ilimitadas, por outro lado, os recursos disponíveis são sempre limitados. Daí porque se fala em “reserva do possível”, assim entendida a disponibilidade financeira necessária e suficiente para a implementação de uma política pública.

Sabino reconhece, com acerto, o grande problema que é a defesa “cega” de certos direitos que, não obstante indubitavelmente fundamentais (com a saúde, por exemplo), não são ilimitados nem irrestritos. Com efeito, qualquer direito fundamental, até mesmo o direito à vida, pode ser relativizado, por exemplo, numa situação de legítima defesa da própria vida ou de outrem (Código Penal, arts. 23, II, e 25), ou em caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII, “a”, parte final).

Sgarbossa (2014), citado por Sabino (2014, p. 198, rodapé nº 470), discorre sobre a existência de limitações jurídicas e fáticas do orçamento:

Sgarbossa (*Crítica à teoria...*, pp.273) afirma que tanto as limitações *jurídicas* do orçamento (aquelas relacionadas à *escassez relativa*), impostas por leis que pregam a austeridade fiscal ou para a observância de outros direitos, quanto as limitações *fáticas* (ligadas à *escassez absoluta*) consistem em restrições aos direitos fundamentais. Releva, contudo, o perigo de banalização do uso da constatação, apontando que, na tarefa de sua aplicação concreta, sempre devem ser observados alguns **parâmetros**: (i) **para a limitação jurídica**: (i.a) **proibição do excesso**: qualquer lei restritiva de direitos, liberdades e garantias deve ser *adequada* (apropriada), *necessária* (exigível) e *proporcional* (em justa medida); (i.b) **proibição de proteção deficiente** (...); (i.c) **proteção do núcleo essencial**; o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser sempre preservado, a fim de evitar sua aniquilação; (i.d) **proibição de retrocesso**: os direitos fundamentais conquistados jamais poderão ser mitigados ou ter tolhida sua eficácia jurídica ou material; (i.e) **mínimo existencial e dignidade da pessoa humana**; (...) (pp. 274-312); (ii) **para a limitação fática**: (ii.a) **princípio da progressividade**: os governos devem progressivamente destinar fatia de seus recursos para a implementação de

direitos sociais (...); (ii.b) ***princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis***; (ii.c) ***indivisibilidade e [interdependência] independência dos direitos humanos***, segundo o qual os direitos humanos devem ser analisados integralmente, sem fracionamento (pp.314-340). (itálicos constantes do original de SABINO; **negritos e colchetes acrescentados**)

Canela (2013, pp. 230 a 232) (4) aprofunda a discussão do tema do orçamento, para observar a evolução de paradigma do “**orçamento clássico**”, que pressupõe estabilidade econômico-financeira para a concessão de direitos, para o “**orçamento programa**”, instrumento para a realização dos fins estatais. De forma muito percutiente, Canela (2013, pp. 230 a 232) avança no raciocínio para tratar a escassez de recursos, não como uma limitação ou obstáculo à execução de políticas públicas, mas sim como “pressuposto” de atuação do Estado no tempo. Conclui, assim, pela inconsistência da teoria da “reserva do possível” em um Estado social:

(...) as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado deverão ser direcionadas à realização dos direitos fundamentais, de forma que o orçamento há de ter um conteúdo programático, destinado à formação de receita no futuro, com previsão das despesas necessárias, em um sentido claro de prospecção de recursos.” (p. 230)

**Para o orçamento-programa, a ausência de receita é pressuposto de atuação no tempo e não fator de paralisação da atividade estatal.”** (p. 231) (negritos acrescentados)

Se o vetusto orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado na economia, o orçamento programa, conceito derivado do Estado social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais. Logo, **a teoria da ‘reserva do possível’ revela-se inconsistente com a realidade do Estado social**, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988. (p. 232) (negritos acrescentados)

Na omissão ou insuficiência da atuação do Executivo e do Legislativo, Canela (2013, p. 234) entende que o Judiciário, quando assim provocado, deve declarar a violação do direito fundamental, e não paralisar a sua atividade declaratória diante da insuficiência de recursos do Estado. A atividade jurisdicional se faria em duas fases processuais distintas: a) de interferência imediata no orçamento, nas hipóteses de tutela de urgência; e b) após o trânsito em julgado da sentença, com o ajuste orçamentário para o cumprimento da obrigação. Ou seja, a decisão judicial seria uma forma de redirecionar as políticas públicas para a consecução dos direitos fundamentais e a concretização da igualdade substancial, sempre tomando por base o princípio da proporcionalidade.

Grinover (2013, p. 138) observa, relativamente à “reserva do possível”, que não basta ao Poder Público a sua mera alegação, sendo de rigor a prova da falta de

recursos. Com efeito, admitir o contrário seria banalizar a exceção, recorrente, aliás, nas defesas oferecidas pelo Estado nas ações judiciais em que demandado por violação a direitos fundamentais. Para Grinover, em síntese de Watanabe (2013, p. 222) (5), “o acolhimento da alegação de falta de recursos não conduziria à rejeição do pedido de tutela jurisdicional, e sim apenas ao seu diferimento”. Conclui Grinover (2013, p. 138):

(...) o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). (ob. cit., p. 138)

Seriam duas obrigações de fazer, portanto: a) a inclusão de verba no orçamento para o adimplemento da obrigação; e b) a obrigação de aplicar a verba para esse fim.

Desse modo, seja em decorrência da escassez de recursos, seja em virtude das infinitas necessidades e demandas sociais, é certo que o Judiciário continuará sendo frequentemente acionado para interferir em situações de violação a direitos fundamentais dependentes de políticas públicas. A tendência, com o avanço das conquistas sociais e o exercício crescente dos direitos inerentes à cidadania, é de demandas cada vez mais complexas, em que serão exigidos não os mínimos direitos existenciais, mas sim todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal, que vão muito além do mínimo.

Os objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição Federal, entre os quais o de garantir o desenvolvimento nacional (inciso II), apontam para a obrigação do Estado de promover continuamente o bem estar social, em níveis crescentes de qualidade e quantidade. A elevação do padrão de vida da população, mediante acesso a bens e serviços públicos essenciais, universais e de qualidade, é um imperativo da Constituição Federal, que deve e pode ser cobrado dos três Poderes, cada qual na esfera de suas atribuições, todos igualmente comprometidos com os objetivos do Estado, uno em sua essência.

#### **4. Análise comparativa de alguns precedentes judiciais**

Quatro precedentes judiciais de distintos Tribunais brasileiros são ilustrativos do modo como o Judiciário tem lidado com demandas envolvendo direitos sociais e as limitações orçamentárias.

Um primeiro julgado, da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ – Agravo Interno na Apelação Cível nº 0008644-03.2009.8.19.0004

– São Gonçalo, Rel. Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz), conclui, num caso em que se discutia a necessidade de obras públicas de esgotamento sanitário, que: a) “a delimitação de prioridades deve ser delineada pela Administração”; b) “a utilização de recursos públicos pelo ente deriva de sua discricionariedade que somente pode ser afastada mediante prova cabal de ilegalidade, abuso, ou desvio de poder”; c) “o direito postulado encontra limitação na ‘Teoria da Reserva do Possível’, que preconiza que a Administração Pública somente pode realizar aquilo que possui condições financeiro-orçamentárias para realizar”.

No outro extremo, verifica-se a inversão do ônus da prova: seria do Estado o ônus de provar a insuficiência de recursos, e não do particular prejudicado pelo desrespeito a um direito fundamental (no caso, tratava-se de direito de acesso a creche para menores de zero a seis anos). Esse segundo precedente, do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1185474/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, J. 20.4.2010), pontua: a) “em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas”; b) “Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários (...) Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais”; c) “a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”; d) ressalva-se a situação em que a carência orçamentária persista, apesar da alocação de recursos voltados ao mínimo existencial, para concluir que “Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, (...) não havendo omissão injustificável”; e) “a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público”.

Noutro precedente, em matéria de poluição ambiental causada pelo próprio Poder Público (Município de Indianópolis - MG), a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), no julgamento da Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0702.06.326626-7/003, Comarca de Uberlândia (j. 20.5.2010), condenou o Município a construir estação de tratamento de esgoto como providência mínima para coibir a poluição de cursos d’água. O processo teve origem em ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em face do Município de Indianópolis para cessar a poluição de um lago, construir uma unidade de tratamento de esgoto e condenar ao ressarcimento dos danos ambientais causados. A decisão de 1ª instância, da 1ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, condenou o requerido a: a) apresentar em 60 (sessenta) dias projeto de construção da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), sob pena de multa diária; b) apresentar em 30 (trinta) dias comprovação do envio de projeto de lei ao Legislativo local, para incluir recursos destinados à construção da ETE no orçamento do Município, também sob pena de multa; c) iniciar a construção em 12 (doze) meses após envio do projeto de lei à Câmara Municipal, concluindo as obras em 4 (quatro) anos, tudo sob pena de multa. O Município alegou violação à separação dos Poderes, rechaçada pelo TJMG, com base nos seguintes fundamentos, extraídos do voto do Des. Edgard Penna Amorim (Relator): a) “não se trata de invadir competência do Poder Executivo Municipal no tocante às prioridades orçamentárias que lhe competem estabelecer, mas de compeli-lo à adoção de medida mínima e essencial à continuidade

das atividades dos munícipes”; b) “Não há, portanto, alternativa ao Município. É ‘construir ou construir’ a referida estação de tratamento”; “seria plausível a adoção do princípio constitucional da separação dos poderes em sede de ação civil pública (...), não fosse, no caso concreto, o Réu, Município, menos o ente público responsável pela implantação da busca política pública, mas, principalmente, por ele ser o poluidor”. Em acréscimo aos argumentos do relator, a Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto observou que “o próprio Município de Indianópolis, quando firmou Termo de Ajustamento de Conduta, elegeu uma política pública que ele mesmo deveria cumprir”. Daí a improcedência da alegação de que a imposição do cumprimento dessa obrigação pelo Judiciário feriria a tripartição dos poderes.

Finalmente, no quarto precedente, da 5ª Câmara de Direito Público do TJSP (Apelação nº 994.09.240766-4, da Comarca de Santo André, Relator Des. Francisco Bianco, j. 14.2.2011), o tema de fundo era a pretensão de acesso a medicamentos não padronizados pelo SUS, em favor de pessoa idosa, portadora de doença grave e destituída de recursos financeiros próprios para a aquisição dos medicamentos. Não havia na lista do SUS medicamento similar ou genérico que pudesse substituir os medicamentos prescritos pelo médico do interessado. Concluiu o Tribunal pela incoerência de ingerência do Poder Judiciário na atividade administrativa do Estado. A Teoria da reserva do possível não poderia ser aplicada em matéria de preservação dos direitos à saúde e à vida, em razão da importância desses bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal. Também se invocou no acórdão proteção específica do art. 15, § 2º, do Estatuto do Idoso, que obrigaria o Poder Público a fornecer gratuitamente medicamentos aos idosos, especialmente os de uso continuado. Não haveria ofensa aos princípios orçamentários na gestão de recursos públicos: “tais alegações são totalmente irrelevantes frente ao ordenamento constitucional e ao bem jurídico tutelado: a saúde”. Descabida, portanto, a aplicação do princípio da reserva do possível.

Da análise comparativa dos julgados, constata-se que, diante de necessidades inadiáveis, como o dano ao meio ambiente, a saúde de um idoso ou o acesso de uma criança à creche, o Judiciário tem se mostrado sensível à necessidade de pronto atendimento desses direitos fundamentais, sem aceitar a banalização da arguição da reserva do possível, desacompanhada de prova da insuficiência ou inexistência de recursos para a implementação de políticas públicas. Apenas no citado julgado do TJRJ, talvez pela matéria – saneamento básico - menos premente ou alarmante aos olhos dos juízes, o ônus da prova da ilegalidade, abuso ou desvio de poder foi cobrado do próprio autor da ação, valorizando-se o poder discricionário da Administração de estabelecer prioridades e alocar recursos públicos.

Em comum, todos os julgados parecem ter passado ao largo de considerações acerca do impacto de suas decisões sobre as políticas públicas globalmente consideradas. Esse traço comum é preocupante, na medida em que o sucesso das políticas públicas depende de uma série de variáveis econômicas, financeiras, orçamentárias, que precisam ser consideradas nos planos de governo, sejam eles de curto, médio ou longo prazo.

## 5. Reflexões sobre o papel que o Judiciário pode desempenhar no controle de políticas públicas

Como conclui Bucci (1996, p. 143), o sucesso da política pública está relacionado à qualidade do processo que precede a sua implementação:

(...) o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. **As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional** dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. (ob. cit., p. 143 – negritos acrescentados)

Para dar a sua contribuição com qualidade e proferir decisões exequíveis e eficazes, quando provocados a fazê-lo, os juízes devem ser tão bem informados quanto possível sobre a realidade a transformar, as políticas públicas eventualmente já existentes e os resultados por elas produzidos ou ainda aguardados. Para isso, os juízes não podem estar sozinhos ou isolados em seus gabinetes, mas, ao contrário, cercados do auxílio de profissionais com capacitação técnica, especialistas em suas respectivas áreas de atuação. Só assim serão os juízes capazes de fazer um juízo crítico sobre a viabilidade da demanda, sem pôr em risco políticas públicas de caráter universal e igualitário, sem “furar filas” no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, ou passar para trás inúmeras crianças que aguardam vagas em creches e escolas do ensino infantil e fundamental.

Além disso, a judicialização de direitos capaz de interferir nas políticas públicas deve se dar no âmbito de um processo civil que permita um debate mais democrático e aprofundado dos seus temas de fundo. Daí a relevância de uma instrução diferenciada, com participação dos chamados *amici curiae* ou de especialistas na matéria. Assim, se estará permitindo a participação social também no âmbito do processo judicial, legitimando-o.

Em síntese, o controle judicial de políticas públicas faz-se necessário, estando dentro de suas atribuições constitucionais a consecução dos fins do Estado, quando assim demandado, e dentro dos limites da proporcionalidade, de modo a não interferir indevidamente nos demais Poderes. O Judiciário, bem preparado e informado sobre a realidade social, econômica e orçamentária, só tem a contribuir para o fortalecimento das políticas públicas, o seu planejamento eficiente, a alocação adequada dos recursos disponíveis e a fiscalização do cumprimento de suas decisões, tudo com vistas à concretização dos direitos fundamentais.

## Referências

- BUCCI, Maria Paula Dallari. “As políticas públicas e o Direito Administrativo”, in “Revista Trimestral de Direito Público”, v. 13, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 135.
- CANELA, Osvaldo Júnior. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 225 e ss.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 125 e ss.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. “Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: limites, excessos e remédios”, tese apresentada em 2014 para a obtenção do Título de Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação de Ada Pellegrini Grinover.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, in Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 587-599).
- WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 213 e ss.

# Do julgamento das contas de governo do chefe do poder executivo pelo poder legislativo

Rafael Neubern Demarchi Costa<sup>101</sup>

## 1. Introdução

Além de sua função de inovar no ordenamento, os representantes do povo eleitos para compor temporariamente o Poder Legislativo têm como função típica fiscalizar o Executivo, Poder que efetua a maior parte dos dispêndios da Administração Pública.

O presente artigo busca minudenciar a forma como o Poder Legislativo julga as contas anuais de governo do Chefe do Poder Executivo.

## 2. Da prestação de contas

Considerando que o Brasil adota a República como forma de governo, dispõe a Constituição Federal que *“prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União [Estados / Distrito Federal / Municípios] responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”* (art. 70, parágrafo único, CF).

Neste sentido, todo aquele que, de alguma forma, gerir a *res publica*, deve prestar contas de seus atos, podendo por eles ser responsabilizado.

A falta de prestação de contas, a depender da situação e do agente, pode ser considerada crime (art. 1º, inc. VI e VII, Decreto-Lei 201/1967)<sup>102</sup>, crime de responsabilidade (artigos 9º, item 2, e 74, Lei Federal 1.079/1950)<sup>103</sup>, e ato de improbidade (art. 11, inc. VI, Lei Federal 8.429/1992)<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, foi Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas do Município de São Paulo entre 2007/2012, ingressou na carreira do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo em 2012, é Procurador-Geral de Contas no biênio 2015/2016.

<sup>102</sup> DL 201/1967, art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...)

VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;

VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;

<sup>103</sup> LF 1.079/1950, art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: (...)

2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.

<sup>104</sup> LF 8.429/1992, 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,

Inclusive, a prestação de contas é considerada um dos princípios constitucionais sensíveis, sendo que a falta de prestação de contas autoriza até a extrema medida da intervenção de um ente federado no outro (art. 34, inc. VII, alínea 'd' e art. 35, inc. II, CF)<sup>105</sup>.

### 3. Das contas de governo e das contas de gestão

O Chefe do Poder Executivo dos diversos entes federados (o Presidente da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e os Prefeitos dos Municípios) deve prestar contas anualmente ao respectivo Poder Legislativo (o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e a Câmara Legislativa, e as Câmaras Municipais).

Estas contas anuais, chamadas de **contas de governo** (também ditas **contas institucionais**, **contas de desempenho** ou **contas de resultado**), são julgadas pelos respectivos Parlamentos.

Para se desincumbir desta atribuição, os Parlamentos contam com o auxílio técnico dos Tribunais de Contas<sup>106</sup>, que sobre estas contas emitem um parecer prévio.

Em linhas gerais, a análise das contas de governo visa uma avaliação global da atuação do administrador, enfatizando a conduta do chefe maior do Executivo como condutor de políticas públicas enquanto governante, que, em última análise, exerce a função política de dirigi-las e controlá-las. Ou seja, nas contas de governo enfatiza-se primordialmente a análise das escolhas políticas efetivadas ao longo do exercício, analisadas mormente pelos critérios da *eficácia*, *eficiência* e *efetividade*, dentro de uma acepação macro, do ocorrido ao longo do ano.

Mas, adotada a República como forma de governo, não apenas o Chefe do Poder Executivo deve prestar contas de seus atos: como visto, todo aquele que de alguma forma gerir a coisa pública pode ser chamado a prestar contas de seus atos de gestão, podendo por eles ser responsabilizado.

Estas contas específicas, chamadas de **contas de gestão** (também ditas **contas administrativas** ou **contas de ordenação de despesas**) são julgadas pelos próprios Tribunais de Contas.

---

legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

<sup>105</sup> CF, art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...)

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. (...)

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...)

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

<sup>106</sup> Atualmente, existem 34 Tribunais de Contas: 1 Tribunal de Contas da União, 26 Tribunais de Contas Estaduais, 1 Tribunal de Contas do Distrito Federal, 4 Tribunais de Contas dos Municípios (nos seguintes Estados: Bahia, Ceará, Goiás e Pará) e 2 Tribunais de Contas Municipais (nos seguintes Municípios: Rio de Janeiro e São Paulo).

Em linhas gerais, as contas de gestão tratam da avaliação de atos individuais de administração e gerência. Ou seja, enfatiza-se a análise, caso a caso, de atos certos e determinados, mormente pelos critérios da *legalidade, legitimidade e economicidade*, dentro de uma acepção micro.

Com relação aos Prefeitos que atuam também como ordenadores de despesas, havia significativa controvérsia se suas contas de gestão seriam julgadas pelo respectivo Tribunal de Contas (com base no art. 71, inc. II, CF)<sup>107</sup>, ou pela Câmara, após parecer prévio da Corte de Contas (com base no art. 71, inc. I c/c art. 31, CF)<sup>108</sup>.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 835 de repercussão geral, decidiu a controvérsia, fixando a tese que *“para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”*<sup>109</sup>.

De toda forma, o presente artigo enfoca as contas de governo, para as quais nunca houve dúvida sobre a competência do Poder Legislativo para seu julgamento, com auxílio técnico do Tribunal de Contas.

#### **4. Do procedimento complexo e do enfoque da apreciação das contas de governo**

Na estruturação adotada pela Constituição brasileira, o julgamento das contas de governo do Chefe do Poder Executivo, por envolver elas não apenas aspectos

<sup>107</sup> CF, art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

<sup>108</sup> CF, art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

<sup>109</sup> STF, Pleno, RE 848.826 / DF, Rel. Min. orig. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.08.2016, por maioria.

técnicos, mas também escolhas políticas, se apresenta como procedimento de manifestação complexa: inicia-se com a análise técnico-jurídica do Tribunal de Contas (externada em um parecer prévio), seguindo-se do julgamento pelo Legislativo (externado em um decreto legislativo).

A Constituição, ao tratar o parecer prévio do Tribunal de Contas como peça obrigatória do controle externo desempenhado pelo Legislativo, notadamente prestigiou a análise especializada feita pela Justiça de Contas, com sua abordagem técnica sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Como adiantado, a análise das contas de governo enfoca uma avaliação global da atuação do administrador ao longo do ano.

Verifica-se, primordialmente, sua performance como condutor de políticas públicas. Analisa-se se o dirigente escolhido pelo povo desincumbiu-se de dar cumprimento ao planejado e comprometido no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual. Observa-se se respeitou as grandes imposições orçamentárias constitucionais.

Neste sentido, relevante citar trecho de manual editado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no qual indicados os temas mais recorrentes que levam à emissão de parecer prévio desfavorável por aquela Corte:

#### AS CAUSAS DO PARECER DESFAVORÁVEL

Eis os principais motivos que indicam a recusa da conta do Prefeito:

1. Não aplicação dos mínimos constitucionais da Educação (despesa total e remuneração do magistério);
2. Não aplicação integral do Fundo da Educação Básica, o FUNDEB;
3. Não aplicação do mínimo constitucional na Saúde;
4. Déficit orçamentário e aumento da dívida flutuante;
5. Insuficiente pagamento de precatórios judiciais;
6. Repasse excessivo à Câmara dos Vereadores;
7. Falta de repasse previdenciário;
8. Superação do limite da despesa de pessoal;
9. Não cumprimento do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
10. Aumento da despesa de pessoal nos últimos 180 dias do mandato (art. 21, parágrafo único da LRF);
11. Aplicação incorreta das multas de trânsito e dos Royalties<sup>110</sup>.

Claro, não apenas estas questões devem ser levadas em consideração na

<sup>110</sup> O Tribunal e a gestão financeira dos prefeitos. TCE/SP: São Paulo, Fevereiro 2012, p.18.

apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo.

Já dissemos que a análise das escolhas políticas efetivadas ao longo do exercício se dá mormente pelos critérios da *eficácia, eficiência e efetividade*, dentro de uma acepção macro, do ocorrido ao longo do ano. No entanto, os critérios da *legalidade, legitimidade e economicidade*, não podem ser totalmente ignorados, especialmente se relevantes no cômputo geral do apreciado.

Caso se verifique na atuação do administrador uma conduta significativa que impacte o global das contas analisadas, há – em nosso entender – motivo suficiente para um julgamento desfavorável.

Por exemplo, se identificado um procedimento que configure algum dos crimes contra as finanças públicas (artigos 359-A a 359-H do Código Penal)<sup>111</sup>. Ou, por exemplo, uma situação que possa ser tratada como um dos crimes de responsabi-

---

<sup>111</sup> CAPÍTULO IV - DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

**Contratação de operação de crédito**

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;

II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

**Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar**

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

**Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura**

Art. 359-C. Ordenar, autorizar ou assumir a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

**Ordenação de despesa não autorizada**

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

**Prestação de garantia graciosa**

Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

**Não cancelamento de restos a pagar**

Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

**Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura**

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

**Oferta pública ou colocação de títulos no mercado**

Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

lidade contra a lei orçamentária (art. 10 da Lei Federal 1.079/1950)<sup>112</sup> ou dos crimes de responsabilidade contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos (art. 11 da Lei Federal 1.079/1950)<sup>113</sup>.

## **5. Do prazo de apresentação das contas de governo e do prazo para emissão do parecer prévio pelos tribunais de contas**

Ante a importância que há, numa República, no ato do governante prestar contas de seus atos, há prazo certo para o Chefe do Poder Executivo apresentar sua prestação de contas anual.

No caso da União, o Presidente deve prestar contas do exercício anterior dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 84, inc. XXIV, CF)<sup>114</sup>, e o Tribunal de Contas da União deve emitir seu parecer prévio em sessenta dias a contar

---

### <sup>112</sup> Capítulo VI - Dos Crimes Contra a Lei Orçamentária

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

- 1 - Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;
- 2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;
- 3 - Realizar o estorno de verbas;
- 4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.
- 5 - Deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;
- 6 - Ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
- 7 - Deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;
- 8 - Deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;
- 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
- 10 - Captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;
- 11 - Ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;
- 12 - Realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

### <sup>113</sup> Capítulo VII - Dos Crimes Contra a Guarda e Legal Emprego dos Dinheiros Públicos:

Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

- 1 - Ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas;
- 2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;
- 3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;
- 4 - Alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal;
- 5 - Negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

<sup>114</sup> CF, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

do recebimento das contas (art. 71, inc. I, CF)<sup>115</sup>. A sessão legislativa do Congresso Nacional, não custa lembrar, se inicia em 02 de fevereiro (art. 57, *caput*, CF)<sup>116</sup>.

Por força do *caput* e do parágrafo único do artigo 75 da Constituição Federal<sup>117</sup>, os Tribunais de Contas locais devem seguir a mesma sistemática adotada pelo Tribunal de Contas da União. Há, todavia, espaço para as Constituições Estaduais e as normas infraconstitucionais disporem regras próprias de acordo com as especificidades locais.

Veja-se o exemplo do Estado de São Paulo.

A Constituição Paulista não estipulou prazo diferente para a prestação de contas pelo Governador (art. 47, inc. IX, CE/SP)<sup>118</sup>, valendo, assim, o mesmo definido na Constituição Federal. Ou seja: o Governador de São Paulo deve prestar contas do exercício anterior dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. E o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo deve emitir seu parecer prévio em sessenta dias a contar do recebimento das contas (art. 33, inc. I, CE/SP)<sup>119</sup>. A sessão legislativa da Assembleia paulista, todavia, é aberta em 1º de fevereiro (art. 9º, § 1º, CE/SP)<sup>120</sup>.

No caso do município de São Paulo, o Prefeito deve prestar suas contas de governo até 31 de março do ano seguinte, e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo deve emitir seu parecer prévio em cento e vinte dias (art. 48, inc. I da Lei Orgânica paulistana).<sup>121</sup>

No caso dos demais municípios, cujas contas são apreciadas pelo Tribunal de Contas do Estado (art. 33, inc. XIII, CE/SP)<sup>122</sup>, os Prefeitos devem prestar suas contas

---

<sup>115</sup> CF, art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

<sup>116</sup> CF, art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. [redação dada pela EC 50/2006]

<sup>117</sup> CF, art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

<sup>118</sup> CE/SP, art. 47. Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...)

IX - prestar contas da administração do Estado à Assembleia Legislativa, na forma desta Constituição;

<sup>119</sup> CE/SP, art. 33. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias, a contar do seu recebimento;

<sup>120</sup> CE/SP, art. 9º, § 1º. A Assembleia Legislativa reunir-se-á, em sessão legislativa anual, independentemente de convocação, de 1º de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

<sup>121</sup> Lei Orgânica do Município de São Paulo, art. 48. O controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ao qual compete:

I - apreciar contas prestadas anualmente pelo Prefeito, pela Mesa da Câmara e pelo próprio Tribunal, que serão apresentadas obrigatoriamente até 31 de março de cada exercício, mediante parecer prévio informativo, que deverá ser elaborado e enviado à Câmara Municipal no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data de seu recebimento, já incluídos nesse prazo eventuais diligências e apreciação definitiva de recursos administrativos. [redação dada pela emenda 29/2007]

<sup>122</sup> CE/SP, art. 33. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...)

XIII - emitir parecer sobre a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios, exceto

de governo até 31 de março do ano seguinte, e o TCE/SP deve emitir seu parecer prévio até o último dia do ano seguinte ao do seu recebimento (art. 24 da Lei Complementar Estadual 709/1993)<sup>123</sup>.

## **6. Do contraditório e da ampla defesa na emissão do parecer prévio das contas de governo pelos tribunais de contas**

O Tribunal de Contas, ao apreciar as contas anuais, deve garantir ao Chefe do Poder Executivo o exercício do contraditório e da ampla defesa antes de emitir seu parecer prévio. Ainda que a apreciação feita no parecer prévio não tenha cunho terminativo (eis que a matéria ainda passará pelo julgamento no Parlamento), é imperioso que a Justiça de Contas dê efetiva ciência ao Chefe do Executivo da tramitação do processo e lhe garanta meios de participar da instrução, contraditando as informações que entender inadequadas. Como já bem frisou o Supremo Tribunal Federal:

A circunstância de o Tribunal de Contas exercer atribuições desvestidas de caráter deliberativo não exonera essa essencial instituição de controle - mesmo tratando-se da apreciação simplesmente opinativa das contas anuais prestadas pelo Governador do Estado - do dever de observar a cláusula constitucional que assegura o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao *due process of law* aos que possam, ainda que em sede de procedimento administrativo, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica. (STF, SS 1.197 / PE, Min. Celso de Mello, j. 15.09.1997, DJ 22.09.1997)

Oportuno mencionar que o Supremo Tribunal Federal já considerou que prazo de apreciação estipulado ao Tribunal de Contas da União pode ser ultrapassado, se for óbice ao exercício do contraditório<sup>124</sup>. No caso do município de São Paulo, ante a expressa previsão normativa que considera que o interregno de 120 dias para emissão do parecer prévio é um *“prazo máximo”*, pois *“já incluídos nesse prazo eventuais diligências e apreciação definitiva de recursos administrativos”*, consideramos que não haveria possibilidade de prorrogação da data limite (art. 48, inc. I da Lei Orgânica paulistana).

---

a dos que tiverem Tribunal próprio;

O prazo para os Tribunais de Contas

<sup>123</sup> Lei Complementar 709/1993 do Estado de São Paulo (Lei Orgânica do TCE/SP), art. 24. O Tribunal de Contas emitirá parecer, até o último dia do ano seguinte ao do seu recebimento, sobre a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios.

§ 1º. O balanço das contas será remetido ao Tribunal de Contas até 31 de março de cada ano, juntamente com as peças acessórias e relatório circunstanciado do Executivo e Legislativo Municipal.

(...)

<sup>124</sup> STF, MS 33.671 MC / DF, Min. Roberto Barroso, j. 30.06.2015, DJe 04.08.2015.

## 7. Do prazo para julgamento das contas de governo pelo poder legislativo

Não há, na Constituição Federal, prazo para o Poder Legislativo apreciar o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

Infelizmente, não é incomum que os Legislativos, numa omissão inaceitável de sua obrigação constitucional, posterguem indefinidamente o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo - muitas vezes até o governante conseguir reunir aliados suficientes para aprovação de suas contas.

Diante deste quadro, de silêncio do Legislativo, chegou-se a defender que o não-exame pelo Parlamento daria azo à prevalência do parecer prévio exarado pelo Tribunal de Contas. Todavia, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a esta discussão julgar o tema 157 de repercussão geral, ao fixar o seguinte entendimento: *“O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo”*<sup>125</sup>.

Destaque-se que no Estado de São Paulo há salutar previsão na Constituição estadual impedindo que a Assembleia interrompa a sessão legislativa sem deliberação sobre as contas prestadas pelo Governador, referentes ao exercício anterior (art. 9º, § 4º, CE/SP)<sup>126</sup>. Ademais, por força do art. 144 da Constituição estadual<sup>127</sup>, o mesmo vale para as Câmaras Municipais paulistas.

Ou seja, não podendo encerrar a sessão legislativa sem tal providência, compele-se o Parlamento a apreciar as contas do Executivo em prazo razoável.

## 8. Do contraditório e da ampla defesa no julgamento das contas de governo pelo poder legislativo

O direito de defesa do Chefe do Poder Executivo deve ser assegurado não apenas quando da emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas, mas também quando do julgamento pelo Parlamento. É importante ressaltar que o contraditório e a ampla defesa sejam garantidos em ambos os momentos, sob pena de ser decretada a nulidade do julgamento<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> STF, Pleno, RE 729.744, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2016, por maioria.

<sup>126</sup> CE/SP, art. 9º, § 4º. A sessão legislativa não será interrompida sem aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e sem deliberação sobre o projeto de lei do orçamento e sobre as contas prestadas pelo Governador, referentes ao exercício anterior. (NR) [nova redação dada pela EC 5/1998]

<sup>127</sup> CE/SP, art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

<sup>128</sup> Como exemplo, veja-se: “EMENTA: PREFEITO MUNICIPAL. CONTAS REJEITADAS PELA CÂMARA DE VEREADORES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO DE DEFESA (INC. LV DO ART. 5º DA CF). Sendo o julgamento das contas do recorrente, como ex-Chefe do Executivo Municipal, realizado pela Câmara de Vereadores mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, que poderá deixar de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Casa Legislativa (arts. 31, § 1º, e 71 c/c o 75 da CF), é fora de dúvida que, no presente caso, em que o parecer foi pela rejeição das contas, não poderia ele, em face da norma constitucional sob referência, ter sido aprovado, sem que se houvesse propiciado ao interessado a oportunidade de opor-se ao referido pronunciamento técnico, de maneira ampla, perante o órgão legislativo, com vista a sua almejada reversão. Recurso conhecido e provido.” (STF, 1ª Turma, RE 261.885 / SP, Rel. Min. Ilmar

Mas qual o momento adequado para efetivar estas garantias no Parlamento? Cabível aqui breve explanação sobre a tramitação das contas no Legislativo. Na União, a análise das contas tramita da seguinte forma: remetendo o Tribunal de Contas da União seu parecer prévio, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) também emite um parecer sobre as contas anuais (art. 166, § 1º, inc. I, CF)<sup>129</sup>, antes de enviá-las à Mesa do Congresso Nacional (art. 116, Resolução CN 1/2006)<sup>130</sup>. Neste ínterim, há, inclusive, uma audiência pública para o Ministro do TCU Relator das contas anuais expor sobre o parecer prévio à CMO (art. 115, parágrafo único, Resolução CN 1/2006)<sup>131</sup>. Embora fosse praxe as contas serem apreciadas separadamente pelos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal<sup>132</sup>, o Supremo Tribunal Federal passou a sinalizar que a apreciação das contas deveria ser feita em sessão conjunta do Congresso Nacional (art. 49, inc. IX, CF)<sup>133</sup>. De toda forma, trata-se de decisão cautelar concedida em mandado de segurança, cujo mérito ainda pende de análise<sup>134</sup>.

---

Galvão, j. 05.12.2000, DJ 16.03.2001).

<sup>129</sup> CF, art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

<sup>130</sup> Resolução 1/2006 do Congresso Nacional, art. 116. Na apreciação das prestações de contas serão observados os seguintes prazos:

I - até 40 (quarenta) dias para a apresentação, publicação e distribuição do relatório e do projeto de decreto legislativo, a partir do recebimento do parecer prévio;

II - até 15 (quinze) dias para apresentação de emendas ao relatório e ao projeto de decreto legislativo, a partir do término do prazo previsto no inciso I;

III - até 15 (quinze) dias para a apresentação do relatório às emendas apresentadas, a partir do término do prazo previsto no inciso II;

IV - até 7 (sete) dias para a discussão e votação do relatório e do projeto de decreto legislativo, a partir do término do prazo previsto no inciso III;

V - até 5 (cinco) dias para o encaminhamento do parecer da CMO à Mesa do Congresso Nacional, a partir do término do prazo previsto no inciso IV;

VI - até 3 (três) dias para a sistematização das decisões do Plenário do Congresso Nacional e geração dos autógrafos, a partir da aprovação do parecer pelo Congresso Nacional.

<sup>131</sup> Resolução 1/2006 do Congresso Nacional, art. 115, parágrafo único. No início dos trabalhos do segundo período de cada sessão legislativa, a Comissão realizará audiência pública com o Ministro Relator do Tribunal de Contas da União, que fará exposição do parecer prévio das contas referidas no caput.

<sup>132</sup> É possível visualizar a apreciação separada no seguinte *site* mantido pelo Congresso Nacional: <http://www.congressonacional.leg.br/portal/atividade/contasPresidente>, acesso em 25.08.2015.

<sup>133</sup> CF, art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

<sup>134</sup> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. JULGAMENTO DAS CONTAS ANUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, EM SESSÃO CONJUNTA DE AMBAS AS CASAS.

1. Decorre do sistema constitucional a conclusão de que o julgamento das contas do Presidente da República deve ser feito pelo Congresso Nacional em sessão conjunta de ambas as Casas, e não em sessões separadas.

2. Tal interpretação se extrai do seguinte conjunto de argumentos constitucionais: (i) caráter exemplificativo do rol de hipóteses de sessões conjuntas (CF, art. 57, § 3º); (ii) natureza mista da comissão incumbida do parecer sobre as contas (CF, art. 161, § 1º); (iii) reserva da matéria ao regimento comum, que disciplina as sessões conjuntas (CF, art. 161, caput e § 2º), nas quais ambas as Casas se manifestam de maneira simultânea; (iv) quando a Constituição desejou a atuação separada de uma das Casas em matéria de contas presidenciais, instituiu previsão expressa (CF, art. 51, II); e (v) simetria entre a forma de deliberação das leis orçamentárias e a de verificação do respectivo cumprimento.

3. Essa compreensão, longe de invadir matéria *interna corporis* do Parlamento, constitui fixação do devido processo legis-

Na Assembleia do Estado de São Paulo, o parecer prévio do Tribunal de Contas sobre as contas anuais do Governador é examinado primeiro pela Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, seguindo pela Comissão de Fiscalização e Controle, para depois ser incluído na ordem do dia (art. 236 do Regimento Interno da ALESP)<sup>135</sup>. Nas Câmaras, a praxe é a comissão responsável pela apreciação dos projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais (vale dizer, a Comissão municipal que equivaler à CMO), seja também responsável pela apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, elaborando um projeto de decreto legislativo a ser votado pelo Plenário. Segundo entendemos, é adequado que aquele que tem as contas julgadas possa apresentar sua defesa tanto nas Comissões em que tramitar o parecer como também possa, caso queira, discursar na sessão em que o Parlamento efetivamente levar as contas a julgamento. Prestigiam-se, assim, os aspectos técnicos e os aspectos políticos da análise.

## **9. Da apreciação do parecer prévio do tribunal de contas pelo poder legislativo no julgamento das contas de governo**

Como procuramos enfatizar, a análise e o julgamento das contas de governo do Chefe do Poder Executivo envolve aspectos técnicos (foco da apreciação do Tribunal de Contas) e aspectos políticos (sopesados na deliberação do Poder Legislativo).

Ademais, ao estabelecer o parecer prévio do Tribunal de Contas como peça obrigatória do controle externo desempenhado pelo Legislativo, o constituinte

---

lativo em um de seus aspectos constitucionais mais importantes – a definição do órgão competente para o julgamento das contas anuais do Presidente da República –, matéria sensível ao equilíbrio entre os Poderes e da qual o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (CF, art. 102, caput), não pode se demitir. Ademais, a interpretação ora adotada não contrária, e sim prestigia aquela acolhida em normas internas do próprio Congresso.

4. Há, no entanto, uma prática estabelecida em sentido diverso. Por essa razão, deixo de conceder liminar para suspender os efeitos das votações já realizadas. É necessário, porém, que os futuros julgamentos de contas presidenciais anuais sejam feitos em sessão conjunta do Congresso Nacional.

5. Medida liminar indeferida, por ausência de risco iminente ou perigo na demora.” (STF, MS 33.729 MC / DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 13.08.2015, DJe 18.08.2015).

<sup>135</sup> Regimento Interno da ALESP, art. 236. As contas apresentadas pelo Governador, que abrangerão a totalidade do exercício financeiro do Estado, compreendendo as atividades do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e do Tribunal de Contas, deverão dar entrada na Assembleia até 30 de abril de cada ano.

§ 1º – O Presidente da Assembleia, independentemente de sua leitura no Pequeno Expediente, mandará publicar, dentre as suas peças, o balanço geral, e comunicará o recebimento ao Tribunal de Contas.

§ 2º – O processo será, a seguir, encaminhado à Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, onde aguardará o parecer do Tribunal de Contas.

§ 3º – Recebido o parecer do Tribunal de Contas, o Presidente da Assembleia fá-lo-á publicar e encaminhá-lo-á à Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, que terá o prazo de 30 dias para emitir parecer, concluindo por projeto de decreto legislativo.

§ 4º – O projeto a que se refere o parágrafo anterior tramitará em regime de prioridade.

§ 5º – O projeto referido nos parágrafos anteriores, depois de ouvida a Comissão de Fiscalização e Controle, será incluído na Ordem do Dia, independentemente de Pauta.

Art. 237. Se não for aprovada pelo Plenário a prestação de contas do Governador, ou parte dessas contas, será todo o processo, ou a parte referente às contas impugnadas, remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Redação, para que indique as providências a serem tomadas pela Assembleia.

prestigiou a análise especializada feita pela Justiça de Contas, com sua abordagem técnica quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Não por outra razão, no caso das contas do Prefeito, a Constituição apenas tolera a derrubada de tal parecer prévio pela Câmara se obtido o quórum de 2/3 do Parlamento (art. 31, § 2º, CF)<sup>136</sup>.

Desta forma, não pode o Legislativo, arvorando-se no argumento de se tratar de uma decisão política, derrubar o parecer desfavorável exarado pelo Tribunal de Contas sem justificar sua decisão.

Em respeito ao cidadão, destinatário final do controle da Administração, o Parlamento não pode simplesmente descartar o sistemático e rigoroso trabalho do Tribunal de Contas, feito com base em abrangente levantamento de informações, conferência de documentos, verificação e cruzamento de dados e apuração de denúncias, sem que apresente motivação razoável e palpável referente a cada apontamento que conduziu à irregularidade das contas.

Por se tratar de um julgamento, deve o Parlamento externar e fundamentar sua motivação de decidir quando da análise das contas de governo do Chefe do Executivo, seja acatando o parecer prévio do Tribunal de Contas (neste caso, sendo possível e razoável adotar tal parecer como suas próprias razões de decidir), seja ao derrubar tal parecer prévio. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA: JULGAMENTO DAS CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL. PODER DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (CF, ART. 31). PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV). IMPRESCINDIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA CÂMARA MUNICIPAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. TRANSGRESSÃO, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA. CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. RE CONHECIDO E PROVIDO.*

*- O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31).*

*- Essa fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político-administrativo – está subordinada à necessária*

---

<sup>136</sup> CF, art. 31, § 2º. O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

*observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram, ao Prefeito Municipal, a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório.*

***- A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local, além de supor o indeclinável respeito ao princípio do devido processo legal, há de ser fundamentada, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Constituição da República.***” (STF, 2ª Turma, RE 235.593 / MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.03.2004, DJ 22.04.2004) (destacamos)

Afinal, os representantes do Legislativo devem explicitar sua motivação de julgamento ao real detentor do poder: o povo.

Se não houvesse necessidade de motivar o julgamento, ficaria sem razão determinar a “ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas” (art. 56, § 3º, LRF)<sup>137</sup>. Certamente – e com razão – questionaria o cidadão: o que motivou meus representantes no Parlamento a derrubarem o parecer prévio do Tribunal de Contas, mesmo este apontando inúmeras inconsistências nas contas do Chefe do Poder Executivo? Resta claro que, se o Parlamento optar por derrubar o parecer prévio da Justiça de Contas, deverá fundamentar, item a item, os motivos do não acatamento das razões que levaram o órgão técnico e especializado a opinar pela irregularidade das contas.

No Estado Democrático de Direito, não motivar um julgamento equivale a não julgar. Se o Legislativo deixa de desempenhar sua função típica de fiscalizar as contas de governo do Chefe do Executivo, não cumpre com o dever que lhe impõe a Constituição.

Ainda mais imperiosa a necessidade de fundamentação quando o parecer prévio funda-se no descumprimento de valores numéricos, objetivos, como os percentuais mínimos para aplicação na saúde ou na educação. Conforme bem defendem PINTO e CALANDRIM<sup>138</sup>:

Pelo princípio da unidade da Constituição, o julgamento de contas previsto no artigo 49, IX e no artigo 31, §§ 2º e 3º da CR não pode, nem deve concorrer para esvaziar fática e teleologicamente as vinculações inscritas nos artigos 198 e 212 também da Constituição Federal.

<sup>137</sup> Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), art. 56, § 3º. Será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas.

<sup>138</sup> PINTO, Élide Graziane; CALANDRIM, Luiz Antonio. Vinculação orçamentária permite julgamento das contas. Revista Consultor Jurídico, 25.06.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/vinculacoes-orcamentarias-possibilitam-julgamento-contas-governamentais>. Acessado em 28.08.2015.

Veja-se: se o Tribunal de Contas emite parecer desfavorável por ter verificado que o Prefeito aplicou apenas 23% da receita de impostos em educação, a Câmara, para aprovar as contas, deverá motivar e demonstrar quais gastos irá considerar como aplicados na educação para reconduzir o cálculo ao mínimo de 25% exigido pela Constituição Federal.

O mesmo é válido, por exemplo, para os limites de despesa estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal: se a Corte de Contas emite juízo desfavorável às contas do Prefeito por constatar que 60% da Receita Corrente Líquida foi gasto com pessoal, a Câmara, para aprovar as contas, deverá fundamentar e comprovar quais valores irá desconsiderar para reconduzir o cálculo ao máximo de 54% imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

### **Conclusões**

O julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo (também ditas contas de governo ou contas institucionais) é procedimento de manifestação complexa, iniciando-se com a análise técnica do Tribunal de Contas (externada em um parecer prévio), seguindo-se do julgamento pelo Legislativo (externado por um Decreto Legislativo).

Em ambos os momentos, há necessidade de garantir a ampla defesa e o contraditório àquele que tem suas contas analisadas.

Por se tratar de um julgamento, deve o Parlamento externar e fundamentar sua motivação de decidir quando da análise das contas, seja acatando o parecer prévio do Tribunal de Contas (neste caso, sendo possível e razoável adotar tal parecer como suas próprias razões de decidir), seja ao derrubar tal parecer prévio.

# A arbitragem e a Administração Pública no Novo Código de Processo Civil

*Silvano José Gomes Flumignan*<sup>139</sup>

**Resumo:** O ensaio analisa a arbitragem pelo Estado no Novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** Arbitragem – Estado – Novo Código de Processo Civil

**Abstract:** *The essay analyzes the arbitration by the State in the New Code of Civil Procedure.*

**Keywords:** *Arbitration – State - New Code of Civil Procedure*

Introdução. 1. A Arbitragem como “solução consensual de conflitos” no Novo Código de Processo Civil: a aplicação da arbitragem pelo Estado. 2. A arbitragem como dever da Administração Pública no Novo Código de Processo Civil: a disciplina pela legislação especial. 3. A adoção da corrente jurisdicional. 4. A (im) possibilidade de criação de “jurisdição administrativa” por meio da arbitragem. 5. Súmulas vinculantes, arbitragem e Administração Pública. 6. Confidencialidade no Novo CPC e a Administração Pública. 7. Autorização legislativa e conteúdo da arbitragem em relação à Administração Pública a partir do Novo CPC. Conclusões.

## 1. Introdução

A arbitragem é tratada pelo Novo Código de Processo Civil em poucos dispositivos, mas com grande relevância prática. Ela foi inserida como espécie do gênero “solução consensual de conflitos”, mas a importância não decorre somente desse ponto. Uma das questões mais relevantes foi o enfrentamento da temática da arbitragem em relação à Administração Pública.

A disciplina da matéria abarcará desde a possibilidade de utilização de legislação extravagante; a adoção da corrente jurisdicional; a possibilidade de criação de uma “jurisdição administrativa”; a aplicação ou não de súmulas vinculantes; a confidencialidade e seu procedimento; a superação da polêmica sobre a necessidade de autorização legislativa e, até mesmo, a ampliação do conteúdo da arbitragem estatal.

---

<sup>139</sup> Doutorando e Mestre em direito pela USP. *Visiting researcher (University of Ottawa)*. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Professor da Asces/PE e do CEJ/PGE-PE.

## 2. A Arbitragem como “solução consensual de conflitos” no Novo Código de Processo Civil: a aplicação da arbitragem pelo Estado

O art. 3º do Novo Código de Processo Civil prevê que a Administração Pública deverá dar preferência à solução consensual de conflitos.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ao se analisar o dispositivo de maneira isolada, poder-se-ia afirmar que não haveria a adoção expressa da arbitragem para a Administração Pública. Isso ocorreria porque a arbitragem pressupõe a existência de um conflito de interesses. Trata-se, portanto, de um método de solução de conflitos heterogêneo. Não há, na arbitragem, a pacificação pela atuação exclusiva das partes que buscam a obtenção do bem da vida.

As partes outorgam a um terceiro ou a um grupo a tarefa de solucionar o conflito. Essa pessoa ou grupo de pessoas serão encarregados de proferir decisão com força de título executivo judicial<sup>140</sup>. Busca-se, portanto, pessoa da confiança das partes para a resolução da controvérsia.

Esse ponto, aliás, é a principal diferença em relação à mediação. Nesta última modalidade de solução de conflitos, um terceiro, imparcial, auxilia as partes a encontrar uma solução consensual. Não existe julgamento pelo mediador. O trabalho do mediador é incentivar as partes a obter um acordo<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> Art. 475-N do atual Código de Processo Civil. São títulos executivos judiciais:

(...)

IV – a sentença arbitral; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

Art. 515 do Novo CPC. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII – a sentença arbitral;

(...)

<sup>141</sup> Art. 165 do Novo CPC. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A existência de um árbitro não pode, em tese, ser analisada como “solução consensual”, pois, se houvesse o consenso, não haveria arbitragem, mas sim conciliação ou até mesmo mediação.

Todavia, o Novo Código de Processo Civil utiliza a expressão “solução consensual de conflitos” com outro enfoque. O escopo é evidenciar que as partes, sempre que possível, poderão e, no caso da Administração Pública, deverão dar preferência por outras formas de “solução de conflitos” sem a necessidade de um procedimento jurisdicional tradicional. Ademais, a opção pela arbitragem deve decorrer pelo “consenso” entre as partes através da convenção de arbitragem.

Tal entendimento fica claro no art. 359 do Novo Código de Processo Civil enquadra a arbitragem como espécie da categoria “solução consensual de conflitos”:

Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem (Novo Código de Processo Civil).

Outra interpretação possível do termo “solução consensual de conflitos” diz respeito ao fato de a assunção da arbitragem ser decorrente do “consenso” de ambas as partes.

Embora a solução não seja propriamente consensual, o método será escolhido pelas partes. Assim, não existe propriamente impropriedade no termo “solução consensual”.

O termo se refere à concordância das partes pela submissão ao procedimento arbitral e não propriamente ao resultado alcançado pelo método de resolução da controvérsia.

### **3. A arbitragem como dever da Administração Pública no Novo Código de Processo Civil: a disciplina pela legislação especial**

A previsão de que até mesmo na audiência de instrução e julgamento o magistrado deve incentivar a conciliação e a arbitragem demonstra o aumento da importância da arbitragem e de soluções alternativas com o Novo Código.

A interpretação dos dispositivos da legislação codificada permite, em verdade, outra conclusão. Percebe-se um dever de busca por soluções alternativas de conflito por parte da Administração Pública:

Art. 3º (...)  
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.  
(...)

O art. 3º, §2º, estabelece a prioridade pela “solução consensual de conflitos”. Ao interpretá-lo com o art. 359, perceber-se-á que, sempre que possível, a arbitragem

terá preferência em relação ao procedimento jurisdicional.

O alcance da supramencionada afirmação para a Administração Pública exige o tratamento da matéria em consonância com a legislação extravagante ao Código. Isso, aliás, não é sequer privilégio da arbitragem para a Administração. Deve ocorrer em todo procedimento arbitral. O art. 3º, §1º, é expresso nesse sentido:

Art. 3º (...)  
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.  
(...)

O dispositivo prevê que a arbitragem será disciplinada pela legislação especial. Tal previsão implica o não exaurimento da matéria pelo Novo Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. estabelece dois propósitos para o parágrafo:

Neste mesmo artigo, o legislador acrescentou um §1º, que está assim redigido:

“§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Esse parágrafo possui dois propósitos, um ostensivo e, outro, simbólico.

Ostensivamente, serve para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Do ponto de vista simbólico, relaciona a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à arbitragem é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante<sup>142</sup>.

A previsão tem, portanto, duas características básicas. A primeira, de caráter categórico ou ostensivo, significa que a disciplina da arbitragem é deixada para a legislação especial. A segunda, simbólica, implica a associação da arbitragem com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O escopo é dar a interpretação de que a arbitragem não é inconstitucional ainda que não seja possível a rediscussão de seu resultado (sentença arbitral).

No que se refere ao primeiro aspecto, a Lei nº 9.307/1996 continuará a regulamentar a matéria e, com as alterações da Lei nº 13.129/15, terá profundo impacto

---

<sup>142</sup> DIDIER JR., Fredie. *A arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da câmara dos deputados, dep. Paulo Teixeira)*. In REAJ. Ano I. vol. I. Out/Nov/Dez/2013, p. 1.

em relação à Administração Pública.

A Lei de Arbitragem prestigiou o princípio da autonomia da vontade para a escolha do procedimento arbitral e, em regra, para a forma como se obterá a decisão. O texto não limitou, por exemplo, a arbitragem à análise jurídica ao permitir a decisão por outros critérios, como os costumes, a equidade e, até mesmo, regras e institutos estrangeiros<sup>143</sup>.

Ela trata ainda da convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros, de alguns aspectos do procedimento arbitral, da sentença arbitral, do reconhecimento e execução da decisão. Com as alterações de 2015, aborda também a interrupção da prescrição pela arbitragem, as medidas cautelares, a carta arbitral e a aplicação específica para a Administração Pública.

O segundo aspecto é asseverado no Novo Código, mas já era entendimento majoritário na doutrina. Aborda-se a arbitragem em um dos parágrafos do artigo que trata da inafastabilidade da jurisdição.

Ainda que não fosse esse o entendimento majoritário, é preciso frisar, especificamente no âmbito da Administração Pública, que não existe “reserva de jurisdição” para a resolução de conflitos em que o Estado integra a relação jurídica controvertida<sup>144</sup>.

Mesmo assim, o entendimento da arbitragem como jurisdição parece ser o correto e, ainda que não fosse, seus efeitos são jurisdicionais<sup>145</sup>.

O fato de a arbitragem ser disciplinada pela legislação especial não afasta o paralelo que se pode fazer com outras formas de “solução consensual de conflitos”.

No que se refere à mediação, por exemplo, o art. 174 do Novo Código de Processo Civil prevê a criação de câmaras de mediação e conciliação por parte da Administração Pública:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Há uma imposição de criação dos órgãos administrativos. Não se trata de

<sup>143</sup> MACIEL, Marco. **Exposição de motivos da lei de arbitragem: justificação**. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, p. 317-320 (acesso online p. 1-4), Abr.-Jun./2006, p. 3.

<sup>144</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado**. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, p. 155-174, Abr.-Jun./2015, p. 1-2.

<sup>145</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Idem*, p. 16.

uma faculdade. Ela terá a atribuição de solucionar dois tipos de conflitos. O primeiro entre os órgãos e entidades da própria Administração Pública. O segundo promovido pelos particulares para avaliar pedidos de resolução de conflitos por meio da conciliação e da arbitragem. Estabelece-se também a possibilidade de se promover, quando for o caso, a celebração de termos de ajustamento de conduta<sup>146</sup>.

Isso significa que o Novo Código, ao tratar das soluções consensuais de conflito para a Administração Pública, não estabelece uma faculdade, mas sim uma obrigatoriedade. Não faz isso especificamente em relação à arbitragem porque a disciplina foi deixada para a legislação especial, mas, de maneira categórica impõe ao Estado a busca por “soluções consensuais”, entre as quais, encontra-se a arbitragem.

#### 4. A adoção da corrente jurisdicional

O Novo Código aborda a arbitragem dentro do contexto do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Esse é o teor do *caput* do art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. O Novo Código adotou a posição de que a arbitragem é jurisdição<sup>147</sup>.

Embora seja a posição majoritária, existem outros entendimentos relevantes no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se se a arbitragem possui natureza jurisdicional, contratual ou mista.

Em verdade, a consideração sobre a natureza jurídica decorre do enfoque que se pretende dar à arbitragem. A corrente contratual prega que a arbitragem só é possível em um ambiente de autonomia da vontade, pois as partes pactuariam pela resolução do conflito em juízo próprio<sup>148</sup>. É a adoção dessa corrente que permite a concepção de que somente direitos disponíveis poderiam ser objetos de arbitragem<sup>149</sup>.

A corrente jurisdicional sustenta que a arbitragem é verdadeiro processo.

<sup>146</sup> Tal previsão é polêmica a depender da interpretação que se dê ao dispositivo.

<sup>147</sup> DIDIER JR., Fredie. Ob. cit., p. 1. “O art. 3º do NCPC indica que o projeto se encaminhou para a concepção majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição”.

<sup>148</sup> Sobre a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica da arbitragem, diversos textos podem ser mencionados. Aqui exporemos apenas alguns que tentam sistematizar a matéria: Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Pedido de Providências nº 553, César de Freitas Xavier (Delegado de Polícia Federal) v. Conselho Nacional de Justiça, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, j. em 04/07/2006; VALLE, Martim Della. **Considerações sobre os Pressupostos Processuais em Arbitragens**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. III. n. 12. São Paulo: IOB, 2006, p. 13; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Repercussões do Anteprojeto e do Substitutivo ao Projeto do Novo Código de Processo Civil na Arbitragem**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. VIII. n. 29. São Paulo: IOB, 2011, pp. 14-16.

<sup>149</sup> Entre os adeptos dessa corrente, podem ser citados Eros Roberto Grau (**Arbitragem e contrato administrativo**). In Revista da Escola Paulista da Magistratura. v. 3. nº 2. São Paulo: EPM, 2002, pp. 49-50. “O primeiro aspecto a considerar está em que a arbitragem não encerra jurisdição. Ao contrário, a arbitragem previne a jurisdição. Sua origem é contratual. Desfaça-se de pronto, pois, a confusão frequentemente estabelecida entre uma e outra.” e José Joaquim Calmon de Passos (**Da Jurisdição**). Salvador: Progresso, 1957, p. 46 “De tudo se conclui, na verdade, que os árbitros não têm jurisdição. E porque não a têm é que os autores, diante da perplexidade, procuram fugir com afirmativas de nenhum conteúdo, quais as de jurisdição extraordinária, ou menos plena, ou quase ordinária. Não têm jurisdição, disse-o Manoel Gonçalves da Silva, com propriedade que Pontes de Miranda ressalta elogiosamente, porque apenas conhecem jurisdicionalmente das causas que lhes são submetidas — ‘neque jurisdictione habent, sed tantum cognitione. Jurisdição é conhecimento (ratio), julgamento (judicium) e execução (imperium) do julgado. Ausente qualquer desses elementos não há jurisdição.’”).

Para tanto, entendem jurisdição como a capacidade de dizer o direito, mas não atribuem ao Poder Judiciário a exclusividade dessa aptidão<sup>150</sup>.

A híbrida, por sua vez, compreende a arbitragem como um processo privado cujo escopo é a solução de controvérsias. A decisão seria uma forma de sentença particular cujo poder de decisão é atribuído a um terceiro. Teria o caráter jurisdicional por permitir a exigência de cumprimento por meio do poder judiciário<sup>151</sup>.

Há também quem entenda que a distinção não tem muita relevância e que seria útil a adoção de uma ou outra corrente dependendo das circunstâncias do caso.

Para tal conclusão, entendemos ser indiferente a eterna questão da natureza jurídica da arbitragem (se contratual ou jurisdicional).

Acerca da matéria, quase todos os manuais referem-se à questão como ainda não pacificada na doutrina e apontam três posições: (i) contratual; (ii) jurisdicional e (iii) mista. De nossa parte, entendemos que caráter jurisdicional da arbitragem dependerá do conceito de jurisdição que se adote<sup>152</sup>.

O autor assevera ainda que uma corrente puramente jurisdicional não explicaria a impossibilidade de adoção de todos os procedimentos jurisdicionais previstos

<sup>150</sup> SILVA, Lilian Fernandes da. **Arbitragem – a Lei nº 9.307/1996**. In Revista da Escola Paulista de Magistratura. ano 2. n. 4. São Paulo: EPM, 1998, p. 165. “A Lei nº 9.307, de 23.09.1996, revogou os arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, passando a regular integralmente a matéria. A doutrina não é pacífica, havendo diversas posições quanto à natureza jurídica da arbitragem. Para aqueles que defendem a *natureza privatista*, a arbitragem é um contrato, uma convenção na qual as partes concedem poderes ao árbitro, e o laudo é uma manifestação das mesmas. Para os que têm como posição a *natureza jurisdicional*, a arbitragem é o verdadeiro processo e a jurisdição deve ser entendida como atuação da vontade da lei por meio de emissão de decisões não exclusivamente do Poder Judiciário. O árbitro, escolhido de comum acordo, tem o poder de proferir a decisão mais justa, utilizando-se da jurisdição. Para os defensores da *natureza híbrida*, a arbitragem é processo privado para a solução de controvérsias, é forma privada de sentença com as vestes do poder de uma decisão judicial entre particulares em oposição às Cortes judiciais. É um acordo consensual no qual a solução da questão é dada por terceira pessoa; também é judicial porque põe fim à disputa, possibilitando seu cumprimento como um julgamento do mérito do judiciário.”

<sup>151</sup> SILVA, Lilian Fernandes da. Ob. cit., p. 165.

<sup>152</sup> VALLE, Martim Della. Ob. cit., p. 12. O autor acrescenta que: “Caso se entenda por um conceito mais amplo, voltado para a atividade de solução de conflitos e menos localizado no caráter estatal e de monopólio do uso da força, haverá de se reconhecer caráter jurisdicional à arbitragem, ainda que faltantes a *coercio* e a *executio*. De outra parte, é inegável também seu caráter contratual, tendo previsão expressa da arbitragem (sob o título de compromisso) tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual. No Código Civil de 1916, era colocada como modo de extinção das obrigações (arts. 1.037 a 1.048). No atual, encontra-se no Título “Das Várias Espécies de Contrato”, nos arts. 851 a 853, no qual há remissão expressa à lei especial (de arbitragem).

Mesmo que se entenda que a arbitragem é puramente jurisdicional, ainda assim tal circunstância não acarreta a aplicação direta de institutos processuais. Entendemos que o caráter jurisdicional ou mesmo o reconhecimento de uma “ação arbitral” (14) não implicará a aplicação automática do Código de Processo Civil e seus institutos.

A Lei de Arbitragem tem especialidade suficiente para prescindir de aplicações analógicas, sendo certo que nela não há remissões ao processo civil nacional, mas sim à vontade das partes e ao prudente alvitre dos árbitros na definição de regras (art. 21, § 1º).

no CPC. Tal argumento não merece prosperar. O fato de não se aplicar o Código de Processo Civil não significa que não possa haver jurisdição, pois a ideia básica do conceito é a capacidade de dizer o direito. Se essa for a conclusão da decisão arbitral, pouco importa se foram ou não adotados institutos do Código.

A redação original do anteprojeto não ajudava a esclarecer a natureza jurídica da arbitragem:

**Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Pelo contrário, ela acentuava a discussão e penderia para a corrente não jurisdicional:

O primeiro dispositivo do substitutivo, já presente no texto do anteprojeto, que pode causar alguma repercussão na arbitragem, ao menos sob o ponto de vista teórico, é o disposto no art. 3º, segundo o qual “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. Como se vê, a referida regra possui inspiração no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A reprodução, porém, não foi fiel ao Texto Constitucional, e isso pode dar margem a interpretações delicadas a respeito de aspecto fundamental da arbitragem, qual seja, a sua natureza jurídica.

Literalmente, o art. 3º do substitutivo excluiu do conceito de apreciação jurisdicional a arbitragem, isto é, estatuiu que a arbitragem não representa apreciação jurisdicional. Observe-se que a nova lei processual não fala em apreciação judicial, nem em apreciação pelo Poder Judiciário, mas sim em apreciação jurisdicional. Essa disposição pode ressuscitar interpretações já relativamente pacificadas a respeito da natureza jurídica da arbitragem<sup>153</sup>.

De qualquer forma, ainda com a legislação vigente, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela adoção da corrente jurisdicional.

PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDI-  
CIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JU-

---

<sup>153</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Ob. cit., pp. 13-14.

ÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.

**1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.**

(...)

(BRASIL, STJ, CC Nº 111.230 - DF, Rel. (a): Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: 2ª Seção, j. em 24/08/11, grifo nosso)

O Projeto de Novo CPC aprovado na Câmara alterou a redação do anteprojeto para deixar clara a natureza jurisdicional e, entre outros pontos, permitir a decisão do próprio juízo arbitral sobre a sua competência<sup>154</sup>.

Embora a exceção de alegação de arbitragem, de maneira expressa, tenha sido retirada da Lei nº 13.105/15, o termo competência relacionado à arbitragem ainda é utilizado no texto aprovado<sup>155</sup>.

Uma questão polêmica é saber se o Estado poderá criar Câmaras de Arbitragem o que implicaria verdadeira “jurisdição administrativa” com características únicas no âmbito do Estado brasileiro.

## **5. A (im)possibilidade de criação de jurisdição administrativa por meio da arbitragem**

Um ponto extremamente interessante e provocativo é saber se, com o advento do Novo Código de Processo Civil e diante da natureza jurisdicional da arbitragem, seria possível sustentar a adoção de verdadeira jurisdição administrativa por parte do Estado.

A afirmação teria como base a aplicação analógica do art. 174 do Novo Código:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com

<sup>154</sup> Observa-se que o termo competência foi utilizado com referência à arbitragem:

Art. 347 do Projeto Aprovado na Câmara dos Deputados. Se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

Parágrafo único. Não havendo sido instaurado o juízo arbitral, o juiz decidirá a questão.

Art. 348 do Projeto Aprovado na Câmara dos Deputados. Acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito.

<sup>155</sup> Art. 485 do Novo CPC. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O dispositivo prevê a criação de câmaras de mediação e conciliação como órgãos administrativos. Ora, a mediação e a conciliação são espécies de “solução consensual de conflitos”, tais como a arbitragem.

Desta forma, nada impediria a criação de câmaras de arbitragem como órgãos administrativos. O resultado seria a criação de uma “jurisdição administrativa” por via transversa.

O Brasil, ao contrário de países como Portugal, Itália e França, não prevê um sistema de “jurisdição administrativa”. Esses sistemas preveem um modelo de repartição de competência entre duas “jurisdições”: administrativa e judicial. Não se trata, portanto, de reserva de jurisdição por parte do Estado em que algumas matérias obrigatoriamente devam ser tratadas pela “jurisdição judicial”<sup>156</sup>.

O sistema brasileiro, no entanto, reserva determinadas matérias como as tipicamente penais e relacionadas à improbidade administrativa, que representam o “direito de punir” do Estado à “jurisdição tradicional” ou judicial.

Dessa forma, esse parece ser o limite (matérias reservadas na constituição) tanto para a arbitragem, como para a eventual “jurisdição administrativa” que venha a ser criada.

Não parece haver empecilho para a criação de eventual Câmara Arbitral como órgão administrativo por aplicação analógica do art. 174 do Novo Código, mas a “jurisdição administrativa” via arbitragem geraria ainda discussão sobre a delimitação da matéria passível de discussão neste novo órgão administrativo.

O §1º foi acrescentado ao art. 1º da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/15 para, expressamente, permitir a arbitragem para a Administração Pública. Contudo, restringiu o conteúdo da matéria a direitos patrimoniais disponíveis:

Art. 1º (...)

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O conteúdo da arbitragem para o Estado será abordado no último tópico

---

<sup>156</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ob. cit., p. 13.

desse ensaio, mas já se pode afirmar que a Lei de Arbitragem não restringe a matéria à previsão do art. 174 ao tratar de direitos patrimoniais disponíveis de maneira genérica.

Entretanto, ao mesmo tempo, o art. 174 do Novo Código lança ainda outra discussão. As controvérsias submetidas à mediação também poderiam ser resolvidas por arbitragem? Em certa medida há uma intersecção entre as matérias já que o art. 3º da Lei nº 13.140/15 previu a mediação para direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

A análise de todos esses dispositivos pode levar à conclusão de que a disponibilidade para a Administração deve ser temperada. Assim, ao se defender e admitir a criação de Câmaras de Arbitragem pela própria Administração, quer se afirmar que ela não será uma “jurisdição administrativa” irrestrita e muito menos exclusiva, pois estaria inserida dentro do gênero solução consensual de conflitos<sup>157</sup>.

A criação de câmaras de arbitragem como órgãos administrativos levanta também outra discussão. A necessidade ou não de se observar as súmulas vinculantes na arbitragem estatal.

## 6. Súmulas vinculantes, arbitragem e Administração Pública

Outro ponto interessante diz respeito à necessidade ou não de observância das súmulas vinculantes no âmbito do procedimento arbitral. Costuma-se dizer que a arbitragem configura um sistema próprio, o que torna prescindível a observância de precedentes judiciais. A compreensão da arbitragem como sistema gera a formulação de princípios próprios que afastam a concepção unitária dos procedimentos judicial e arbitral<sup>158</sup>.

Para os adeptos dessa concepção, uma das principais consequências da análise da arbitragem é perceber a sua não comunicação com outros sistemas,

<sup>157</sup> Como já se observou, o art. 359 do Novo CPC prevê a arbitragem como espécie do gênero solução consensual de conflitos.

<sup>158</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. In Revista de Arbitragem e Mediação. V. 8. n. 28. São Paulo: RT, 2011, pp. 47-63. “Sistema – e peço perdão pela simplificação rasteira – é uma reunião ou combinação orgânica de proposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. Se assim é, não vejo problema algum em reconhecer que a arbitragem constitui um verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de solução de litígios de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais”.

como é o judicial<sup>159</sup>.

A doutrina estrangeira adota o mesmo posicionamento:

*Admittedly, there is no hierarchy in international arbitration comparable to that found in national court systems, with lower courts, appellate courts, and a supreme court responsible for ensuring the consistency of case law. Each arbitral tribunal is totally isolated, particularly in ad hoc arbitration, and is accountable only to the parties, subject at the very most to limited review by the courts<sup>160</sup>.*

Tendo essa ideia da separação dos sistemas em vista, poder-se-ia concluir que o árbitro não precisaria seguir o determinado em súmulas vinculantes:

### **5. Conclusão. Não Há Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**

Respondendo, assim, aos dois questionamentos feitos no texto introdutório do presente trabalho: (a) não há vinculação dos árbitros às decisões e súmulas judiciais vinculantes da forma como estabelecida na esfera judicial, apesar de constituírem essas últimas fontes de direito da lei brasileira e, portanto, deverem ser objeto de aplicação pelo árbitro quando a legislação nacional for eleita como aplicável; e (b) não há possibilidade de invalidação ou denegação de homologação de sentença arbitral por descompasso com tais precedentes do Supremo Tribunal Federal, mas, no limite, responsabilização civil do árbitro pelo erro cometido.

Os “precedentes” trazidos pelas recentes reformas de ordem processual constitucional no Brasil, de fato, aproximam a força, a extensão e a aplicação da jurisprudência em semelhança aos efeitos que possui o precedente nos países que seguem a tradição do *Common Law*, até em linha e compasso com a tendência que se pode verificar de aproximação dos dois principais modelos jurídicos existentes. A vinculação estabelecida pela lei brasileira, porém,

<sup>159</sup> MARQUES, Ricardo Tadeu Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. In Revista Brasileira de Arbitragem. V. X. N. 38. São Paulo: IOB, 2013, p. 116.

<sup>160</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999, p. 186. “Na verdade, não existe uma hierarquia na arbitragem internacional comparável ao encontrado em sistemas judiciais nacionais, com os tribunais inferiores, tribunais de apelação, e um supremo tribunal responsável por garantir a coerência da jurisprudência. Cada tribunal arbitral é totalmente isolado, especialmente na arbitragem ad hoc, e é responsável apenas perante as partes, sujeito no máximo à revisão limitada pelos tribunais”.

não tem o condão de ultrapassar as barreiras estabelecidas entre o sistema judicial e o sistema arbitral.

A escolha processual pela arbitragem implica renúncia às regras e aos ritos aplicáveis estritamente ao sistema judicial, o que inclui a vinculação dos órgãos judiciais e administrativos às decisões e súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela existência de órgão de sobreposição hierárquico e por ferramentas processuais que lhe assegure autoridade. Não há, na arbitragem doméstica e internacional, hierarquia ou sistema homogêneo que devem ser seguidos, seja entre as sentenças proferidas na esfera arbitral em si e muito menos com relação às decisões e aos precedentes advindos da esfera judicial. Até por esse motivo, inclusive, que a uniformidade das decisões não é uma regra obrigatória e vinculante na arbitragem, apesar, claro, de ser um objetivo desejável, em função de sua estrita relação com a segurança jurídica que todo método de resolução de conflitos busca atingir<sup>161</sup>.

Tal conclusão, no entanto, não merece ser acolhida ao se adotar o posicionamento de que seria possível a criação de câmaras arbitrais estatais. Tais câmaras teriam natureza jurídica de órgãos públicos e os árbitros, assim, seriam agentes públicos.

Art. 103-A da Constituição da República. **O Supremo Tribunal Federal poderá**, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que**, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação** aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (grifo nosso)

Ao se aplicar o disposto no art. 174 do Novo Código por analogia, obrigatoriamente, conclui-se pela necessidade de observância das súmulas vinculantes num panorama de câmaras arbitrais administrativas.

Entretanto, resta a dúvida ainda se a arbitragem realizada por órgãos externos à Administração deveria observar o determinado em súmulas vinculantes. Essa questão ganhou novos contornos com a Lei nº 13.129/15. Isso ocorre porque houve o acréscimo do §3º ao art. 2º da Lei de Arbitragem:

<sup>161</sup> MARQUES, Ricardo Tadeu Dalmaso. Ob. cit., pp. 135-136.

Art. 2º (...)

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

O dispositivo expressamente determina que a arbitragem da Administração Pública seja sempre de direito. O parágrafo é tão categórico que utiliza o termo “sempre” para afastar eventuais discussões e exceções.

Neste ponto, uma leitura apressada do dispositivo poderia levar à discussão sobre a aplicação irrestrita das súmulas vinculantes para qualquer arbitragem que envolva o Estado. Entretanto, essa conclusão parece ser equivocada.

Existem as súmulas vinculantes que tratam de procedimento e as que tratam de direito material. As segundas, realmente, em uma “arbitragem de direito”, merecem ser observadas. Contudo, súmulas que tratam meramente de procedimento não necessariamente devem ser seguidas pela arbitragem simplesmente pelo fato de uma das partes da relação controversa ser o Estado.

## 7. Confidencialidade no Novo CPC e a Administração Pública

O tema da confidencialidade não é novo na arbitragem<sup>162</sup>. Aliás, pelo contrário, é um dos mais debatidos. Pode-se dizer, inclusive, que a discussão sobre o acesso ou não a informações é um dos temas mais tormentosos de todo o direito. A afirmação pode ser corroborada pela observância dos mais distintos ramos jurídicos que abordam e destacam a questão. Nos negócios jurídicos, discute-se a confidencialidade, o consentimento, a privacidade<sup>163</sup>; no mercado de capitais e no direito empresarial, o acesso a informações é um dos temas mais debatidos<sup>164</sup>; no direito administrativo, a publicidade é um dos pilares principiológicos<sup>165</sup>; na justiça do trabalho, analisam-se inclusive aspectos pós-contratuais<sup>166</sup>; no direito eletrônico, a privacidade

<sup>162</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Confidencialidade na arbitragem**. In V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 197-208; MONTEIRO, André Luís. **II Encontro de Jovens Processualistas – Grupo “Arbitragem e Novo CPC”**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. XI. n. 41. São Paulo: IOB, 2014, pp. 167-170; LEVY, Daniel de Andrade. **Resenhas de Livros: les Principes Fondamentaux de l’Arbitrage – Autor: Laure Bernheim-Vam de Castelee**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. X. n. 38. São Paulo: IOB, 2013, pp. 233-240.

<sup>163</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 5ª reim. Coimbra: Almedina, 2013.

<sup>164</sup> BINNIE, Patrícia Paoliello Lamaneres. **Arbitragem no Direito Societário: Reflexões sobre Eficácia Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato e Estudos Sociais**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. X. n. 38. São Paulo: IOB, 2013, pp. 46-64. Vide também BELLA, Enrico. **A arbitragem Societária Italiana**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. IV. n. 14. São Paulo: IOB, 2007, pp. 77-98.

<sup>165</sup> Sobre a arbitragem no campo do direito administrativo: BARALDI, Eliana; VARGAS NETO, Jorge. **Chapter 8: Investment Arbitration and Public-Private Partnership Agreements in Brazil**. In LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de (eds.). **Investment Protections in Brazil**. Kluwer Law International, 2013, pp. 159-176.

<sup>166</sup> LINERO, Cibelle Goldfarb. **A validade das obrigações pós-contratuais de não-concorrência e confidencialidade no direito do trabalho**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

é talvez o assunto mais relevante<sup>167</sup>.

A utilização da arbitragem para a Administração Pública também não é um assunto pouco debatido no cenário nacional<sup>168</sup>. A sua aceitação de maneira ampla e irrestrita é um dos maiores pontos de debate. Há quem defenda, por exemplo, a restrição somente aos contratos internacionais:

Só em contrato administrativo internacional, e dependendo da existência de tratado internacional, além de disposição expressa em contrato de empréstimo, devidamente aprovado pelo Senado Federal, é que se poderia, em tese, admitir cláusula compromissória de arbitragem. A regra, a meu juízo, em contratos administrativos, é que o Estado não possa renunciar à jurisdição; a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) só é aplicável em relação a direitos disponíveis. Situações especiais, por conseguinte, autorizariam que o Estado celebrasse contrato com cláusula compromissória de juízo arbitral, tal como previa o Decreto-Lei nº 2.300/86 (art. 45, parágrafo único, c/c com art. 25, par. 13). Apenas para exemplificar, tem-se que o juízo arbitral é largamente utilizado pelo Tesouro Nacional, nos termos do disposto no art. 11 da Lei nº 1.312/74, cuja aplicabilidade em licitações resta ressalvada pela norma do art. 121 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>169</sup>.

É neste ponto que os temas se interpenetram. Um dos principais argumentos para os que defendem a não aplicação da arbitragem para a Administração Pública é a incompatibilidade do princípio da publicidade previsto no art. 37 da CR com a confidencialidade na arbitragem.

#### REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. INCLUSÃO DE CLÁUSULAS ILEGAIS EM CONTRATO ADMINISTRATIVO. NEGADO PROVIMENTO.

É ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos, bem como a estipulação de cláusula de confidencialidade, por afronta ao princípio da publicidade (Acórdão nº 537/2006, j.

<sup>167</sup> LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012. Vide também: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; HERT, Paul de (Eds.). **Data protection in a profiled world**. New York: Springer, 2010.

<sup>168</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In [www.justen.com.br//informativo.php?informativo=5&artigo=731&l=pt#](http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=5&artigo=731&l=pt#) acesso em 03/09/14. Vide também: BARALDI, Eliana; VARGAS NETO, Jorge. Ob. cit., pp. 159-176 e WINKLER, Bruno de Castro. **PARECER Nº 12713** (Proc. Adm. nº 21-1791/00-8). Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. In <http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa12713.pdf> acesso em 30/08/2014.

<sup>169</sup> WINKLER, Bruno de Castro. Ob. cit..

É evidente que o posicionamento do TCU nos termos supramencionados não mais prevalece, mas permite observar que a confidencialidade é um dos maiores entraves para a aplicação da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

A discussão ganha novos contornos com o advento do Novo Código de Processo Civil. Isso ocorre por existir tratamento específico no Novo Código sobre os procedimentos relacionados à confidencialidade e sobre a possibilidade de arbitragem para a Administração Pública.

Na arbitragem, a confidencialidade se aplica, como regra geral, a todos: partes, árbitros, serviços administrativos, eventuais peritos etc.

Quando há o dever de confidencialidade, este se aplica, via de regra, a todas as personagens da arbitragem. Estas são as partes, seus respectivos advogados e todos aqueles que dão suporte administrativo à arbitragem, desde a organização que a administra e todos os seus funcionários, até as pessoas que venham a ser contratadas para prestar serviços, tais como estenógrafos, tradutores e etc.<sup>171</sup>

O fundamento está na voluntariedade na maioria dos casos. As partes, por exemplo, assumem esse dever quando da celebração do negócio jurídico arbitral. Isso não significa, no entanto, que não possa haver a confidencialidade por força de lei. É o que ocorre com os advogados por força do art. 34, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>172</sup> que impõe ser infração disciplinar a quebra do sigilo profissional.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, os atores do processo judicial (advogados, membros do Ministério Público, servidores do Judiciário, magistrados etc.) também deverão respeitar a confidencialidade não por força da convenção de arbitragem, mas por imposição legal do art. 189:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:  
I - em que o exija o interesse público ou social;  
II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;  
III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

<sup>170</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Ob. cit..

<sup>171</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Ob. cit., p. 200.

<sup>172</sup> Art. 34 do Estatuto da OAB. Constitui infração disciplinar:

(...)

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;

(...)

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação (do Novo CPC).

A dúvida em relação ao Estado não é enfrentada de maneira direta, mas a disciplina da arbitragem no Novo Código permite concluir que a confidencialidade não é essencial à arbitragem.

O inciso IV do supracitado artigo ressalta que a confidencialidade deve ser estipulada na convenção e comprovada em juízo. Ora, se ela necessita de manifestação e comprovação significa que não é inerente à arbitragem.

Isso já foi ressaltado por Luiz Olavo Baptista:

A confidencialidade não sendo uma qualidade essencial da arbitragem irá depender, como vimos, de uma norma estatal ou de origem privada<sup>173</sup>.

Assim, como pode existir arbitragem sem confidencialidade, o argumento contrário à arbitragem estatal não subsiste.

Ademais, nada impede que a aplicação da confidencialidade em relação ao Estado seja temperada:

Assim, pode ser inexistente ou ter alcance muito limitado, como ocorre no Brasil com as arbitragens que envolvem pessoa jurídica de direito público. Isto ocorre porque o art. 37 da Constituição Federal coloca o princípio da publicidade como um dos que regem a atividade da Administração Pública<sup>174</sup>.

Isso não significa que ela não exista em relação à Administração Pública, mas que será ponderada com foco no interesse público<sup>175</sup>.

O tema ganha novos contornos em relação à Administração Pública com a previsão do §3º do art. 2º da Lei de Arbitragem, acrescentado pela Lei nº 13.129/15. O parágrafo determina o respeito ao princípio da publicidade.

<sup>173</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Ob. cit., p. 207.

<sup>174</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Idem, p. 201.

<sup>175</sup> PINTO, José Emílio Nunes. **Confidencialidade em Arbitragem**. In <http://www.ccbc.org.br/download/artbit11.pdf> acesso em 12/12/2013

Ressalta-se que o respeito ao princípio da publicidade não implica necessariamente o abandono completo da confidencialidade para todos os aspectos e em todos os casos e situações de arbitragem. Quando o interesse público assim justificar, a publicidade poderá ser temperada como qualquer princípio jurídico.

## **8. Autorização legislativa e conteúdo da arbitragem em relação à Administração Pública a partir do Novo CPC**

Um argumento recorrente contrário à arbitragem em relação à Administração Pública dizia respeito à ausência de autorização legislativa específica para a sua realização. A 2ª Câmara do TCU adotou esse entendimento nos Acórdãos nº 584/2003 e 537/2006<sup>176</sup>.

O STJ, por sua vez, sedimentou a questão em sentido contrário nos Recursos Especiais nº 612.439-RS<sup>177</sup> e 606.345-RS<sup>178</sup>.

De qualquer forma, o Novo Código de Processo Civil pacificou a questão ao fazer previsão expressa da arbitragem para a Administração Pública de maneira genérica. Em verdade, já havia previsão para casos específicos, como na lei das PPPs<sup>179</sup>.

Os dois casos do STJ supramencionados trataram de sociedades de economia

---

<sup>176</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Ob. cit.. “Apontou-se acima que parte da doutrina vê na ausência de autorização legislativa específica um obstáculo à arbitragem envolvendo o Poder Público. Essa visão foi consagrada pela 2ª Câmara do TCU (Acórdãos nº 584/2003 e 537/2006), que rejeitou o cabimento da arbitragem com base precisamente na suposta ausência de autorização legislativa específica”.

<sup>177</sup> PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido.

(Brasil, STJ, Resp Nº 612.439 – RS, Rel.: Ministro João Otávio de Noronha, Órgão Julgador: Segunda Turma, J. em 25/10/2005)

<sup>178</sup> PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido.

(Brasil, STJ, Resp nº 606.345-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Órgão Julgador: Segunda Turma, J. em 17/05/2007)

<sup>179</sup> Para tanto, basta ser observado o disposto no art. 3º do Novo CPC.

mista. A dúvida que poderia ser levantada é se apenas nestes casos seria possível a utilização da arbitragem.

A resposta de pronto já deveria ser negativa, mas foi completamente superada com a Lei nº 13.129/15 diante da autorização legislativa “genérica”. A nova redação do §2º do art. 1º da Lei de Arbitragem permite que a Administração Pública se valha da arbitragem para dirimir seus conflitos.

Existe até mesmo a disciplina de quem seria o responsável por celebrar a convenção da arbitragem no §2º, do art. 1º, também incluído pela Lei nº 13.129/15:

Art. 1º, §2º. A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

A celebração é deixada pelo agente público ou, até mesmo, para órgão colegiado. Há apenas uma vinculação em relação à competência para celebrar a convenção e a realização de acordos ou transações.

Não existe, no entanto, previsão para órgãos da administração indireta. As regras instituidoras de cada entidade da administração indireta disciplinarão a competência para a celebração da convenção de arbitragem.

A Lei nº 13.129/15 limitou a arbitragem estatal a direitos patrimoniais disponíveis.

A opção pela arbitragem não representa, categoricamente, que o Estado esteja dispondo de algo, mas apenas que opta por uma solução de conflitos diversa da judicial. Daí porque se pode dizer que a disponibilidade significa a aplicação para direitos que admitam transação.

Essa afirmação significa que o direito material possa ser exercido livremente pelo seu titular?

Se a resposta for afirmativa, praticamente nenhuma situação envolvendo o Estado deveria ser submetida à arbitragem<sup>180</sup>.

Em verdade, o Estado tem o poder de dispor de seus interesses e direitos, ainda que em menor grau que o particular. Isso ocorre e é verificado a todo momento nas situações em que, por exemplo, leis admitem transação no âmbito estadual, desistência de processos pelo custo da cobrança ser maior que o benefício econômico almejado etc.. O que ocorre é que existe uma “zona cinzenta” sobre o que pode ou não ser objeto de disponibilidade pelo Estado.

Neste panorama, leis já existentes que regulamentam a transação, os aditivos contratuais, a dispensa de recursos e as autorizações de desistência são indicativas dessa “dispensabilidade”.

Existe ainda o Novo Código de Processo Civil que trata de pontos específicos relacionados à mediação e prevê duas hipóteses específicas: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública.

<sup>180</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ob. cit., p. 5-6.

Dessa forma, não seria propriamente necessária a edição de uma lei no âmbito de cada ente da Administração Pública para disciplinar as hipóteses de arbitragem, pois a “dispensabilidade” já está presente no âmbito do Estado. Todavia, caso se queira fixar parâmetros gerais com o escopo de trazer ainda mais segurança jurídica leis poderão ser editadas no âmbito de cada ente federado.

## Conclusões

A arbitragem é espécie do gênero “solução consensual de conflitos” no Novo Código de Processo Civil. O termo consensual não significa autocomposição, mas que as partes convencionam resolver a pendência fora da esfera judicial.

A regulamentação da arbitragem é deixada para a legislação especial. Todavia, o Novo Código impõe a preferência pela “solução consensual de conflito” para a Administração Pública o que estabelece o dever de se buscar a arbitragem sempre que possível.

O Novo Código adotou a concepção de arbitragem como jurisdição. Em relação à Administração Pública, essa concepção permitiria, em tese, a criação de “jurisdição administrativa” no caso de criação de câmaras arbitrais como órgãos públicos por aplicação analógica do art. 174 do Novo Código com características próprias do direito brasileiro.

As câmaras arbitrais criadas como órgãos públicos deverão respeitar as súmulas vinculantes. Desta forma, o argumento de que a arbitragem sempre é um sistema independente não mais subsistirá.

Com a Lei nº 13.129/15, previu-se que a arbitragem do Estado será sempre “de direito”, o que implica a necessidade de respeito às súmulas vinculantes. Todavia, essa obrigatoriedade ocorreria apenas para as súmulas que disciplinam direito material.

O art. 189, IV, do Novo Código demonstra que a confidencialidade não é inerente à arbitragem. Assim, afasta-se o posicionamento que a confidencialidade impediria a arbitragem para a Administração Pública. Tal entendimento foi consolidado pela Lei nº 13.129/15 que previu o respeito ao princípio da publicidade no âmbito da arbitragem do Estado.

O Novo Código e a Lei nº 13.129/15 autorizam a arbitragem para a Administração Pública, o que refuta o segundo grande pilar dos que são contrários à aplicação da arbitragem para o Estado.

O caráter disponível do direito submetido à arbitragem não afasta sua aplicação pela Administração Pública e o art. 174 do Novo Código ainda fornece mais hipóteses por aplicação analógica.

## Referências

- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Confidencialidade na arbitragem**. In V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 197-208.
- BARALDI, Eliana; VARGAS NETO, Jorge. **Chapter 8: Investment Arbitration and Public-Private Partnership Agreements in Brazil**. In LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de (eds.). *Investment Protections in Brazil*. Kluwer Law International, 2013, pp. 159-176.
- BELLA, Enrico. **A arbitragem Societária Italiana**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. IV. n. 14. São Paulo: IOB, 2007, pp. 77-98.
- BINNIE, Patrícia Paoliello Lamaneres. **Arbitragem no Direito Societário: Reflexões sobre Eficácia Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato e Estudos Sociais**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. X. n. 38. São Paulo: IOB, 2013, pp. 46-64.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado**. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, Abr.-Jun./2015, p. 155-174.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Em torno do árbitro**. In Revista de Arbitragem e Mediação. V. 8. n. 28. São Paulo: RT, 2011, pp. 47-63.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 5ª reim. Coimbra: Almedina, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. **A arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da câmara dos deputados, dep. Paulo Teixeira)**. In REAJ. Ano I. vol. I. Out/Nov/Dez/2013, pp. 1-13.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Repercussões do Anteprojeto e do Substitutivo ao Projeto do Novo Código de Processo Civil na Arbitragem**. In Revista Brasileira de Arbitragem. V. VIII. N. 29. São Paulo: IOB, 2011, pp. 7 – 42.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. In Revista da Escola Paulista da Magistratura. v. 3. nº 2. São Paulo: EPM, 2002.
- GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; HERT, Paul de (Eds.). **Data protection in a profiled world**. New York: Springer, 2010.
- LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEVY, Daniel de Andrade. **Resenhas de Livros: les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage – Autor: Laure Bernheim-Vam de Castele**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. X. n. 38. São Paulo: IOB, 2013, pp. 233-240.
- LINERO, Cibelle Goldfarb. **A validade das obrigações pós-contratuais de não-concorrência e confidencialidade no direito do trabalho**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.
- MACIEL, Marco. **Exposição de motivos da lei de arbitragem: justificação**. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, Abr.-Jun./2006, p. 317-320.
- MARQUES, Ricardo Tadeu Dalmaso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. In Revista Brasileira de Arbitragem. V. X. N. 38. São Paulo: IOB, 2013, pp.96-137.

MONTEIRO, André Luís. **II Encontro de Jovens Processualistas – Grupo “Arbitragem e Novo CPC”**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. XI. n. 41. São Paulo: IOB, 2014, pp. 167-170.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da Jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In [www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt#](http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt#) acesso em 03/09/14.

PINTO, José Emílio Nunes. **Confidencialidade em Arbitragem**. In <http://www.ccbc.org.br/download/artbit11.pdf> acesso em 12/12/2013.

SILVA, Lilian Fernandes da. **Arbitragem – a Lei nº 9.307/1996**. In Revista da Escola Paulista de Magistratura. ano 2. n. 4. São Paulo: EPM, 1998.

VALLE, Martim Della. **Considerações sobre os Pressupostos Processuais em Arbitragens**. In Revista Brasileira de Arbitragem. Vol. III. n. 12. São Paulo: IOB, 2006, pp. 07-30.

WINKLER, Bruno de Castro. **PARECER Nº 12713** (Proc. Adm. nº 21-1791/00-8). Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. In <http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa12713.pdf> acesso em 30/08/2014

# Pareceres



# Repactuação e Revisão de Preços - Parecer nº 49/2014

**Sr. Procurador Legislativo Supervisor,**

O presente processo foi encaminhado a esta Procuradoria para análise das regras de padronização de editais de licitações, buscando que fosse detalhado o conceito e apresentada a diferenciação dos três institutos de alteração contratual, a saber, revisão, repactuação e reajuste dos novos contratos elaborados.

Entende-se que recomposição é uma expressão genérica que designa todo e qualquer reequilíbrio da equação econômico-financeira, por força de revisão, reajuste ou repactuação. Assim, sempre que for rompido o equilíbrio entre o encargo e a remuneração, será necessário promover a recomposição, independentemente do rótulo atribuído ao fato que ensejou o rompimento. Portanto, recomposição é o gênero do qual são espécies a revisão, o reajuste e a repactuação.

Deste modo, passa-se à análise dos diversos institutos passando após a resposta às indagações efetuadas no memorando supramencionado.

## **1. Revisão**

A Revisão é forma de Recomposição da remuneração contratual em razão de desequilíbrio extraordinário e extracontratual, ou seja, decorrente da Teoria da Imprevisão. Princípio segundo o qual deve ser rescindida a relação contratual existente quando sobrevém acontecimento imprevisto, imprevisível e inevitável que modifica sensivelmente a situação de fato apresentada ao tempo da sua formação, ameaçando assim de prejuízo o patrimônio do sujeito passivo da obrigação, caso subsistam os direitos e interesses do credor. Em princípio, o contrato deve ser revisto sempre que houver desequilíbrio da relação entre o encargo e remuneração ocasionado por situações e fatos extraordinários e extracontratuais.

Ocorrendo o desequilíbrio e não havendo mecanismo previsto no próprio contrato para promover o seu reequilíbrio, pois os fatos que romperam a equivalência entre Encargos e Remuneração não foram previstos ou eram imprevisíveis ou, ainda, eram previsíveis, porém de consequências incalculáveis, a recomposição será realizada mediante revisão. Nos demais casos, não há como falar em revisão, mas em reajuste ou repactuação.

A revisão do contrato, ou seja, a modificação das condições de sua execução pode ocorrer por interesse da própria administração ou pela superveniência de fatos novos que tornem inexecutível o ajuste inicial. É o procedimento adotado pelas par-

tes quando ocorre um fato superveniente ao contrato, com o objetivo de restabelecer o seu equilíbrio econômico financeiro. Isto é, ocorre quando o equilíbrio econômico-financeiro é rompido por um fato superveniente à celebração do contrato, de natureza imprevista e imprevisível e visa seu restabelecimento.

Os contratantes podem manter o equilíbrio econômico-financeiro por meio das medidas de reajuste e revisão de preço. Assim, reajuste é o procedimento preventivo adotado pelas partes no momento da celebração do contrato, com objetivo de preservá-las dos efeitos da desvalorização da moeda, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro e revisão de preço é o procedimento adotado pelas partes quando ocorre um fato superveniente ao contrato, com o objetivo de restabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Quanto ao interesse da administração, é quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com aumento de encargos. Quanto à superveniência de fatos, é quando sobrevêm atos de governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes, o qual dificulta ou agrava a conclusão do objeto do contrato. É bom lembrar que, em qualquer destes casos, o contrato é passível de revisão, para adequação à nova realidade e recomposição dos preços, em face da situação emergente.

Importante frisar que não se trata do reajustamento de preço constante do contrato, mas sim de revisão do próprio ajuste diante de circunstâncias e fatos imprevistos, imprevisíveis e estranhos ao acordo inicial das partes. Esta revisão ocorre, nas interferências imprevistas, além do caso fortuito, força da administração, de força maior, etc.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos ganhou status constitucional, posto que previsto no art. 37, XXI, com base alterou o art. 65, I, "d" da Lei nº 8.666/93, determinando que os contratos administrativos podem ser alterados *"para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."*

### **1.1 Formalização da Revisão**

Já a revisão deve ser efetivada por meio de Termo Aditivo, consoante se infere dos arts. 60 e 61, §1º, da Lei nº 8.666/93. Quanto à figura do Termo Aditivo, será feita maior explicação quando do estudo da formalização da Repactuação.

### **1.2 Jurisprudência**

Faz-se necessário observar que, sobre a Revisão dos Contratos Administrativos, o Superior Tribunal de Justiça já teve possibilidade de se manifestar inúmeras

vezes, o que possibilitou a formação de um entendimento sobre este instituto:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO. [...];*

**3. É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. E conforme entendimento desta Corte, a conversão de Cruzeiros Reais em URVs, determinada em todo o território nacional, já pressupunha a atualização monetária (art. 4º da Lei n. 8.880/94), ausente, portanto, a gravidade do desequilíbrio causado no contrato.**

**4. Recurso especial não provido. (REsp 1129738/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 21/10/2010) (grifo acrescido).**

Assim, não basta que exista o prejuízo muito grande para uma das partes, mas também faz-se necessário que a parte prejudicada não tenha dado causa a esta desproporcionalidade, e, além disso, que este feito seja alheio ao resultado comum do contrato, ou seja, tenha objeto de influência externa que afete a contratação.

Destarte, se o próprio contratante deu causa à desproporcionalidade à qual está sendo afetado, não pode se valer da Revisão Contratual, por se tratar de Álea Ordinária. O mesmo raciocínio é válido quando o contrato na sua formação já se configura desproporcional, uma vez que os contratantes assentiram nesta formação e não foi resultante de ato externo que veio acometer a contratação, conforme se observa da leitura da decisão abaixo:

*DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. [...];*

*(omissis)*

**6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão.**

*são. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 744.446/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008) (grifo acrescido).*

É importante frisar que a revisão de preços não serve para recomposição de preços provenientes de reajustes salariais concedidos em novo Dissídio Coletivo da categoria objeto do contrato, para tanto, é importante observar a decisão do Superior Tribunal de Justiça em que, em seu corpo, apresenta várias decisões que corroboram a jurisprudência dominante deste tribunal. Já quanto aos encargos Tributários e Previdenciários que possam vir a incidir sobre esta contratação é possível a aplicação da revisão.

**ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AUMENTO DE ENCARGOS TRIBUTÁRIOS E TRABALHISTAS. TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE. EVENTOS PREVISÍVEIS E DE CONSEQUÊNCIAS CALCULÁVEIS.**

*1. A questão sob exame não é nova nesta Corte Superior, tratando da aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos, para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em razão dos aumentos da carga tributária e de despesas com empregados (este derivado de acordo coletivo).*

*2. Inicialmente, em relação ao aumento de contribuições previdenciárias, não custa lembrar que o § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos - ao dispor que “[q]uaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos [...] implicarão a revisão destes [os contratos] para mais ou para menos, conforme o caso”. Daí porque, ao menos em tese, é devido o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de elevação da carga tributária.*

*3. Já no que tange ao aumento das despesas com empregados, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de fato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo.*

*4. Essa é a lógica aplicada para aumentos de salários e, com muito mais razão, deveria ser aqui aplicada, porque se trata de simples elevação do quantitativo de vales-alimentação (o que,*

*por óbvio, causa menor impacto econômico-financeiro do que o aumento de salário).*

*5. No caso concreto, contudo, há uma peculiaridade que me parece afastar por completo o dever de reequilibrar econômica e financeiramente o contrato imposto ao recorrente pela instância ordinária.*

*6. É que, conforme narrado no acórdão combatido, o contrato administrativo inicialmente celebrado sofreu dois aditivos, um que modificou o preço original do objeto e o período de vigência do contrato e outro que apenas tinha em conta a prorrogação do contrato. Em nenhum deles discutiu-se a elevação dos encargos tributários e trabalhistas.*

*7. Muito se discute, atualmente, sobre os influxos da boa-fé objetiva no âmbito da Administração Pública, mas com largo enfoque nas condutas do Poder Público. Este aspecto ganha maior relevância porque a Lei n. 8.666/93 já confere uma série de prerrogativas à Administração, motivo pelo qual existe uma tendência em se querer igualar as forças dela à dos particular, sob o pálio da boa-fé objetiva.*

*8. Ocorre que é preciso ter cuidado para que, na tentativa de corrigir uma dita assimetria, não se acabe gerando outra. É preciso insistir em também analisar as condutas contratuais dos particulares sob a ótica desse princípio hoje bastante doutrinariamente.*

*9. Veja-se: na espécie, o período original de vigência do contrato era de 24.9.1997 a 24.9.1999. Esse período foi prorrogado por um aditivo até 24.9.2000 (ou seja, prorrogação por mais um ano). Além disso, este aditivo previu o aumento do preço do objeto. Veio a ser realizado, depois, um outro aditivo, este prorrogando o período de vigência do contrato até 24.3.2001.*

*10. Agora, judicialmente, o particular pede que se chancela a necessidade de revisitação dos termos contratuais, para corrigir distorções criadas, consideradas estas imprevisíveis e de efeitos incalculáveis à época dos aditivos.*

*11. Já se sabe que esta Corte Superior descarta a imprevisibilidade de aumento dos encargos trabalhistas derivados de acordos coletivos. Sobre o ponto, não recaem maiores controvérsias, cabendo a referência (meramente exemplificativa) a alguns julgados: REsp 134.797/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJU 1.8.2000; REsp 471.544/Sp, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 16.6.2003; e AgRg no REsp 417.989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.3.2009.*

*12. Quanto ao aumento da Cofins - a outra causa de pedir da empresa recorrida -, importante lembrar trata-se de fato que decorreu de uma lei editada em 1998, com efeitos a partir de*

1999 - antes, portanto, do segundo aditivo, celebrado em 2000. 13. Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior ao segundo aditivo, não há que se falar em aplicação do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei n. 8.666/93, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas consequências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo “sobrevier”).

14. Também não cabe a aplicação do § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta do aditivo, mas sim antes.

15. Aliás, por fim, tendo em conta que (i) a Lei n. 9.718/98 (a qual foi responsável pelo reajuste da alíquota da Cofins) entrou em vigor em 1999 e (ii) o primeiro aditivo celebrado entre as partes reajustou o preço do objeto do contrato em setembro/1999, muito provavelmente a parte recorrida já foi ressarcida pela Administração no que diz respeito ao aumento dos encargos tributários (por ocasião do primeiro aditivo).

16. Recurso especial provido.

(REsp 776.790/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009) (grifo acrescido).

Logo, no caso de aumento de encargos que seja resultante de aumento da remuneração dos empregados que prestem serviços, é impossível aplicação da Teoria da Imprevisão, pois o Dissídio Coletivo não é um fato imprevisível.

Assim, para solucionar este problema, foi criada uma nova figura jurídica que é a Repactuação sobre a qual se passa à análise.

## **2. Da Repactuação**

### **2.1 Origem**

Os contratos firmados pela Administração Pública possuem especificidades, diferenciando-se principalmente pela aplicação de um regime jurídico de direito público que coloca a Administração Pública em um estado de superioridade perante o Contratado. Tal fato se justifica pela necessidade de proteção do interesse público, dando plena aplicação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Por outro lado, os particulares precisam de garantias para poder executar o contrato com estabilidade e segurança, pois, do contrário, não haveria interesse em contratar junto ao Poder Público.

Mesmo assim, a Lei nº 8.666/93, principal diploma legal que cuida das licitações no Brasil, não dedicou nenhuma norma especificamente para o instituto da repactuação. Nesta lei, só existe a previsão de reajuste utilizando índices oficiais

de preços, não permitindo que o contratado demonstrasse os efetivos aumentos ou variações de custos que possa ter sofrido para prestação do contrato, até mesmo por que a produção desta prova era difícil, uma vez que os preços oscilavam constantemente.

Somente com a estabilização da moeda, é que se verificou a necessidade de observar o contrato de uma maneira individual, e não a aplicação de índices gerais de preço, que em muitos casos não refletiriam a necessidade do contrato.

Sem embargo, a primeira norma que fez menção a repactuação, foi a resolução nº 10 de 08 de outubro de 1996, que se pede licença para apresentar:

**RESOLUÇÃO Nº 10, DE 08 DE OUTUBRO DE 1996 O PRESIDENTE DO CONSELHO DE COORDENAÇÃO E CONTROLE DAS EMPRESAS ESTATAIS - CCE, em reunião realizada em 08 de outubro de 1996 e considerando o disposto no art.30 da Medida Provisória nº.1499-31, de 02 de outubro de 1996, RESOLVE:**

*Art. 1º Vedar a inclusão, nos contratos de prestação de serviços, de cláusulas de indexação a qualquer título.*

*Art. 2º Estabelecer que, nos processos de licitações, bem assim nos atos de dispensa e de inexigibilidade, para prestação de serviços, as propostas deverão ser apresentadas em moeda corrente nacional.*

*Art. 3º Estabelecer que, nos casos de contratos com vigência superior a um ano ou quando haja cláusula de prorrogação, a repactuação de preços deverá ter, como parâmetros básicos, a qualidade e os preços vigentes no mercado para prestação desses serviços e, quando couber, as orientações expedidas pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado. Parágrafo único. A renovação dos contratos em vigor, na data de publicação desta Resolução, será efetuada nos termos determinados pela presente Resolução.*

*Art. 4º Estabelecer que os dirigentes das empresas estatais deverão apresentar aos respectivos Conselhos de Administração ou Órgão Colegiado relatório sobre as medidas adotadas, para cumprimento do estabelecido nesta Resolução.*

*Art. 5º Determinar que os Conselhos Fiscais das empresas estatais, bem assim a Secretaria Federal de Controle do Ministério da Fazenda, efetuem o acompanhamento e controle das medidas estabelecidas nesta Resolução.*

*Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. ANTONIO KANDIR Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento*

Apesar de não ter a configuração atual, já se observa que a repactuação surge

em contraponto ao reajuste por índice geral, pois a intenção da norma do art. 3º foi que dar à repactuação de preços, como parâmetros básicos, a qualidade e os preços vigentes no próprio mercado para prestação desses serviços.

Em seguida, o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, editou Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispunha sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e instituiu a repactuação no âmbito da Administração Pública Federal.

*Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*

*§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, coteiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*

*§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*Art. 2º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:*

*I - justificativa da necessidade dos serviços;*

*II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;*

*III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.*

*Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.*

*§ 1º Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados.*

§ 2º Os órgãos e entidades contratantes poderão fixar nos respectivos editais de licitação, o preço máximo que se dispõem a pagar pela realização dos serviços, tendo por base os preços de mercado, inclusive aqueles praticados entre contratantes da iniciativa privada.

*Art . 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:*

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra;

III - previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

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

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.

*Art . 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.*

*Art . 7º Os órgãos e entidades contratantes divulgarão ou manterão em local visível e acessível ao público, listagem mensalmente atualizada dos contratos firmados, indicando a contratada, o objeto, valor mensal e quantitativo de empregados envolvidos em cada contrato de prestação de serviços.*

*Art . 8º O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado expedirá, quando necessário, normas complementares ao cumprimento do disposto neste Decreto.*

*Art . 9º As contratações visando à prestação de serviços, efetuadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União, serão disciplinadas por resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais - CCE.*

*Art . 10 Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art . 11. Ficam revogados o Decreto nº 2.031, de 11 de outubro*

de 1996, e o art. 6º do decreto nº 99.188, de 17 de março de 1990, na redação dada pelo Decreto nº 804, de 20 de abril de 1993.

Verifica-se que este diploma foi o primeiro em que se deu a atual configuração da repactuação, fundada no enfoque direcionado aos insumos da mão de obra.

Nesse contexto, explicita Hely Lopes Meirelles:

*“O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público”. (MEIRELLES, 2006, p. 208).*

Além disso, o modelo anterior de reajuste dos contratos por índices gerais de inflação não atendia às necessidades das empresas de mão de obra que prestavam serviços à Administração Pública, uma vez que a sua mão de obra obteve ganho real nos seus salários, mas este custo não poderia ser repassado ao contrato, gerando perdas e em muitos casos, impossibilitando a continuidade do contrato.

Destarte, restou à doutrina socorrer a Administração, para conseguir criar um modelo que preservasse o reequilíbrio da contratação, garantindo a continuidade da contratação, sem onerar os cofres públicos, sem, contudo deixar de atacar o ponto nevrálgico do problema que é exatamente o aumento dos custos com a mão de obra.

A repactuação é contemporânea à revisão e ao reajuste, e no mundo jurídico é consideravelmente um instituto novo, e ainda se encontra em evolução. Foi prevista, também, na Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997, que será apresentada nos seus pontos pertinentes ao tema a seguir:

**INSTRUÇÃO NORMATIVA MARE Nº 18, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1997 - DOU DE 29/12/1997**

***Expedir a presente Instrução Normativa (IN), visando disciplinar a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.***

**O MINISTRO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, no uso de suas atribuições e considerando o disposto no Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, resolve:**

## **1. DAS DEFINIÇÕES**

*1.1. Para os efeitos desta IN são adotadas as seguintes definições:*

*1.1.1. SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.*

*1.1.2. PLANO DE TRABALHO é o documento aprovado pela autoridade competente, que consigna a necessidade de contratação dos serviços, orientando a caracterização do objeto, evidenciando as vantagens para a Administração e sua economicidade, no que couber, e definindo diretrizes para elaboração dos projetos básicos. (omissis)*

*1.1.5. PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS é o documento a ser apresentado pelas proponentes, contendo o detalhamento dos custos que compõem os preços: (omissis)*

## **7. DA REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS**

*7.1. Será permitida a repactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação;*

*7.2. Será adotada como data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originalmente.*

*7.3. A repactuação será precedida de demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços referida no subitem 1.1.5.. (omissis)*

## **9. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

*9.1 . A contratação dos serviços obedecerá ao disposto na Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n° 8.883, de 08 de junho de 1994 e pelas Medidas Provisórias n°s 1.531, de 02 de dezembro de 1996, 1.524, de 11 de outubro de 1996 e 1.540, de 18 de dezembro de 1996, ao Decreto n° 2.271,*

*de 07 de julho de 1997 e demais dispositivos desta IN.*

*9.2. As licitações em andamento e os contratos vigentes deverão ser adequados, no que couber, às disposições desta IN.*

*9.3. Os casos omissos e as dúvidas suscitadas serão resolvidos pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, Órgão Central do Sistema de Serviços Gerais - SISG, por intermédio do Departamento de Serviços Gerais.*

*9.4. O MARE, por intermédio da Secretária de Logística e Projetos Especiais, poderá divulgar, para efeitos de referência, valores para a produtividade mínima e os preços delas decorrentes, que poderão ser adotados pelos órgãos ou entidades, bem como, se necessário, expedir Portarias regulamentando a contratação de serviços e estabelecendo critérios e limites máximos de preços a serem pagos pela Administração.*

*9.5. Para atendimento ao disposto nos itens 5 e 7 desta IN, deverá a proponente/contratada apresentar cópia autenticada do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho da categoria pertinente ao objeto do serviço, quando couber.*

*9.6. Revogam-se a Instrução Normativa nº 13, de 30 de outubro de 1996 e demais disposições em contrário.*

*9.7. Esta IN entra em vigor na data de sua publicação.*

#### **LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA**

Sem embargo, com a evolução natural da economia brasileira, após a estabilização monetária, gradualmente foi possível a verificação do valor real da moeda. O passo natural seguinte a esta conquista foi a instituição da política de valorização do salário mínimo, praticando sucessivos reajustes no seu valor a cada ano, o que constituiu ganhos reais aos trabalhadores, porém, com isto se criou em contrapartida um custo maior nos contratos de mão de obra em vigor com a administração.

Em seguida, para buscar aclarar a questão, o TCU, em 2004, já tinha expedido as seguintes orientações:

*“[...] 9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;*

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97.”

Outrossim, a Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997 atualmente foi revogada e substituída pela Instrução Normativa nº 02/SLTI-MP/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de 30 de abril de 2008.

Contudo, somente com a edição da referida Instrução Normativa da União que em âmbito federal regulamentou o instituto, como se verifica pela leitura da norma que regulamenta a repactuação em seus artigos 37, conforme:

(omissis)

***“Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)***

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado, e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

(omissis)

Destarte, a partir desta norma, o instituto da repactuação teve definido o seu escopo, sendo sua utilização direcionada unicamente às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, apontando assim, como solução a ser adotada apenas para contratações onde o impacto dos custos seja diretamente ligado ao salário dos empregados, e não como forma de garantir reajustes maiores que os índices inflacionários.

Segundo a leitura da lição do D. Prof. Marçal Justen Filho, é possível analisar o panorama:

*A chamada “repactuação” foi instituída no âmbito federal, tomando em vista especificamente as contratações de serviços contínuos subordinados ao art. 57, inc. II. No início o problema se relacionou com o Plano Real.*

*A figura foi tratada, basicamente, pela Res. nº 10 (de 8 de outubro de 1996), do antigo Conselho de Coordenação e Controle de Empresas Estatais – CCE. Ali se determinara a vedação, em todos os contratos de prestação de serviços, de cláusula de indexação (reajuste). Determinou-se que, nas contratações com prazo superior a um ano ou quando houvesse cláusula de prorrogação (entenda-se renovação), ocorreria uma repactuação de preços. A repactuação assemelha-se ao reajuste, no sentido de ser prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Mas aproxima-se da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preço, mas examina-se a real evolução de custos do particular.*

*Posteriormente, a figura da repactuação de preços generalizou-se para as contratações do art. 57, inc. II. É que, nesses casos, a efetiva variação dos custos do particular pode ser inferior àquela retratada em índices gerais de preços. Veja-se que a finalidade da repactuação não é negar ao particular uma compensação automática, a cada doze meses, pelas elevações em seu custo, mas sim a de evitar que a adoção de índices genéricos produza distorções contrárias aos cofres públicos.*

Assim, a repactuação, entendida como espécie de reajustamento, mantém fundamento, também, nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III da Lei nº 8.666/93; Lei nº 9.069/95; assim como na Lei nº 10.192/2001; Decreto nº 2.271/97; e na Instrução Normativa nº 02/SLTI-MP/2008. Dessa forma, cumpre salientar que esse ins-

tituto surgiu no mundo jurídico pelo poder atípico do Executivo, não havendo nenhuma lei específica que ampare tal instrumento.

## 2.2 Definição

A partir dessas considerações, é possível produzir uma definição da repactuação no sistema jurídico brasileiro, observados os fatos apresentados anteriormente. A repactuação é o instituto aplicado no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços celebrados pela Administração Pública, mediante a avaliação analítica da variação dos custos integrantes da planilha de formação de preços.

Seu fato gerador é a entrada em vigência de Lei, ou novo Acordo ou Convenção coletiva que altere as verbas trabalhistas de determinado setor, aumentando para o contratado o ônus financeiro a ser suportado no âmbito do ajuste administrativo.

Assim, repactuação do contrato administrativo tem por finalidade retomar a equivalência entre os encargos do contratado e sua contraprestação financeira, ante a defasagem dos valores contidos na proposta inicial decorrente do aumento dos salários decorrentes do dissídio das categorias envolvidas na prestação do serviço objeto do contrato no período.

Dito isso, já se vê que a repactuação possui fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, criada como forma de relativização do *pacta sunt servanda*. O surgimento dela vem da necessidade de se adequar o aumento de gastos ordinários com a contraprestação recebida da Administração Pública.

No que concerne ao fato-gerador do direito à repactuação, é possível afirmar que as normas não indicam plenamente a situação que se enquadra na hipótese normativa. Inobstante essa lacuna, sua estrutura normativa e finalidade com que foi criada demonstram que é o aumento de custos ordinários o fato gerador do direito, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a conceituação deve levar em consideração as situações que ensejam a repactuação, ou seja, os motivos que a fazem surgir. Nesse mesmo sentido, esse direito é gerado a partir do momento em que há aumento dos custos contratuais para uma das partes, ensejando desproporção entre as obrigações previamente estipuladas. Esse instituto é uma espécie de reajustamento de preços e surge a partir da comprovação efetiva do aumento de gastos despendidos na execução da mão de obra da avença inicialmente firmada e não previstos preliminarmente na proposta de preços.

Quanto ao sujeito passivo do direito em apreço, pode-se dizer que não se restringe a apenas um órgão ou entidade pública em específico. Pelo contrário, a repactuação deve ser aplicada a qualquer contrato administrativo, seja qual for a pessoa jurídica de direito público que o estiver gerindo. Todavia, não se pode negar que a sua regulação em âmbito municipal, estadual e distrital é muito precária, praticamente inexistindo normas a respeito, já que é um direito novo e que ainda está em fase de discussão no tocante aos seus moldes existenciais.

Quanto ao Município de São Paulo, não foi editada nenhuma norma específica sobre a questão pelos motivos supramencionados.

Após este rápido apanhado sobre a origem, fica mais fácil se chegar a sua de-

finição que, segundo a leitura da lição do D. Prof. Marçal Justen Filho, assim ensina:

*A chamada “repactuação” foi instituída no âmbito federal, tomando em vista especificamente as contratações de serviços contínuos subordinados ao art. 57, inc. II. No início o problema se relacionou com o Plano Real.*

*A figura foi tratada, basicamente, pela Res. nº 10 (de 8 de outubro de 1996), do antigo Conselho de Coordenação e Controle de Empresas Estatais – CCE. Ali se determinara a vedação, em todos os contratos de prestação de serviços, de cláusula de indexação (reajuste). Determinou-se que, nas contratações com prazo superior a um ano ou quando houvesse cláusula de prorrogação (entenda-se renovação), ocorreria uma repactuação de preços.*

*A repactuação assemelha-se ao reajuste, no sentido de ser prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Mas aproxima-se da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preço, mas examina-se a real evolução de custos do particular.*

*Posteriormente, a figura da repactuação de preços generalizou-se para as contratações do art. 57, inc. II. É que, nesses casos, a efetiva variação dos custos do particular pode ser inferior àquela retratada em índices gerais de preços. Veja-se que a finalidade da repactuação não é negar ao particular uma compensação automática, a cada doze meses, pelas elevações em seu custo, mas sim a de evitar que a adoção de índices genéricos produza distorções contrárias aos cofres públicos.*

A repactuação, na prática administrativa, só é cabível na hipótese de previsão expressa no contrato administrativo de mão de obra terceirizada, e que não está vinculado diretamente à política de valorização do salário mínimo.

Assim, verifica-se que a utilização do instituto da repactuação está relacionado à utilização de mão de obra vinculada às seguintes atividades: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Deste modo, são requisitos básicos para a utilização da repactuação, a prestação dos serviços supracitados e a existência da mão de obra, conforme se abstrai da sua norma regulamentadora.

### 2.3 Objeto da Repactuação

O objeto da repactuação tem por finalidade retomar a equivalência entre os encargos do contratado e sua contraprestação financeira, ante a defasagem dos valores contidos na proposta inicial do aumento dos salários decorrentes do dissídio das categorias envolvidas na prestação do serviço objeto do contrato no período.

Recente decisão do TCU discutiu a obrigatoriedade da adoção de repactuação como forma de recomposição de preços em contratos de prestação de serviços de duração continuada com emprego de mão de obra e fornecimento de material. Na hipótese, o Plenário do TCU considerou que, em contratos desta natureza, quando os custos da mão de obra forem preponderantes na formação do preço contratual, deve ser utilizada a repactuação como forma de recompor os preços, sendo possível a utilização de reajuste – aplicação de índices gerais ou setoriais previstos no contrato – quando não houvesse prevalência dos custos da mão de obra no preço do contrato.

A conclusão firmada pelo Tribunal – que apreciava um pedido de reexame formulado pela ECT contra decisão Plenária que determinou que em seu Manual de Licitações passasse a constar a repactuação como forma de recomposição de preços em seus contratos – adotou como premissas a distinção existente entre os conceitos de reajuste e repactuação, bem como os consectários jurídicos dessa distinção, evidenciando sua relevância em matéria de reequilíbrio econômico-financeiro.

Em ambas as situações, o resultado é a efetiva lesão aos interesses envolvidos na contratação. Em suma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma imposição constitucional a ser preservada por meio de instrumento jurídico plenamente compatível com a natureza do contrato firmado. Por tudo isso, as características dos contratos de serviços continuados conduz à insuficiência da mera e automática aplicação de índice de reajuste previsto contratualmente. A repactuação é um instrumento apto a garantir a manutenção da relação originalmente avençada entre as partes relativamente aos encargos e vantagens assumidos.

### 2.4 Formalização da Repactuação

Outro ponto fundamental a ser tratado é o meio pelo qual a repactuação é concedida.

No mesmo sentido da revisão, acertada a repactuação, após a demonstração analítica da variação, *“deve ser assinado pelas partes o competente aditamento contratual”*. Para uma melhor compreensão, interessante diferenciar termo aditivo de termo de apostilamento.

Em hipóteses legais que dispensam a formulação de aditamento contratual, com possibilidade de apostilamento, observa-se que são situações que ocorrem apenas uma variação nas condições de pagamento do contrato, mas não em alteração às bases contratuais.

Sobre o aditamento, convém transcrever trecho do ensinamento de Gasparini:

*“O instrumento de alteração do contrato é o aditamento (complemento do contrato para dele ficar constando o que a contratante determinou ou o que as partes ajustaram). Pode ser de natureza uni ou plurilateral. É unilateral quando a alteração decorre ape-*

*nas da vontade da Administração Pública contratante. O termo aditivo vem a ser um instrumento que demanda uma segurança jurídica maior do que o termo de apostilamento, pois se trata de uma alteração contratual, que decorre de fatores externos, assim como sucede na revisão e na repactuação.”*

Dessa forma, o legislador previu a necessidade desse tipo de termo ser analisado por assessoria jurídica da Administração, conforme parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93.

Destarte, houve também a previsão de necessária publicação resumida do extrato na imprensa oficial (Diário Oficial da União), para a sua devida eficácia, consoante preconiza o parágrafo único do art. 61, do mesmo citado diploma legal, o que impera a segurança jurídica desse tipo de instrumento.

Estas formalidades não são observadas no termo de apostilamento, pois a apostila não apresenta conotação jurídica, mas, simplesmente, financeiro-orçamentária, o que inviabilizada a emissão de qualquer pronunciamento jurídico a seu respeito, tornando dispensável a emissão de parecer prévio.

Diante das exposições supracitadas, de forma inovadora, o art. 40, §4º, da IN nº 02/2008, trouxe a seguinte previsão:

*“Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhadas de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.*

*[...] §4º - As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, e não poderão alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.”*

A Repactuação é um instituto que envolve uma demasiada complexidade, alterando o contrato originário, haja vista o intento de instrumento coletivo de trabalho que modifica as condições de trabalho, precipuamente o salário do funcionário.

De forma contrária ao reajuste, que tem espeque em índice já previsto no instrumento contratual, a repactuação demanda uma análise mais apurada da planilha de custos e formação de preços, onde envolvem direitos trabalhistas, o que faz necessário o prévio parecer jurídico.

Tendo em vista essa inovação ter sido trazida pela Instrução Normativa do Ministério do Planejamento em 2008, não houve posicionamento da doutrina nesse sentido, devendo o administrador ter sempre em consideração que se a Repactuação envolver não apenas uma atualização do valor do contrato pelo índice do dissídio

coletivo, e sim envolver outras questões, como inclusão ou supressão de direitos da categoria de profissionais, faz-se por bem a formalização por meio de Termo Aditivo.

### **2.5. Interregno Mínimo de 01 ano para Repactuação**

Para possibilitar o deferimento do direito à repactuação, se faz necessária a espera do interregno mínimo de um ano, previsto na legislação na lei 9065/95 em seu art. 28:

*Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.*

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

A Lei nº 9.069, de 1995, alude unicamente à utilização da correção monetária dos valores contratuais, o que, como já visto, não é o caso da repactuação. A correção aludida se dá através da utilização de um índice pré-estipulado, com a finalidade de eliminar os efeitos da defasagem da moeda. Por outro lado, a repactuação da avença administrativa tem como escopo a demonstração efetiva de eventual aumento de custos ordinários decorrentes da inflação.

Esse lapso temporal é justificado com base na validade da proposta, que deve conter a previsão dos gastos ordinários durante um período, com base na situação fática do momento de sua apresentação.

Assim, nada difere o instituto da Repactuação do Reajuste ordinário do contrato, uma vez que de ambos se exige, como regra, que, para se realizar a Recomposição do valor do contrato, já tenha transcorrido o período de um ano a contar da data da apresentação da proposta, do orçamento a que a proposta se referir ou da realização da última Repactuação ou Reajuste. A previsão possui razoabilidade.

As propostas apresentadas nos certames licitatórios tomam por base, para fixação do valor oferecido, o prazo de validade do contrato, o qual, em regra, é de um ano. Assim, entende-se que a proposta deve conter a previsão de todos os gastos ordinários para a execução contratual durante esse período, mesmo que não seja possível prever exatamente o provável aumento de custos, devendo, portanto, o licitante incluir o maior índice de previsão, mesmo isso sendo mais oneroso para a Administração Pública e menos eficiente para o serviço.

Ressalte-se que, como foi dito acima, a contagem do prazo de um ano varia. A carência de um ano pode ser contada a partir da data limite para apresentação da proposta, da data do orçamento à que a proposta se referir ou da última repactuação, consoante prevê o art. 38 da Instrução Normativa nº 02, de 2008, do MPOG, alterada pela Instrução Normativa nº 03, de 2009, do mesmo órgão referido.

*Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:*

*I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou*

*II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão de obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.*

Perguntava-se, então, a partir de que momento inicia-se esse prazo de doze meses? Inicialmente, conforme as disposições da IN n. 18/97, computava-se como início da periodicidade de um ano para a repactuação a data da proposta, ou a data do orçamento a que essa se referir, ou a data da última repactuação.

A primeira dificuldade estaria em definir qual a data do orçamento da proposta, mas isto foi resolvido pela própria IN 18/93, devendo ser entendida como a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo da categoria profissional envolvida no contrato de prestação dos serviços (item 7.2). Sobreleva destacar que as disposições daquela IN n. 18/97 concernentes ao cômputo da periodicidade mínima não foram concebidas ao acaso.

Destarte, o prazo de 01 um ano deve ser contado a partir do dissídio coletivo da categoria. Isto porque, agindo assim, a empresa entra na disputa no pregão com o seu custo atual, não precisando fazer prospecções de quanto seria o reajuste aplicado na data-base, o que na prática ocasiona “gorduras” no preço praticado. Logo, ao entrar com o preço menor, o resultado será maior economia para a administração.

Observa-se, contudo, que o art. 38, da Instrução Normativa n. 02/2008, modificada pela Instrução Normativa n. 03/2009, estabelece que o prazo mínimo de um ano para a repactuação é contado, no que se refere à Convenção, da data do Acordo de Trabalho vigente à época da apresentação da proposta, somente quando a variação dos custos for decorrente da mão de obra e estiver vinculada à data base destes instrumentos, ou seja, isto significa que, segundo a Instrução Normativa n. 02/2008, somente quando houver previsão no edital de que a repactuação esteja vinculada à data base seria possível a repactuação.

O contexto que informava esse regulamento estava marcado pela vigência da Medida Provisória n. 1.053, de 30 de maio de 1995 (após sucessivas reedições foi convertida na referida Lei n. 10.192/01), que já determinava o prazo *a quo* da periodicidade anual tanto para o primeiro reajuste como para os reajustes subsequentes, quais sejam, “a data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir” e “a data em que a anterior revisão tiver ocorrido”.

*Lei Federal nº 10.192/2001, art. 3º:*

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

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

O Decreto nº 2.271/1997 tratou especificamente do instituto da repactuação, e trouxe os requisitos explícitos para a concessão desse direito, nos seguintes termos:

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

Além do mais, há que se afirmar que o pedido de Repactuação não prejudica o pedido fundamentado das partes a Revisão do contrato a qualquer tempo desde que preenchidos os requisitos para reequilíbrio econômico financeiro.

*“Art. 41-A As repactuações não interferem no direito das partes de solicitar, a qualquer momento, a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos com base no disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993”.*

Sobre esse requisito, o TCU, em seu acórdão paradigma nº 1563/2004, já tinha expedido as seguintes orientações:

*[...] 9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de*

*antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;*

*9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;*

*9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;*

*9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97.*

## **2.6. Necessidade de requerimento e preclusão lógica**

Por fim, cabe analisar a exigência de apresentação de requerimento e o óbice da preclusão lógica. O sentido de preclusão remete à ideia de perda de um direito em virtude de algum fator de culpa do beneficiário de um direito.

Pode ser, por exemplo, o transcurso do lapso temporal para solicitar um benefício ou interpor um recurso. Pode, da mesma maneira, representar um desinteresse pela prática de um ato contrário à vontade de exercer seu direito. A sua ocorrência resulta na perda do poder de praticar um ato, seja porque já o fez, seja porque teve desinteresse em fazê-lo.

Freddie Didier Jr. analisa a preclusão sob o prisma do direito processual, destacando a finalidade axiológica a que serve, lição esta aplicável à apreciação em tela:

*“Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à celeridade do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger”. (DIDIER JR., 2009, v. 1, p. 280).*

Para o exercício do direito de repactuar um contrato administrativo, vem sendo exigida a apresentação de requerimento perante o ente contratante, no processo em que esteja se desenvolvendo a execução contratual, conjuntamente com a demonstração analítica da variação dos preços. Cabe ao particular, segundo essa limitação, solicitar à Administração Pública a concretização do seu direito constitucional, com a comprovação do efetivo aumento de custos. Com isso, não se vem aceitando a repactuação de ofício pelo Poder Público.

A exigência de solicitação do contratado como instrumento para a concretização do direito à repactuação não esbarra na proibição de inovação do regulamento editado pelo Poder Executivo. Como prevê a Carta Magna, o Estado pode editar atos normativos para a fiel execução da lei, estabelecendo, com isso, procedimentos e detalhes relativos ao direito criado, sem, contudo, inovar no ordenamento jurídico. Não pode, assim, criar obrigações ou impor limitações não previstas em lei. Pode, isso sim, determinar a forma de concretizar o direito estabelecido na legislação. A repactuação, diferentemente do reajuste, não é automática.

Ademais, deve o contratado demonstrar seu interesse em obter a compensação de gastos, haja vista que, como as relações jurídicas contratuais, principalmente quanto a preços, dependem da vontade das partes, pode ser que o contratado não pretenda manter o valor estabelecido inicialmente, mesmo tendo que investir maior numerário.

Segundo o entendimento que vem sendo adotado pela Administração Pública, corroborada com o TCU, a prática de ato contrário à vontade de repactuar o contrato administrativo pode ensejar a preclusão do direito ao seu deferimento. E, nesse caso, trata-se da preclusão lógica.

Os casos que ensejam a criação desse óbice à consecução da repactuação decorreram da realização de prorrogações contratuais, com fulcro nos incisos do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993. Nessas situações, os contratados possuíam direito à repactuação antes de firmar o aditivo contratual. Entretanto, eles prorrogavam os contratos administrativos sem, antes disso, apresentar o requerimento administrativo da repactuação. E como a maioria dos aditivos contratuais, tinha-se por pressuposto a manutenção das cláusulas e condições anteriores à prorrogação do prazo da avença, dentre as quais se inclui a cláusula relativa ao preço.

Um exemplo claro dessa situação, é o caso em que há realização de convenção coletiva de trabalho com aumento dos gastos com mão de obra antes da prorrogação contratual e o particular assina o aditivo sem que antes apresente o requerimento de repactuação. Diz respeito, portanto, a fatos anteriores à postergação do prazo contratual. O Parecer nº AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União, com fundamento em decisões do TCU, alude à questão em comento:

*“Entende-se plenamente pertinente a limitação do exercício do direito de repactuação nos termos propostos.[...]”*

*Isto porque, todo contrato – e aqui se inclui os respectivos termos aditivos – possui um prazo de vigência especificado, não*

*podendo ter vigência indeterminada, sendo certo que todos os efeitos dele decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando.*

*Findo seu prazo de duração e prorrogado o contrato, sem que o interessado argua seu direito decorrente de evento do contrato originário ou anterior, entende-se, conforme decidiu a Corte de Contas, que houve preclusão lógica do direito consubstanciada na prática do ato incompatível com outro anteriormente praticado.*

*A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte.*

*E a incidência do instituto processual no caso em tela se justifica diante do fato de que a execução do contrato compreende a concatenação de atos administrativos tendentes a um produto final". (AGU, 2008, p. 24 e 26).*

A preclusão, para existir como uma das condições ou exigências do direito à repactuação, não precisa, necessariamente, estar prevista em algum ato normativo, pois é extraída a partir da análise da vontade do contratado na manutenção ou não do preço inicialmente ofertado.

Ao realizar um aditivo de prorrogação contratual, o contratado tem interesse em manter a relação jurídica pactuada e nas condições estabelecidas naquele momento da assinatura. Se não fosse desta maneira, o particular se recusaria a manter a avença, até porque não está obrigado a continuar executando o objeto contratual após o prazo de sua vigência. Cabe a ele, portanto, requerer antes de assinar a prorrogação e, de preferência, esperar a elaboração de um aditivo único, contendo as duas adequações a serem efetivadas.

O requerimento anterior à prorrogação contratual também é uma forma de demonstração da boa-fé do ente contratado. Solicitar a Repactuação antes do aumento de vigência do prazo contratual permite à Administração Pública avaliar se a manutenção do contrato administrativo será vantajosa a ela, permitindo que não mantenha serviços ineficientes e onerosos no serviço público.

Além disso, o próprio instrumento contratual pode prever prazo após a ocorrência da data-base para que o contratado faça o pedido de Repactuação fundamentado neste instrumento. Assim, decorrido este prazo terá ocorrido a preclusão temporal da repactuação.

O particular, assim, deve ser diligente na realização e concretização do seu direito, sob o risco de não poder mais levá-lo a cabo, ao deixar de manifestar interesse na realização da repactuação no momento oportuno.

## 2.7 Serviços Contínuos

Vislumbra-se como o primeiro requisito para a repactuação, ser o contrato de serviços contínuos, ou seja, aqueles cuja vigência pode ser prorrogada. Trata-se de uma exceção aos contratos administrativos, que regra geral são adstritos aos respectivos créditos orçamentários (1 ano), conforme art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93. A definição de serviços continuados é trazida pela IN nº 02/2008, como:

*[...] aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração Pública para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.*

Frisa-se que, esse primeiro requisito deve estar aliado com a previsão de mão de obra terceirizada, caso contrário, não há que se falar em repactuação. Neste ponto, trazemos a primeira crítica a este requisito (serviço continuado com previsão de mão de obra), que restringe o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, pois o artigo 37, inciso XXI, não traz nenhum limitador e deixa a critério da lei a sua regulamentação, e no caso em questão estamos diante de um decreto do poder executivo.

Nesse ponto, entende-se que mesmo o contrato não sendo de natureza continuada, mas que tenha mão de obra poderá ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro, por meio do remédio já comentado: “revisão”, usado de forma residual. O segundo requisito trazido pelo citado artigo é a previsão no edital de licitação, consoante o fundamento legal para o reajuste: art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93, haja vista a repactuação ser tratada, equivocadamente, como uma espécie de reajuste.

## 2.8 Demonstração Analítica da Variação dos Custos

Trata-se de requisito primordial para a concessão da Repactuação, a demonstração analítica da variação dos custos do contrato. Este requisito deve ser verificado por meio de planilha de custos e formação de preços.

Inicialmente, o item 1.1.5 da IN n. 18/97 definia a planilha de custos e formação de preços como “o documento a ser apresentado pelas proponentes, contendo o detalhamento dos custos que compõem os preços”.

A Repactuação semelhante com o reequilíbrio econômico-financeiro tem como requisito a demonstração cabal dos fatos e sua repercussão na relação econômico-financeira do contrato. Mas a exigência foi consagrada no art. 40 da IN SLTI/MPOG n. 02/2008, e confirmadas no art. 40 da IN SLTI/MPG n. 03/2009.

## 2.9 Repactuação e Contratação Emergencial

Existindo emergência ou calamidade pública, a licitação deve ser afastada por não haver tempo hábil para a sua realização, sob pena de ocorrerem sérios prejuízos à Administração Pública e consequentemente, ao interesse público.

Contudo, esse tipo de contratação deve servir tão somente para o atendimento de uma situação emergencial ou calamitosa e para a realização de obras e/ou serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou da decretação da calamidade pública, vedada a prorrogação do respectivo contrato.

Assim, conclui-se que o intuito do legislador, ao possibilitar que o Poder Público possa valer-se deste tipo de contratação, é garantir a celeridade no atendimento de um estado de emergência ou de calamidade pública, agilizando o restabelecimento da ordem pública e minimizando os danos à coletividade.

Nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações, a dispensa de licitação nos casos de **emergência** ou de **calamidade pública** somente poderá ocorrer quando caracterizada **urgência** de atendimento de situação que possa ocasionar **prejuízo** ou comprometer a **segurança** de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Deste modo, a contratação emergencial é de curta duração, devendo se completar no prazo máximo de 180 dias. Assim, para concessão de eventual repactuação, deverão ser analisados, como fato prejudicial, os requisitos para sua efetivação.

Assim, apesar de, em tese, ser juridicamente possível, será difícil sua implementação prática.

## **2.10 Novos direitos concedidos por meio de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo**

A questão que se coloca é a análise de casos em que a convenção coletiva, alterada no curso do contrato administrativo, passa a incluir novos benefícios ainda não previstos à época da licitação.

Para esclarecer esta questão, é importante a leitura do que dispõe o § 1º do art. 40 da Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que é no seguinte sentido:

*“Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação. (Redação dada pela IN nº 3, SLTI/MPOG, de 15.10.2009)*

**§ 1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo**

*ou convenção coletiva.” (grifamos)*

Observa-se, a partir desse dispositivo, que a regra impede a inclusão de novos benefícios no momento da repactuação. Todavia, se algum benefício tornar-se obrigatório por força de Lei ou documento coletivo, o particular fará jus à inclusão deste item quando da repactuação.

Isso porque não se trata de mera liberalidade da empresa contratada, mas de cumprimento da Lei. Portanto, na hipótese, se um novo custo para a prestação do serviço foi imposto ao particular, ele pode repassá-lo para a Administração em sua planilha de formação dos preços.

### 3. Reajuste

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo é convencional entre os contratantes no propósito de evitar que venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste em razão da elevação dos custos decorrentes da mão de obra ou de insumos utilizados no contrato.

Assim, as partes convencionam um índice que será aplicado nos contratos, que servirá de base para o período de 12 meses. Com isso, o reajuste terá lugar quando ocorrerem previsíveis elevações dos preços dos bens, serviços ou salários, face à instabilidade econômica. Não se aplica aqui a teoria da imprevisão, porque ditos fatos são previsíveis e que, por isso mesmo, devem estar expressas no contrato as formas de reajuste. Em outras palavras, o próprio contrato dará a solução para o reequilíbrio.

Tem de se admitir que a aplicação do índice setorial de reajuste nunca poderá conduzir a resultado que amplie os benefícios do particular em termos não correspondentes à relação original entre encargos e vantagens a ele assegurados por ocasião da contratação. Ou seja, admite-se a adoção de índice setorial de reajuste, o que não significa que a Administração esteja dispensada de investigar a variação efetiva dos custos na execução dos contratos.

Logo, nunca se poderia adotar interpretação no sentido de que a aplicação do índice de reajuste impediria a verificação dos custos efetivos incorridos pelo particular. Afinal, aplicar índices setoriais para os contratos de execução continuada conduz ao risco de remuneração ao particular acima ou abaixo do valor necessário para a manutenção do equilíbrio contratual.

A despeito do Art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, com relação ao reajustamento de preços, o Doutor **Marçal Justen Filho** (2005, p. 493), comenta o seguinte:

*A disciplina ao reajuste foi objeto de modificações em virtude do Plano Real. Somente se admite reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática, não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Compu-*

*ta-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorrido um ano da formulação da proposta. A ausência de previsão contratual do reajuste não importa supressão ou vedação a tanto, como já exposto nos comentários ao art. 40. No entanto, tornará a questão mais complexa e difícil de ser solucionada na via administrativa, remetendo-se à disciplina geral da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.*

Após longo período em que sua periodicidade anual foi regrada por sucessivas Medidas Provisórias disciplinadoras do Plano Real, o reajustamento – e sua obrigatoriedade – passou a ser tratado pela Lei Federal n. 10.192/2001 (nada mais do que resultado de conversão daquelas sucessivas MP's), em cujo artigo 3º se encontra determinado que os contratos celebrados pelos entes da Administração Pública municipal, estadual e federal, serão reajustados na periodicidade anual. Para melhor apreensão da norma, nada melhor do que transcrevê-la:

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

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

Novamente, é de se observar que a Lei opta por determinar a aplicação do reajuste, e não facultá-la; a expressão “*serão reajustados*” não equivale a “*poderão ser reajustados*”, pois tem sentido nitidamente impositivo, e não meramente permissivo.

Sobre o tema, professa Toshio Mukai:

*“no art. 55 da Lei 8.666/93, relativo às cláusulas necessárias do contrato, há o inciso III, que cuida de preços e condições de pagamento, periodicidade de reajuste etc. **Não adianta deixar de colocar no contrato ou no edital, porque está na lei que é obrigatório o reajuste**; se não houver qualquer das cláusulas do art. 55, esse contrato é nulo de pleno direito, porque elas são necessárias.” (“Contratos Administrativos Acréscimos e Supressões”. MUKAI, Toshio. Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, São Paulo, 2005).(grifos nossos).*

Na mesma linha, ensina Fernando Vernalha Guimarães afirma:

“Logo e **por se tratar o reajuste de instrumento de recomposição da equação econômico-financeira** (princípio que se impõe injuntivamente às partes), **a ausência de sua previsão não importará o seu não cabimento.**” (“A recomposição de preço nos Contratos Administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos”. GUI-MARÃES, Fernando Vernalha. Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº194, Editora Zênite, São Paulo, 2006). (grifos nossos).<sup>181</sup>

### 3.1 Formalização do Reajuste

Consoante abordado, o reajuste é concedido por intermédio de simples apostila, conforme preconiza o art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93.

O apostilamento é mecanismo de incremento nominal de despesa pública, realizado por ato unilateral (autorização) de autoridade administrativa competente, que não constitui alteração ideológica do contrato, ou seja, não transformam a substância.

O apostilamento deriva-se de apostila, que significa fazer anotação ou registro administrativo no próprio termo de contrato. Assim sendo, podemos conceituar o apostilamento como: *“a anotação ou registro administrativo, que pode ser realizado no verso do próprio termo de contrato, ou por termo ato separado, juntado aos autos do processo administrativo respectivo”*.

### 3.2 Preclusão

A Lei nº 10.192, de 2001, menciona correção monetária e reajuste, através também de utilização de índices pré-estabelecidos, deste modo, não é possível a preclusão deste direito, não havendo necessidade do contrato de formalizar o pedido, uma vez que ele decorre da própria lei e do contrato.

Desta maneira, caso haja omissão por parte da Administração em conceder este direito, poderá o Contratado pleitear retroativamente todo o período em omissão, respeitado apenas o prazo prescricional.

### Requisitos

Aqui também cabe a mesma crítica feita ao reajustamento. Em que pese a obrigatoriedade de previsão em edital, o direito constitucional é sempre superior, não reconhecendo nenhum tipo de limitação.

Ficou explicitado, que quando se tratar da primeira repactuação o início do prazo, pode ser tanto da data da proposta apresentada pela empresa à Administração ou da data do instrumento coletivo que embasou a proposta apresentada. No caso das repactuações subsequentes, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

Apresentados embargos de declaração, esses foram parcialmente providos.

<sup>181</sup> Cf.: <http://jus.com.br/artigos/8988/o-poder-dever-de-reajustar-os-contratos-administrativos#ixzz3RNUInIxj4>

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aponta violação aos artigos 104 e 122 do Código Civil, 41 e 65 da Lei nº 8666/93.

Sustenta, em síntese, “que qualquer pedido de revisão contratual com vistas à manutenção do equilíbrio econômico/financeiro deve comprovar a superveniência de fato imprevisível e de consequências incalculáveis, não sendo admissível como justificativas eventuais reajustes salariais em razão de convenção coletiva ou acordo coletivo.”

Nas razões do agravo, pugna-se pelo processamento do apelo nobre, ante o preenchimento de todos os seus requisitos de admissibilidade.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo a analisar o recurso especial.

A insurgência não prospera.

No presente caso, o Tribunal *a quo*, ao analisar a questão da ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro e a necessidade de reajuste contratual, consignou (fls. 489/490):

“Desta sorte, os aumentos e reajustes salariais ordinários poderiam, então, ensejar a **reapactuação** prevista na cláusula 6ª, parágrafo 1º, do **contrato**.

Os direitos previstos pela Convenção Coletiva de Trabalho em questão retroagiriam à data-base da categoria (maio/2006), data a partir da qual o demandante ficou obrigado a arcar com os custos de vale-alimentação. Veja-se que a Convenção Coletiva de Trabalho é um instrumento normativo pactuado entre os sindicatos de empregadores e empregados, tendo o teor convencionado força de lei, vinculando as partes ao seu integral cumprimento.

De outro lado, convém mencionar que na audiência referente ao pedido de mediação n.º 26/07, realizada com o objetivo de rever a referida cláusula da CCT 2006/2007, foi suprimido o trecho que impedia a Probank de repassar os custos do vale alimentação/refeição para os tomadores dos serviços, valendo tal alteração como Termo Aditivo à CCT (fls. 217-218), passando a valer a seguinte redação:

*Os empregadores fornecerão sem ônus a seus empregados um vale alimentação/refeição no valor de R\$ 6,00 (seis reais) para cada dia de trabalho efetivo.*

*Parágrafo Único: Este auxílio contempla exclusivamente os Empregados das Empresas Prestadoras de Serviço do Estado do Paraná, que atuam no âmbito da Caixa Econômica Federal.*

Nesse contexto, tenho que os demonstrativos analíticos do aumento dos custos (que acompanhavam os requerimentos administrativos dirigidos à contratante, fls. 219-250) juntados pela contratada são suficientes para comprovar que houve um rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, em vista de que, ao tempo da licitação, inexistia a obrigação de pagamento do vale-refeição para funcionários com jornada de seis horas, um novo ônus com cunho cogente em relação ao empregador.

Acrescente-se que este benefício vem em melhoria das condições de trabalho, o que, em última análise, reverte em favor da CEF, empresa tomadora dos serviços.

Assim, tenho que cabível a **reapactuação**, no tocante ao vale-alimentação, requerida em janeiro/2007.

Para o Tribunal de Contas da União, o prazo dentro do qual o contratado pode exercer, perante a **administração**, seu direito à **repactuação** contratual passa a contar da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo **contrato** administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente.

Ou seja, a partir da data em que passaram a vigorar as majorações salariais da categoria profissional que lhe deram ensejo, a contratada passou a deter o direito à **repactuação** de preços.

No caso, homologada em novembro/2006, a CCT fez retroagirem as novas regras à maio/2006 (data-base da categoria) as novas regras acerca do vale-alimentação. Logo, os efeitos financeiros da **repactuação** devem incidir a partir de maio/2006. Quanto ao montante condenatório, tenho que deve ser apurado em sede de execução, eis que os cálculos, impugnados pela CAIXA, foram apresentados unilateralmente, sem demonstração dos critérios de apuração.”

Este é o Parecer que submeto à apreciação superior de V. Sa.  
São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

**Carlos Benedito Vieira Micelli**

Procurador Legislativo

OAB/SP 260.308



# Parâmetros para Aferição da Vantajosidade na Prorrogação dos Contratos Administrativos - Parecer nº 136/2015

Sra. Procuradora Legislativa Supervisora,

O processo nº 124/2015 foi encaminhado a esta Procuradoria por SGA para a elaboração de Termo de aditamento ao contrato com a empresa, por mais 12 meses.

Porém, verifica-se que especificamente a contratação prevista no referido processo teve por critério de julgamento do preço para contratação o maior percentual de desconto a ser oferecido.

Neste mesmo processo, a fls. 86 v., foi feita a sugestão para alteração da cláusula de reajuste para que ficasse atendendo ao padrão deste tipo de cláusula utilizado nas contratações realizadas por esta Edilidade.

Diante disso, para a confecção do Termo Aditivo foi necessário estabelecer ampla pesquisa, inclusive observando como os demais órgãos de várias esferas procedem, para verificar se era possível o reajuste do percentual de desconto.

Em seguida, como desenvolvimento do estudo, procurou-se aperfeiçoar o procedimento em que é apurada a vantajosidade econômica de um preço contratual para assegurar a prorrogação dos contratos em que envolvam serviços continuados no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo. Tanto que resultou na elaboração de um ato que procurou disciplinar a questão.

Deste modo, procurou-se dividir as questões enfrentadas no presente estudo em duas partes, como se verá a seguir.

## **1. Possibilidade ou não de reajuste nos contratos que tiveram como critério de julgamento do seu preço o maior percentual de desconto**

A forma de critério de julgamento pelo maior percentual de desconto é um critério particular de contratar com a administração para objetos específicos, sendo a maneira encontrada para que a Administração consiga promover a licitação pelo menor preço que tem previsão no art. 45 § 1º inciso I da lei nº 8.666/93.

Há que se destacar que para utilização deste critério de julgamento há necessidade de que os preços dos bens, produtos, equipamentos etc que forem objeto da contratação tenham os seus preços vinculados ou controlados por meio de tabelas, índices, ou outro mecanismo semelhante que não permitam a livre competição des-

tes produtos no mercado.

Isto porque, se estes preços são praticados de maneira uniforme no mercado, conseqüentemente o meio mais viável para possibilitar que exista competição e economia para a administração é licitar com base no desconto linear oferecido sobre os valores unitários uniformemente cobrados.

Outro dado a se ponderar é o fato de que valores constantes nas referidas tabelas são submetidos, muitas vezes, ao arbítrio do fabricante, editor, produtor, etc., destes objetos, e por isso possuem reajustes cambiáveis no tempo, que geralmente não se coadunam ao prazo anual previsto no caput do art. 28 na lei n° 9.069/95, e art. 2º, § 1º e 2º da lei 10.192/2001 a qual pedimos licença para reproduzir.

(...)

*Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual. (grifo nosso)*

(...)

**Art. 2º** É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

Isto quer dizer que no caso concreto se utilizássemos a cláusula de reajuste no percentual de desconto concedido, a contratada teria duas fontes de reajuste em menos de um ano, um proveniente do aumento do preço decorrente da elevação da tabela, índice, etc., e outra que teria seu fundamento na nova cláusula de reajuste.

Deste modo, fica evidente que pela especificidade do critério de julgamento do maior percentual de desconto não é possível a inclusão da cláusula de reajuste, pois esta inclusão seria uma afronta expressa ao que dispõe o art. 2º §1º da Lei 10.192/2001 que impede reajustes em períodos inferiores a 12 meses.

Marçal Justen Filho assim explica a regra em comento:

*Outrossim, o art. 2º § 1º, da Lei 10.192/2001 proibiu a previsão ou concessão de reajustes em prazos inferiores a doze meses. Não há impedimento constitucional à existência de regra proibindo reajustes em prazo inferior a doze meses. Quanto a isso, os dispositivos relacionados com o Plano Real não são inconstitucionais. O que não se admite, em face da Constituição, é a proibição de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, as regras do Plano real não excluem o cabimento de recomposição de preços, ainda que condicionem a aplicação do reajuste.*

*(omissis)*

*(...)*

*(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 16ª Edição RT editoras 2014).*

Assim, a recomposição do preço no contrato fica garantida, uma vez que os preços constantes das tabelas sofrem atualizações, reajuste etc, feitas muitas vezes por parte dos fabricantes, produtores e detentores dos preços das passagens aéreas e terrestres, jornais, revistas e periódicos, e outros preços são reajustados pelo governo como planos de saúde, remédios etc. Mas de qualquer forma, fica patente que esta forma de contratação não necessita da existência de cláusula de reajuste para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tanto que em uma legislação mais moderna como a Lei nº 12.462/2011 que cuida das contratações pelo Regime Diferenciado de Contratações já existe norma específica para as licitações que utilizam o maior percentual de desconto, havendo inclusive dispositivo em que o mesmo percentual de desconto será estendido para os termos aditivos.

*Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.*

*(omissis)*

**§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos.***(grifo nosso)*

*(omissis)*

*(...)*

O Decreto Federal nº 7581/11 que regulamentou a lei do RDC não teceu quaisquer comentários sobre a questão.

Porém, tal dispositivo é replicado no Decreto nº 8.241, de 21 de maio de 2014 que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, para dispor sobre a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio:

*Art. 12. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a fundação de apoio, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.*

*(omissis)*

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos. (grifo nosso)

Portanto, o reajuste de preços busca preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato inicialmente estabelecido pelas partes. **Celso Antônio Bandeira de Mello** ministra que as cláusulas de reajuste de preço:

*“... pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, à medida que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avenca, a atualização do preço”.*

Deste modo, muitos órgãos federais, estaduais e municipais, aos quais se pede licença para elencar entre outros, o Senado Federal (Pregão eletrônico nº 014/2015 e Ata de registro de Preços 017/2014); Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (Pregão eletrônico federal 39/2013); Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal nº Pregão nº25/2013; o Tribunal de Contas da União (Pregão eletrônico nº 91/2014), Câmara Municipal de Blumenau (Processo Licitatório nº 08/2014); o Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Goiás- CAU/GO (Pregão Presencial 04/2013); e a AGR – Agência Goiana de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (Pregão Presencial 002/2014) preveem em suas licitações o dispositivo em que declara expressamente que o percentual de desconto será fixo e irrevogável.

Este entendimento é o que melhor atende à especificidade da contratação, uma vez que não há impedimento legal de manter o percentual de desconto fixo e irrevogável, e a ausência da cláusula de reajuste não importa a exclusão da recomposição dos preços, uma vez que haverá variação do preço na própria tabela, base de cálculo em que incidirá o percentual de desconto, conforme lição de Marçal Justen Filho:

*Entende-se que a ausência de cláusula prevendo reajuste não importa exclusão do direito à recomposição de preços, Portanto,*

*é possível excluir o direito ao reajuste automático, mas não será válida a vedação à recomposição de preços.*

*(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 16ª Edição RT editoras 2014).*

Não obstante, tendo em vista que o Ato CMSP 878/05 adotou no que couber, o Decreto nº 44.279/03 que dispõe sobre as normas específicas em matérias de licitação e contratos administrativos, e esta última norma em seu art. 46 II dispõe que para cada renovação contratual é obrigatória a realização de pesquisa de mercado, faz-se a seguinte sugestão de redação de cláusula:

*“6.1.2. Decorrido 01(um) ano de vigência do ajuste, será realizada prévia pesquisa de mercado entre, no mínimo, 03 (três) fornecedores escolhidos pela CONTRATANTE, para que seja comprovada a compatibilidade do desconto oferecido pela CONTRATADA com os praticados no mercado, possibilitando assim a prorrogação do presente ajuste, nos termos do art. 46, II, do Decreto Municipal 44.279/03, aplicável em decorrência do Ato CMSP nº 878/05.”*

Com isso, fica acrescentada uma cláusula que se coaduna com o dispositivo do decreto municipal que exige a prévia pesquisa de preço para comprovar que os preços são compatíveis com os de mercado.

Outrossim, no que tange a necessidade de realizar prévia pesquisa de mercado a cada renovação contratual é importante tecer as considerações a seguir.

## **2. Desnecessidade de prévia pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade econômica da renovação contratual**

O Decreto Municipal nº 44.279/03, aplicável em decorrência do Ato CMSP nº 878/05, em seu art. 46 inc. II que dispõe sobre as normas específicas em matérias de licitação e contratos administrativos, assim determina:

*Art. 46 - Observado o limite de 60 (sessenta) meses, os contratos de prestação de serviços continuados, mantidas as mesmas condições avençadas, poderão ser prorrogados por prazos iguais ou inferiores ao originalmente pactuado, desde que:*

*II - pesquisa prévia revele que os preços são compatíveis com os de mercado, nos termos do artigo 4º deste decreto.*

*(...)*

*Art. 4º - A pesquisa de preço, de que trata o inciso VI do artigo 2º deste decreto, poderá consistir em múltiplas consultas diretas ao mercado, a publicações especializadas, a bancos de*

*dados de preços praticados no âmbito da administração pública, a listas de instituições privadas renomadas de formação de preços e, nos referentes a mão de obra, aos valores de pisos salariais das categorias profissionais correspondentes.*  
(...)

Sobre esta questão é importante tecer críticas ao dispositivo do decreto municipal, uma vez que exige pesquisa de mercado para todo e qualquer tipo de renovação contratual, paradigma que vem sendo alterado pela Administração, uma vez que se verificou que este modelo não atende à celeridade das contratações atuais, bem como na maioria das vezes não reflete os preços praticados no mercado.

Para reforçar este argumento, pede-se vênua para apresentar o estudo formulado pelo grupo de trabalho integrado por servidores de diversos órgãos da Administração Federal que foi originário da *representação formulada pela extinta ADPLAN*, onde se verificava a formulação de propostas no intuito de programar melhorias nos procedimentos de licitação e de execução de contratos para a prestação de serviços de natureza contínua, contendo inclusive recomendações à SLTI/MP (Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento) e à AGU. Este amplo estudo teve seu resultado incluído no acordo n° 1214/2013-Plenário do Tribunal de Contas da União, proferido TC 006.156/2011-8, que teve por relator Ministro Aroldo Cedraz, datado de 22.5.2013 o qual será reproduzido parcialmente devido a sua extensão.

**TC 006.156/2011-8**

*Natureza: Representação.*

*Órgão: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP).*

*Interessada: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).*

**Sumário:** REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU.

*(omissis)*

*(...)*

### **Técnicas de orçamentação**

176. Conforme preceitua o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, as licitações para contratação de serviços somente são realizadas após o detalhamento do orçamento em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

177. Comumente os órgãos/entidades públicos adotam dois critérios básicos para a elaboração desses orçamentos:

a) realizam pesquisa junto a outros órgãos públicos ou solicitam propostas a empresas do ramo;

b) elaboram planilha detalhada com todos os insumos básicos que compõem o preço do bem, serviço ou obra.

178. No momento da prorrogação contratual, exclusivamente em relação aos serviços de natureza continuada, percebe-se que a planilha orçamentária é formada por itens que não carecem, ou envolvem, um alto custo-benefício, de forma que não justifica a realização de nova pesquisa de mercado.

179. Para compreendermos de forma clara o que está sendo afirmado, subdividiremos os serviços de natureza continuada em dois grupos: com ou sem fornecimento de materiais, sendo a única diferença entre eles no que se refere à composição da planilha orçamentária, a inclusão dos materiais necessários à realização dos serviços.

180. Portanto, iniciaremos a análise da planilha orçamentária pelos itens comuns a qualquer serviço de natureza continuada: **remuneração, encargos sociais, insumos e LDI.**

181. Quanto à remuneração, usualmente é baseada no piso salarial da Convenção Coletiva da Categoria. Destarte, enquanto esse for o critério utilizado, é manifesta a inutilidade da realização da pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade da Administração em manter o contrato firmado. (grifo nosso)

182. Os encargos sociais têm seus itens definidos em instrumentos legais, tais como leis, decretos, normativos, como a sumula 305/TST, e no Regulamento da Previdência Social. A discricionariedade desse grupo está tão somente em estimativas inerentes a cada empresa participante do processo licitatório, a exemplo de faltas, auxílio doença, acidentes de trabalho, entre outros. Portanto, definir esses parâmetros mediante comparação entre valores adotados em licitações por outros Órgãos/Entidades públicas, mostra-se absolutamente inapropriado, ante a impossibilidade de se conhecer particularidades de cada empresa, que indubitavelmente são reveladas apenas no momento da licitação.

183. Os insumos são compostos, majoritariamente, por itens que possuem respaldo na Convenção Coletiva da Categoria. Os

demais, passíveis de realização de pesquisa de mercado, são: uniforme, Equipamento de Proteção Individual- EPI e manutenção de equipamentos.

184. Quanto a esses itens, tratam-se de insumos, cuja soma, corresponde a no máximo 5% do orçamento total a ser licitado, como vem sendo demonstrado em licitações recentes. Tendo por parâmetro a curva ABC, indiscutivelmente esses itens não estão entre os mais representativos da planilha orçamentária. Ao mesmo tempo, importa lembrar que fazemos parte de uma economia estável, em que a variação esperada é baixa e pode ser perfeitamente retratada mediante a utilização de índices nacionais, tal como o INPC. Portanto, não há razão para efetuar pesquisa de mercado todas as vezes que é necessária a realização de prorrogação contratual, com todo o custo administrativo que representa.

185. A título de exemplificação, recentemente foi realizado um procedimento licitatório para contratação de serviço de manutenção predial do Tribunal de Contas da União. Nesse contrato, durante o procedimento licitatório realizou-se pesquisa de mercado para quase 200 diferentes insumos, sendo alguns deles referentes a uniformes e EPIs e a maioria para estimativa de manutenção de equipamentos. É notório que o custo/prazo que será despendido para a realização de pesquisa de mercado para a prorrogação do contrato, além de impeditivo, não é aconselhável em vista da baixa representatividade desses itens no orçamento global.

186. **Ademais, a pesquisa de mercado normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação. Portanto, a utilização de um índice adequado, além de retratar a realidade do mercado, evita prejuízo desnecessário à Administração, assim como para a empresa contratada.**(grifo nosso)

187. Quanto ao LDI, há consenso entre os Órgãos/Entidades quanto aos itens que o compõem e o valor do percentual atual, que gira em torno de 26%; ademais esse percentual é ajustado durante o procedimento licitatório, e com certeza não levará a Administração a concluir pela desvantagem do orçamento para a prorrogação do contrato fundamentando-se nesse item que, após licitado, só é possível sofrer alteração por repactuação, desde que comprovado o desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

188. Realizada a análise dos itens comuns a quaisquer serviços de natureza continuada, passemos à apreciação do único item concernente apenas àqueles serviços com fornecimento de materiais, como limpeza e conservação e manutenção predial.

189. O item materiais é composto por todos aqueles neces-

sários à realização do serviço. Ainda tomando por modelo a licitação realizada para contratação dos serviços de manutenção predial, realizou-se pesquisa de mercado para quase 800 diferentes materiais. Para esse caso, torna-se notória a dificuldade de comprovar a vantajosidade do contrato no caso de sua prorrogação.

190. Em primeiro lugar porque durante a execução do contrato há grande dificuldade em realizar comparações entre serviços com fornecimento de materiais, haja vista as particularidades inerentes a cada contrato em execução na Administração Pública.(grifo nosso)

191. Segundo, e nessa mesma linha de raciocínio, a única forma de observar se o contrato continuaria vantajoso para a Administração seria realizando nova pesquisa de mercado, em que dois problemas são facilmente vislumbrados: o tempo necessário para realizar tal comprovação; e o mais importante, o custo administrativo despendido nessa pesquisa.(grifo nosso)

192. É flagrante que o uso de índice específico e adequado, além de trazer significativo benefício à Administração, será a forma mais apropriada para comprovar que o contrato continua vantajoso no momento da prorrogação.

193. Por fim, importante destacar que, para os casos de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica para a Administração, ainda poderá ser comprovada mediante comparação com limites estabelecidos, por estado, em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

194. Realizadas essas considerações, conclui-se que, em se tratando de prorrogação contratual para serviços de natureza continuada, a realização de pesquisa junto ao mercado e outros órgãos/entidades da Administração Pública, além de fictícia, já que não retrata verdadeiramente o mercado, é onerosa e burocrática, portanto absolutamente desnecessária.

195. Dessa forma o Grupo de estudos entende desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de serviços de natureza continuada, sendo a vantajosidade econômica de sua manutenção para a Administração garantida se:

a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de

*trabalho ou em decorrência de lei;*

*b) — houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;*

*c) — houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.*

*d) — nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens a até c, somente estará garantida se os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.*

*d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.*

*Acórdão 1214/2013-Plenário, TC 006.156/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, 22.5.2013.*

Resumindo, o acórdão pretendeu modificar esta cultura administrativa, tentando desburocratizar as renovações contratuais e atendendo melhor o interesse público e garantindo a economicidade e vantajosidade dispensando a realização de pesquisa de mercado nas contratações quando:

A) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

B) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais.

O referido acórdão resultou em uma mudança de paradigma da administração federal no que tange a renovações contratuais, visando realmente a vantagem da contratação para Administração de um modo mais célere, moderno e seguro. Evitando que a Administração ao realizar a consulta de fornecedores (que em tese seriam concorrentes do atual contratado) receba propostas de preços que não correspondam com aqueles realmente praticados no mercado, com isso causando alterações artificiais no preço médio encontrado.

E o que é mais grave, em alguns casos, esses preços apenas são informados com intuito de evitar a prorrogação contratual, uma vez que a mesma empresa que forneceu o preço defasado, no momento da sessão de licitação não apresenta o mesmo preço anteriormente informado na pesquisa de mercado e sim um novo valor mais elevado, e em alguns casos superior até à antiga contratação que não foi renovada.

Deste modo, deve-se buscar a solução que melhor atenda aos interesses da administração, tanto no âmbito da economicidade, quanto da eficiência, conforme ensina o prof. Marçal Justen Filho:

*O Estado dispõe de recursos limitados para custeio de suas atividades e realização de investimentos. Portanto a vantagem para o Estado se configura com a solução que assegure os maiores benefícios para a aplicação de seus recursos econômicos financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. A economicidade é o resultado da comparação entre os encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economia exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em princípio, a economicidade se retrata no menor preço pago pelo Estado ou no maior lance por ele recebido, conforme a natureza da contratação. (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 16ª Edição RT editoras 2014).*

Especificamente relativo à vantajosidade para a prorrogação contratual, apesar de ser uma presunção relativa, ou seja, admite-se prova em contrário, pressupõe que o atual contratado, por estar prestando serviço nas dependências da administração tem mais possibilidade de reduzir os seus custos e despesas, do que uma empresa que irá iniciar a prestação do serviço, uma vez que o atual contratado já sabe peculiaridades do contrato, conforme se verifica na lição do prof. Diógenes Gasparini (2012, p. 22) que ressalta:

*“O preço contratado, até por razões óbvias, deverá ser melhor que o conseguido através de uma licitação. Com efeito, o contratado já esta familiarizado com a execução do contrato e por conhecer bem o serviço que executa pode suprimir etapas e eliminar custos. Ademais, o contratado conhece o proceder da Administração Pública quanto às exigências para o pagamento e a demora para que seja efetivado, pois isso pode precaver-se sem onerar custos ou realizar despesas. Em suma o contratado por conhecer todos os aspectos da execução do contrato, pode rever sua estrutura de preço e oferecê-lo em condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública contratante, sem necessidade alguma de degradar a qualidade do serviço prestado. Seu preço poderá ser menor e, portanto, melhor, que praticado em média pelo mercado dado que seus proponentes não desfrutam desses conhecimentos. Pelas mesmas razões suas condições de pagamento também serão melhores ou mais vantajosas”*

*(Diógenes Gasparini, Direito Administrativo - 17ª Ed. Saraiva 2012 )*

Nesta mesma linha de entendimento, foi editada a Instrução Normativa nº 6, de 23 de Dezembro de 2013 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que alterou a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, e seus Anexos I, III, IV, V e VII e inclui o Anexo VIII que exigia a pesquisa de mercado a cada renovação, suprimindo esta exigência, para colocar no seu lugar diversos requisitos em que se garantirá a presunção da vantajosidade.

Esta é a redação da referida Instrução Normativa, no que tange à renovação contratual:

*(omissis)*

*Art. 30-A.*

§ 1º Os contratos de serviços de natureza continuada poderão ser prorrogados, a cada 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses, quando comprovadamente vantajosos para a Administração, desde que haja autorização formal da auto-

ridade competente e observados os seguintes requisitos:

*I - os serviços tenham sido prestados regularmente;*

*II - a Administração mantenha interesse na realização do serviço;*

*III - o valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração; e*

*IV - a contratada manifeste expressamente interesse na prorrogação.*

**§ 2º A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver previsões de que:**

**I - os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei;**

**II - os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE; e**

**III - no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.**

§ 3º No caso do inciso III do §2º, se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução de preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.

§ 4º A administração deverá realizar negociação contratual para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis que já tenham sido amortizados ou pagos no primeiro ano da contratação.

§ 5º A Administração não poderá prorrogar o contrato quando:

*I - os preços estiverem superiores aos estabelecidos como limites pelas Portarias do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, admitindo-se a negociação para redução de preços; ou*

*II – a contratada tiver sido declarada inidônea ou suspensa no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, enquanto perdurarem os efeitos.*

*(omissis)*

Deste modo, sugere-se que seja promovida a edição de um Ato da Mesa para que discipline a questão da prorrogação contratual dispensando a pesquisa de mercado nas hipóteses em que exista índice setorial previsto no contrato.

Para atender as especificidades desta Edilidade, tendo em vista a Lei Municipal 13.278/02 e o Decreto Municipal nº 44.279/03, procedeu-se pequenas alterações na redação da IN nº06/2013 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MP, na qual se apresenta:

*Art. 1º Os contratos de serviços de natureza continuada poderão ser prorrogados até o limite de 60 meses, quando comprovadamente vantajosos para Administração, desde que haja autorização formal da autoridade competente e observados os seguintes requisitos:*

- I- *Os serviços tenham sido prestados regularmente;*
  - II- *A Administração mantenha interesse na realização do serviço;*
  - III- *O valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração, e*
  - IV- *A contratada manifeste expressamente interesse na prorrogação.*
- Parágrafo único: A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados será presumida, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver as seguintes previsões:*

- I- *Os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei;*
- II- *Os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o IPC-FIPE.*

Destarte, para fins de sugestão para melhor redação do Ato a ser editado, propõe-se que sejam feitas as seguintes alterações relativas à IN nº 06 da SLTI/MP: o Decreto 44.279/03 prevê em seu artigo 46 que observado o limite de 60 (sessenta) meses, os contratos de prestação de serviços continuados, mantidas as mesmas condições avançadas, poderão ser prorrogados por prazos iguais ou inferiores ao originalmente pactuado, deste modo, é possível, por exemplo, que a nova prorrogação seja por apenas seis meses, e que tenha a aplicação do índice de correção monetária contratualmente prevista, observado o reajuste anual. Com isto, foi suprimida a expressão a cada 12 meses no caput do art. 1º.

Outra alteração promovida foi substituir a expressão “estará assegurada” por “se presume” no caput do Parágrafo Único, isto porque é possível que por meio de

comprovação se verifique que o preço não é o mais vantajoso para administração, ou seja, é admitida prova em contrário por ser uma presunção relativa.

E finalmente, no inc. II do Parágrafo Único foi substituído o índice IPCA/IBGE originalmente previsto pelo IPC-FIPE, uma vez que existe uma recomendação no Decreto Municipal nº 53.841/2013 para que seja adotado este índice nos contratos municipais, considerando o contexto econômico e conjuntural em que se encontra inserido o Município de São Paulo e a necessidade de rever os índices de reajustes de preços aplicados aos contratos administrativos, visando compensar os efeitos das variações inflacionárias.

Este é o Parecer que submeto à apreciação superior de V. Sa. junto com a Minuta de Ato da Mesa.

São Paulo, 08 de maio de 2015.

**Carlos Benedito Vieira Micelli**

Procurador Legislativo

OAB/SP 260.308



# O Princípio da boa fé nos contratos administrativos - Parecer nº 235/2014

Sr. Procurador Legislativo Supervisor,

Diante da solicitação do Senhor Secretário Geral Administrativo, às fls. 325, passo a relatar os fatos que considero relevantes registrados nos autos.

Atualmente encontra-se em vigor o contrato nº 22/2013, firmado com a FUNDAC para a prestação dos serviços de produção, geração e veiculação do conteúdo televisivo (TV Câmara São Paulo), radiofônico (Rádio Web CMSP) e digital (Portal CMSP) desta Edilidade. Lembre-se que o referido contrato encontra-se excepcionalmente prorrogado por até três meses.

Em 12/08/2014, a referida contratada sugeriu à Câmara a possibilidade de incorporar ao escopo do mencionado contrato o *Media Asset Management (MAM)*, que, em resumo, é uma solução integrada de *hardware* e *software* que otimizaria a gestão dos serviços (fls. 06/07).

Nesse passo, o gestor do contrato assinalou quais recursos humanos e equipamentos necessários à nova configuração do objeto, incluindo entre os equipamentos o citado sistema MAM (01/05).

Diante da nova configuração do objeto do contrato, os autos foram encaminhados para consulta ao mercado visando obter os novos preços em face das modificações no objeto.

Encerrada a pesquisa de preços (fls. 198), constatou-se no mercado valores inferiores ao proposto pela atual contratada. O gestor, analisando a documentação trazida aos autos, não vislumbrou óbices à contratação da citada FAPETEC, que ofereceu o menor preço (fls. 292/293).

Ante essa decisão, a FUNDAC encaminhou à Edilidade os documentos de fls. 304/306 e 308/312, alegando, em resumo que estariam “abertos à discussão”, que haveria “disponibilidade de ajustar as condições propostas, na hipótese de haver proposta com valor inferior”, que “envidou esforços no desenvolvimento de estudos internos no sentido de otimização de seus recursos e do redimensionamento de sua proposta”, e propôs a redução no valor financeiro anteriormente oferecido, assim como ofertou a transferência dos equipamentos relacionados ao sistema MAM ao patrimônio da Edilidade sem custo adicional após 24 (vinte e quatro) meses de vigência do futuro contrato.

Ante essa nova proposta, os autos foram instruídos com a oitiva do Diretor Executivo da TV Câmara São Paulo e do Coordenador do Centro de Comunicação Institucional.

O primeiro revelou certa insatisfação com o uso dos “equipamentos aqui instalados”, arguiu que os responsáveis da FUNDAC não conseguiram resolver os problemas constatados e solicitou que fossem adotadas as medidas necessárias à aplicação de penalidades à FUNDAC face ao descumprimento das cláusulas 2.1.2.3, 2.1.19 e 2.1.21 (fls. 316).

O segundo também manifestou seu descontentamento com a execução dos serviços ora em apreço e informou que a doação dos equipamentos do sistema MAM ofertado pela FUNDAC ao invés de ser uma vantagem, na realidade, seria inconveniente aos interesses administrativos, na medida em que, com a incorporação desses bens ao patrimônio da Edilidade, caberia a ela arcar com o ônus de atualizá-los, em caso de obsolescência, e com os encargos de seguro. Ademais, de acordo com a proposta da FUNDAC, essa doação estaria condicionada à celebração de um contrato pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses (fls. 320/323).

Diante deste cenário, passo a traçar o panorama jurídico que rege a matéria.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, estabelece que: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processos de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

A Lei Federal nº 8.666/93, no artigo 3º, prescreve que a “**licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos**”.

O caso em apreço configura hipótese de contratação direta, com fundamento no artigo 24, XIII da Lei Federal de Licitações. Em que pese o referido diploma legal não ter estabelecido um procedimento próprio para a contratação direta, com etapas e prazos definidos, a **Administração deve adotar um procedimento formal regido pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa tendente a selecionar a proposta que melhor atenda ao interesse público**.

Sobre essa matéria, Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Revista dos Tribunais, 2014, p. 391 e 443, adverte:

**“A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível”...** “Definido o cabimento da contratação direta, a Administração deverá **pesquisar a melhor solução, tendo em vista os princípios da isonomia e da supremacia e indisponibilidade dos valores atribuídos à tutela estatal**. Logo, deverá buscar a melhor solução, respeitando (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação.”... **“A contratação não poderá ofender o princípio da isonomia**. Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá um procedimento seletivo simplificado para selecionar aquela que apresente a melhor proposta – ainda que essa proposta deva ser avaliada segundo critérios diversos do ‘menor preço’”.

Dispõe o **artigo 54 da Lei de Licitações** que aos **contratos administrativos aplicam-se** supletivamente os **princípios da teoria geral dos contratos** e as disposições de direito privado.

Desta feita, aplicam-se aos contratos administrativos os princípios estatuídos no **Código Civil**, nos **artigos 113 e 422**, abaixo transcritos:

“Art. 113 Os **negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração”.

“Art. 422 Os **contratantes são obrigados a guardar**, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os **princípios de probidade e boa-fé**”. (Os destaques não constam no original).

É certo concluir, então, que a **boa-fé deve igualmente permear os contratos administrativos**.

A **boa-fé impõe** aos contratantes os deveres de probidade, transparência, sinceridade, honestidade, **lealdade e cooperação** a fim de que com o negócio jurídico firmado as partes alcancem os objetivos almejados.

José Augusto Delgado (O Contrato de seguro e o princípio da boa-fé, *Questões Controvertidas, Método*, 2004, p. 216) ensina que:

“A **boa-fé objetiva** é concedida como uma regra de **conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade** e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos”. (Os destaques não constam no original).

Assim, o ordenamento jurídico protege a confiança que os contratantes depositaram no negócio jurídico, **a boa-fé é um dever inato a todo contratante, intrínseco a qualquer contrato, inclusive o contrato administrativo**.

Ademais, ainda que o artigo 422 do Código Civil tenha se referido às fases contratual e pós contratual, os Tribunais já sedimentaram o entendimento que a fase pré-contratual também deve estar revestida de boa-fé, sendo objeto do Enunciado do Conselho da Justiça Federal (Código Civil Anotado e legislação extravagante, SP: RT 2006, P.339):

“12. Boa-fé objetiva. Responsabilidade pré e pós contratual. **As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, nas tratativas preliminares, como durante a execução do contrato** e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva adotada expressamente pelo CC 422 (...) Portanto, estão compreendidas tratativas preliminares, antecedentes ao contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso os entabulantes – ainda não contratantes – po-

dem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes - o contrato já se findou pela sua execução - também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)". (Os destaques não constam no original).

Por fim, ao permear os contratos, a **boa-fé objetiva impede o abuso de direito por parte dos contratantes**, pois o artigo 187 do Código Civil considerou ilícito o exercício do direito que exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé.

Sob a luz das normas e princípios acima, passo a analisar o caso concreto.

A Câmara buscou consultar o maior número de potenciais interessados na execução dos serviços relacionados com a contratação em apreço, verificou dentre esses quais preenchiam os requisitos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, analisou as propostas apresentadas e selecionou a da FAPETEC, que apresentou a proposta mais vantajosa (fls. 198).

**Encerrado o procedimento de seleção, a FUNDAC pretende reabrir as negociações**, manifestando seu interesse em negociar seu preço a fim de cobrir o valor inferior obtido no mercado; alega que através da otimização de seus recursos redimensionou sua proposta, reduzindo seu preço.

A meu ver, **acolher a pretensão da FUNDAC afrontaria os princípios e normas anteriormente expostos**.

Em primeiro lugar, por que a FUNDAC envidou esforços, otimizou seus custos e reduziu seu preço somente após a ciência dos preços dos demais concorrentes? A adoção desse caminho permite inferir que **houve uma quebra na relação de confiança existente entre as partes**, que abala a seriedade das propostas apresentadas. A anterior estaria com valores superiores ou a atual seria inexequível? Ao que parece, **as propostas apresentadas não estão revestidas da boa-fé que deve permear os negócios jurídicos**, notadamente os contratos administrativos que têm como objetivo o alcance do interesse público.

Em segundo lugar, em homenagem ao **princípio da isonomia**, a aceitação da nova proposta da FUNDAC implicaria no dever da Administração de conceder aos demais interessados que participaram da pesquisa a possibilidade de apresentarem novas propostas. Nesse caso, **a contratação direta seria transfigurada em um arremedo de pregão**, porque a cada nova proposta com valor inferior, os demais interessados deveriam ter a oportunidade de apresentarem novas propostas e assim sucessivamente, de tal modo que o processo de seleção não seria concluído. Ora, a Lei de Licitações confere à Administração a possibilidade de escolher qual a forma que pretende adotar para selecionar seus contratados e no caso, a Edilidade escolheu a contratação direta. Para tanto, foi observado um procedimento formal de seleção e os interessados tiveram o momento oportuno para apresentarem suas propostas.

Em terceiro lugar, de acordo com o gestor do contrato, a doação sem ônus dos equipamentos do sistema MAM não seria conveniente à Edilidade pelos motivos relatados às fls. 320/323. Além do mais, essa suposta **vantagem oferecida pela FUNDAC não**

poderia ser considerada no momento da seleção das propostas por configurar flagrante afronta aos artigos 3º, 44 e § 2º da Lei nº 8.666/93, que possuem o seguinte teor:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos”.

“Art. 44 No **julgamento das propostas**, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais **não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei**”.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes”. (Os destaques não constam no original).

Muito embora nesse caso não tenha havido um instrumento convocatório propriamente dito, o julgamento das propostas levou em conta o **termo de referência** encaminhado aos interessados.

Por último, consoante a manifestação dos gestores do contrato ora em vigor, ultimamente a FUNDAC não tem executado o objeto a contento, o que revela ser mais conveniente à Administração firmar contrato com outra entidade que trará novas experiências técnicas e novos profissionais o que resultará na execução de serviços mais qualificados, renovados e atualizados, conforme assinalado às fls. 321.

Ante todo o exposto, entendo que a nova proposta da FUNDAC deve ser desconsiderada e que a decisão da E. Mesa não merece qualquer reparo.

Assim, elaborei a minuta do contrato que será firmado com a FAPETEC, com base no arquivo eletrônico enviado pelo CCI. Acompanham o presente a documentação referente à representação jurídica e regularidade fiscal da citada entidade.

Observo apenas que em respeito ao disposto no artigo 24 XIII da Lei nº 8.666/93, os autos deverão ser oportunamente instruídos com as informações relativas à inquestionável reputação ético-profissional da FAPETEC.

São as minhas considerações que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 10 de outubro de 2014.

**Maria Helena Pessoa Pimentel**

Procuradora Legislativa

OAB/SP nº 106.650



## Retenção de Pagamento para Satisfação de Crédito de Multa - Parecer nº 275/2015

Sra. Procuradora Legislativa Supervisora,

A Secretaria Geral Administrativa – SGA indaga a esta Procuradoria se é possível glosar pagamento para satisfação de crédito de multa relativo a contrato diverso.

O termo glosa é equivalente a censurar, criticar, suprimir ou anular. É a manifestação de juízo de reprovabilidade que se tem em relação a alguma coisa.

No âmbito da Administração Pública a glosa é efetuada para prevenir que sejam pagos valores indevidos ou irregulares, até que se apure a licitude ou não de tais pagamentos ou o interessado sane a irregularidade.

Na hipótese vertente, a glosa de valores devidos tem um caráter de definitividade, e é utilizada como uma forma de compensação de valores.

A compensação de créditos com débitos é regida pelas normas de direito civil. Determina o art. 368 do Código Civil, que:

“Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

No âmbito da Administração Pública, contudo, vigora o princípio da legalidade, entendendo-se como tal que ao administrador público somente é facultado fazer aquilo que a lei permite.

Desta forma, a compensação de créditos no âmbito da administração pública somente é permitida nos limites de uma **lei específica** que determine a compensação como forma de satisfação do crédito.

Assim, por exemplo, o § 3º do art. 86 da Lei nº 8.666/93 permite que as multas aplicadas no âmbito de um contrato sejam descontadas da garantia prestada pela contratada e, na hipótese dessa ser insuficiente, permite-se a compensação com pagamentos eventualmente devidos.

Determina o referido preceptivo legal, que:

“Art. 86. (...)

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, **a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração** ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.” (grifos nossos).

O entendimento que se pode extrair da dicção do dispositivo legal acima transcrito é o de que, quando este se refere a “pagamentos eventualmente devidos pela Administração”, faz alusão a créditos de qualquer origem, mesmo de contrato diverso daquele no qual a multa teve sua origem.

É princípio de interpretação das normas jurídicas a máxima que assevera que, onde o legislador não discriminou, não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim, se o legislador não restringiu expressamente a possibilidade de compensação a créditos oriundos do contrato no qual a multa se originou, não cabe ao intérprete fazer esta hermenêutica restritiva.

Neste diapasão, são os acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujas ementas abaixo se transcrevem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO - APLICAÇÃO DE MULTA - POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE CRÉDITOS E DÉBITOS DOS PACTUANTES - IRRELEVÂNCIA DE SEREM CORRELATOS A AVENÇA DIVERSA DA EM QUE FORA INCIDENTE A PENALIDADE - PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO - MATÉRIA INDEMONSTRADA - ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRESSUPOSTOS INDEMONSTRADOS - PLEITO REJEITADO. Inexistindo prova documental, inclusive da Imprensa Oficial do Estado, de que a pauta de julgamento não teria sido publicada no Diário da Justiça, a nulidade arguida é rechaçada, ainda mais quando o veredicto ocorreu em sessão subsequente, em face de pedido de vista, independentemente de qualquer irrisignação das partes. Ausente na manifestação do órgão fracionário omissão, obscuridade ou contradição, o esclarecimento é desnecessário. (TJ-SC - EDAG: 225182 SC 2001.022518-2/0001.00, Relator: Francisco Oliveira Filho, Data de Julgamento: 02/09/2002, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Embargos de declaração no agravo de instrumento n. , da Capital.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO - INCIDÊNCIA DE MULTA CONTRATUAL - POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE CRÉDITOS E DÉBITOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONTRATADA - IRRELEVÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA DE SEREM CORRELATOS A AVENÇA DIVERSA DA EM QUE FORA IMPOSTA A PENALIDADE - INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 86 DA LEI N. 8.666/93 E DO ART. 1.015 DO CÓDIGO CIVIL - RECLAMO PARCIALMENTE PROVIDO. Se a Lei n. 8.666/93, em seu art. 86, § 3º, omite qualquer restrição acerca de quais créditos e débitos são passíveis de

compensação - se somente com referência ao mesmo contrato ou se possível entre avenças diversas -, não é o exegeta que irá impô-la. Conforme o art. 1.015 do Código Civil, “a diferença de causa nas dívidas não impede a compensação”, salvo hipóteses excepcionais, em que não se enquadra a espécie. (TJ-SC - AI: 225182 SC 2001.022518-2, Relator: Francisco Oliveira Filho, Data de Julgamento: 08/04/2002, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de instrumento n. 01.022518-2, da Capital.)

Frise-se que o art. 1.015 do Código Civil determina que as diferenças de causas não impedem a compensação.

Assim, tendo em conta previsão específica constante do § 3º do art. 86 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que os créditos oriundos de multas contratuais podem ser compensados com créditos devidos pela Administração ao particular, não vislumbro óbices jurídicos a que se proceda à glosa de valores relativos a pagamento a ser efetuado em outro contrato, a fim de saldar o débito oriundo da multa a que faz alusão o despacho da Secretaria Geral Administrativa às fls. 249.

Este é o parecer, que submeto à criteriosa apreciação de V. Sa.  
São Paulo, 17 de agosto de 2015.

**Antonio Russo Filho**  
Procurador Legislativo  
OAB/SP nº 125.858



## **Recebidos Indevidamente por Erro da Administração. Necessidade de Restituição? - Parecer nº 269/2015**

**Senhora Supervisora,**

O presente Processo teve início com informação da Sra. Supervisora de SGA.15 – Equipe de Controle de Pessoal Fixo e Publicação, dirigida ao Supervisor de SGA.12 – Equipe de Folhas de Pagamento, noticiando a “retificação” da Portaria SGA.1 nº 2199/09, que concedeu o 4º adicional por tempo de serviço bem como a sexta-parte ao servidor acima epigrafado, pela Portaria SGA.1 nº 3766/15.

Segundo informação de SGA.15, a retificação foi necessária porque a Unidade percebeu a contagem em dobro de um mesmo tempo de serviço, embora de vínculos diferentes (comissionado e efetivo), em razão de apontamentos junto ao sistema de informática WIZ, ocasionando a concessão do 4º quinquênio e da sexta-parte em 17 de janeiro de 2009, quando o correto seria 12 de outubro de 2011. Dessa forma, a Portaria 3766/15 foi editada para tornar sem efeito a Portaria 2199/09. Ao mesmo tempo, foi publicada a Portaria nº 3767/15 para declarar a percepção do 4º quinquênio e sexta-parte a partir de 12/10/11 (cópias em anexo).

Recebida a informação, SGA.12 procedeu ao cálculo da importância recebida indevidamente pelo servidor entre as datas de 17/01/09 e 12/10/11, devidamente corrigida até março do corrente, e encaminhou a planilha a SGA.1 para as providências (fls. 02).

Diante disso, o Secretário de Recursos Humanos-SGA.1 deu ciência do expediente ao servidor interessado, para oferecimento de sua defesa, em 14 de abril do corrente, ante a invalidação da Portaria 2199/09 e a determinação para restituição dos valores pagos à maior com base na Portaria inquinada de ilegalidade.

O servidor apôs sua ciência em 14 de abril (fls. 02-verso) e no dia 17 de abril ofereceu suas razões de defesa dirigidas ao Secretário Geral Administrativo, constantes de fls. 15 a 23 dos presentes autos.

Em face das razões apresentadas pelo servidor, SGA.15 prestou os esclarecimentos constantes de fls. 27 e encaminhou os autos a esta Procuradoria para manifestação (fls. 28).

Passo a expor as alegações do servidor consubstanciadas em suas razões constantes dos autos.

Preliminarmente, sustenta o servidor a ocorrência da decadência do direito desta Câmara em proceder à anulação da portaria de 2009, com base no artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/99, que prevê o prazo decadencial de cinco anos para a anulação dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, contados da data em que foram praticados.

O peticionário entende aplicável a referida Lei Federal ante a ausência de diploma normativo municipal sobre a matéria. Alega que a Lei nº 14.141/06, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública deste Município de São Paulo, é omissa quanto ao procedimento acerca da anulação dos atos administrativos e que, portanto, segundo entendimento já consagrado pelo STJ, ausente lei específica estadual ou municipal, cabe a aplicação da referida Lei Federal 9.784/99.

Assim, tendo em vista que a Portaria 2199 é de janeiro de 2009, o prazo decadencial de cinco anos teria atingido seu termo final em janeiro de 2014, logo a Portaria 3766/15 não teria validade, eis que produzida um ano e um mês após a Administração ter decaído de seu direito de anular o ato julgado ilegal.

No mérito, o peticionário alega o descabimento da exigência de restituição dos valores pagos à maior.

Sustenta que os Tribunais Superiores, nas hipóteses de erro da Administração e havendo boa-fé do servidor, vêm entendendo não ser devida a restituição das importâncias recebidas indevidamente.

Aduz que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento já pacificado nesse sentido, reproduzindo duas ementas de julgados do STJ (uma de 2004 e outra de 2005), bem como duas ementas de decisões do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (estes exarados em 2013 e 2015).

Alega, então, a adequação do caso concreto sob análise às hipóteses jurisprudenciais citadas, eis que o pagamento indevido se deu i) por erro da Administração e ii) a existência de boa-fé na percepção dos valores pagos.

Invoca, ainda, a Súmula nº 34 da Advocacia Geral da União, vazada nos seguintes termos:

*“Não estão sujeitos à repetição os valores percebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.”*

Por fim, sustenta que, ainda que não se reconheça a ocorrência da decadência do direito desta Administração ter invalidado seu ato de 2009, impossível a cobrança dos valores recebidos nos meses de janeiro de 2009 a janeiro de 2010 em virtude da prescrição quinquenal para a propositura de eventuais ações judiciais. Como fundamento desse entendimento o peticionário não faz menção a qualquer dispositivo legal, mas ancora-se em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em face das alegações articuladas, pede o servidor peticionário:

a) O reconhecimento da decadência do direito à anulação da Portaria 2199/09 e declaração de inexistência da Portaria 3766/15 e a inexistência de restituição dos valores recebidos indevidamente;

b) o reconhecimento da inexigibilidade dos valores pagos pela Administra-

ção por falha dela e em razão da sua boa-fé;

c) o reconhecimento da impossibilidade de cobrança, a qualquer título, dos valores recebidos entre janeiro de 2009 e janeiro de 2010 em virtude da prescrição.

Esse o relatório. Passo a me manifestar.

## **I – Da preliminar arguida**

Em relação à arguida ocorrência da decadência, com base na Lei Federal nº 9.784/99, não assiste razão ao peticionário.

Entende o servidor que há incidência dessa lei federal ante a inexistência de regramento específico no âmbito deste Município.

Entretanto, a Lei nº 14.614, de 07 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 14.141/2006, que cuida do processo administrativo na Administração Pública Municipal, com a finalidade de incluir um Capítulo X ao Título III dessa lei, justamente para regular o procedimento para anulação dos atos administrativos.

Ao regular a decadência do direito da Administração em anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, estabelece essa lei:

*“Art. 48-A. A Administração, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, anulará seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, salvo se:*

*I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contados de sua produção;*

*II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;*

*III - forem passíveis de convalidação.*

*Parágrafo único. (VETADO)”*

Dessa forma, segundo o ordenamento local a decadência do direito da Administração de anular seus atos somente ocorre após 10 (dez) anos, contados da produção do ato.

Tendo em vista que a Portaria 2199/09, inquinada de ilegal, produziu seus efeitos a partir de 17 de janeiro de 2009, a ocorrência da decadência somente ocorreria em janeiro de 2019 e não em janeiro de 2014 como arguiu o peticionário, ao dar aplicação ao caso do disposto no artigo 54 da Lei Federal 9.784/99.

**Afastada fica, assim, a preliminar arguida, ante a inoccorrência do prazo decadencial previsto na Lei nº 14.141/06, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.614/07.**

## **II – Da alegação de ocorrência da prescrição quinquenal**

No item IV de suas razões de defesa, o peticionário suscita a existência da ocorrência da prescrição quinquenal, impossibilitando a cobrança dos valores recebidos durante o período compreendido entre janeiro de 2009 e janeiro de 2010.

Tendo em vista a natureza de preliminar da razão invocada, aprecio a alegação neste momento, antes de entrar na análise do mérito propriamente.

Entende o servidor que, ainda que não se reconheça a ocorrência da decadência, incabível seria a restituição dos valores recebidos anteriormente a fevereiro de 2010 em virtude da ocorrência da prescrição quinquenal a atingir o direito da Administração de cobrar judicial ou extrajudicialmente essas importâncias.

O servidor vale-se de lições do eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello para sustentar sua tese.

Entretanto, os ensinamentos do ilustre jurista não se aplicam ao caso em apreço, a uma porque, como ficou demonstrado na apreciação da preliminar arguida pelo peticionário, não ocorreu a decadência do direito desta Casa proceder à anulação do ato administrativo que deu causa ao recebimento indevido, e a duas porque, segundo a própria lição invocada pelo servidor, o prazo de cinco anos somente seria aplicável na ausência de regra específica dispondo de modo diverso.

Ora, como ficou dito mais acima, existe norma específica regulando o dever de anulação dos atos eivados de vícios que os tornem ilegais, consistente na norma já referida constante da Lei nº 14.614/07, que alterou a Lei nº 14.141/06, norma essa que fixou o prazo de dez anos para a anulação desses atos.

Assim, ante a existência de norma específica cuidando da matéria, incabível a invocação da prescrição tal como preconizado pelo servidor.

De outro lado, vale lembrar que os atos nulos não geram direito desde o início de sua produção, de tal maneira que é dever da Administração promover a cobrança de valores percebidos em razão de ato eivado de nulidade, observado sempre o prazo de dez anos fixado na lei para sua anulação.

Fica assim afastada a arguição de ocorrência da prescrição invocada pelo servidor peticionário.

## **III – Do mérito**

Como já bem fixado no Parecer nº 393/2012 desta Procuradoria, a questão envolve o estudo acerca dos limites do poder de autotutela da Administração Pública e os reflexos da anulação do ato inquinado de ilegal e objeto da atuação da Administração no exercício desse poder/dever de autotutela, especialmente quando do ato decorreram efeitos em relação a terceiros, como ocorre no caso concreto sob análise.

Necessário, assim, verificar inicialmente a normatização do tema no âmbito deste Município, para em seguida analisar como a Jurisprudência vem tratando a temática relativa à restituição de valores pagos indevidamente em decorrência de erro da Administração.

## 1 – Da legislação pertinente ao poder de autotutela e ao dever de restituição de valores pagos indevidamente:

Primeiramente, interessa transcrever os artigos 96 e 97 da Lei nº 8.989/79 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo, que cuidam das reposições devidas à Fazenda, *in verbis*:

*“Art. 96. As reposições devidas à Fazenda Municipal poderão ser feitas em parcelas mensais não excedentes à décima parte do vencimento líquido do funcionário.*

*Parágrafo único. Não caberá reposição parcelada quando o funcionário solicitar exoneração, quando for demitido, ou quando abandonar o cargo.”*

*“Art. 97. **Dos vencimentos ou dos proventos somente poderão ser feitos os descontos previstos em lei**, ou os que forem expressamente autorizados pelo funcionário por danos causado à Administração.” (grifei)*

Note-se que, ao mesmo tempo em que autoriza que as reposições à Fazenda sejam feitas em parcelas mensais não excedentes à décima parte do vencimento líquido do funcionário (art. 96), o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais determina que sobre vencimentos e proventos somente poderão ser feitos os descontos previstos em lei (art. 97).

Assim, importa verificar se há previsão na legislação municipal para a realização dos descontos.

Como já demonstrado mais acima, na abordagem da preliminar arguida pelo servidor peticionário, a Lei Municipal nº 14.141/06, com a redação conferida pela Lei Municipal nº 14.614/07, dispõe, em seu artigo 48-A, norma geral no sentido de que **a Administração anulará seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais**, salvo se ultrapassado o prazo de 10 anos, da irregularidade não resultar prejuízo ou forem passíveis de convalidação.

Essa lei estabelece também normas de caráter procedimental para a anulação dos atos inquinados de ilegais. No caso de anulação de ofício e que tenha reflexos sobre os direitos de terceiros, o procedimento fixado está expresso nos artigos 48-B c/c 48-C, cuja dicção é a seguinte:

*“Art. 48-B. Quando requerida por pessoa interessada, a anulação de ato administrativo observará as seguintes regras:*

*I - o requerimento deverá ser dirigido à autoridade que praticou o ato, atendidos os requisitos do art. 10 desta lei;*

*II - o pedido será **juridicamente analisado** pela unidade competente de cada Secretaria ou órgão equivalente, **que opinará sobre a sua procedência**, sugerindo, se for o caso, a*

*adoção de providências complementares para instrução do processo, além de prestar esclarecimentos quanto aos efeitos da anulação do ato em relação a terceiros;*

**III - quando houver terceiros interessados, a autoridade determinará sua intimação, para manifestar-se a respeito no prazo de 15 (quinze) dias;**

**IV - concluída a instrução, os interessados serão intimados para apresentar suas razões finais no prazo de 5 (cinco) dias;**

**V - a autoridade proferirá, no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, despacho final sobre o pedido, que deverá ser publicado no Diário Oficial da Cidade;**

**VI - da decisão caberá um único recurso, nos termos do art. 36 desta lei.**

**Art. 48-C. A anulação de ofício terá seu procedimento iniciado pela autoridade que praticou o ato ou por seu superior hierárquico, prosseguindo-se nos termos dos incisos II a VI do art. 48-B desta lei.” (NR) (negritei).**

De outro lado, o Decreto nº 48.138/07, e suas modificações, regulamenta o disposto nos artigos 96 e 97 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, disciplinando a reposição, pelos servidores municipais, dos pagamentos indevidos feitos pela Fazenda Municipal, bem como o procedimento a ser observado para tanto. Estabelece esse diploma normativo, *in verbis*:

**“Art. 2º Deverão ser repostos os pagamentos indevidos de vencimentos, gratificações, adicionais e vantagens de qualquer natureza feitos aos servidores municipais em decorrência de erros de fato cometidos pela Administração.**

**§ 1º Os erros de fato compreendem tanto os derivados de cálculo que conduzam ao pagamento a maior de vantagens a que legalmente faça jus o servidor quanto os de apontamento e cadastramento de benefícios a que esse não faça jus.**

**§ 2º A reposição dos valores pagos em virtude de erro de fato deve ser feita independentemente da boa-fé do servidor que os tenha percebido.**

**§ 3º Constatada a má-fé do servidor, além da reposição devida, deverão ser tomadas providências objetivando a adoção de medidas disciplinares e judiciais cabíveis.” (grifei).**

**Percebe-se pela leitura dos dispositivos citados que a legislação municipal, regulamentada pelo Poder Executivo quanto aos limites da autotutela administrativa (artigo 48-A da Lei Municipal nº 14.141/06, com a redação dada pela Lei 14.614/07), entendeu nela abrangidos descontos nos proventos e vencimentos de servidores que decorressem de pagamentos indevidos feitos a servidores municipais por erros de fato cometidos pela Administração, mesmo quando de boa-fé o servidor.**

Este entendimento, diga-se, já foi adotado pela Câmara Municipal de São Paulo, inclusive tendo sido objeto de pareceres desta Procuradoria (pareceres nº 281/06 e 27/11, 393/12).

Assim, do ponto de vista da legislação municipal, a restituição dos valores recebidos indevidamente em virtude de erro de fato da Administração é de rigor, podendo dar-se, inclusive, através de descontos nos vencimentos, desde que observado o limite previsto no artigo 96 do Estatuto, ou seja, não exceder a décima parte do vencimento líquido do funcionário.

Importa agora, analisar a questão sob o ponto de vista jurisprudencial, arguida pelo peticionário, o que se passa a fazer no tópico seguinte.

## **2 – DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ACERCA DA INEXIGÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS**

Em sua defesa prévia, o peticionário sustenta o descabimento da restituição dos valores recebidos indevidamente por considerar ser esse o entendimento dos Tribunais, que reconheceriam a impossibilidade da restituição quando os pagamentos tenham se dado por erro da Administração, erro esse para o qual o servidor não tenha concorrido, e quando presente a boa-fé do servidor no recebimento das importâncias cuja restituição se pretende. Em favor desse entendimento, cita decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Essa questão não é nova e já foi abordada por esta Procuradoria em mais de uma oportunidade e em momentos distintos (vejam-se os principais pareceres sobre o assunto, de números 281/06, 21/11 e 393/12, já mencionados mais acima), sempre apreciando a jurisprudência predominante sobre a matéria.

Consoante se constata nas manifestações acima citadas, **esta Procuradoria vem se posicionando no sentido de que, quando se trata de pagamento indevido em razão de erro de direito, decorrente de mudança de entendimento, errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, desde que haja boa-fé do servidor beneficiado e este não haja concorrido de qualquer forma para o erro da Administração, descabe a restituição do pagamento feito.**

Diversa a conclusão, entretanto, quando o pagamento indevido se deu em razão de erro de fato cometido pela Administração, ou seja, quando se tratar

**de erro material, decorrente de algum equívoco em apontamentos ou falha na alimentação de sistemas lógicos.** Os exemplos mais recorrentes são os lançamentos em duplicidade, erros de digitação, lançamentos indevidos, dentre outros. **Nesses casos o entendimento tem sido no sentido do dever de devolução das importâncias recebidas indevidamente.**

Entretanto, dado o transcurso de mais de dois anos desde a edição do Parecer 393/12, e tendo em vista a velocidade na mudança das interpretações judiciais, efetuei nova pesquisa jurisprudencial sobre a matéria.

Dessa pesquisa constatei que o Tribunal de Justiça de São Paulo vem reiteradamente julgando incabível a restituição dos valores pagos indevidamente por erro da Administração, desde que esses valores tenham sido percebidos de boa-fé pelo servidor e este não tenha contribuído para o erro da Administração.

Até onde pude depreender o TJSP não faz distinção entre o erro de fato e o erro de direito para afastar o dever de restituição dos valores recebidos indevidamente pelo servidor. Vários Acórdãos são nesse sentido, citando precedentes do próprio Tribunal, bem como fazendo referência aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que já teria pacificado a matéria.

Notei, no entanto, que a citação de julgados do STJ pelo TJSP normalmente faz referência a Acórdãos daquele Tribunal em que o caso concreto se referia a erro de direito.

Assim, a título de exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reproduzo parcialmente e negrito no que interessa:

*“TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*PODER JUDICIÁRIO*

*São Paulo*

*Registro: 2015.0000151384*

*ACÓRDÃO*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1013748-78.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU, é apelada MARIA CRISTINA OLIVEIRA DA SILVA.*

*ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.*

*O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E JOSÉ LUIZ GERMANO.*

*São Paulo, 10 de março de 2015.*

*CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI*

*RELATOR*

*Assinatura Eletrônica*

Voto nº 9678

Apelação com Revisão nº 1013748-78.2014.8.26.0071

Apelante: Prefeitura Municipal de Bauru

Apelada: Maria Cristina Oliveira da Silva

Vara de Origem: 1ª Vara da Fazenda Pública de Bauru

SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Recebimento de indenização de licença prêmio Verificação posterior pela Administração de que no quinquênio respectivo a Autora teria tido uma falta injustificada, afastando o direito ao recebimento da verba. Desconto em folha de pagamento dos valores já pagos. Impossibilidade. Erro da Administração. Valores recebidos de boa-fé pela servidora. Restituição indevida. Valores descontados em folha de pagamento que devem ser devolvidos à Autora. Precedentes. Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 134/142) interposto pela Prefeitura Municipal de Bauru contra a r. sentença de fls. 125/129, que julgou procedente a ação de rito ordinário ajuizada por Maria Cristina Oliveira da Silva, para isentar a Autora da devolução dos valores recebidos a título de licença prêmio referente ao quinquênio de 16/03/2006 a 15/03/2011, bem como ordenar a cessação dos descontos lançados em sua folha de pagamento a título de “devolução de pagamento”, condenando a Apelante a restituir à Apelada os valores já descontados.

Sustenta a Apelante, em síntese, que a r. sentença deveria ser reformada, pois a Apelada teve uma falta injustificada no período aquisitivo da licença prêmio, de forma que o quinquênio respectivo deveria ser recalculado. Afirma que o pagamento da licença prêmio foi indevido, razão pela qual os valores pagos por erro deveriam ser restituídos aos cofres públicos. Recebido o recurso às fls. 144, foram apresentadas contrarrazões às fls. 147/157, pela manutenção da r. sentença.

### **É o relatório.**

1. Entretanto, muito embora fosse possível à Apelante deixar de efetuar o pagamento da licença prêmio à servidora em virtude da falta injustificada que teria tido no quinquênio respectivo, feito o pagamento, não se pode excluir a boa-fé da servidora, que não deu causa ao erro cometido pela Administração.

*Com efeito, não pode a Administração transferir a culpa por seus erros a quem esteja de boa-fé, de maneira que, na espécie, não poderia a Apelante ir além da cessação dos pagamentos indevidos, o que torna descabida a restituição dos valores pagos indevidamente. Inquestionável a boa-fé da Apelada ao receber a verba impugnada, de caráter alimentar, não sendo possível a restituição ou o desconto deste valor.*

*Note-se que cabia à Ré, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, comprovar a má fé da servidora, o que não ocorreu no presente caso.*

*Verifica-se, portanto, que o pagamento indevido ocorreu por erro da Administração.*

**O C. STJ já sedimentou entendimento no sentido de que não cabe restituição de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público em decorrência de erro da Administração, em julgamento pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos):**

**‘ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO. DESCONTOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RESP 1.244.182/PB, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.**

1. A ausência de esclarecimento acerca de quais seriam os vícios de omissão e contradição constantes do aresto recorrido inviabiliza o conhecimento do recurso especial pela alegada violação ao art. 535 do CPC. Incide, na espécie, por analogia, a súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Não é cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé pelo servidor e se houve errônea interpretação, má aplicação da lei ou erro por parte da Administração Pública (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012, sob o regime do art. 543-C do CPC).

3. Considerando a boa-fé da pensionista no recebimento dos pagamentos a maior, não poderia a União ter realizado descontos no contracheque como meio de restituição de valores. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (Resp nº 1.359.465/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j.

04.06.2013)'

*'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. DESCONTO DE VALORES DE CARÁTER ALIMENTAR RECEBIDOS DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. A jurisprudência do STJ é no sentido de ser incabível a devolução de valores percebidos por servidor público de boa-fé por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração.*

*2. Na hipótese dos autos, a Administração cometeu equívoco ao adotar o disposto na EC 41/2003 e na Lei 10.887/2004 ao benefício de pensão recebido pelo ora agravado.*

*3. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1267460 / RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. em 18.10.2011)*

*'ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO INDEVIDO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. NÃO CABIMENTO 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.182/PB, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que os valores pagos em decorrência de errônea ou inadequada interpretação de lei, ou ainda de erro da Administração, não estão sujeitos à repetição, tendo em vista a boa-fé do servidor público ou do beneficiado, que não contribuiu para a realização do pagamento considerado indevido. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp nº 788.822/MA, Rel. Min. OG Fernandes, 6ª Turma j. 02.05.2007).'*

[...].

Como se observa acima, dos três julgados do STJ citados pelo Desembargador Claudio Augusto Pedrassi, os dois primeiros cuidavam de caso de errônea ou inadequada interpretação da lei, e apenas o último parece se referir a erro material da Administração.

De outro lado, na jurisprudência que coligi junto ao Superior Tribunal de Justiça observei que a grande maioria dos julgados que afastam o dever de restituição refere-se a erro no pagamento em razão de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei. Nesse sentido, o Acórdão que reproduzo a seguir, como exemplo dos demais encontrados. Os destaques são meus:

*"Resp 498336 / AL ; RECURSO ESPECIAL  
2003/0017735-0*

Relator(a)  
Ministro FELIX FISCHER (1109)  
Órgão Julgador  
T5 - QUINTA TURMA  
Data do Julgamento  
21/10/2004  
Data da Publicação/Fonte  
DJ 29.11.2004 p. 370

*Ementa*

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. TRANSFORMAÇÃO. QUINTOS/DÉCIMOS. VPNI. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90. BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

*I - Conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, o servidor público tem direito adquirido ao quantum remuneratório mas não ao regime jurídico de composição dos vencimentos.*

*II - A transformação de vantagem por meio de lei, com posterior incorporação ou absorção, respeitada a irredutibilidade dos vencimentos do servidor, não constitui ofensa a direito adquirido.*

*(Precedentes).*

***III - Firmou-se o entendimento, a partir do julgamento do REsp 488.905/RS por esta e. Quinta Turma, no sentido da inviabilidade de restituição dos valores pagos erroneamente pela Administração em virtude de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei, quando verificada a boa-fé dos beneficiados.***

*Recurso parcialmente provido.*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator”*

Já no julgado a seguir, igualmente do STJ, há reconhecimento do dever de restituição do pagamento erroneamente efetuado, com base no artigo 46 da Lei Federal nº 8.112/90. Tendo em vista a não referência a erro em razão de má ou inadequada aplicação da lei, o caso em tela cuida de erro de fato, material, da Administração, justificando a devolução. Os destaques são meus:

*“AgRg no REsp 554475 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL*

*2003/0114849-0*

*Relator(a)*

*Ministro GILSON DIPP (1111)*

*Órgão Julgador*

*T5 - QUINTA TURMA*

*Data do Julgamento*

*18/11/2003*

*Data da Publicação/Fonte*

*DJ 19.12.2003 p. 615*

*Ementa*

*RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO ERRONEAMENTE CONCEDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. DESCONTO DOS VALORES PERCEBIDOS MAIOR. POSSIBILIDADE. ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90. PRECEDENTES.*

*I - A Administração Pública, após constatar que vinha procedendo erroneamente o pagamento de gratificação, pode efetuar a correção do ato administrativo, de forma a suspender tal pagamento, bem como proceder ao desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor. Precedentes.*

*II - Nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, quaisquer reposições ou indenizações ao erário devem ser descontadas em parcelas mensais, não excedentes a 1/10 (um décimo) do vencimento ou provento do servidor. Precedentes.*

*III - Agravo interno desprovido.*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzi ni, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.”*

Por fim, no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, faço anexar a este parecer, além dos Acórdãos já citados e reproduzidos, cópia de outro Acórdão dessa E.Corte (AgRg no Recurso Especial nº 788.822-MA), em que se julgou no sentido da impossibilidade da restituição dos valores indevidamente pagos em razão de erro na interpretação ou aplicação da lei, muito embora o caso concreto sob julgamento fosse de erro material. Com efeito, embora o caso se referisse a erro de fato, tendo sido tal circunstância arguida pela Universidade Federal do Maranhão, Agravante no Recurso Especial, a Segunda Turma do STJ que julgou o Recurso acabou por não apreciar o argumento levantado pela UFMA.

Tendo em vista a previsão na Lei Federal 8.112/90 do dever de restituição

dos valores percebidos indevidamente (artigo 46), e a fim de ampliar a pesquisa jurisprudencial, consultei também o posicionamento de dois Tribunais Regionais Federais, o da Segunda e da Terceira regiões.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a Jurisprudência é remansosa no sentido de que se os pagamentos indevidos se deram em razão de erro material da Administração o ressarcimento dos valores se impõe, conforme julgado que anexo a esta manifestação como exemplo dos demais.

O mesmo entendimento não é compartilhado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que sistematicamente afasta a necessidade de devolução de valores quando o erro se deu pela Administração, não diferenciando o erro de direito do erro de fato.

No entanto, mesmo nesse Tribunal, há casos divergentes, como se vê no julgado ementado abaixo, e cuja cópia igualmente anexo ao presente:

*“TRF300517759. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-TRANSPORTE. “TRANSPORTES SELETIVOS OU ESPECIAIS”. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL. ÁREA DE CONTURBAÇÃO. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS. INEXIGIBILIDADE. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. BOA-FÉ DO SERVIDOR. DESCABIMENTO. FALHA OPERACIONAL. CABIMENTO. 1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (STJ, AGREsp n. 545.307, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.04; REsp n. 548.732, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.03.04). 2. O auxílio-transporte (vale-transporte: cfr. Leis n. 7.418/85, 7.619/87, Decreto n. 95.247/87) foi concedido aos servidores públicos nos termos da Medida Provisória n. 2.165-36, de 23.08.01, e regulamentado pelo Decreto n. 2.880, de 15.12.98, cujo art. 1º exclui o seu pagamento para indenizar os deslocamentos realizados “em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transporte seletivos ou especiais”. Essa exclusão não elimina o benefício devido em função do transporte intermunicipal, pois este não constitui modalidade de transporte seletivo ou especial, ainda que mais confortável para o passageiro. Nesse sentido, o Decreto Estadual n. 29.193/89, art. 13, § 5º, caracteriza como serviço rodoviário especial aquele que, além de atender aos requisitos do serviço rodoviário convencional, “dispõem seus ônibus de equipamentos ou atributos adicionais,*

a serem definidos segundo o padrão do serviço e tipo de percurso, com tarifa diferenciada". É razoável concluir que o serviço seletivo e especial seria aquele posto em operação a par do serviço ordinário, de modo que o interessado possa por ele optar justamente em função de suas características seletivas. Embora o decreto estadual não tenha efeitos no campo disciplinado pelas normas federais, que regem a matéria, a verdade é que, pelos termos do decreto federal, não se autoriza excluir o benefício somente por que se trata de serviço intermunicipal (STJ, REsp n. 1147428, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.03.12; TRF da 3ª Região, AI n. 00029074520084030000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 11.10.10; AMS n. 2003.61.00.019844-6, Rel. Des. Fed. Johonson di Salvo, j. 04.09.07). Do mesmo modo, é descabida a limitação da concessão do benefício somente a militares residentes em área de conurbação, uma vez que referida restrição não está prevista na Medida Provisória n. 2.165-36, de 23.08.01 e no Decreto n. 2.880, de 15.12.98 (TRF da 3ª Região, AMS n. 00024879720004036118, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 22.05.12). 3. A Medida Provisória n. 2.165-36, de 23.08.01, em seu art. 1º, instituiu o auxílio-transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinada ao custeio parcial de despesas com transporte. Embora haja precedentes em sentido contrário, a declaração feita pelo servidor de que realiza despesas com transporte enseja a concessão do benefício, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidades administrativa, civil e penal, sendo desnecessária a apresentação de comprovação das despesas (TRF da 3ª Região, AI n. 00041886020134030000, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 01.12.14; AI n. 00030961320144030000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 06.10.14; AI n. 00153054820134030000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 04.11.13). 4. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, é incabível o desconto de valores indevidamente pagos em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do servidor (STJ, REsp n. 1.244.182, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.10.12; TRF da 3ª Região, AC n. 0018756-51.2012.4.03.6100, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 26.08.14; AI n. 0031389-27.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 26.05.14; AC n. 0008075-65.2011.4.03.6000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 02.12.13). **Esse entendimento, contudo, não é aplicável no caso em que o pagamento indevido decorre de falha operacional da Administração Pública, como se dá quando há**

*erro no sistema da folha de pagamento (STJ), AGREsp n. 1.278.089, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.12.12). 5. Agravo legal da União não provido.*

*Classe: AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 341804*

*Processo: 0031025-98.2007.4.03.6100*

*UF: SP*

*Órgão Julgador: QUINTA TURMA*

*Data do Julgamento: 11/05/2015*

*Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/05/2015*

*Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW”*

Por fim, considerando que a matéria também pode alcançar a mais alta Corte do País, pesquisei o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Assim, para ilustrar o entendimento do STF, transcrevo abaixo parte do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.975 – Distrito Federal (cópia integral em anexo), ressaltando que o julgamento ocorreu em 10 de setembro de 2013:

*“MANDADO DE SEGURANÇA 31.975 DISTRITO FEDERAL  
RELATORA :MIN. CÁRMEN LÚCIA  
IMPTE.(S) :SÉRGIO VITORINO CARDOSO  
ADV.(A/S) :CARLOS HENRIQUE SANTOS DE CARVALHO E  
OUTRO(A/S)  
IMPDO.(A/S) :TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO  
ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PLANTÃO HOSPITALAR. INCIDÊNCIA NO CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO NATALINA E ADICIONAL DE FÉRIAS. DETERMINAÇÃO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA OU INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DE DISPOSITIVO LEGAL A JUSTIFICAR SUA INCLUSÃO NO CÁLCULO DAS PARCELAS. ORDEM DE SEGURANÇA DENEGADA.  
(...)*

#### V O T O

*A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):*

- 1. O objeto do presente mandado de segurança é a suposta ilegalidade e abusividade da determinação de restituição dos valores recebidos pelo Impetrante a título de gratificação natalina e adicional de férias incidentes sobre plantão médico realizado.*
- 2. O Impetrante alega, em síntese, ter direito líquido e certo a*

não restituir os valores em questão, pois seu pagamento teria decorrido de erro interpretativo imputável, exclusivamente, à Administração e para o qual não teria concorrido.

(...)

4. Como assinalai ao apreciar a medida liminar requerida nesta ação, embora não se questione a boa-fé do Impetrante, tampouco se impute qualquer interferência sua na realização dos pagamentos questionados, a espécie em foco não dispensa a reposição ao erário dos valores indevidamente percebidos. Ainda que se acolhesse a argumentação segundo a qual a Administração teria laborado em equívoco na interpretação de preceitos da Lei n. 8.112/1990, para fazer incluir no conceito de remuneração o valor pago a título de plantão médico, isso não se afiguraria suficiente para obstar a reposição combatida.

5. Na assentada de 22.11.2007, no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.641/DF, Relator o Ministro Eros Grau, ao examinar a questão relativa à reposição de valores recebidos indevidamente por servidor público, este Supremo Tribunal decidiu: 'EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. (...) TOMADA DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. LEI N. 8.443/92. (...) IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE ATRASO NO PAGAMENTO DE VENCIMENTOS. (...) DÚVIDA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DOS PRECEITOS ATINENTES À MATÉRIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...) 3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: "i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração." 4. A dúvida na interpretação dos preceitos que impõem a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos pelos impetrantes a título de juros de mora decorrentes de atraso no pagamento de vencimentos é plausível.

(...) Ordem concedida' (DJe 22.2.2008, grifos nossos).

Como realçado no precedente acima transcrito, a dispensa da restituição dos valores indevidamente percebidos pelo servidor somente teria lugar se presentes, concomitantemente, todos aqueles requisitos."

Pois bem, diante de todo o levantamento feito, percebe-se que a jurisprudência

dência é uníssona quanto à desnecessidade de restituição dos pagamentos indevidos decorrentes de interpretação equivocada da lei pela Administração, desde que verificada a boa-fé do servidor. A controvérsia eventualmente encontrada circunscreve-se ao dever de ressarcimento em relação aos pagamentos indevidos decorrentes de erro de fato da Administração.

Pelo que se pode notar, quando os casos de erro material chegam ao Judiciário reclamam apenas o respeito ao devido processo legal. No entanto, oportunizada a defesa do interessado, e comprovado o erro no lançamento, o Judiciário não obstaculiza a devolução dos valores indevidos, resolvendo a questão, nos casos de erro da Administração Federal, através do artigo 46 da Lei Federal nº 8.112/90, que assim dispõe:

*“Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)”

Outro, aliás, não é o posicionamento da Advocacia Geral da União, que sumulou seu entendimento nos seguintes termos:

**SÚMULA Nº 34, DE 16 DE SETEMBRO DE 2008**  
*Publicada no DOU, Seção I, de 17/09; 18/09 e 19/09/2008*

***“Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”.***

Importa ressaltar que houve um momento (09/09/2013) em que essa Súmula foi alterada, pela de nº 71, com o intuito de incluir entre os valores irrepetíveis aqueles recebidos em razão de erro operacional da Administração. O teor dessa Súmula é o seguinte:

*SÚMULA Nº 71, DE 09 DE SETEMBRO DE 2013 (\*)  
Publicada no DOU Seção I, de 10/09,11/09 e 12/09/2013*

*Alteração da Súmula nº 34, da Advocacia-Geral da União, de 2008, que passa a vigorar com a seguinte redação: “É **incabível a restituição** de valores de caráter alimentar percebidos de boa-fé, por servidor público, em virtude de interpretação errônea, má aplicação da lei **ou erro da Administração**.”*

Entretanto, logo em seguida, em 26 de setembro de 2013, essa Súmula 71 foi revogada pela Súmula de nº 72, e restabelecidos os efeitos da Súmula 34, como se lê:

*SÚMULA Nº 72, DE 26 DE SETEMBRO DE 2013  
Publicada no DOU Seção I, de 27/09,30/09 e 01/10/2013*

*REVOGAR a Súmula nº 71, da Advocacia-Geral da União, publicada no DOU, Seção 1, de 10/09; 11/09 e 12/09/2013, restabelecendo os efeitos da Súmula nº 34 com a seguinte redação:*

*“Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”.*

O histórico de alterações da Súmula 34 deixa claro o atual entendimento da Advocacia Geral da União no sentido de que apenas os valores recebidos de boa-fé em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública é que não estão sujeitos à repetição. Já as importâncias recebidas em virtude de erro material da administração devem ser repostos, sendo cabível seu desconto.

No âmbito do Senado Federal, a matéria tem o mesmo tratamento. O tema foi objeto de análise do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado (Boletim nº 03), em junho de 2011, que consolidou o posicionamento da Advocacia do Senado, valendo reproduzir as conclusões alcançadas pelo Advogado do Senado Federal Dr. Danilo Plácido Camilo Junior, nos seguintes termos:

*“Diante desse quadro, temos que a situação do ressarcimento de quantias indevidamente pagas de boa-fé a servidores comporta duas situações distintas, com resultados diversos. **Em primeiro lugar, tem-se que os valores recebidos a maior em razão de erro escusável de interpretação por***

***parte da Administração Pública seguem a regra insculpada na Súmula supramencionada, sendo dispensado seu reembolso.***

*Tal posicionamento foi o adotado no Parecer nº 567/2010 – ADVOSF, onde se analisava o caso de servidor que requereu averbação de tempo de serviço, tendo sido deferido e implementado o pagamento de GATS e VPNI, de maneira que somente no ano de 2007 foi verificada a ausência de direito à percepção dos referidos valores, tendo-se procedido, em consequência, ao cancelamento dos pagamentos.*

*Assim, verificou-se que, no caso, o Senado Federal interpretou erroneamente a norma referente à situação, tendo deferido o pagamento quando não era o caso. A conclusão, portanto, foi no sentido de que o servidor não deveria realizar o ressarcimento dos valores.*

***Por outro lado, quando se trata de mero erro material por parte da Administração Pública, faz-se necessária a respectiva reposição de valores.***

*É o caso do processo que suscitou a elaboração do Parecer nº 413/2009 – ADVOSF, onde a servidora requerente foi cedida pela Advocacia-Geral da União e fez a opção por receber os vencimentos integrais do seu cargo efetivo acrescido de 55% (cinquenta e cinco por cento) da remuneração do cargo em comissão que exercia no Senado Federal, tendo-se verificado a percepção indevida de vencimentos integrais, desde sua nomeação.*

*Nessa conjuntura, observa-se que ocorreu um pagamento indevido em razão de erro material da Administração Pública e não por falha de interpretação de direito ou de aplicação da lei ao caso concreto, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 53 da Lei Federal nº 9.784/99, o qual dispõe que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

***Em outras palavras, nesses casos a Administração Pública possui a prerrogativa de anular seus próprios atos, observado o prazo de decadência do seu direito previsto no artigo 54 do mencionado diploma legal” (negritei).***

No segundo parágrafo do texto acima reproduzido, o seu autor menciona uma Súmula, em amparo ao posicionamento adotado. O Colega Advogado do Senado está se referindo à Súmula nº 249 do Tribunal de Contas da União, cuja dicção é a seguinte:

*“SÚMULA Nº 249*

*É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.*

*Dados de aprovação:*

*Acórdão nº 820 - TCU - Plenário, 09 de maio de 2007”*

Diante disso, **penso não ser o caso de mudar o entendimento que esta Procuradoria vem adotando desde o Parecer 281/2006**, entendimento esse aperfeiçoado ao longo do tempo, mas mantido no que é principal, **ou seja, no dever de restituição das importâncias recebidas indevidamente quando o pagamento ocorreu em virtude de erro de fato ou material da Câmara**, vale dizer, como já dito mais acima, quando se tratar de erro decorrente de algum equívoco em apontamentos ou falha na alimentação de sistemas lógicos.

### **3 – ANÁLISE DO CASO CONCRETO**

Cabe-me agora, portanto, aplicar ao caso concreto trazido ao exame desta Procuradoria tudo o quanto exposto acima, especialmente identificar a natureza do erro que gerou o pagamento indevido do adicional por tempo de serviço do servidor ora peticionário.

Consoante consta das informações de fls. 27, prestadas por SGa.15, o quarto quinquênio do servidor lhe foi conferido a partir de 17 de janeiro de 2009 — e não a partir de 12 de outubro de 2011, como o correto —, em razão de erro no cálculo desse adicional pelo sistema WIZ de informática.

Informa o setor que quando da implantação desse sistema, que se deu em 2007, *“não se tinha conhecimento de que, ao efetuar o cálculo de adicional por tempo de serviço, o sistema somaria automaticamente o tempo de serviço de vínculos diferentes de um mesmo servidor. Como o servidor em questão esteve comissionado nesta Edilidade na época em que era servidor da Prefeitura Municipal de São Paulo, foi cadastrado no sistema um vínculo comissionado e um vínculo efetivo. O tempo relativo à PMSP, no período de 02.12.91 a 24.07.97, num total líquido de 2.052 dias, foi cadastrado como averbação no vínculo efetivo. Dessa maneira o tempo de serviço prestado à Prefeitura Municipal de São Paulo referente a este período foi contado em duplicidade na execução do cálculo do quinquênio, pois ele constava como tempo averbado no vínculo efetivo, e também constava no vínculo comissionado”*.

Assim, diante do quanto informado, percebe-se que em virtude de falha no apontamento do tempo de serviço do servidor, aqueles 2052 dias de serviço prestados nesta Casa em razão do comissionamento do servidor foram computados duas vezes, uma em razão do vínculo de comissionado e outra em virtude do novo vínculo de efetivo, pois a partir de 25 de julho de 1997 o servidor passou a integrar os

quadros desta Câmara na qualidade de funcionário efetivo, tendo por certo averbado o tempo de serviço prestado à Prefeitura Municipal de São Paulo (de 02/12/91 a 24/07/97) aqui nesta Casa, para todos os fins legais possíveis.

Houve, portanto, duplicidade no cômputo desse tempo, eis que o sistema de informática não diferenciou os diversos vínculos na contagem do tempo.

Tendo em vista o erro no sistema apontado pela SGA.15, entrei em contato com sua Supervisão no sentido de apurar o que o setor providenciou para a correção dessa falha, eis que não me parece plausível que, identificado, e não por primeira vez, um problema não se adotem medidas visando à correção do mesmo.

Em vista disso, a Unidade respondeu-me por mensagem eletrônica, cuja cópia faço juntar à presente manifestação. Nela se informa detalhadamente o erro detectado no sistema Wiz, que cuida da informatização de todo o serviço de RH desta Casa, incluída a Folha de Pagamentos, a ele integrado, assim como as medidas adotadas visando à correção do mesmo.

Conforme se lê na informação, *“o atual sistema informatizado de RH, por padrão, ativa o campo “Matrícula Principal” antes de iniciarmos o cadastramento de servidor com um novo RF/Matrícula (ver figura abaixo), mesmo que este servidor já possua outro RF/Matrícula, relacionado a outro vínculo empregatício, com o campo “Matrícula Principal ativado”.*

De fato o prontuário do servidor deve espelhar todos os vínculos que o mesmo teve com esta Câmara, de tal forma que é correto manter-se a informação de que o funcionário teve um vínculo de comissionamento com a Edilidade, durante o período de tempo “x” e com o RF/Matrícula “y”, bem como mantém um vínculo efetivo desde a data de sua posse, ostentando agora o RF/Matrícula correspondente a esse vínculo.

O problema se deu mesmo no sistema informatizado, na medida em que sua configuração, ao ativar como Matrícula Principal todos os RFs eventualmente ostentados por um servidor, não diferencia o tempo prestado nos diversos vínculos, somando-os indiscriminadamente e possibilitando a superposição de tempos tal como ocorreu no presente caso.

Assim, no caso do servidor ora peticionário, informa SGA.15: *“O servidor em questão foi comissionado junto a esta Edilidade no período de 01/02/1995 a 24/07/1997, sob o RF 51.708. Os dados cadastrais relativos ao período de comissionamento (RF 51.708) e ao período como efetivo (RF 11.116) foram importados automaticamente do antigo sistema de RH para o atual (Wiz Systems) em 2007, sem qualquer intervenção manual”.*

Ora, sequer houve erro de registro manual no sistema por parte de algum servidor de SGA.1, mas falha mesmo de programação no mesmo, somente percebida em procedimentos de fiscalização do próprio setor na análise e verificação da correção de atribuições do ATS.

Por fim, importa frisar que, detectados os problemas no sistema, a Sra. Supervisora de SGA.15 adotou providências no sentido de entrar em contato com a empresa encarregada do sistema, solicitando os ajustes nele necessários, a fim de evitar a existência de novas ocorrências como a verificada.

Nesse sentido, informa aquela Supervisora que, *“Para o caso em tela, efetuamos a correção no sistema, desativando o campo ‘Matrícula Principal’ relativo ao RF*

51.708, para que o período de 01/02/1995 a 24/07/1997 não fosse mais computado em duplicidade para efeito de ATS”.

À luz dessa informação, ponderei com a Sra. Supervisora de SGA.15, que prestou os informes, para que a mesma adotasse as medidas no sentido de que a empresa detentora do sistema Wiz promova a correção dessa falha no funcionamento do sistema e não como uma medida que fosse adotada somente no caso específico tal como os termos de sua informação poderiam sugerir, havendo me sido informada que tais medidas já estavam sendo providenciadas.

Dessa forma, ante as informações e esclarecimentos prestados, não tenho dúvidas em tipificar a falha como **erro de fato cometido pela Administração, ou seja, erro material decorrente de equívoco em apontamentos ou falha na alimentação de sistemas lógicos.**

Em assim sendo, em face do fato de os pagamentos indevidos haverem se dado em razão de erro material da Administração e não da mudança de interpretação legal ou má aplicação da lei, e ante tudo o quanto exposto nos tópicos anteriores, **manifesto-me no sentido da necessidade de devolução das importâncias pagas indevidamente, em decorrência da anulação, por ilegalidade, da Portaria nº 2199/2009.**

Entretanto, como já demonstrado desde o Parecer 393/2012 desta Procuradoria, **imprescindível observar-se o devido processo legal**, a garantia da **ampla defesa e do contraditório antes de ser efetuado qualquer desconto na remuneração do servidor**, observando-se, para tanto, as normas constantes da Lei nº 14.141/06, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14.614/07 c/c Decreto nº 48.138/07, que dispõe sobre as reposições devidas à Fazenda.

#### **IV – CONCLUSÃO:**

Assim, sugiro que se siga o rito previsto nos diplomas legais acima referidos, observando os prazos fixados pela Lei 14.141/06, de tal forma que:

(a) Observe-se junto a SGA.1 se há necessidade de juntar novos documentos a este protocolado a fim de completar a instrução processual;

(b) Finda a instrução, seja intimado o servidor interessado a apresentar suas razões finais no prazo de 05 (cinco) dias;

(c) Diante das razões finais oferecidas, ou transcorrido “in albis” o prazo legal, caberá ao Senhor Secretário de Recursos Humanos - SGA.1 proferir, no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, decisão final sobre o desconto dos valores pagos à maior;

(d) Seja o servidor interessado cientificado da decisão exarada, cabendo-lhe, no prazo de 15 (quinze) dias, oferecer recurso contra a decisão;

(e) Caso a decisão seja no sentido da devolução das importâncias recebidas, com desconto em folha, seja observado o limite previsto no artigo 96 da Lei nº 8.989/79 – Estatuto do funcionário Público Municipal de São Paulo.

Finalmente, sugiro seja adotado como medida rotineira o procedimento indicado acima sempre que houver necessidade de anulação de ato administrativo eivado de ilegal e que tenha gerado direitos a terceiros, observando-se igualmente, a necessidade de intimar com formalidade o terceiro interessado para a apresentação de sua defesa prévia no prazo de 15 (quinze) dias, observado passo a passo o procedimento previsto na citada Lei 14.141/06 com a modificação introduzida pela Lei 14.614/07.

Este o meu entendimento que elevo à superior consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 06 de agosto de 2015.

**Luiz Eduardo de Siqueira S.thiago**  
Procurador Legislativo – OAB/SP 109.429

# Consolidação dos Efeitos Financeiros de Contratos Administrativos Objeto de Procedimento de Fiscalização de Externo Lapso Temporal - Parecer nº 270/2015

**Interessado:** Secretário Geral Administrativo

**Assunto:** procedimentos de fiscalização. Tribunal de contas do município. Prestação de serviços médicos, hospitalares e odontológicos pela edilidade. Possibilidade. Eventuais irregularidades. Relevação em razão do decurso do tempo.

1- O extenso lapso temporal entre o ato ou contrato administrativo e a conclusão do procedimento de fiscalização deve levar a Corte de Contas à aceitação dos seus efeitos financeiros. Precedentes.

2- O direito à assistência médica, hospitalar e odontológica é direito público subjetivo dos servidores municipais. O Município de São Paulo pode se desincumbir deste dever por meio da assistência prestada pelo Hospital do Servidor Público ou por outro órgão da Administração direta ou indireta, já que o ordenamento jurídico nunca conferiu a esta autarquia hospitalar exclusividade em relação à prestação destes serviços. Por isto, a Mesa Diretora da Câmara estava autorizada a editar Ato para regulamentar a prestação daqueles serviços a seus servidores.

3- Sugestão de formulação de defesa nos termos desta peça opinativa e da minuta anexa.

## **Sr.<sup>a</sup> Procuradora Legislativa Supervisora,**

1. Trata-se de expediente consistente em ofício encaminhado ao Sr. Secretário Geral Administrativo desta Câmara Municipal pelo Exmo. Presidente em exercício do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, expedido no bojo do procedimento de fiscalização em epígrafe. Tal ofício tem como finalidade:

(i) cientificar a Edilidade da existência dos procedimentos TC 72.002.918/87-63, 72.008.341/88-01, 72.002.352/87-24 e 72.008.813/87-18, que respectivamente cuidam da prorrogação do contrato 03/86, celebrado com o laboratório de análises clínicas Clemente Ferreira Ltda, para prestação de serviços de exames laboratoriais à Câmara, do contrato 08/88, firmado com a Unidade Radiológica Paulista de Diagnóstico por Imagem S/C Ltda, do contrato 04/87, firmado com o laboratório Cromovel, para elaboração de próteses dentárias aos servidores da Edilidade e do contrato 26/87, firmado com a Unidade Ecográfica Paulis-

ta S/C Ltda, para a prestação de serviços especializados em exames cardiológicos;  
(ii) informar que o prazo para o oferecimento de defesa é de 15 (quinze) dias; e  
(iii) encaminhar cópias das manifestações de fls. 59-79 e 85-87 do TC 72.008.341.88-01.

2. Da manifestação do ilustre assessor jurídico oficiante no processo TC 72.002.918.87-63, destaco a conclusão de que a existência e funcionamento do Hospital do Servidor Público Municipal estão estritamente vinculados à obrigação assistencial atribuída ao Município pelo artigo 175 da Lei n. 8.989/70, razão pela qual as normas vigentes à época acometeriam as atividades neste campo exclusivamente a este órgão específico de assistência médico-hospitalar, dentária e farmacêutica, com todos os serviços complementares, abrangendo análises clínicas e radiológicas e seção de farmácia. Por isto, conclui, ainda que os serviços oferecidos pela mencionada autarquia fossem precários, o que tornaria válida e justificável a preocupação dos administradores municipais em atender às exigências assistenciais dos seus servidores, “a Egrégia Câmara de Vereadores não pode contratar, por sua livre decisão, ou deliberação da Mesa, serviços de terceiros na esfera da assistência à saúde de seus funcionários e dependentes ou de pessoas estranhas ao quadro funcional propriamente dito, salvo se devidamente autorizada por lei” (fl. 76 do processo acima mencionado).

3. O Ilmo. Procurador da Fazenda Municipal preliminarmente pediu a intimação da origem, para apresentar informações e esclarecer o posicionamento deste órgão legislativo, e requereu que fossem reveladas as falhas formais e aceitos os efeitos financeiros dos contratos, com fundamento no princípio da segurança jurídica.

4. Recebido o ofício nesta Câmara de Vereadores, foi o expediente encaminhado a esta Procuradoria Legislativa pelo Secretário Geral Administrativo para conhecimento e, após, distribuído ao seu Setor de Contratos e Licitações. Neste setor, foi elaborado o Parecer n.º 237/2015, da lavra da douta Procuradora Legislativa Conceição Faria da Silva, no qual sugeriu o desarquivamento dos processos administrativos correspondentes aos contratos 03/86, 04/87, 26/87 e 08/88, além da solicitação de prorrogação de prazo por 30 (trinta) dias para o oferecimento de elementos referentes aos processos fiscalizados, o que foi feito por meio do Ofício SGA n.º 237/2015.

É o relatório do essencial. Passo a opinar.

5. Conforme apontado, a manifestação do assessor jurídico do Tribunal de Contas do Município que sugere a assunção dos contratos 03/86, 04/87, 26/87 e 08/88 pelo Hospital do Servidor Público Municipal ou edição de lei autorizadora para a contratação de serviços de laboratório se baseia na conclusão de que as regras legais vigentes à época não permitiriam a prestação destes serviços por outros órgãos que não a autarquia hospitalar. Em outras palavras, foi **apontada apenas ofensa ao princípio da legalidade**, mas não houve indicação da existência de qualquer dano ao erário.

6. Tal observação é relevante porque se houvesse o apontamento de lesão

ao erário, a pretensão da Fazenda Pública municipal ao ressarcimento de seus cofres seria imprescritível, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Contudo, ainda que houvesse dano ao erário, as cominações das penas administrativas e civis apenas onerariam o sucessor do causador do dano até os limites do valor da herança (artigo 8º da Lei Federal n. 8.429/92) se o ato atentatório contra o princípio administrativo da legalidade se desse após a vigência da referida lei nacional, já que não havia a previsão de sanções nas hipóteses de atos que atentem contra princípios da Administração Pública nas vigências da Lei Federal n. 3.502/58 e da Lei Federal n. 3.164/56. Não é outra a posição acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça:

**“ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA A FATOS POSTERIORES À EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A Lei de Improbidade Administrativa não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988.

2. A observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa, esteio da segurança jurídica e das garantias do cidadão, não impede a reparação do dano ao erário, tendo em vista que, de há muito, o princípio da responsabilidade subjetiva se acha incrustado em nosso sistema jurídico.

3. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a condenação do Parquet ao pagamento de honorários advocatícios no âmbito de ação civil pública está condicionada à demonstração de inequívoca má-fé, o que não ocorreu no caso.

4. Recurso especial provido em parte, apenas para afastar a condenação do recorrente em honorários advocatícios.” (grifei e negritei)

(STJ, REsp 1129121/GO, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, relator para o acórdão Ministro Castro Meira, julgado em 03/05/2012 e publicado no DJe em 15/03/2013)

7. No que se referem às demais sanções, importa observar que as **ações prescreveriam cinco anos após o término do exercício dos mandatos dos membros das Mesas Diretoras entre 1986 e 1988**, *ex vi* do artigo 23, inciso I, da Lei Federal n. 8.429/92, se fosse admitida a aplicação retroativa deste diploma legal. Portanto, neste aspecto, **não há qualquer interesse em não serem declaradas regulares as contratações objeto da fiscalização nos autos do processo em epígrafe.**

8. Ademais, a respeito da aceitação dos efeitos financeiros de atos adminis-

trativos em razão de extenso lapso temporal entre a constatação de irregularidades e o julgamento do procedimento de fiscalização, **já reconheceu o Tribunal de Contas do Município os efeitos financeiros de ato eivado de irregularidade e deixou de aplicar penalidades aos agentes públicos responsáveis**, em decisão cujo acórdão foi assim ementado:

“ANÁLISE. CONVITE. ORDEM DE SERVIÇO. SMC. Serviços de auxiliar de operação de elevadores. Ascensoristas. Prática de terceirização ilícita. Ajustes ILEGAIS. Votação por maioria. **EFETOS FINANCEIROS ACEITOS, em decorrência de extenso lapso temporal.** Votação unânime.” (grifei e negritei)  
(TCM, TC nº 72-001.898.03-04, Primeira Câmara, relator Conselheiro Roberto Braguim, julgado em 27/08/2014)

9. Com efeito, tal julgado não poderia ter deixado de reconhecer efeitos financeiros a uma ordem de serviço de 2003, tendo em vista o **princípio da segurança jurídica**, que tem um duplo significado: “de um lado, *a perspectiva de certeza*, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, *a perspectiva de estabilidade*, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas” (in Manual de Direito administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 27ª ed., Editora Atlas S.A., 2014, p. 38). Por isto, em razão da perspectiva da estabilidade deste princípio, deve ser acolhido o requerimento da Procuradora da Fazenda Municipal de que sejam “relevadas as falhas formais e aceitos os efeitos financeiros do ajuste”.

10. Ainda que não houvesse sido ultrapassado este enorme lapso temporal entre a formalização dos contratos objeto de fiscalização e o término dos seus respectivos procedimentos, não deveria ser reconhecida qualquer irregularidade ou vício na contratação de prestação de serviços aos servidores desta Edilidade. Isto porque o assessor jurídico oficiante no feito equivocadamente extraiu do ordenamento jurídico então vigente a exclusividade do Hospital do Servidor Público na promoção de assistência à saúde.

11. De fato, a Lei n. 7.736/72 estabelecia que:

“Artigo 2.º - Compete ao Hospital do Servidor Público Municipal – H.S.P.M.:  
a) prestar assistência médico-hospitalar, odontológica e farmacêutica aos servidores municipais e seus dependentes, na forma da legislação municipal;”

12. Por sua vez, a Lei n. 10.257/87, que revogou a lei acima mencionada, dispunha que:

“Art. 2º - Compete ao Hospital do Servidor Público Municipal – HSPM:

a) prestar assistência médica, hospitalar, domiciliar, odontológica e farmacêutica aos servidores municipais contribuintes e seus dependentes, na forma da legislação em vigor, vedado o atendimento de servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;”

13. Da simples leitura destes dispositivos se extrai que o Município adimplia seu dever legal de prestar assistência médica e hospitalar, prevista no artigo 175 da Lei n. 8.989/79, por meio dos serviços prestados pelo HSPM. Contudo, **não há qualquer palavra no texto legal que indicasse a exclusividade da prestação de serviços médicos, hospitalares e odontológicos pela Autarquia**, razão pela qual, por meio de singela interpretação literal, conclui-se que este seria apenas um meio pelo qual a Administração Pública municipal deveria oferecer estes serviços aos seus servidores. Abandonar esta fórmula hermenêutica explícita “constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto” (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Carlos Maximiliano, 20ª ed., Editora Forense, 2011, p. 91).

14. Além disto, extrair outra norma da interpretação dos textos legais transcritos implicaria em restringir o direito subjetivo do servidor público à assistência médica, dentária e hospitalar. Ainda que na vigência da anterior Carta Política, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição e de forma a não restringir normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais e sociais, a exemplo do direito à saúde. Desta forma, são respeitados os princípios da interpretação constitucional da **força normativa da Constituição** e da **máxima efetividade**, consistentes, respectivamente, em um conselho “para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídicos-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia” e um “apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas” (*in* Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 3º ed., Editora Saraiva, 2008, p. 118).

15. Por esta razão, a previsão da existência de clínica médica na Câmara Municipal e de suas atribuições por meio do artigo 8º do Ato n. 58/79, entre as quais a promoção de “exames médicos periódicos nos Senhores vereadores e funcionários com o intuito de manter prontuários médicos atualizados” não apenas encontra fundamento de validade no artigo 175 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo, como também no artigo 165, inciso XV, da Emenda Constitucional n. 1/69 à Constituição Federal de 1967. Não há qualquer eiva de ilegalidade neste ato normativo infralegal, portanto.

16. Outrossim, é relevante esclarecer que a espécie legislativa adotada pelas Mesas Diretoras dos períodos das contratações estava de acordo com o artigo 25, inciso III, do Decreto-lei Complementar Estadual n. 9/69, que dispunha sobre

a organização dos Municípios. Além desta regra, que estabelecia **competir privativamente à Câmara organizar seus serviços administrativos**, o Ato n. 58/79 foi editado para implementar a reforma gradativa de que tratava a Lei n. 8.184, de 20 de dezembro de 1974, em especial, seu artigo 15, *in verbis*:

“Desde que não determine alteração do Quadro, a implementação da reforma poderá ser feita gradativamente, à medida que os estudos setoriais forem sendo concluídos e **expedidos os competentes Atos da Mesa.**” (negritei e grifei)

17. Ante o exposto, sugiro a formulação da defesa deste Poder Legislativo pelo Secretário Geral Administrativo baseada na **aceitação dos efeitos financeiros dos contratos administrativos**, seja em razão do **grande intervalo de tempo entre o exaurimento das avenças e a fiscalização pela Corte de Contas do Município**, seja em razão da **não exclusividade da prestação de serviços médicos, hospitalares e odontológicas pelo HSPM**, nos termos da minuta anexa a este parecer.

É o parecer que submeto à elevada apreciação de Vossa Senhoria.  
São Paulo, 11 de agosto de 2015

**Rafael Meira Hamatsu Ribeiro**  
Procurador Legislativo - OAB/SP 332.008

# Limites à utilização do Órgão Televisivo Legislativo - Parecer 32/2012

Sr. Procurador Legislativo Supervisor

Trata-se de consulta formulada pela Presidência indagando acerca de eventuais limitações às atividades da TV Câmara serem realizadas em ambientes diversos das dependências da Câmara Municipal de São Paulo, especialmente quando de iniciativa dos senhores vereadores.

No tocante a aspectos contratuais celebrados entre a FUNDAC – FUNDAÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO, para prestação de serviços referentes à TV Câmara, e à Câmara Municipal de São Paulo, de acordo com a cláusula 1.1 do Termo de Contrato nº 19/2011, é possível a realização pela TV Câmara de atividades a serem realizadas em ambientes diversos das dependências da Câmara Municipal de São Paulo, desde que relacionadas a temas de interesse da Edilidade Paulistana.

Quanto à legalidade, o parecer nº 96/2011, de minha autoria, tratou de tema relativo à legalidade de publicação de jornal impresso para divulgar as ações institucionais da CMSP e dos 55 vereadores. Entendo que algumas das limitações trazidas no bojo daquele parecer devam ser aplicadas ao presente caso. Isto porque o artigo 37 da Constituição dispõe, *ipsis literis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§1º. A **publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos**”. (negritamos)

“A publicidade, portanto, não está vedada constitucionalmente, estando apenas condicionada a requisitos, quais sejam, o caráter educativo, informativo e de orientação social da população, assim como a proibição a menção de nomes, símbolos ou imagens que venham a caracterizar

promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Percebe-se ter o legislador constitucional se pautado no interesse público e pelos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos no *caput* do artigo, na redação do parágrafo primeiro, visando a impedir que dinheiro público venha a ser utilizado para promoção pessoal de autoridades e servidores públicos.

Alexandre de Moraes faz interpretação de referido parágrafo em sua obra *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, dissertando:

*“Não poderão, portanto, as autoridades públicas utilizar-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretenderem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico marketing político” .*  
(negritamos)

(...)

*“Essa vedação abrange a inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, sob pena de ferimento aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa”.*

Dessa forma, o que se percebe é não ser possível a publicidade ser vinculada a uma autoridade específica, podendo, conseqüentemente, ser realizada publicidade institucional.

O autor mencionado, na mesma obra, cita alguns julgados jurisprudenciais nesse sentido. Transcrevo, a seguir, um deles:

*“Vedação constitucional à inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público: TJSP – Ação Popular – Ato lesivo ao patrimônio público – Publicidade da Administração pública onde se incluem nome e imagens do administrador – Inadmissibilidade – Ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade – Inteligência do art. 37, §1º, da CF. A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orien-*

*tação social, nos termos do art. 37, §1º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa. (TJSP – Apelação Cível nº 263.817-1/1 – 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Yoshiaki Ichihara, 5-2-1997, v.u. RT 743/263)”.*

Dessa maneira, entendo ser possível que a TV Câmara acompanhe a atividade exercida pela Câmara Municipal de São Paulo, mesmo que externamente, para divulgação das atividades institucionais da Edilidade, sem violação ao §1º do artigo 37 da Constituição Federal, desde que não haja promoção pessoal de qualquer dos vereadores por meio desse veículo de comunicação. A atividade realizada pela TV Câmara deverá divulgar as ações institucionais realizadas pelo Parlamento Paulistano de modo a informar a população sobre aquilo que vem sendo desenvolvido no Município, de modo educativo, informativo ou de orientação social, devendo ter como alvo o interesse público da população.

Em relação ao acompanhamento, pela TV Câmara, dos senhores vereadores em atividades a serem realizadas em ambientes diversos das dependências da Câmara Municipal de São Paulo, entendo possa ser realizado desde que se trate de situação em que o vereador esteja representando oficialmente e institucionalmente a Edilidade, de modo a educar, informar ou orientar socialmente os cidadãos paulistanos sobre determinado tema de interesse público. Caso não estejam agindo de modo a representar a Câmara Municipal, entendo que o acompanhamento não seja possível.

Por oportuno, informo existirem os pareceres nº 251/11 e 241/06, desta Procuradoria, de lavra dos senhores Procuradores Antonio Russo Filho e Sebastião Rocha, cujas cópias se encontram juntadas ao presente parecer, que tratam, respectivamente, dos temas “Restrições impostas pela Lei Eleitoral à participação de candidatos em programas veiculados pela TV Câmara, Rádio Web Câmara e Portal da Câmara Municipal de São Paulo na internet” e “Indagações quanto a questões atinentes à legislação sobre propaganda eleitoral, relativamente à TV Câmara São Paulo”. Entendo tenham ambos os pareceres relação com o tema aqui tratado, qual seja, “eventuais limitações às atividades da TV Câmara serem realizadas em ambientes diversos das dependências da Câmara Municipal de São Paulo, especialmente quando de iniciativa dos Vereadores”, visto trazerem regras à programação da TV Câmara em período eleitoral. Assim sendo, o quanto disposto em referidos pareceres é aplicável ao presente caso. Contudo, no intuito de deixar as regras mais claras e didáticas, passarei a expor o quanto previsto na Lei Eleitoral.

Thales Tácito Cerqueira e Camila A. Cerqueira diferenciam, na obra *Direito Eleitoral Esquematizado*, Propaganda Eleitoral Extemporânea e Propaganda Institucional Irregular, explicitando:

“a) Propaganda eleitoral extemporânea (art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97): pune a propaganda explícita, ‘aquela que pede o voto para algum candidato ou partido político, ou que tenha nítida característica e propósito eleitoral’. Dessa

forma, mera exposição à mídia ou divulgação de atos de governo ou serviços públicos não se sujeita à propaganda eleitoral extemporânea (antes de 06 de julho) ou irregular (após 06 de julho); logo, não se incorre em multa do art. 36, §3º, da Lei n. 9.504/97. Nos casos de inobservância da impessoalidade na publicidade dos atos de governo, aplicar-se-á as penalidades do art. 74 da Lei n. 9.504/97 (propaganda institucional).

O TSE, quando percebe que a propaganda é institucional, apesar de estar em harmonia com o art. 37 da CF/88, mas tem *nítida intenção de antecipar a postulação da candidatura*, aplica a multa do art. 36 (Acórdão n. 752/2005). Isso porque, como vimos no conceito de ‘propaganda eleitoral’, uma forma de dissimulação desta no período proibido é ‘*a razão que induza à conclusão que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública*’ (Acórdão n. 16.183/2000 do TSE). Ademais, o art. 74 (propaganda institucional desvirtuada) incide a partir do registro de candidatura, enquanto o art. 36, §3º (propaganda extemporânea disfarçada de propaganda institucional), a partir do ano eleitoral. No Acórdão do TSE na RP n. 752/2006, o TSE foi competente para julgar questão relativa à ofensa ao art. 37, §1º, da CF/88 fora do período eleitoral.

b) Propaganda institucional (art. 74 da Lei n. 9.504/97): exposição à mídia ou divulgação de atos de governo ou serviços públicos quando em total desarmonia com o art. 37, §1º, da CF/88, porém, a partir do registro de candidatura. Se for 3 meses antes do pleito, caracteriza o art. 73, VI, b, da Lei n. 9.504/97, e não o art. 74.”<sup>182</sup>

**Importante que a TV Câmara, ao exercer suas atividades, não pratique qualquer das condutas acima explicitadas, ou seja, que não pratique publicidade institucional irregular nem faça propaganda eleitoral extemporânea de qualquer vereador, candidato ou não.**

A Lei Complementar nº 64/1990 trata dos casos de inelegibilidade, e em seu artigo 22 traz disposição no sentido de ser possível a abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou **utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político**. O art. 74 da Lei nº 9.504/97 diz que **configura abuso de autoridade, para os fins do artigo 22 da LC nº 64/90, a infringência do disposto no §1º do art. 37 da Constituição, ficando o responsá-**

<sup>182</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito e CERQUEIRA, Camila Albuquerque, *Direito Eleitoral Esquematizado*, Ed. Saraiva, 1ª ed., São Paulo, 2011, p.524

vel, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou da candidatura.

Assim sendo, caso haja propaganda institucional irregular, incorre-se no art. 74 da Lei nº 9.504/1997, o que pode levar o candidato beneficiado, a partir do registro da candidatura, a ter sua conduta configurada como abuso de autoridade, sendo possível que ocorra, ainda, cancelamento do registro ou do diploma do responsável, se candidato. Se a conduta for praticada 3 meses antes do pleito, aplica-se o quanto previsto no art. 73, VI, *b*, da Lei 9.504/97. O inciso XIV do art. 22 dispõe, ainda, que no caso de precedente a representação, além da declaração de inelegibilidade, comina-se sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou a conduta praticada, bem como cassação do registro do candidato diretamente beneficiado.

Quando da publicidade institucional ficar nítida a intenção de postular candidatura, mesmo estando em harmonia com o artigo 37 da CF/88, ter-se-á propaganda extemporânea, que tem início com o começo do ano eleitoral, dando ensejo à aplicação da multa prevista no artigo 36, §3º, da Lei nº 9.504/97.

Necessário ressaltar que a lei dispõe, no *caput* do art. 36 da Lei nº 9.504/97, que a propaganda eleitoral somente é permitida a partir de 5 de julho do ano da eleição, ficando vedada qualquer tipo de propaganda eleitoral no período anterior a 5 de julho do ano da eleição.

A lei eleitoral trouxe, a fim de melhor esclarecer o que não é considerado propaganda eleitoral e que poderá ser praticado no período anterior a 5 de julho, algumas hipóteses de condutas, a seguir transcritas:

“Art. 36 - A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009):

(...)

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”

Da leitura do artigo, extraem-se as regras a serem observadas pela TV Câmara em suas atividades externas, a fim de não restar configurada propaganda eleitoral antecipada. Dessa maneira, na hipótese trazida pelo inciso IV, **da atividade externa que divulgue atos dos senhores vereadores ou que apresente debates legislativos não poderá haver qualquer tipo de menção a pedidos de votos ou de apoio eleitoral, bem como não poderá ser mencionada possível candidatura, seja em razão do quanto disposto em lei, seja porque a finalidade da TV Câmara é o de transmitir a atividade realizada pelo Parlamento.**

Transcrevo, a seguir, julgados acerca da matéria:

“R-Rp - Recurso em Representação nº 167980 - Brasília/DF  
Acórdão de 23/11/2010

Relator(a) Min. JOELSON COSTA DIAS

Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 034,

Data 17/02/2011, Página 38-39

Ementa:

REPRESENTAÇÃO. PROGRAMA DE RÁDIO. PRÉ-CANDIDATA. ENTREVISTA. ANÁLISE POLÍTICA. EXPOSIÇÃO DE PLATAFORMAS E PROJETOS POLÍTICOS. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ART. 36-A, INCISO I, DA LEI 9.504/97. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO. DESPROVIMENTO.

1. O inciso I do artigo 36-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que não será considerada propaganda eleitoral antecipada a participação de pré-candidata em entrevistas ou programas de rádio, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado, pelas emissoras, o dever de conferir tratamento isonômico.

**2. A entrevista concedida a órgão de imprensa, com manifesto teor jornalístico, em que realizada mera análise política sobre eleições que se aproximam, sem que haja pedido de votos, não caracteriza a realização de propaganda eleitoral antecipada.**

3. No regime democrático, plural e de diversidade em que vivemos, devem ser incentivadas, não tolhidas, iniciativas inerentes à atividade jornalística, amparada nos direitos fundamentais de liberdade de informação e comunicação, assegurados pelos artigos 5º, incisos IV, IX e 220, da vigente Constituição da República, que fomentem o debate e a troca de ideias, desde que limitada a eventual participação de pré-candidato ou filiado a partido à exposição de plataformas e projetos políticos, sem pedido de votos e, no rádio e na televisão, assegurado tratamento isonômico aos postulantes no pleito.

4. Recurso desprovido.”

2701-76.2010.600.0000

R-Rp - Recurso em Representação nº 270176 - Brasília/DF  
Acórdão de 23/11/2010

Relator(a) Min. JOELSON COSTA DIAS

Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 05/04/2011, Página 45

“Ementa:

REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR. LITISPENDÊNCIA. REPETIÇÃO DE AÇÕES. NÃO DEMONSTRAÇÃO. REJEIÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. INFORMATIVO QUE DIVULGA ATIVIDADE PARLAMENTAR. CONOTAÇÃO ELEITORAL. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO. DESPROVIMENTO.

É de se afastar alegação de litispendência quando não demonstrada repetição de ações que eventualmente subtrairia do TSE a competência para decidir sobre o mérito da representação.

Configura a realização de propaganda eleitoral antecipada a veiculação de informativo parlamentar no qual, além de se realçar o nome de notória pré-candidata à época da divulgação do periódico, faz-se, ainda, referência expressa a sua plataforma política e aptidão para o exercício do cargo. A veiculação do número de candidato ou de pedido expresso de voto não é condição necessária à configuração de propaganda eleitoral antecipada, que, especialmente em sua forma dissimulada, pode ter seu reconhecimento aferido da análise de todo o contexto em que se deram os fatos, caso fique comprovado o esforço antecipado de influenciar os eleitores.

Circunstâncias e peculiaridades do caso específico que não evidenciam cuidar-se apenas de comunicação intrapartidária.

Nem a legislação de regência, nem a jurisprudência da Corte reclamam o exame da potencialidade ou o alcance da publicação para a configuração da realização de propaganda eleitoral antecipada.

**Exatamente porque a lei autoriza a divulgação dos atos parlamentares, inclusive na forma de “revista informativa do mandato”, custeada pelas próprias Casas Legislativas, ou seja, com recursos públicos, é que o agente público ou político deverá agir com redobrada cautela para que não descambe em propaganda eleitoral antecipada atos legitimamente autorizados.**

**Além do pedido de votos, o inciso IV do artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, incluído pela Lei nº 12.034/2009, tipifica como propaganda eleitoral antecipada também a simples menção à possível candidatura.**

Recurso a que se nega provimento.” (negritamos)

A propaganda eleitoral no rádio e na televisão tem várias regras a serem seguidas, previstas nos arts. 44 a 57-I. No art. 44, destaca-se a proibição da veiculação de propaganda eleitoral fora do horário gratuito de propaganda eleitoral. O art. 45 traz condutas vedadas às emissoras de rádio e TV, em sua programação normal e noticiário, a partir de 1º de julho do ano das eleições. A seguir, encontram-se transcritos os incisos que guardam pertinência com o tema aqui tratado:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é **vedado** às emissoras de rádio e televisão, em sua programação

normal e noticiário:

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; (O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 2 de setembro de 2010, referendou liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, suspendendo este inciso II)

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; (O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 2 de setembro de 2010, referendou liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, suspendendo a segunda parte deste inciso III)

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

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

(...)

§ 1º A partir do resultado da convenção, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

(...)

§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 2 de setembro de 2010, referendou liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, suspendendo por arrastamento este §4º)

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 2 de setembro de 2010, referendou liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, suspendendo por arrastamento este §5º)”

Assim sendo, as atividades de cobertura de eventos institucionais pela TV

Câmara poderão ser realizadas, desde que sejam observadas as ressalvas acima expostas, sendo importante salientar que, sempre que houver participação de algum vereador no evento coberto, deve sempre haver exibição num contexto ligado ao desempenho normal da atividade parlamentar, não se podendo inferir qualquer tipo de propaganda ou de se estar conferindo qualquer tipo de tratamento privilegiado. Apesar do quanto disposto no inciso II e na segunda parte do inciso III, a sua eficácia foi suspensa parcialmente, não sendo permitido, hoje, que durante a realização das atividades haja qualquer tipo de veiculação de propaganda política (inciso III); que se confira tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (inciso IV); que haja veiculação ou divulgação em seus programas de alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente.

Outros exemplos de julgados acerca da matéria:

REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 28400 - São Paulo/SP  
Acórdão de 26/08/2008

Relator(a) Min. FELIX FISCHER

Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 11/09/2008, Página 8  
RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19,  
Tomo 4, Página 86

“Ementa:

ELEIÇÕES 2006. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROGRAMA DE TELEVISÃO. APRESENTAÇÃO. CANDIDATO ESCOLHIDO EM CONVENÇÃO. ART. 45, § 1º, LEI Nº 9.504/97. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

1. Há violação ao disposto no art. 45, § 1º, da Lei nº 9.504/97 se a emissora de rádio ou TV veicula programa cujo apresentador é candidato escolhido em convenção, ainda que em tal programa não se faça menção à candidatura ou a outros aspectos relativos às eleições (Precedente: Consulta nº 432/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 19.6.1998).

2. O fato de o candidato ser professor universitário e não apresentador profissional de TV é insuficiente para eximir a emissora da ofensa à lei eleitoral, uma vez que o art. 45, § 1º da Lei nº 9.504/97 não diferencia se o apresentador ou comentarista é profissional da mídia ou não, dispondo apenas que é vedado às emissoras “transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção” .

3. A vedação do art. 45, § 1º, da Lei das Eleições enseja, a princípio, conflito abstrato entre o princípio da isonomia na disputa eleitoral e a garantia constitucional à liberdade profissional. Todavia, em juízo de aplicação das normas, deve-se prestigiar o princípio da isonomia, uma vez que,

in casu, há possibilidade concreta de exercício de atividade profissional que não implica veiculação em programa televisivo. (Precedentes: MS nº 1.291/RJ, Rel. Min. VILAS BOAS, DJ de 29.10.1990; MS nº 1301/RO, Rel. Min. ROBERTO ROSAS, julgado em 24.9.1990). Na espécie, consta no v. acórdão recorrido que o candidato era, também, professor universitário, de onde se conclui que, mesmo afastado da apresentação do programa de TV, poderia continuar exercendo o magistério.

**4. Recurso especial provido para aplicar multa ao Canal Universitário de São Paulo no valor de R\$ 25.000 (vinte e cinco mil reais) (art. 45, § 2º, da Lei nº 9.504/97 c/c art. 16, § 1º da Resolução-TSE nº 22.261/2006)."** (negritamos)

Assim sendo, as conclusões a que chegamos são as seguintes:

Entendo ser possível que a TV Câmara acompanhe a atividade exercida pela Câmara Municipal de São Paulo, mesmo que externamente, para divulgação das atividades institucionais da Edilidade, sem violação ao §1º do artigo 37 da Constituição Federal, desde que não haja promoção pessoal de qualquer dos vereadores por meio desse veículo de comunicação;

A atividade realizada pela TV Câmara deverá divulgar as ações institucionais realizadas pelo Parlamento Paulistano de modo a informar a população sobre aquilo que vem sendo desenvolvido no Legislativo Paulistano, de modo educativo, informativo ou de orientação social, devendo ter como alvo o interesse público da população;

Em relação ao acompanhamento, pela TV Câmara, dos senhores vereadores em atividades a serem realizadas em ambientes diversos das dependências da Câmara Municipal de São Paulo, entendo possa ser realizado desde que se trate de situação em que o vereador esteja representando oficialmente e institucionalmente a Edilidade, de modo a educar, informar ou orientar socialmente os cidadãos paulistanos sobre determinado tema de interesse público. Caso não estejam agindo de modo a representar a Câmara Municipal, entendo que o acompanhamento não seja possível;

Importante que a TV Câmara, ao exercer suas atividades, não pratique publicidade institucional irregular nem faça propaganda eleitoral extemporânea de qualquer vereador, candidato ou não. Caso as condutas praticadas caracterizem publicidade irregular ou propaganda eleitoral

extemporânea, poderá o candidato ter o registro de sua candidatura ou sua diplomação cassados, sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou a conduta praticada, e eventual caracterização de improbidade administrativa;

Caso no evento externo haja a participação de vereador, não poderá haver qualquer tipo de situação que dê margem a se interpretar que esteja havendo pedidos de votos, ou que não esteja sendo dado tratamento isonômico aos demais candidatos ou pré-candidatos, bem como da atividade externa que divulgue atos dos senhores vereadores ou que apresente debates legislativos não poderá haver qualquer tipo de menção a pedidos de votos ou de apoio eleitoral, não podendo ser mencionada possível candidatura;

Quando da cobertura de eventos institucionais pela TV Câmara, caso haja participação de algum vereador no evento coberto, deve sempre haver exibição num contexto ligado ao desempenho normal da atividade parlamentar, não se podendo inferir qualquer tipo de propaganda ou de se estar conferindo qualquer tipo de tratamento privilegiado. Não é possível, assim, que durante a realização das atividades, haja qualquer tipo de veiculação de propaganda política, nem se confira tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação, tampouco haja veiculação ou divulgação em seus programas de alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente;

Não é possível, ainda, a transmissão pela TV Câmara de programas apresentados pelos senhores vereadores, a partir do resultado da convenção que os escolham como candidatos, nos termos do art. 45, §1º, da Lei nº 9.504/1997, mesmo que em atividades relacionadas ao exercício do mandato ou em atividades institucionais, por não trazer a lei qualquer tipo de exceção.

Este é o meu parecer, que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.  
São Paulo, 27 de fevereiro de 2012

**Érica Corrêa Bartalini**  
Procuradora Legislativa  
OAB/SP 257.354



# Período Eleitoral e a Possibilidade de Divulgação de Prestação de Contas do Mandato em Página Disponibilizada pelo Legislativo na Rede Mundial de Computadores - Parecer nº 61/2012

Sr. Procurador Legislativo Supervisor

Trata-se de consulta formulada pela Presidência em que se relata ter a Câmara Municipal colocado “à disposição de cada vereador a possibilidade de criar, na rede mundial de computadores, página voltada à prestação de contas do mandato, entendida como um veículo de transparência e comunicação das atividades desenvolvidas em cumprimento à confiança depositada pelo eleitorado em cada parlamentar”. A dúvida que surge tem relação com o fato de que neste ano haverá realização de eleição em âmbito municipal, e indaga-se acerca da legalidade na continuidade da utilização dessa ferramenta de comunicação para prestação de contas. Indaga-se, ainda, acerca da divulgação da página através de manifestações dos parlamentares em Sessões, reuniões de Comissões e outras atividades no recinto da Câmara Municipal.

A Procuradoria desta Casa, por meio do parecer nº 33/2012, tratou das condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral. Dentre elas, a conduta prevista no art. 73, VI, *b*, da Lei Federal nº 9.504/97, a seguir:

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

VI – nos 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.”

Transcrevo o quanto disposto naquele parecer que guarde pertinência com o tema aqui tratado:

**“Interessante a questão a respeito da possibilidade de**

**divulgação de feitos de parlamentares no site da respectiva Casa Legislativa ou mesmo por informativos que já venham sendo distribuídos pelos mesmos no curso do mandato parlamentar** – observado o limite de gastos, que não poderá aumentar no período eleitoral. Sobre o tema, prepondera a opinião que tal conduta não é vedada, desde que se trate de atuação parlamentar, nos limites regimentais **e desde que não adquira conotação de propaganda eleitoral**, ou seja, não pode se afastar a divulgação de atos parlamentares realizados ao longo do mandato, desde que dentro dos limites legais.

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

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

2. A moldura fático-jurídica que exsurge do v. acórdão regional não permite aferir a conotação eleitoral do material publicitário. Decidir contrariamente - sob a alegação de que a publicidade da atuação parlamentar exerce forte influência sobre o eleitorado - demandaria o reexame de fatos e de provas, inviável em sede de recurso especial conforme a Súmula no 7/STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. Agravo regimental desprovido. (AREspE nº 27139, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 06/08/2008)  
“RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA (§ 3º DO ART. 36 DA LEI Nº 9.504/97). DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS ANTES DO PERÍODO PERMITIDO. DIVULGAÇÃO DE ATUAÇÃO COMO PARLAMENTAR. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE PROPAGANDA VEDADA.

1. **É assente no TSE que, nos três meses que antecedem às**

eleições, não se considera propaganda vedada pelo inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97 a divulgação, pelo parlamentar, de sua atuação no cargo legislativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim sendo, e tendo em vista o quanto exposto acima, entendo ser possível a continuidade de veiculação de página na internet para prestação de contas relativas ao mandato dos senhores vereadores, bem como a divulgação de referida página nas manifestações dos parlamentares em atividades exercidas na Edilidade. Apenas observo que a página em questão não poderá adquirir conotação de propaganda eleitoral, tendo em vista o quanto disposto na Lei Federal nº 9504/97, com as alterações dadas pela Lei Federal nº 12.034/09, arts. 57-B e 57-C<sup>183</sup>, e na Resolução

---

<sup>183</sup> “Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas: (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (Vide Lei nº 12.034, de 2009)

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”

“Art. 57-C. Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios: (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - **oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (negritamos)

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”

nº 23.370 do TSE<sup>184</sup>.

A título de sugestão, junto ao presente minuta de Comunicado a ser encaminhado aos senhores vereadores.

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

São Paulo, 14 de março de 2012

**Érica Corrêa Bartalini**

Procuradora Legislativa

OAB/SP 257.354

---

<sup>184</sup> “Art. 19. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas (Lei nº 9.504/97, art. 57-B, incisos I a IV):

I – em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II – em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III – por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV – por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Art. 20. Na internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga (Lei nº 9.504/97, art. 57-C, caput).

§ 1º É vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sítios (Lei nº 9.504/97, art. 57-C, § 1º, I e II):

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

II – **oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (negritamos)**

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (Lei nº 9.504/97, art. 57-C, § 2º).”



## **Limitação de Acesso ao Palácio Anchieta - Parecer nº 113/2015**

**Interessada:** Assessoria Policial Militar

**Assunto:** Medidas administrativas de limitação de acesso a setores do palácio anchieta. Possibilidade por meio de ato da mesa ou atos concretos. Decorrência do poder de polícia. Ressalvado desta limitação o acesso aos gabinetes de vereadores, plenário, galerias e salas em que ocorrem reuniões de comissões ou audiências públicas.

- 1- A democracia não prescinde de participação popular, de forma direta ou indireta, ou ainda do contato direto com os representantes eleitos e membros desta Edilidade.
- 2- Assim, não poderia haver restrição aos locais em que ocorrem sessões plenárias, audiências públicas, reuniões de comissões ou aos gabinetes de vereadores, a não ser que a manifestação popular obstrua o andamento das atividades legiferantes da Casa. Precedentes do STF.
- 3- Contudo, é possível haver limitação administrativa de acesso a setores do prédio destinados aos órgãos exclusivamente administrativos não abertos ao público, em decorrência do poder de polícia, abstratamente previsto na Lei Orgânica do Município e no Regimento Interno da Câmara, por meio de Ato da Mesa ou atos concretos.

**Sr. Procurador Legislativo Supervisor,**

1. Cuida o expediente de consulta formulada pelo Sr. Subchefe Interino da Assessoria Policial Militar desta Câmara Municipal, inicialmente endereçada à Ouvidoria da Edilidade, a respeito da possibilidade de adoção de medidas administrativas contra o Sr. XXXXXXXX, uma vez que é causa de aborrecimentos e transtornos frequentes aos servidores e que há termos circunstanciados lavrados em razão de condutas ilícitas ocorridas nesta Casa Legislativa.

2. Estão acostados ao expediente boletins de ocorrência/termos circunstanciados ora lavrados no 1º DP – Sé, ora por autoridade policial militar. Nestes atos declaratórios, estão descritas condutas tipificáveis como injúria, calúnia e desacato, e outras que, embora atípicas, atrapalham o bom andamento dos serviços prestados pelos servidores públicos em exercício nesta Câmara de Vereadores.

3. Encaminhado o expediente à Ouvidoria, foi esclarecido pelo Sr. Ouvidor que este órgão não tem outras atribuições além da interlocução permanente com a população, não cabendo a ela manifestação e apuração de quaisquer assuntos. Resaltou que a Câmara Municipal de São Paulo é um espaço democrático aberto à po-

pulação e conhecida popularmente como “Casa do Povo” e remeteu o expediente à Secretaria Geral Administrativa com a solicitação de envio à Procuradoria Legislativa para prolação de parecer técnico-jurídico.

4. Por fim, o presente memorando foi enviado a esta Procuradoria, encaminhado ao seu Setor Jurídico-Administrativo e a mim distribuído.

É o relatório do essencial. Passo a opinar.

5. Decerto, conforme bem apontado pelo Sr. Ouvidor, a Câmara Municipal é e deve ser reconhecida como a “Casa do Povo”, assim como os demais órgãos legislativos dos demais entes federativos da República. Isto porque a atuação do Poder Legislativo é de interesse direto e imediato de cada cidadão, já que tem como função típica a legislativa, e as liberdades individuais apenas podem ser restringidas por meio de lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal).

6. Tal interesse popular decorre do caráter representativo da democracia reinaugurada pela Constituição da República de 1988. O povo, nas democracias indiretas ou representativas, inobstante seja a fonte primária do poder, outorga as funções de governo aos seus representantes, eleitos periodicamente. De toda forma, direta, indireta ou semidireta:

“A **democracia** é uma forma de **regime político**, em que se permite a **participação do povo** no processo decisório e sua influência na gestão dos empreendimentos do Estado, consubstanciada em valores fundamentais que a norteiam...”<sup>185</sup> (negrito no original)

7. A participação popular e a expressão dos seus anseios não se restringem às eleições periódicas ou aos institutos de participação direta, isto é, ao plebiscito, referendo e iniciativa popular, já que:

“A democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental.”<sup>186</sup>

8. Nesta Casa Legislativa, a **participação popular** se concretiza de forma **direta** através de **iniciativa popular** de projetos de leis (artigos 37 e 44, inciso I, da Lei Orgânica do Município de São Paulo - LOMSP) ou de emenda à Lei Orgânica do Município (artigo 36, inciso III, da LOMSP), de **plebiscitos** e **referendos** (artigo 44, inciso II, da LOMSP). De forma **indireta**, a participação do titular do poder se dá através do **voto** direto, secreto, universal e periódico e através do **contato direto com seus representantes eleitos e membros desta Edilidade**, seja através de seus gabinetes, seja através de audiências públicas.

<sup>185</sup> Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira. Direito Eleitoral Esquemático, Editora Saraiva, 2011, p. 70.

<sup>186</sup> José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª ed., 2012, Malheiros Editores Ltda, p. 136

9. Com efeito, a oitiva da população, imprescindível em qualquer democracia consolidada, ocorre de forma bastante frequente através de **audiências públicas** designadas em razão dos conteúdos dos projetos de lei apreciados pelas Comissões Permanentes, nos termos dos artigos 41, da LOMSP, e 85, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo – RICMSP, ou do requerimento de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado do Município, nos termos dos artigos 41, §2º, da LOMSP, e 85, inciso II, do RICMSP. Ademais, há a possibilidade da **população acompanhar as sessões plenárias**, já que são elas públicas, salvo deliberação em contrário de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara (artigos 30, da LOMSP, e 132, do RICMSP).

10. Assim, impedir ou restringir a entrada da população às galerias do plenário, às salas em que ocorrem audiências públicas ou apreciação de projetos de leis ou requerimentos, ou aos gabinetes de Vereadores **ofenderia a própria concepção de democracia**, já que limitaria a possibilidade de manifestação dos representados a respeito dos problemas concretos que vivenciam.

11. A respeito, em decisão liminar em *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de permitir o ingresso na Câmara dos Deputados e aos recintos abertos ao público, assim decidiu o Ministro Relator do *writ* monocraticamente:

“É indiscutível que as Casas do Congresso Nacional têm amplo poder de polícia no recinto de suas sedes e sobre quantos nela se encontrem.

Esse poder de polícia não envolve, porém, o de impedir o ingresso de cidadãos que pretendam circular nos recintos abertos ao público, seja para tentar acesso aos congressistas, seja para assistir às sessões públicas, observadas, é claro, as normas internas de polícia.”<sup>187</sup>

12. Recentemente, esta posição foi confirmada pela Suprema Corte em sede de decisão liminar em *habeas corpus*, de cuja decisão transcrevo o seguinte trecho:

“2. O Parlamento é, por excelência, a casa do povo. Representa-o e deve estar atento aos anseios sociais. Esta visão o robustece e o torna fundamental na construção permanente - porque infundável - de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Mostra-se simplesmente inimaginável que se criem obstáculos ao ingresso do cidadão em qualquer das Casas que o integram. Em tempos estranhos como o presente, há de ser buscado o fortalecimento desse imprescindível Poder, em atuação constante considerado o sistema de freios e contrapesos – tão necessário a evitar-se o cometimento do mal que é o abuso -, estampado na

<sup>187</sup> STF, HC 81527 MC / DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, liminar deferida em 21/11/2001 e publicada no DJ de 18/12/2001.

cláusula constitucional da existência de três Poderes harmônicos e independentes.

Impõe-se, sem prejuízo da ordem interna dos trabalhos a serem desenvolvidos, proclamar a preservação da necessária participação ordeira da sociedade, viabilizando-se o exercício do direito de acesso ao recinto parlamentar, na medida em que o espaço o comporte. Outra não tem sido a visão do Supremo, conforme os seguintes precedentes: Habeas Corpus nº 81.527, relator ministro Sepúlveda Pertence; Habeas Corpus nº 83.333, relator ministro Celso de Mello; Habeas Corpus nº 83.334, relator ministro Cezar Peluso; e Mandado de segurança nº 24.599, relator ministro Maurício Corrêa.”<sup>188</sup>

13. Por outro lado, o problema posto pode ser apreciado sob o ângulo da **natureza do bem público** Palácio Anchieta. Este edifício se enquadra na espécie **bem público de uso especial**, nos termos do artigo 99, inciso II, do Código Civil, assim definidos pela doutrina administrativista:

“Também chamados de **bens do patrimônio administrativo** são aqueles afetados a uma **destinação específica**. Fazem parte do aparelhamento administrativo sendo considerados instrumentos para execução de serviços públicos.”<sup>189</sup> (grifo no original)

14. Portanto, tendo em vista a **destinação específica** desta Casa Legislativa, poder-se-ia, *prima facie*, concluir ser a restrição de acesso às pessoas que não possuam vínculo funcional com a Câmara Municipal possível e decorrente do **poder de polícia**, que é assim conceituado:

“**Poder de polícia** é a **atividade da Administração Pública, baseada na lei** e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de **limitações à liberdade e propriedade dos particulares**, regulando a **prática de ato** ou a **abstenção de fato**, manifestando-se por meio de **atos normativos ou concretos, em benefício do interesse público**”<sup>190</sup>. (negritos no original)

15. O exercício do poder de polícia, consistente na limitação da liberdade de ir, vir ou permanecer nas instalações do Palácio Anchieta tem como fundamento a preservação dos serviços e bens do Município, por meio de sua **Guarda Municipal**, e encontra previsão genérica na LOMSP (artigo 88) e no RICMSP (artigos 374 e seguintes).

<sup>188</sup> STF, HC 127520/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, liminar deferida em 08/04/2015 e pendente de publicação.

<sup>189</sup> Alexandre Mazza. Manual de Direito Administrativo, 2ª ed., Editora Saraiva, p. 540.

<sup>190</sup> *Idem*, p. 269.

16. Estes dispositivos vagos suprem o requisito de previsão legal para o exercício do poder de polícia. Logo, é permitido que haja manifestação de tal poder por meio de **ato normativo** ou **atos concretos**. No primeiro caso, o ato normativo apto a regulamentar a limitação de acesso a determinados setores do edifício é o **Ato da Mesa**, *ex vi* dos artigos 13, inciso II, alínea “a”, e 374 do RICMSP, **solução desejável**, já que a previsão geral e abstrata de acesso a determinados setores por ato publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo conferiria maior segurança jurídica à limitação administrativa imposta aos cidadãos.

17. Desta feita, acaso entenda a Egrégia Mesa Diretora por regulamentar o acesso ao edifício por meio de Ato, recomenda-se que o controle de acesso se dê aos **andares onde haja apenas setores administrativos relacionados à serviços não destinados ao público**, e que tais andares sejam expressamente indicados no ato normativo.

18. Além disso, ressalto que o ato normativo que regulamente o acesso da população em determinados setores do Palácio Anchieta **não poderá restringir o acesso às galerias, ao plenário e às salas nos horários em que ocorrerem reuniões plenárias e de comissões permanentes ou temporárias e aos gabinetes de vereadores**, conforme exposto acima, a não ser que a condução das sessões plenárias, audiências públicas ou o andamento das atividades afetas aos gabinetes sejam interrompidos ou prejudicados por condutas tumultuárias.

19. Por outro lado, podem os responsáveis pelo policiamento da Câmara adotar **atos concretos** para que sejam preservados os bens da Edilidade e a eficiência de suas atividades. Logo, caso a conduta de qualquer cidadão represente risco aos bens da Câmara Municipal ou à eficiência das atividades legiferantes e administrativas, deverão os guardas municipais ou policiais militares usar de **força moderada** para retirar do edifício tais pessoas ou conduzi-los coercitivamente ao distrito policial mais próximo para lavratura de boletins de ocorrência ou termos circunstanciados, se o caso, já que tais procedimentos decorrem das seguintes atribuições da Assessoria Policial Militar e da Inspeção - Câmara Municipal – ICAM da Guarda Civil Metropolitana, previstas no Ato da Mesa 1.006/07:

“Art. 2º A Assessoria Policial Militar tem por objetivo prestar assistência institucional, competindo-lhe:

I – zelar pela integridade física dos parlamentares e servidores da Câmara Municipal de São Paulo;

(...)

Art. 3º A Inspeção - Câmara Municipal – ICAM da Guarda Civil Metropolitana exercerá suas atividades institucionais na Câmara Municipal de São Paulo com enfoque especial nas seguintes atividades:

I – resguardar bens, serviços e instalações municipais, especialmente aqueles colocados à disposição da Câmara Municipal;

(...)”

20. Também coloco em relevo que não poderão ser aplicadas sanções administrativas propriamente ditas (tais como multas) aos cidadãos que descumprirem tais determinações, tendo em vista que “a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa”<sup>191</sup>.

21. No caso em apreço, o acesso do Sr. XXXXXXXX às **regiões do edifício ocupadas por setores exclusivamente administrativos não abertos ao público** pode ser restringido por meio de **ato concreto** adotado pelos responsáveis pelo policiamento interno da Câmara, baseado nos dispositivos legais acima indicados, contanto que não dificulte o acesso às galerias, ao plenário e às salas de reuniões durante os horários em que ocorrerem sessões plenárias, audiências públicas ou reuniões das comissões, nem a recintos abertos ao público ou aos Vereadores. Entretanto, acaso sua conduta impeça ou prejudique as atividades legislativas ou administrativas desta Edilidade, deverá ser orientado a se retirar do Palácio Anchieta ou, acaso se recuse, deverão os responsáveis pelo policiamento utilizar **força moderada** para removê-lo do edifício. Contudo, ressalto que a medida adequada para prevenir futuros incidentes é a **publicação de Ato da Mesa**.

22. Ante o exposto, concluo que:

Medidas administrativas podem ser adotadas para restringir o acesso da população a regiões do edifício destinadas a setores exclusivamente administrativos, por meio de Ato da Mesa Diretora ou por meio de atos concretos, tais como expulsão do edifício;

Tais medidas não podem excluir a população das sessões plenárias, audiências públicas e das reuniões de comissões, nem restringir a possibilidade de acesso a seus representantes neste Parlamento, a não ser que haja obstrução das atividades legislativas e administrativas afetas a esta Câmara de Vereadores. Neste caso, os indivíduos deverão ser removidos do Palácio Anchieta por policiais militares e guardas civis metropolitanos, se não se voluntariarem a se retirar.

É o parecer que submeto à elevada apreciação de Vossa Senhoria.  
São Paulo, 9 de abril de 2015

**Rafael Meira Hamatsu Ribeiro**  
Procurador Legislativo - OAB/SP 332.008

---

<sup>191</sup> Trecho da ementa do REsp 983245/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, v.u., julgado em 09/12/2008 e publicado no Dje em Dje 12/02/2009.

# Regulamentação de Transporte Individual Remunerado de Passageiros - Parecer nº 002/2016

Sra. Procuradora Legislativa Chefe,

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria, pela Presidência da Câmara Municipal de São Paulo, indagando acerca da regularidade da pretensão externada pelo Poder Executivo no sentido de expedição do denominado Decreto que regulamenta o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros e carona solidária. Especificamente, pretende-se, com a consulta formulada, saber se é possível a regulamentação da matéria em pauta sem a edição de lei e apenas com a edição de Decreto.

Pois bem, no dia 29 de dezembro de 2015 a Prefeitura de São Paulo lançou para Consulta Pública o Decreto de Regulação da Exploração Econômica do Uso Intensivo do Viário Urbano, cujo texto poderá receber sugestões e aprimoramentos durante trinta dias, visando disciplinar atividade que “hoje é clandestina e que tem que ser trazida para a legalidade com regras claras”, conforme noticiado em seu site (<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/9402#ad-image-0>).

Consoante se verifica pela minuta submetida à Consulta Pública, o Decreto tem dois objetivos: (i) regular o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros; e (ii) regular a carona solidária.

No que tange ao primeiro objetivo, o texto dispõe expressamente que as regras que veicula não se aplicam aos serviços previstos na Lei Municipal nº 7.329/69, a qual estabelece normas para execução do serviço de transporte individual de passageiros em veículos de aluguel a taxímetro (art. 1º, parágrafo único); conceitua o serviço, criando obrigações às empresas que tenham interesse em prestá-lo e estabelece a política tarifária.

Verifica-se que o Decreto que se pretende expedir confere a regulamentação geral do serviço criando direitos e deveres aos prestadores e consumidores. Note-se, por exemplo, que o texto proposto condiciona a prestação do serviço à obtenção de autorização a ser emitida pelo Poder Executivo Municipal (art.4º); obriga as empresas interessadas em sua prestação (identificadas no art. 3º pela nomenclatura Operadoras de Transporte Credenciadas – OTCs) a abrir e compartilhar com a Prefeitura diversos dados (art. 3º, § 3º); bem como a disponibilizar sistema de divisão de corridas entre chamadas de usuários cujos destinos possuam trajetos convergentes (art. 6º).

**Assim, o Decreto que o Poder Executivo pretende expedir cumpre, em realidade, o papel reservado à lei, único instrumento hábil à criação de direitos e obrigações aos particulares, em atenção ao princípio constitucional da**

## legalidade.

Com efeito, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E ainda de acordo com nosso texto constitucional (art. 37, *caput*), a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá pautar sua atuação, dentre outros, pelo princípio da legalidade.

Por outro lado, a imposição de condicionamentos e restrições à atividade dos indivíduos, tendo por base a supremacia do interesse público, expressa a essência do poder de polícia. É cediço que, em determinadas situações se faz necessária a atuação do Poder Público visando compatibilizar os interesses privados e os interesses da coletividade, valendo-se para tanto da edição de regras de conduta, as quais, contudo, devem estar amparadas previamente em lei. Neste sentido, mencione-se a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

A expressão poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um estrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *jus novum*, e isso porque **apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo**. [...] Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. [...] Aqui se trata, pois, de **atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos**. (*in* Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 74, destaquei)

Cumpra ponderar, ainda, que o Decreto que se pretende editar, além de invadir campo material reservado à lei, contraria lei vigente sobre a matéria em pauta. Com efeito, a Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, proibiu no âmbito da Cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

Importante registrar que tal lei tem sua constitucionalidade questionada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas não teve sua eficácia suspensa ante o indeferimento da liminar pleiteada. Registre-se, também, que ao apreciar o pedido de liminar o Tribunal reconheceu que a edição da lei se deu exatamente no exercício da necessária regulamentação do serviço em pauta, consoante se depreende do segmento do acórdão, *in verbis*:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE PROIBIÇÃO DO USO DE CARROS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS PARA O TRANSPORTE REMUNERADO INDIVIDUAL DE PESSOAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, [...]”*

*Realmente, o tema posto em controvérsia desperta acalorado debate jurídico, trazendo a lume, dentre outras questões de relevo, os limites da livre iniciativa a encampar o exercício da atividade de transporte individual remunerado em detrimento do poder normativo e regulamentador da atividade estatal, sem olvidar significativa repercussão social frente á realidade cotidiana, tudo a ensejar aprofundado exame de mérito.*

*Efetivamente, sem emitir qualquer juízo de valor ou antecipação do resultado final, lei impugnada e respectivo decreto (fls. 47) representam verdadeira atuação do Poder Público local na regulamentação da prestação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros, no âmbito do Município de São Paulo, indispensável como admitido e anotado nos pareceres acostados, e palestra proferida pela eminente Min. Nancy Andrighi, registrada ainda em julgados, todos colacionados na exordial (v.g. fls. 48/88, 122/142, 293/301). Nem de longe se pretende afastar a liberdade de negociação fulcrada na tecnologia de internet.*

*Embora não se perca de vista que tais atos normativos repercutem em considerável parcela de pessoas (por exemplo, os motoristas particulares, empresas responsáveis pelos aplicativos correlatos e, também, os consumidores usuários do serviço), vale o registro de que sua edição foi precedida por reiteradas manifestações públicas e debates que ainda se desenvolvem tanto na esfera pública como privada.*

*Esse contexto, a meu ver, impede a verificação de juízo de conveniência favorável à pronta concessão da medida liminar alvitada, mesmo porque imediata suspensão da eficácia da lei impugnada, alcançando também o respectivo Decreto, poderia ensejar, antes de aprofundado exame da matéria, verdadeiro retrocesso. (TJSP, ADI 2216901-06.2015.8.26.0000, julg. 11/11/15, grifei)*

Importante consignar que a edição da Lei nº 16.279/15 trouxe impactos para Ação Civil Pública em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na qual se discute o serviço de transporte individual remunerado de passageiros em

questão. Conforme se depreende do segmento da decisão abaixo transcrito, no entendimento judicial com a edição da lei a controvérsia existente sobre a regularidade ou não do serviço foi solucionada, restando às partes envolvidas, cada qual segundo seu interesse, pugnar pelas vias próprias pelo cumprimento da lei ou pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade, *in verbis*:

O pedido relativo à proibição do funcionamento e disponibilização do aplicativo deve ser extinto, sem resolução do mérito, em razão da falta de interesse de agir superveniente (perda do objeto), já que a lei municipal 16.279/15 que entrou em vigor em 09/10/15, em seu artigo 1º trouxe a seguinte redação: 'Fica proibido no âmbito da cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos'. Assim, se antes os autores se insurgiam contra uma atividade desenvolvida sem regulamentação; o fato é que tal atividade, agora, está regulamentada, sendo forçoso concluir que, após tal regulamentação por meio de legislação municipal, deixou de existir, nesses autos, interesse de agir em relação a eventual decisão judicial. Podem os autores se valer de ação própria buscando comando judicial para que a lei municipal vigente seja obedecida; da mesma forma, como podem os requeridos se valer de ação própria buscando o reconhecimento de inconstitucionalidade dessa lei. (Autos nº 1054861-85.2015.8.26.0100, 41ª Vara Cível, DJE 11/12/15)

Ainda a propósito da Lei nº 16.279/15, frise-se que referida lei expressamente previu a necessidade de serem realizados estudos para o aperfeiçoamento da legislação vigente sobre transporte público remunerado individual de passageiros, nos seguintes termos:

*Art. 4º O Poder Executivo deverá promover estudos para o aprimoramento da legislação de transporte individual de passageiros e a compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969.*

O dispositivo legal acima transcrito deixa clara a necessidade de revisão do serviço de transporte em pauta, tendo em vista as novas possibilidades oferecidas pela tecnologia. Entretanto, não autoriza a criação de nova modalidade de transporte remunerado individual de passageiros, com o estabelecimento de direitos e obrigações aos prestadores e consumidores do referido serviço simplesmente através da edição de um Decreto.

Da mesma forma, o Decreto nº 56.489, de 08 de outubro de 2015 que ins-

tituiu o denominado “táxi preto” estabeleceu em seu art. 15 que seria constituído grupo de estudos para propor a regulação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros ora em análise, *in verbis*:

Art. 15. O Poder Executivo Municipal constituirá grupo de estudo para:

...

II - propor regulação de novos serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros compreendidos no artigo 12 da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, nos termos do artigo 4º da Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015. (grifei)

Observe-se bem que o próprio Decreto nº 56.489/15 ao prever a criação do grupo de estudos expressamente aponta como fundamento o art. 4º da Lei nº 16.279/15, dispositivo este que definiu que os estudos deveriam levar ao aprimoramento da legislação. O uso do termo legislação, s. m. j., remete à intenção de uma revisão ampla, de modo que todas as normas que incidem sobre o serviço de transporte individual remunerado de passageiros fossem revistas e alteradas quando necessário para agregar os novos serviços e tecnologias.

Assim, como fruto do trabalho deste grupo de estudos, poderia, por exemplo, ser apresentado à Câmara Municipal de São Paulo projeto de lei visando à fixação das regras pertinentes, ressaltando-se a possibilidade de edição de decretos na hipótese de se tratar apenas de alteração procedimental, de regulação da atuação administrativa, ou seja, alterações que não causem reflexos na esfera jurídica dos administrados no sentido de alterar seus direitos ou deveres.

Consoante já assinalado, para que seja possível validamente inovar a ordem jurídica, estabelecendo novo regramento para a atividade em pauta, imprescindível a edição de lei. Corroborando tal assertiva, oportuno mencionar as ponderações dos Professores Gustavo Justino de Oliveira e Caio César Figueiroa:

Sob o ponto de vista técnico-científico, malabarismos hermenêuticos para desvirtuar o sentido de uma norma não merecem prosperar. Se temos um problema em relação ao desenho regulatório de uma atividade, a solução inevitavelmente, será conferir uma nova modelagem que permita atender, acima de tudo, ao interesse dos consumidores enquanto destinatários finais destes serviços.

[...]

Não obstante a atual conjuntura normativa, inovações como a Uber carregam pontos positivos na medida em que ensejam melhorias na qualidade dos serviços para seus usuários. De toda forma, a implementação de novas matrizes regulatórias não poderá fugir do único instrumento hábil a alterar a realidade já consolidada, a lei. A

Uber pode ter sua atividade reconhecida pela legislação brasileira, mas antes de tudo, é preciso respeitar o fluxo da democracia ao invés de continuar dirigindo na contramão. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227079,71043-Proibindo+o+proibido+a+Camara+de+Vereadores+de+Sao+Paulo+e+a+Uber>, acesso em 04/01/16, grifei)

No que tange ao segundo objetivo do Decreto a ser editado, qual seja a regulação da carona solidária, verifica-se, igualmente, exorbitância do campo material reservado a tal espécie normativa.

Nos termos do texto submetido à Consulta Pública, a carona solidária é definida como “o transporte individual não remunerado de motoristas provedores de carona e passageiros interessados em compartilhar viagens e custos” desde que atendidos os requisitos estabelecidos (art. 18), sendo que tal atividade poderá ser organizada pelas empresas prestadoras do serviço de transporte remunerado individual de passageiros a ser regulamentado pelo Decreto (identificadas pela nomenclatura Operadoras de Transporte Credenciadas – OTCs), conforme previsão do § 3º do art. 18 c/c art. 20, I.

O Decreto que se pretende expedir confere, portanto, um direito, em caráter de exclusividade, às ditas OTCs, permitindo, inclusive, que efetuem a cobrança pelo serviço de intermediação, coordenação e controle da divisão de custos da corrida. Veja-se a literalidade dos dispositivos pertinentes a este aspecto:

Art. 17 O direito à intermediação de carona solidária no viário urbano do Município de São Paulo somente será outorgado às OTCs devidamente credenciadas, conforme regulamentação expedida nos termos do art. 23.

Parágrafo único. A condição de OTC é restrita às operadoras de tecnologia responsáveis pela intermediação entre os motoristas provedores de carona e os passageiros.

Art. 18 [...]

[...]

§ 3º Ficam as OTCs autorizadas a intermediar, coordenar e controlar a divisão de custos da corrida, podendo cobrar dos cadastrados pelo serviço prestado para esse fim.

[...]

Art. 20 Compete à OTC credenciada para operar o serviço de que trata este Capítulo:

I – organizar a atividade de Carona Solidária;

II – cadastrar os veículos e usuários, atendidos os requisitos mínimos de segurança, conforto, higiene e qualidade;

- III – intermediar, coordenar e controlar a divisão dos custos entre motorista provedor e passageiros;
- IV – garantir o uso do serviço estritamente para a atividade permitida neste Capítulo, responsabilizando-se pelo eventual desvio de finalidade dos usuários cadastrados conjuntamente com estes.

Assim, por se tratar da fixação de direitos e obrigações, imperioso que o regramento básico da matéria seja realizado por meio de lei, reservando-se ao Decreto a veiculação de normas voltadas à aplicação da lei, ao estabelecimento de procedimentos necessários à atuação administrativa, este, sim, campo reservado privativamente ao Poder Executivo, responsável, de acordo com o princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes, pela gestão – mas, não pela normatização plena e exclusiva – dos serviços públicos e de interesse público.

Este é o parecer, que submeto à criteriosa apreciação de V.Sa.  
São Paulo, 06 de janeiro de 2016.

**Luciana de Fátima da Silva**

Procuradora Legislativa Supervisora do Setor do Processo Legislativo  
OAB/SP 181.552



# Necessidade de Lei Autorizativa para Outorga de Concessão de Serviço Público - Parecer nº 135/2015

Sra. Procuradora Legislativa Chefe,

Trata-se de parecer solicitado a esta Procuradoria indagando acerca da necessidade de autorização legislativa prévia à outorga de concessão de serviços públicos, por meio da celebração de contrato de parceria público-privada.

A solicitação foi encaminhada através de memorando do Sr. Secretário Geral Parlamentar Adjunto em atendimento à determinação do Exmo. Sr. Presidente desta Casa em face de questionamento formulado pelo Nobre Vereador José Police Neto.

Em suma, ocorre que o Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Paulo pretende delegar a execução de serviço público relacionado à infraestrutura da rede de iluminação pública municipal, por meio da formalização de parceria público-privada, sem a apresentação de projeto de lei autorizando tal delegação. Contra esta decisão insurge-se o nobre Vereador Police por entender imprescindível a autorização legislativa, requerida pelo Poder Executivo em várias outras oportunidades.

Cabe registrar, já de início, que intensa é a divergência na doutrina sobre a necessidade ou não de autorização legislativa para a outorga de concessão de serviços públicos, conforme consignado inclusive no parecer exarado pela Procuradoria Geral do Município, cuja cópia nos foi remetida juntamente com a consulta formulada, sendo que em relação às duas correntes – a que defende a necessidade e a que entende ser indevida a autorização – encontramos doutrinadores renomados e argumentos muito consistentes.

O ponto central que definirá a tese à qual o intérprete da norma se filiará é o enquadramento que se dá ao ato de delegação. Com efeito, se a delegação for entendida simplesmente como um ato de gestão que recai sobre a execução de serviços públicos, atribuição de natureza administrativa e, portanto, inserida na esfera privativa de decisão do Poder Executivo, a conclusão somente poderá ser a de que a exigência de autorização legislativa viola o princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

Por outro lado, se se entender que a decisão sobre a delegação de serviços públicos extrapola o conceito de mera gestão, de simples desempenho da função administrativa, possuindo forte carga política por envolver aspectos importantes e que podem ter reflexos em vários setores da Administração, concluir-se-á não só pela pertinência, mas, antes, pela necessidade de autorização legislativa para que seja possível a concessão de serviços públicos.

Antes de prosseguir, necessário esclarecer que a parceria público-privada é uma modalidade do contrato administrativo de concessão, sendo esta inclusive a

definição legal do instituto, dada pelo art. 2º da Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Prosseguindo, é oportuna a menção aos dispositivos legais que incidem sobre o tema em análise.

O art. 175 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) (grifamos)

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, por sua vez, dispõe que:

Art. 126 - Os serviços públicos municipais serão prestados pelo Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, nos termos desta lei. (...) (grifamos)

E o art. 13 da citada norma municipal não deixa dúvidas acerca da necessidade de autorização legislativa prévia à outorga da concessão:

Art. 13 - Cabe à Câmara, com sanção do Prefeito, não exigida esta para o especificado no artigo 14, dispor sobre as matérias de competência do Município, especialmente:

...

VII - autorizar a concessão de serviços públicos;

Incidem ainda sobre o tema as Leis nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Note-se que a mencionada Lei nº 9.074/95 prevê a necessidade de autorização legislativa como regra para a concessão de serviços públicos:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei nº 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa. (...) (grifamos)

No entendimento da Procuradoria Geral do Município, externado no parecer cuja cópia nos foi remetida juntamente com a consulta formulada, não há necessidade de autorização legislativa para a concessão em tela, sendo que, no que tange ao objeto da consulta, são consignados os seguintes fundamentos: i) discussão acerca da constitucionalidade da exigência de autorização legislativa; ii) não cabimento da exigência de autorização legislativa em razão da natureza do serviço, que não permite fruição individual; e, iii) já existe autorização legislativa concedida pela Lei nº 14.517/07, que institui o programa municipal de parcerias público-privadas.

Com a devida *venia*, discordamos de tal entendimento. Primeiramente porque, ao prever a necessidade de autorização legislativa, a Lei Orgânica do Município não faz distinção no que tange à conceituação do serviço público. O citado diploma legal refere-se ao serviço público de forma genérica e sendo a iluminação um serviço público, presente a necessidade de autorização legislativa. Em segundo lugar, impossível dar guarida ao entendimento de que a autorização legislativa estaria suprida pelo art. 3º, II, da Lei nº 14.517/07, pois, consoante será explicitado mais adiante, a autorização legislativa significa a possibilidade de decisão conjunta entre os Poderes, o que envolve, por óbvio, a fixação dos termos da concessão diante da peculiaridade de cada serviço e não uma mera chancela, sem olvidar que referida disposição não revogou de forma expressa ou tácita a prescrição inserta no art. 13, VII, da Lei Orgânica do Município, em total consonância com o art. 2º da Lei nº 9.074/95.

Oportuno ressaltar, porém, que a Lei nº 14.517/07, que institui o programa municipal de parcerias público-privadas, está em vigor e não foi objeto de qualquer questionamento quanto a este aspecto. Por outras palavras, a despeito da existência de previsão genérica na Lei Orgânica no sentido de que a concessão de serviços públicos necessita de autorização legislativa, quando editada a lei específica para disciplinar a concessão na modalidade parceria pública privada, foram restringidas as hipóteses em que é necessária tal autorização. Haveria, então, um conflito entre o art. 13, VII, da Lei Orgânica do Município e o art. 3º, II, da Lei nº 14.517/07, sendo possível sustentar a prevalência de um sobre o outro.

Situada a legislação que rege o tema, convém agora ilustrar as posições doutrinárias divergentes acerca da necessidade ou não de autorização legislativa.

A corrente que defende ser indevida a exigência de autorização legislativa para a delegação de serviços públicos sustenta que tal exigência é inconstitucional por violar o princípio da harmonia e independência entre os Poderes. Neste sentido é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>192</sup>:

Em primeiro lugar, ao exigir autorização legislativa para outorga da concessão; a autorização legislativa para que o

<sup>192</sup> Parcerias na Administração pública, 07ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2009, p. 71

Executivo pratique atos ou celebre contratos que se inserem dentro das funções tipicamente administrativas constitui ato de controle (prévio) de um Poder sobre o outro e, por isso mesmo, exceção ao princípio da separação de Poderes, somente cabível nos casos expressos na Constituição Federal, na estadual ou na lei orgânica municipal; note-se que a Constituição Federal elenca, nos arts. 49, 51 e 52 os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal, entre eles não se incluindo a autorização para concessão ou permissão de serviço público, mesmo porque o art. 175 já diz expressamente que a execução de serviços públicos pode ser feita diretamente ou mediante concessão ou permissão.

De outro lado, a corrente que defende a pertinência e a necessidade de autorização legislativa previamente à outorga de concessão entende que não há inconstitucionalidade, pois o que está em pauta não é a mera função administrativa, mas, sim, uma decisão política que o ordenamento jurídico entendeu por bem partilhar entre ambos os Poderes. A doutrina de José dos Santos Carvalho Filho<sup>193</sup> ilustra tal entendimento:

A Lei nº 9.074/1995, contudo, demonstrando visível preocupação no que toca à instituição de novas concessões e permissões, criou outro requisito para elas, exigindo a edição de lei autorizadora e disciplinadora das condições da delegação do serviço, ressaltando, porém, certas situações já definidas no ordenamento jurídico. [...]

A norma inovadora, como se pode verificar, dispensa a lei autorizativa nos casos de já haver previsão da delegação do serviço no ordenamento jurídico básico das entidades federativas. Qualquer outro serviço, todavia, que tais entidades pretendam delegar por meio de concessão ou permissão, dependerá da prévia manifestação de vontade do legislador. Nesses casos, por conseguinte, duas serão as vontades necessárias à instituição da concessão ou da permissão: a primeira, do administrador que, com vistas à prestação de serviço delegado, proporá a promulgação de lei autorizativa, e a segunda do legislador, que, aceitando a proposta, consignará a sua autorização.

Corroborando as assertivas acima, tem-se, ainda, o entendimento do Prof.

---

<sup>193</sup> Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p.387

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>194</sup>:

A outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize. Não pode o Executivo por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe. Ademais, como é sabido e ressabido, a atividade administrativa marca-se por sua integral submissão ao princípio da legalidade. Daí o haver afirmado com absoluta exatidão, o ilustre Seabra Fagundes que “administrar é aplicar a lei de ofício”. E Fritz Fleiner, em assertiva de extrema felicidade, esclareceu que “Administração legal significa, então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições”.

Ilustradas as duas teses, as quais conduzem a caminhos opostos – requerer a autorização legislativa ou não requerer a autorização legislativa – pensamos que refletir sobre uma outra questão ajuda a melhor decidir, qual seja, há algum caminho que mais prestigia o interesse público? É possível dizer que um caminho o prestigia mais que o outro?

Pois bem, tendo em vista o quanto até aqui exposto, entendemos ser perfeitamente possível sustentar a tese segundo a qual a exigência de autorização legislativa é compatível com o sistema constitucional, não representando violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

A participação do Legislativo na decisão sobre a delegação dos serviços públicos não prejudica, mas, antes, agrega. Com efeito, do ponto de vista da segurança jurídica, por exemplo, a autorização legislativa não deixará brechas para questionamentos futuros sobre a regularidade do processo passíveis de ocorrer caso o Poder Executivo opte por decidir sozinho.

Este o entendimento de Marçal Justen Filho, citado por Gregório Assagra de Almeida<sup>195</sup>:

(...) outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses de diversa ordem, inclusive com potenciais efeitos sobre direitos e garantias individuais. (...) Daí se segue a impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo.

<sup>194</sup> Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 708-709

<sup>195</sup> *In* “Necessidade de autorização legislativa para concessões de serviços públicos – comentário à jurisprudência”, disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/28761>.

Por fim, importante destacar ainda como reforço à necessidade de autorização legislativa, a exigência contida no art. 37 da Lei nº 8.987/95<sup>196</sup> no sentido de que para o poder concedente retomar o serviço deve haver autorização legislativa. Ora, se para decidir por voltar a prestar diretamente o serviço público é necessária a manifestação do Poder Legislativo, por igual razão para se efetuar a concessão, deixando de prestar diretamente o serviço, é necessária a participação de tal Poder.

Não obstante, imperioso observar que nas decisões judiciais acerca do tema parece predominar o entendimento de que a exigência de autorização legislativa é inconstitucional por violar o princípio da harmonia e independência entre os Poderes. Acolhendo tal tese encontramos decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal<sup>197</sup>.

Note-se, por outro lado, que, no próprio parecer cuja cópia nos foi encaminhada juntamente com a consulta formulada, a Procuradoria Geral do Município observa que a questão não está pacificada: *“O fato de entendermos pela desnecessidade de lei específica para a concessão que se pretende não significa, obviamente, que inexistirão entendimentos divergentes. Interpretações jurídicas são sempre passíveis de dissenso – a própria manifestação da Comissão Especial bem denota isso. Contudo, acreditamos que existem bons argumentos para rebater o entendimento segundo o qual seria necessária autorização específica da Câmara na hipótese em análise. Caberá à Superior Administração decidir a respeito, considerado o acima exposto.”*

Contudo, ainda que possa encontrar maior acolhida no Judiciário a tese de ser inconstitucional a exigência de autorização legislativa para outorga de concessão de serviços públicos, havendo expressa previsão na Lei Orgânica do Município de São Paulo sobre a necessidade de tal autorização, é necessário refletirmos sobre outra questão, qual seja, é dado ao Executivo simplesmente descumprir a lei que entenda ser inconstitucional?

Ponderando sobre todos os aspectos envolvidos, especialmente no caso concreto, entendemos que não. Nosso posicionamento está pautado nos seguintes critérios: i) divergência doutrinária acerca da necessidade ou não de autorização legislativa para a outorga de concessão de serviços públicos; ii) precedentes no envio de projetos de lei à Câmara pelo Poder Executivo solicitando autorização legislativa para a concessão de outros serviços públicos, v.g, PLs nº 0312/13, 0481/13 e 0047/10 (vide cópias anexas); iii) atenção ao princípio da segurança jurídica; iv) legitimidade do Exmo. Sr. Prefeito para o envio à Câmara de projeto de emenda à Lei Orgânica do Município revogando o inciso VII do art. 13 (art. 36, II, LOMSP) ou, ainda, para ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive com pedido de liminar (art. 90, II, CESP c/c art. 125, § 2º, CF); e v) não é compatível com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, notadamente com a razoabilidade, que a questão fique centrada em um juízo discricionário do Poder Executivo, que dependendo dos

<sup>196</sup> Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

<sup>197</sup> Vide TJSP: ADIs 0003112-60.2012.8.26.0000 e nº 990.10.103205-8 e STF: AI 755058/MG, RE 388390/SP, RE 284205/RJ

aspectos envolvidos (objeto, valor, conjuntura política, etc.) solicitará ou não a autorização legislativa à Câmara.

As considerações de Flávio da Silva Andrade<sup>198</sup> bem contextualizam a questão da impossibilidade de mero descumprimento da lei por parte do Poder Executivo quando tida por inconstitucional:

As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 no campo do controle da constitucionalidade reclamam que se lance um novo olhar sobre o tema objeto da presente reflexão.

A liberdade de interpretação da Constituição não deve gerar o direito de o Chefe do Poder Executivo passar a cumprir as leis presumivelmente constitucionais, sobretudo quando tais espécies normativas lhe impõem obrigações ou ônus. Do contrário, ficaria diminuída a relevância do Parlamento, além do que seria subtraída a competência reservada ao Poder Judiciário de apreciar e julgar, em caráter provisório ou definitivo, a constitucionalidade das leis. [...]

A lei goza de presunção de constitucionalidade e cabe ao Poder Executivo, se entendê-la contrária à Lei Fundamental, manejar a ação própria junto ao Poder Judiciário, seguindo-se o rito previsto em lei (Lei n. 9.868/1999). [...]

No máximo, o Chefe do Executivo pode se recusar a cumprir a lei até a apreciação da medida liminar postulada na ação por ele intentada perante o juízo competente. Se negada a alegação de inconstitucionalidade, deverá cumprir a lei, sob pena de responsabilização (art. 85, VII, CF/88).

Enfim, é direito do chefe do Poder Executivo interpretar a Constituição, assim como é seu dever garantir sua eficácia e o respeito à sua supremacia. Entretanto, salvo em situações excepcionais, não pode deixar de cumprir lei que repute inconstitucional. O exame da constitucionalidade de uma lei, ou seja, o controle repressivo ou posterior da constitucionalidade das normas legais, para o contínuo fortalecimento dos pilares da República e para garantia da harmonia e independência dos Poderes, deve, em regra, ficar a cargo do Judiciário.

<sup>198</sup> Revista CEJ, Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

Diante de todo o exposto, em que pese seja possível sustentar com bons argumentos a tese da desnecessidade de autorização legislativa, notadamente em razão da disciplina traçada pela Lei nº 14.517/07, a qual é mais restritiva no trato da matéria consoante assinalado linhas atrás, entendemos que até que seja alterada a Lei Orgânica do Município ou declarada a inconstitucionalidade de seu art. 13, VII, é necessária a apresentação de projeto de lei visando obter autorização legislativa para que se proceda à concessão de serviços públicos, inclusive aquele relacionado à infraestrutura da rede de iluminação pública municipal como no caso em apreço.

Este é o parecer, que submeto à criteriosa apreciação de V.Sa.

São Paulo, 29 de abril de 2015.

**Luciana de Fátima da Silva**

Procuradora Legislativa Supervisora do Setor do Processo Legislativo  
OAB/SP 181.552

# Trabalho Degradante e em Condições Análogas à Escravidão - Parecer<sup>199</sup>

Recebo honrosa consulta endereçada pelos ilustre advogado, Dr....., substanciada nos quesitos que desde já passo a reproduzir:

1. Como a Organização Internacional do Trabalho cuida das situações de trabalho degradante, e em condições análogas à escravidão?
2. Todo trabalho degradante equipara-se a trabalho escravo?
3. Quais os limites de capitulação da fiscalização neste caso?

## I. Considerações introdutórias

Dou início ao exame e à resposta aos quesitos formulados pelo douto consulente tendo presente que me limitarei ao exame dos aspectos propriamente trabalhistas do problema, embora reconheça que o enquadramento jurídico do trabalho em condição análoga à de escravo no Brasil e da chamada “lista suja” do trabalho escravo, especificamente, projeta-se no campo do direito penal, naquele pertinente às condições de validade do ato administrativo, assim também no respeitante à efetividade da proteção constitucional ao contraditório, à ampla defesa e à segurança jurídica.

Apresentarei o tratamento dos quesitos na ordem segundo a qual foram dispostos na consulta. E assim não apenas em homenagem ao modo como formulados, mas, especialmente, pela circunstância de que o seu encadeamento é consentâneo com a maneira pela qual proponho o tratamento hermenêutico do problema, sob o ângulo trabalhista.

Por sua história quase centenária, seu acúmulo doutrinário, analítico e prático na agenda do trabalho forçado, sua vocação institucional, seus princípios estruturantes, sua natureza de organização tripartite, sua extensa produção normativa que ingressa em nosso ordenamento com grandezas de lei ou acima da lei, dependendo do conteúdo da norma; enfim, por esses e outros importantes fatores que procurarei destacar, a Organização Internacional do Trabalho - OIT exhibe o roteiro mais seguro, mais testado, universalizado e independente para o balizamento jurídico do conceito e das características do trabalho escravo (e figuras afins, como trabalho forçado, obrigatório, degradante).

O exame das interseções predicativas entre as figuras jurídicas de trabalho degradante e trabalho análogo ao de escravo apresenta-se como natural e necessário. Conquanto inscrito entre os crimes contra a liberdade do indivíduo (e não junto aos que ofendem a organização do trabalho), o art. 149 do Código Penal, em sua reda-

---

<sup>199</sup> Registro imensa gratidão a Caio Cezar Maia de Oliveira, seja pelo auxílio na pesquisa histórica e jurídica, bem como na revisão do texto final deste parecer.

ção atual, pauta a figura do “trabalho em condições degradantes” como hipótese de capitulação penal do trabalho escravo, passando a impressão de suficiência para sua configuração, mesmo à falta de outros fatores restritivos da liberdade. O problema naturalmente comporta, como dito, uma leitura pelo direito penal (do que aqui não me ocuparei), mas por outro lado, como vejo, subsiste relevante, no Brasil, a identificação de alicerces no direito do trabalho aptos a suportar uma conceituação de “condições degradantes de trabalho”<sup>200</sup>. Um exercício que não se justifica orientado pelo viés retórico característico de sua apropriação, seja pela imprensa, seja pelo proselitismo político; ao que proponho, como alternativa, o credenciado repertório técnico da OIT.

Por fim, caberá descer à tarefa da delimitação do alcance e dos procedimentos confiados à fiscalização trabalhista. Diversamente do percebido em outras regiões regulatórias, nas quais a ação disciplinar da Administração exhibe contornos necessariamente mais vagos, porque incidente em bens de índole imaterial (patrimônio histórico, paisagístico, cultura, etc.), a fiscalização do trabalho figura entre aquelas paradigmáticas em objetividade e vinculação administrativa. Como afirmam diversos documentos produzidos no âmbito da OIT, ela é indispensável para conferir efetividade e regularidade ao cumprimento dos *standards* de proteção ao trabalho, sem que seus necessários rigores devam constituir fatores de desequilíbrio na competição econômica, nem ferramentas de desrespeito ao princípio da impessoalidade.

Tendo presente o conteúdo dessas notas, passemos então ao exame da matéria pertinente a cada um dos quesitos formulados.

## **II. Excerto de fundamentação**

### **II. 1. Direito internacional e trabalho escravo**

#### **II.1.1. Breve extrato sobre a evolução dos mecanismos regulatórios da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório**

Em meio aos escombros da I Grande Guerra, durante a Conferência de Paris, foi criada uma comissão tripartite, ou seja, uma comissão constituída por representantes de Governos, empregados e empregadores, devotada à inclusão da temática do direito internacional do trabalho na agenda de Versalhes. Essa comissão produziu

---

<sup>200</sup> Em abono à complementaridade hermenêutica entre direito penal e direito do trabalho, comentando o advento da nova redação introduzida pela Lei 10.803/2003 sobre o artigo 149 do Código Penal, queira ver FELICIANO, Guilherme Guimarães, “Do crime de redução análoga à de escravo, na redação da Lei n. 10.803/2003”; In Revista Ciências Humanas, Vol. 10, n. 2, dez.2004, p. 165. Como observa Andrea Santos, “o Poder Judiciário, em especial a Justiça do Trabalho, vem adotando gradativamente a interpretação mais atual sobre o que seja o trabalho escravo de acordo com os entendimentos da OIT”; cf. SANTOS, Andrea Aparecida dos, A Proibição Internacional do Trabalho Escravo e a Cooperação entre a OIT e o Brasil - Dissertação de Mestrado oferecida à Universidade Católica de Santos - Unisantos, área de Direito Internacional; Santos, 2006; p. 121.

um relatório, que seria conhecido como “Carta do Trabalho”, proclamando as bases do direito internacional do trabalho e recomendando a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Como sugerido, as recomendações da “Carta” passaram a integrar a Parte XIII e a criação da OIT foi contemplada no artigo 387, ambos do Tratado de Versalhes, aprovado em junho de 1919.

Nascida como agência integrante da Liga das Nações, em meio a outras organizações com propósitos parcialmente concorrentes (Comissão da Escravidão, Comitê para o Estatuto Jurídico da Mulher), a OIT logo se afirmaria como aquela vocacionada à condução das ações endereçadas à coibição e à erradicação do trabalho forçado.

Não se tem aqui o propósito e nem é o local de traçar um histórico detalhado de toda a evolução das estratégias regulatórias empreendidas pela OIT a partir de sua criação. Apenas situar alguns importantes marcos da evolução do processo regulatório que permitam esclarecer os motivos de certas aparentes sobreposições e/ou contradições normativas e terminológicas. Por outro lado, ao recuperar, embora em amplos traços, os antecedentes evolutivos do repertório normativo da OIT, seremos aptos a identificar os fatores que o qualificam como o mais abalizado para credenciar o tratamento jurídico do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil de hoje.

Nesse sentido, algumas características da OIT precisam ser desde já destacadas:

- 1) modelo deliberativo tripartite (trabalhadores, patrões e Governo, na igual proporção e em todas as instâncias deliberativas) - o que a torna celeiro de uma produção legislativa radicada preferencialmente no consenso, sempre precedida de diálogo e pouco receptiva a viés unilateral do capital, do trabalho ou de Governos;
- 2) vocação universal (o que reduz a influência de paroquialismos nacionais, regionais, étnicos ou culturais);
- 3) natureza laica (cada vez mais relevante, num mundo povoado por fundamentalismos e por hostilidades religiosas);
- 4) recurso a saberes multidisciplinares, (que a qualificam como respeitado *think tank* integrado por profissionais de diferentes especialidades e renomada credencial científica);
- 5) tradição de conjugação ação regulatória, fomento a políticas objetivando resultados práticos, acompanhamento e reflexão teórica;
- 6) e especialmente, como reza o preâmbulo de seu tratado constitutivo, a circunstância de ser uma agência a serviço da regulação e da implementação da justiça social enquanto i) instrumento de promoção de uma paz universal e duradoura, e ii) obstáculo a que o trabalho seja empregado como mecanismo de concorrência comercial entre as nações. Não, portanto, uma ONG ou grupamento corporativo

orientado pelo proselitismo ideológico ou no interesse de classe<sup>201</sup>.

Nesse sentido, observa a professora Ana Virgínia Moreira Gomes:

Apesar dos pioneiros que defendiam a regulação internacional do trabalho terem sido motivados por razões de ordem moral, o argumento pragmático também desempenhou um papel importante em facilitar a criação das legislações trabalhistas nacionais. O reconhecimento internacional de condições de trabalho permitiria aos países, ao menos aos países industrializados, regular as relações de trabalho em um patamar similar, evitando o receio de que alguns países pudessem obter uma vantagem comparativa comercial ao não regular essas relações. Esses dois princípios – o princípio substantivo da justiça social e o princípio instrumental de evitar que o trabalho se torne um elemento da vantagem comercial comparativa dos países – permanecem centrais para se compreenderem os objetivos e o papel da OIT. Os debates sobre trabalho e comércio, *dumping* social e vantagem comparativa, trabalho e desenvolvimento, giram em torno desses princípios.<sup>202</sup>

Passemos ao breve registro dos principais marcos da evolução do repertório normativo da OIT.

Logo por ocasião da sua 14a. Conferência, realizada em Genebra no ano de 1930, a OIT aprovou a Convenção intitulada “Convenção sobre o Trabalho Forçado n. 29 - 1930”. Esse documento assenta a primeira conceituação relevante para a caracterização da chamada “escravidão contemporânea”, vale dizer: da escravidão promovida num cenário em que não é mais legalmente aceita.

Daí o emprego da predicação trabalho “forçado” ou “obrigatório”, compreendida pela Convenção de 29 como o trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob a

<sup>201</sup> A esse propósito, é instigante a “leitura de atualização” por Brian Langille, para quem o “Preamble to the 1919 Constitution of the International Labor Organization (“ILO”) makes two major claims: (1) that universal peace can be established only if it is based upon social justice, and (2) that the failure of any nation to adopt humane labor standards may be an obstacle in the way of social justice improvements in other nations. For some time, these two claims have been read together as providing one rationale for the existence of the ILO. But this received wisdom must now be re-assessed in light of recent evidence of the positive relationship between a nation’s respect for core labor rights and its ability to attract foreign direct investment (“FDI”). New and better interpretations of the Preamble’s two claims are both required and available. These new interpretations not only provide a more satisfactory explanation of the ILO’s role, but also call for a fundamental rethinking of the reasons for much of what it does.” Cf. LANGILLE, Brian A., “Re-reading the preamble to the 1919 ILO Constitution in Light of Recent Data on FDI and Worker Rights”; 42 Colum. J. Transnat’l L. 87, volume 42, n.1.

<sup>202</sup> Cf. GOMES, Ana Virgínia Moreira; “A Declaração da OIT de 1998 - História, Mudanças e Desafios”; In GOMES, Ana V. M. e FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. organizadores, A Declaração de 1998 da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (São Paulo: LTr, 2014); pp: 20-21.

ameaça de qualquer penalidade e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

Interessante notar que em 25 de setembro de 1926 a Liga das Nações aprovou a Convenção da Escravatura -1926, à qual se atribui o pioneirismo como documento de direito internacional a contemplar um conceito jurídico de escravidão: “A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”.

Tenhamos presente, como já dito, que àquela ocasião a Liga das Nações possuía duas agências distintas para tratar do problema da liberdade para o trabalho: 1) a Comissão da Escravidão, que se ocupava da chamada “escravidão” típica, fenômeno que estigmatizaria a economia capitalista até finais do século XIX; e 2) a OIT, que tratará da chamada “escravidão contemporânea”, ou seja, aquela caracterizada pelo atentado à liberdade para o trabalho, num cenário de proibição da escravidão e do tráfico de pessoas para esse fim, sob a forma de “trabalho forçado ou obrigatório”.

Esclareça-se, portanto, desde já, que na terminologia da OIT, por função desses fatores relacionados ao momento de sua criação e de outros, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” tem recebido preferência; até porque os casos de escravidão típicos são por ela combatidos como espécies de “trabalho forçado ou obrigatório”.

Não se desconhece a existência de respeitáveis autores<sup>203</sup> e precedentes judiciais brasileiros<sup>204</sup>, especialmente autores e Cortes juslaborais e de direito penal, para os quais a expressão trabalho escravo emprega-se como sinônimo de trabalho em condições análogas à de escravo. Para esses, “trabalho escravo”, tradicional ou contemporâneo (no que diferem apenas pela qualificação jurídica de lícito ou ilícito), é aquele exercido com privação da liberdade ou em condições degradantes. Tratarei da noção de condições degradantes logo mais. Desejo desde já realçar é que, para esses, a privação da liberdade (presente no trabalho forçado ou obrigatório), não precisaria ser aquela com os contornos da Convenção da Escravatura da Liga das Nações de 1926 (“exercer sobre o ser humano atributos do direito de propriedade”, reificá-lo).

Na linha adotada por esses autores, o problema terminológico é, convenhamos, bastante facilitado e simplificado. O denominado “trabalho análogo ao de escravo” será o mesmo “trabalho escravo”, em nossos dias tornado ilícito, em que estiverem presentes, em conjunto ou separadamente, os seguintes fatores: a) privação

<sup>203</sup> Como, por exemplo, GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Direitos Fundamentais e Relação de Emprego (São Paulo: Método, 2008); pp. 76-81; e BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Trabalho com Redução à Condição Análoga à de Escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a Dignidade da Pessoa Humana”; In VELOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. Organizadores; Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação (São Paulo, Ltr, 2006), pp132 e ss.

<sup>204</sup> Ao acaso, vejamos-se:

1) TST - RR 611/2004-118-08-00-2 - Relator Min. Barros Levenhagen - DJe 04.02.2011 - “(...) IX - A partir dessas singularidades jurídico-factuais do acórdão impugnado, indicativas de ter sido admitido o trabalho escravo na modalidade de trabalho degradante e não na modalidade de trabalho forçado, depara-se com a evidência de que os arestos trazidos à colação, longe de dissentirem do acórdão impugnado, com ele se coadunam(...)”.

Em sentido conceitualmente contrário, mas aprisionado pelo mesmo impasse terminológico:

2) TRT-18o. - RO - 00930-2009-101-18-00-6, Rel. Elvécio Moura dos Santos - DJe 14.01.2010. “Trabalho escravo pode ser definido pela soma do trabalho degradante com a privação da liberdade. (...) Não sendo essa a hipótese dos autos, não há elemento capaz de gerar a reparação por dano moral”

da liberdade (“forçado”), b) condições degradantes de trabalho. Desse modo, trabalho escravo seria gênero, de que trabalho forçado constitui espécie. Essa solução, embora simplifique o problema terminológico, parece revelar o viés de interpretar e subsumir o repertório normativo da OIT pelo binômio do art. 149 do Código Penal – CP.

Também não se sustenta, se tivermos o olhar orientado para o alcance do problema em sua extensão mais ampla, na qual estão presentes inúmeras outras formas de ofensa ao direito fundamental da liberdade humana para o trabalho, fora do contexto específico de sua exploração econômica. Por esse motivo, reputo preferível uma proposição terminológica que esteja sim arrimada na OIT e na dicção do Código Penal, mas em harmonia com a das Nações Unidas. Explico-me: a solução de compromisso entre os três repertórios terminológicos e normativos (OIT, CP e ONU), impõe-se tendo em conta que a terminologia da ONU é adotada diretamente por diversas Comissões, Órgãos e Cortes de Direitos Humanos existentes pelo mundo, inclusive o chamado Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da OEA (que o Brasil integra), o sistema comunitário da União Europeia, entre outros.

Cabe ter presente, portanto, que já em 1930 estariam lançadas as bases para um longo itinerário de acúmulo e de aperfeiçoamento das ferramentas legais e políticas de erradicação do trabalho escravo, forçado ou obrigatório, cujo marco regulatório foi substancialmente adensado num itinerário de quase nove décadas, culminando com os significativos avanços da Conferência de junho de 2014, por meio da aprovação do “Protocolo Relativo à Convenção sobre Trabalho Forçado - 1930” e da recentíssima “Recomendação sobre Trabalho Forçado (medidas complementares) - 2014”. Cuidarei das importantes inovações de 2014 logo adiante.

Antes de prosseguir na evolução do trato normativo da matéria, algo mais necessita ser destacado no respeitante à Convenção n. 29 - 1930, da OIT.

Já foi sublinhado que sua principal contribuição foi a de definir e proibir o trabalho forçado ou obrigatório, assim entendido como aquele: 1) exigido sob ameaça de penalidade e 2) para o qual o indivíduo não se tenha oferecido de espontânea vontade. Dois ingredientes, ameaça de penalidade e ausência de livre consentimento, estão presentes em algumas modalidades de trabalho não necessariamente degradantes.

Por esse motivo, a Convenção n. 29 -1930, da OIT, exclui do campo da proibição certas modalidades de trabalho ou serviço obrigatório, a saber:

- 1) serviços e trabalhos práticos de treinamento e capacitação, desempenhados no contexto da educação compulsória<sup>205</sup>;

---

<sup>205</sup> No Estudo Geral, produzido pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções da OIT, oferecido à 65a. Conferência da OIT - 1979, a matéria vem esclarecida de modo satisfatório: “ In the first place, the definition refers to ‘work or service’. The exaction of work or service may be distinguished from cases in which an obligation is imposed to undergo education or training. The principle of compulsory education is recognised in various international standards as a means of securing the right to education, and it is also provided for in several ILO instruments. A similar distinction is to be found in other international labour standards between work and vocational training.” Cf. OIT - General Survey of the Reports relating to the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957

- 2) serviço militar obrigatório [art. 2o., “a”];
- 3) trabalho ou serviço decorrente de obrigações cívicas dos cidadãos [art. 2o., “b”];
- 4) trabalho ou serviço exigido por força de condenação transitada em julgado (sob fiscalização e controle da autoridade e sem que o indivíduo seja posto à disposição de particulares, empresas ou pessoas privadas) [art. 2o., “c”];
- 5) trabalho ou serviço exigido por força maior (que ponha em risco a vida ou a existência normal de toda ou parte da população [art. 2o., “d”];
- 6) pequenos trabalhos exigidos no interesse da comunidade, considerados “obrigações cívicas normais” de seus membros, cuja necessidade possa ser questionada por seus integrantes ou representantes [art. 2o., “e”];
- 7) trabalho ou serviço aos quais estejam obrigados apenas homens maiores de dezoito e menores que quarenta e cinco anos [art. 11 - *caput*].

Vinte e sete anos após a aprovação da Convenção pioneira de 1930, seria submetida à 40a. sessão da Conferência da OIT um texto mais severo, enxuto e restritivo, endereçado à erradicação do trabalho forçado ou obrigatório: a “Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado n. 105 - 1957”.

A dicção do texto da Convenção n. 105 - 1957 exhibe certa ambiguidade, como reconhecem alguns de seus comentaristas, na medida em que procedeu a uma proibição genérica, seguida de especificações antes não contempladas pela Convenção de 1930, nada dispondo quanto à subsistência das exceções anteriormente previstas. Só para indicar exemplos, questiona-se o destino conferido, a partir da Convenção de 1957, às hipóteses de trabalho e serviço obrigatório nos seguintes casos: 1) efeito da execução de pena (condenação a trabalho, detração, prestação de serviço à comunidade), 2) serviço militar obrigatório, 3) serviço civil alternativo ao obrigatório e de 4) outras modalidades de dever cívico (serviço eleitoral, integrante de tribunal laico e outros órgãos de deliberação colegiada, dever profissional de socorro médico e paramédico na emergência, etc.). Isso para ficar apenas com as mais eloquentes e comuns hipóteses.

A solução hermenêutica mais sensata - até porque capaz de resolver esse problema sem fazer emergir outros tantos - parece ser a de interpretar a dicção enfática da proibição de 1957 extensível apenas às hipóteses de trabalho forçado que enumera, em acréscimo àquelas já tratadas em 1930.

Essa é a solução já sugerida pelo Relatório da Comissão de Peritos para Acompanhamento das Convenções da OIT - “Abolição do Trabalho Forçado”, apresentado

---

(No. 105). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference - 65th Session 1979; p.8

à Conferência Internacional da OIT de 1979<sup>206</sup>.

Não me deterei aqui no exame dessas importantes lacunas normativas suscitadas pelo texto da Convenção da OIT n.105 – 1957, até porque em nada parece contribuir para o enfrentamento dos quesitos aqui tratados.

Mas exatamente tendo em conta o teor dos quesitos, não posso deixar de proceder desde já a uma síntese parcial do que foi até aqui falado com referência ao importante problema conceitual e terminológico que o trabalho em condições análogas à de escravo impõe:

1) “trabalho escravo”, na acepção técnica, é aquele do qual se ocupa especialmente a ONU, historicamente atenta à figura da escravidão típica, e consiste no trabalho prestado num estado ou condição em que sobre o ser humano sejam exercidos, ainda que parcialmente, os atributos do direito de propriedade - em síntese: o estado ou circunstâncias pelos quais se opera a reificação do ser humano trabalhador;

2) “trabalho ou serviço forçado ou obrigatório”, objeto da regulação pelo repertório normativo da OIT, é aquele 2.1.) sob ameaça de qualquer penalidade, inclusive constrangimento físico, castigo ou perda de vantagem, e 2.2. para o qual não tenha o indivíduo se oferecido espontaneamente.

Com isto fixado, e pelo afirmado acima, podemos afirmar também que:

3) nem todo serviço ou trabalho forçado ou obrigatório é trabalho escravo;

4) nem todo trabalho forçado ou obrigatório é degradante. Há mesmo, e não são poucas, variadas figuras de trabalho obrigatório intensamente dignificantes. O que quer que seja trabalho degradante, e me ocuparei disso mais adiante, nessa categoria não se encaixam, a toda evidência, diversas figuras de trabalho ou serviço obrigatório, tais como: 4.1.) dever de socorro em emergência médica; 4.2.) serviço prestado em convocação de eleições; 4.3.) serviço de jurado e outras formas de auxílio e participação em órgãos colegiados; 4.4.) serviços cívicos e públicos em regime de requisição; 4.5.) prestação de serviço à comunidade, no âmbito da execução penal; 4.6.) trabalho por convocação de defesa civil, 4.7.) serviço militar e civil obrigatório - respeitadas as exceções por objeção de consciência, etc.

5) nem toda circunstância de degradação, no exercício do trabalho, deriva do seu exercício em regime forçado ou obrigatório; v.gr. o trabalhador, vitimado

---

<sup>206</sup> “The 1957 Convention does not constitute a revision of the earlier instrument but may be regarded as supplementing it. While the 1930 Convention provides for the general abolition of compulsory labour subject to a certain number of exceptions, the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), requires the abolition of any form of forced or compulsory labour in five specified cases: (a) as a means of political coercion or education or as a punishment for holding or expressing political views or views ideologically opposed to the established political, social or economic system; (b) as a means of mobilising and using labour for purposes of economic development; (c) as a means of labour discipline; (d) as a punishment for having participated in strikes; (e) as a means of racial, social, national or religious discrimination.” Cf. OIT - General Survey of the Reports relating to the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference - 65th Session 1979; p. 5.

por assédio moral, pode ter degradadas suas condições de trabalho, vida e saúde, por efeito direto do trabalho, sem ser necessariamente sujeito a regime de trabalho escravo, forçado ou obrigatório, nem seja o assédio por iniciativa ou no interesse do empregador, preposto ou terceiro a seu mando.

## II.1.2. Outras fontes de direito internacional em matéria de trabalho escravo

Embora o quesito da consulta enfatize e papel da OIT, cabe também realçar a contribuição da ONU (para além da já citada Convenção da Escravatura - 1926), da Organização dos Estados Americanos - OEA, bem como o concurso de organismos de direito comunitário na integração do direito internacional de promoção do trabalho livre.

Entre 1930 e 2014, foram produzidos diversos documentos supranacionais em sede de ONU, de OEA, e de União Europeia - UE (só para citar o direito comunitário no qual a matéria mais se desenvolveu, particularmente pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem<sup>207</sup>).

Quanto ao Mercosul, caso venha a completar seu estágio de união aduaneira, poderá adiante contribuir decisivamente nessa agenda. Tenho presente que, apesar da pouca aderência das rotinas das autoridades migratórias brasileiras, foi em sede de Mercosul que se produziu o Tratado de Livre-Residência Mercosul, Chile e Bolívia - 2002. De alcance só comparável ao de Schengen, mas ao contrário desse, essencialmente voltado à imposição de barreira imigratória aos cidadãos de Estados não signatários, o Tratado do Mercosul orientou-se pela garantia de livre trânsito de pessoas, seja para trabalho ou mera residência, removendo os conhecidos problemas de regularidade migratória entre seus nacionais. Como demonstram diversos estudos sobre o assunto, a circunstância de figurar enquanto migrante “indocumentado” (no jargão das organizações humanitárias de apoio ao migrante) constitui um dos maiores fatores de vulnerabilidade do trabalhador ao tráfico de pessoas e à sujeição à condição análoga à de escravo<sup>208</sup>.

Com seu advento no Segundo Pós-Guerra, a Organização das Nações Unidas - ONU conferiu redobrado destaque à agenda da escravidão típica, ou seja, o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos da propriedade. Esse tratamento da ONU, resgatando

<sup>207</sup> Um estudo seminal sobre o papel da Corte Europeia de Direitos do Homem encontra-se em: ADRIANT-SIMBAZOVINA, Joël, «L'Esclavage, La Servitude et le Travail Forcé ou Obligatoire dans la Jurisprudence de La Cour Européenne des Droits de L'Homme: une échelle pertinente des formes d'Exploitation de l'Être Humain ?»; In Droits - Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques; n. 52, 3, 2010; pp.97-120.

<sup>208</sup> Veja assim o competente estudo, originariamente tese de doutorado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da USP, de VALENTE, Denise Pasello, Tráfico de Pessoas para Exploração do Trabalho (São Paulo: LTr, 2012); pp. 117 e ss. Também nessa perspectiva, queira conferir a dissertação de mestrado de TERESI, Verônica Maria. A Cooperação Internacional para o Enfrentamento do Tráfico de Mulheres Brasileiras para fins de Exploração Sexual: o caso Brasil - Espanha; Dissertação de Mestrado oferecida à Universidade Católica de Santos - Unisantos, área de Direito Internacional; Santos, 2007; especialmente às pp. 65 e ss.

o legado da Convenção da Escravatura de 1926, ainda da Liga das Nações, foi por ela adensado por meio da “Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravidão (1956)”.

Nessa ocasião, a ONU não apenas reiterou a proibição da escravidão, como também a ampliou, tornando-a extensiva a instituições e práticas que passariam a tipificar como análogas à escravidão, tais como: servidão por dívida; servidão por lei, costume ou por contrato; promessa ou cessão de mulher para matrimônio mediante remuneração aos pais, tutores, família ou terceiros; cessão de mulher a terceiro por marido, família ou clã; cessão de esposa pela morte do marido; entrega de criança ou adolescente, remunerada ou não, por pais ou tutores, a terceiro, para fim de exploração da pessoa ou de seu trabalho [art. 1o. da Convenção Suplementar da ONU (1956)].

Ainda no âmbito da ONU, além das Convenções de 1926 e 1956, devotadas especificamente ao trabalho escravo, foram produzidos outros documentos normativos de direito internacional de grande relevância nos quais figuraram disposições endereçadas à erradicação do trabalho escravo.

Os principais deles são:

- 1) Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948 [art. 4o.];
- 2) Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos - 1966 [art. 8o., §1o.];
- 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966 [arts. 6o. e 7o.];
- 4) Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional - 2000 e dois de seus Protocolos Adicionais [vide nota 10, retro];
- 5) Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares - 1990 [não ratificada pelo Brasil].

### **II.1.3. Panorama atual dos mecanismos regulatórios da OIT para erradicação do trabalho forçado ou obrigatório**

O final da década de 1990 imporia à OIT a necessidade de uma grande revisão de seus mecanismos e estratégias regulatórias até então praticados.

Fatores tais como 1) a superação da bipolaridade pela erosão da antiga União Soviética, 2) o rápido e avassalador itinerário de globalização, acompanhado de 3) profundas modificações nos parâmetros de organização do trabalho, que migra do gigantismo da autossuficiente empresa fordista, para um modelo de fragmentação da atividade laboral; 4) a crescente precarização das formas tradicionais de contratação do trabalho; 5) o declínio da capacidade de arrematação e do poder de reivindicação dos sindicatos; tudo ao mesmo tempo acabaria impondo à OIT uma agenda de revisão de seus métodos e de reordenação de suas estratégias e

objetivos<sup>209</sup>.

Próximo do final de seus dois mandatos consecutivos (1989-99) como Diretor-Geral da OIT, o belga Michel Hansenne induziria o Conselho de Administração e o estafe técnico da Organização a se engajarem num processo de debate e elaboração de contornos para uma possível “declaração”. A iniciativa finalmente resultaria exitosa com a oferta e a aprovação, pela Conferência da OIT de 1998, da “Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”.

Em suma: 1) enquanto “declaração”, dispensa ratificação dos Estados-membros, contornando eventuais leniências nesse processo; 2) ao indicar nomeadamente “princípios e direitos fundamentais”, a Declaração pauta a prioridade das ações subsequentes e dita, como estratégicas, as políticas no rumo de sua efetivação; 3) escorando-se nos compromissos subjacentes à Constituição da OIT, atualizada pela Declaração de Filadélfia, inova corajosamente ao (3.1.) tratar princípios como normas, e como (3.2.) normas de observância obrigatória e de exigibilidade oponível a todos os Estados-Membros<sup>210</sup>. Entre esses, o constante da alínea “b)” de seu artigo 2º: “eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório”.

Essa estratégia regulatória praticamente neutralizou os óbices e resistências jurídicas à observância das normas da OIT, fundados na ausência de ratificação pelo Estado resistente; ao menos nas quatro matérias tratadas.

A esses quatro eixos temáticos - “princípios e direitos” doravante declarados “fundamentais”, corresponderiam oito variadas Convenções da OIT; uma das quais aprovada após o advento da Declaração, já em 1999:

- 1) Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, 87 -1948;
- 2) Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, 98 - 1949;
- 3) Convenção sob Trabalho Forçado, 29 - 1930;
- 4) Convenção para a Abolição do Trabalho Forçado, 105 - 1957;
- 5) Convenção sobre a Idade Mínima para Admissão no Emprego, 138 - 1973;

<sup>209</sup> O que se chamou noutro lugar de “giro estratégico” na forma de condução de sua agenda regulatória. Um detalhamento dessas mudanças encontra-se em FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. “Direitos Sociais e Direitos Fundamentais na Perspectiva da Declaração da OIT de 1998; um caso de *soft law* no rumo da sua efetividade”; In GOMES, Ana V. M e FREITAS JR, Antonio Rodrigues de, organizadores, A Declaração de 1998 da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (São Paulo: LTr, 2014); p 13.

<sup>210</sup> “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.”

- 6) Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, 182 - 1999;
- 7) Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 100 - 1951; e
- 8) Convenção sobre a Discriminação no Emprego e Ocupação, 111 - 1958.

Conquanto não infensa a críticas, muitas das quais provenientes de estudiosos da própria OIT e acadêmicos, é inegável que a Declaração da OIT de 1998 atraiu para si também muitos aplausos como sendo, afinal, o marco na delimitação dos antes tão controvertidos *ILO Core Labour Standards*.

Sob sua inspiração, e de algum modo procurando responder às críticas endereçadas à Declaração de 1998, a OIT, uma década após, aprovará a “Declaração da OIT sobre a Justiça Social para um Globalização Justa e a promoção do Trabalho Decente - 2008”.

Na perspectiva dos direitos humanos, a Declaração de 1998 sintetiza o propósito de erradicação das formas mais repulsivas de ofensa ao direito do trabalho, ao passo que, no contínuo aperfeiçoamento da proteção trabalhista, a Declaração de 2008 complementa o repertório de “prioridades” da OIT, por meio da agenda do assim chamado “trabalho decente”.

A partir de então, o conteúdo dos Relatórios da Comissão de Peritos para Acompanhamento das Normas da OIT, particularmente em seus *General Surveys*, passará a ter por foco primordialmente o exame do panorama mundial sob o ângulo da temática das duas Declarações.

O Estudo Geral do Relatório da Comissão de Peritos para o Acompanhamento da Aplicação das Normas da OIT, de 2012, intitulado sugestivamente “Dando à Globalização uma Face Humana”, e reconhecidamente elaborado tendo por referência os fundamentos das duas Declarações (1998 e 2008), constitui precioso resgate e exercício de atualização na interpretação da Convenção 29 -1930, que pode ser adotado como roteiro confiável no balizamento jurídico do trabalho forçado.

Destaco algumas de suas asserções mais relevantes, referentes a expressões constantes da Convenção OIT 29 - 1930, procurando reproduzi-las da maneira mais literal e fiel quanto possível:

- 1) o substantivo “trabalho ou serviço” deve continuar a ser distinguido de “treinamento” ou atividade em contexto de “educação compulsória”, que persiste em “vários instrumentos internacionais como meios de assegurar o direito à educação” [verbete 269, p.110];
- 2) “ameaça de penalidade” deve ser recebida em seu sentido mais amplo: compreende sanções penais assim como várias formas de mitigação da autonomia, tais como violência física, psicológica, coerção e retenção de documento de identidade; sendo que a expressão

“penalidade” também pode tomar a forma mais tênue de “perda de direito ou vantagem”; [verbetes 270 - p.110];

3) “oferecimento de espontânea vontade” refere-se a consentimento exercitado de forma “livre e informada”, consentimento livre não apenas para ingressar como para deixar o emprego, livre diante da lei, do Estado como também diante da conduta do empregador que, exemplifica o documento, não pode induzir trabalhadores migrantes mediante fraude ou falsa promessa [verbetes 271, p.110].

Ao longo dos verbetes 273 a 292, o Estudo Geral do Relatório de 2012 ocupa-se de revisitar os problemas, como visto, bastante delicados, das exceções à proibição do serviço ou trabalho forçado ou obrigatório constantes da Resolução OIT 29 - 1930.

O ponto alto do Estudo Geral do Relatório de 2012 consiste no destaque por ele conferido à agenda do enfrentamento do trabalho forçado pelo olhar preferencial em direção aos fatores de vulnerabilidade: vestígios de escravidão em comunidades tradicionais, servidão por dívida, pobreza de trabalhadores agrícolas e integrantes de comunidades indígenas e trabalhadores migrantes (em especial migrantes domésticos), bem como seres humanos submetidos a sequestro e a tráfico para o fim de exploração do trabalho [verbetes 293 a 296; pp.124-128].

Finalmente, neste ano de 2014, a OIT procederá a uma significativa revisão e ampliação de seu repertório normativo endereçado ao enfrentamento do trabalho forçado ou obrigatório.

Na Conferência Internacional do Trabalho de 2014, por 437 votos a favor, 8 contra e 27 abstenções, a OIT aprovou o Protocolo, de observância obrigatória independentemente de ratificação, de razoável extensão (aberto por nove “considerandos” e disposto em sete artigos) intitulado “Protocolo de 2014 relativo à Convenção sobre Trabalho Forçado - 1930”.

O Protocolo de 2014 fez-se acompanhar da “Recomendação sobre o Trabalho Forçado (medidas complementares) - 2014”, essa última ainda mais extensa, que por seus quatorze artigos ocupa-se de detalhar medidas de: 1) prevenção; 2) proteção; 3) ações jurídicas e de reparação, tais como indenização e acesso à Justiça; e 4) controle de aplicação.

Sob indisfarçável inspiração do modelo de enfrentamento adotado nos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo da ONU - 2000<sup>211</sup>, cujo objeto é o combate ao tráfico de pessoas, as mais recentes iniciativas regulatórias da OIT, referentes a trabalho forçado, conferem todas as luzes ao que deve o Estado prover,

---

<sup>211</sup> Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; e o Protocolo Adicional à A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

em tais circunstâncias, na direção do interesse da vítima.

Necessário destacar que isso constitui mudança de ênfase por parte da OIT, dando sequência e em harmonia com as grandes alterações introduzidas pela já referida Convenção da ONU para o combate ao crime organizado (Palermo - 2000), especialmente seus Protocolos Adicionais referentes a tráfico de seres humanos. Até então, o direito internacional voltado à coibição de ofensa aos direitos humanos no âmbito das relações de trabalho esmerava-se na tipificação dos delitos, na enumeração das hipóteses de incidência da caracterização penal, e na recomendação das medidas de repressão, cooperação internacional, e definição de critérios de modulação de penas para os Estados por ele alcançados.

Com Palermo 2000, e OIT 2014, a vítima, nas ações do Estado para seu acolhimento, deve ser chamada ao protagonismo. A mesma vítima de trabalho forçado ou obrigatório, assim como aquela do tráfico para esse fim, cuja concordância outrora fora excludente de antijuridicidade, quando não fosse mesmo considerada coautora ou partícipe, passa a merecer agora atenção qualificada.

No cenário processual-internacional, o silêncio da vítima, antes encarado como indiciário de sua anuência, indiferença ou mesmo cumplicidade, é agora ouvido como o eloquente grito por socorro de ser humano aprisionado por vulnerabilidades. Nesse cenário, até mesmo eventual participação comissiva da vítima pode, em certas circunstâncias, autorizar a recusa do Estado na punição do delito acessório.

Sem prejuízo de reiterar a incontroversa exigência de criminalização, coibição e punição do ofensor, em matéria de trabalho forçado ou obrigatório, o olhar do direito internacional abre-se para o tratamento das causas e ao acolhimento das vítimas, de modo a sublinhar que são igualmente imprescindíveis ações efetivas do Estado na direção:

1) da **prevenção**, primária e secundária, a saber: mediante 1.1.) educação e informação (inclusive a empregadores), 1.2.) intervenção da autoridade para exigir termos de contrato de trabalho mais precisos e compreensíveis, 1.3.) inteligência e planejamento da ação e da fiscalização do Estado, orientando-as pela priorização dos segmentos particularmente vulneráveis de trabalhadores (v.gr., migrantes, mulheres, crianças), bem como conjugando-as com ações endereçadas ao combate ao tráfico de pessoas [arts. 1o. e 2o. do Protocolo e art. 1o., “a”, da Recomendação da OIT 2014];

2) da **identificação e libertação das vítimas**, [art 5o.”1)”, Rec/OIT/2014]

3) da **proteção das vítimas**, assim compreendendo: 3.1.) proteção da sua vida privada [art. 1o., “2.2. 2)” Rec/OIT/2014]; 3.2.) dar voz aos sindicatos de trabalhadores e outras organizações, para apoio e parceria [art 6o., Rec/

OIT/2014], 3.3.) “esforços razoáveis” para proteção da sua segurança, oferta de alojamento, atenção sanitária (inclusive psicológica), medidas especiais de readaptação, proteção de sua identidade, assistência social visando à sua inclusão e acesso a oportunidades de educação e formação que a habilite à obtenção de trabalho decente [art 9o., Rec/OIT/2014]; 3.4.);

4) da segurança e **voluntariedade em caso de repatriação da vítima**; assegurando-lhe a **concessão de residência temporária ou permanente e visto de trabalho** [art. 11, “b” e “c”, Rec/OIT/2014);

5) da viabilização jurídica de que as **autoridades possam decidir abster-se de promover ações judiciais ou de impor sanções às vítimas de trabalho forçado ou obrigatório por sua participação em atos ilícitos** a que tenham sido obrigados, por efeito direto de sua sujeição àquela circunstância.

Esse quadro de verdadeira inovação paradigmática, do tratamento conferido pelo direito internacional, na erradicação do trabalho forçado ou obrigatório impõe aos atores jurídicos um alargamento em sua percepção, não apenas sobre a gravidade do fenômeno (o que já reconheciam), como também acerca da extensão humana e social do dano, bem como do alcance que se deve esperar da ação do Estado, das autoridades, da comunidade jurídica e da sociedade civil como um todo para o resgate da dignidade, quando não mesmo da própria condição humana da vítima.

## II. 2. Condições degradantes e trabalho escravo

### II. 2.1. Ambientação do conceito de condições degradantes

Fruto tão exclusivamente brasileiro como a jabuticaba, a expressão “condições degradantes de trabalho”, convertida em figura normativa - particularmente de norma penal - foi abduzida das páginas sociológicas e jornalísticas e migrou para a literatura jurídica em torno da agenda do trabalho escravo, por função de sua expressa alusão no art. 149 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 10.803/2003. Diante da relevância da alteração legislativa para nosso tema, vale transcrever a redação original do dispositivo e a redação adquirida em 2003:

Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo: Pena – reclusão, de dois a oito anos. **(redação original)**  
“Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada

exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;  
II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem." (redação conferida pela Lei nº 10.803/2003)

Já disse que não me ocuparei aqui da dimensão do problema sob o ângulo da hermenêutica criminal. Apesar disso, não posso deixar de ressaltar como o Comitê de Peritos para o Acompanhamento das Convenções da OIT tem sublinhado a relevância de uma tipificação penal bem elaborada, que não se acanhe a “provisões gerais referentes à liberdade para o trabalho” [verbete 320 do citado Estudo Geral - 2012; p. 142].

Também reputo útil ter presente, no cenário mais rigoroso da tipificação penal, o exame do alcance do tipo constante do art. 149 do nosso Código Penal, em sua dicção mais recente. Em relação a esse dispositivo, o E. Plenário do C. Supremo Tribunal Federal decidiu que, “para a tipificação do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima (...) à ‘condição degradantes de trabalho’”.

A *ratio* dessa decisão consiste no reconhecimento de que:

A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. (...) A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”<sup>212</sup>.

Logo no verbete 321 do mencionado Estudo Geral -2012 da OIT, referindo-

<sup>212</sup> STF, Plenário, Inquérito nº 3.412-AL, Rel. para acórdão Min. Rosa Weber, j. 29.03.2012.

se à relevante missão da fiscalização trabalhista no combate ao trabalho forçado, o Relatório da Comissão de Peritos da OIT também observa que a caracterização do trabalho forçado, para fins penais ou trabalhistas, pode resultar do acúmulo de infrações menores que, em seu conjunto, indiquem sua presença.

Pela relevância da passagem, tomo a liberdade, encarecendo escusas para transcrevê-la como consta e como a leio (nosso vernáculo ainda não figura entre os idiomas de trabalho da OIT):

*Labour inspection plays an essential role in this respect in view of its mission to supervise the application of labour legislation and identify violations. Indeed, as the Committee has emphasized, the accumulation of certain violations of labour law may be an indicator of forced labour. In the great majority of cases, forced labour is characterized by several simultaneous violations of labour law, each of which must be penalized as such. Taken together, these labour law violations constitute the criminal offence of 'forced labour', which itself gives rise to specific penalties. (General Survey on the Fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration of Social Justice for a Fair Globalization, 2008 - Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations - International Labour Conference, 101st Session, 2012; p.142)*

No ambiente brasileiro de elaboração juslaboral, devotada à figura das “condições degradantes de trabalho”, os dizeres convergem para enaltecer:

- 1) a centralidade das condições físicas e sanitárias em que se dá, seja a prestação do trabalho, seja a moradia do trabalhador residente em alojamentos ou canteiros, para a qualificação de ambientes rudes o bastante para pôr em questão a dignidade da pessoa humana;
- 2) a possibilidade de caracterização de “condições degradantes de trabalho” pelo juízo conjunto referente a diversas violações trabalhistas que, isoladamente, não exibiriam essa grandeza.

Tendo em vista os parâmetros da já citada Instrução Normativa 91/2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho do MTE, e com a experiência adquirida não só na docência como à frente da auditoria desse Ministério, Vilma Dias Bernardes Gil apresenta o conceito para “condições degradantes de trabalho”:

todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saú-

de e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa.<sup>213</sup>

A centralidade nas condições ambientais, hoje prevalente na literatura e nas disposições governamentais, conquanto estatisticamente fundada, pode ser e já foi refutada no passado. O então Procurador do Trabalho, que funcionou diretamente no combate ao trabalho escravo, Luis Fabiano de Assis, por exemplo, rejeitou essa preferência ao argumento de que:

parece inadequada não apenas a tentativa de enumerar as situações em que o trabalhador se encontra em condições degradantes de trabalho; mas também o estabelecimento de associação exclusiva entre essas condições e o desequilíbrio no meio ambiente do trabalho. (...) quando se qualificam as condições de trabalho como degradantes, deve-se ter em vista que o bem degradado é a própria pessoa, detentora de imanente dignidade e de direitos que tutelam sua personalidade - instituição jurídica que capta sua condição humana.<sup>214</sup>

Ao me referir à ideia de “condições degradantes de trabalho” como prata de nossa terra, procuro realçar que a OIT e o direito internacional do trabalho prescindem dela, ou de outra figura qualquer, para o exercício de que chamo aqui de caracterização de trabalho forçado por juízo conjunto de outras infrações de menor gravidade.

## II.2.2. Parâmetros para a configuração de condições degradantes de trabalho

De qualquer modo, ao enfrentar o problema conceitual segundo a terminologia trivializada no Brasil (“condições degradantes”), o ponto consiste em saber, precisamente: **dentro de quais parâmetros a inobservância de outras regras de menor grandeza pode caracterizar, por juízo conjunto da Administração, “condições degradantes de trabalho”?**

A tarefa é a um só tempo desafiadora e não satisfatoriamente pavimentada, considerando a ausência de repertório expresso de direito internacional, bem como a circunstância de se tratar de um vocábulo semanticamente indeterminado, bem como revestido de forte conotação pejorativa, além de qualificativo de ilicitude.

<sup>213</sup> Cf. GIL, Vilma Bernardes. “Fiscalização e Trabalho Forçado”. In GOMES, Ana V. M. e FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. organizadores, A Declaração de 1998 da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (São Paulo: LTr, 2014); pp 95-110, o fragmento à p.97.

<sup>214</sup> Cf. ASSIS, Luis Fabiano. Trabalho em Condições Análogas às de Escravo no Brasil: da compreensão à erradicação - Perspectiva Jurídica. Dissertação de Mestrado oferecida à Faculdade de Direito da USP (São Paulo: 2008), p. 148.

De qualquer maneira, o pior a se fazer diante de termos assim, tanto abertos quanto autorizados por lei ao emprego na tipificação de ilícito, é ser cúmplice de sua vagueza e partícipe de excessos que se possam praticar em seu nome.

Nessa direção, proponho o emprego de **parâmetros** de natureza lógica e jurídica para a caracterização de “condições degradantes de trabalho”, aptas, por **juízo conjunto**, a configurar redução à condição análoga à de escravo, a saber: 1) culpabilidade, 2) pertinência; 3) proporcionalidade; 4) necessidade de que a Administração faça cessar imediatamente a conduta.

Cuidemos de examiná-los com o detalhamento necessário para compreender seu alcance e importância.

1) CULPABILIDADE - ter o **empregador, preposto ou terceiro a seu mando, dado causa por ação ou omissão, gestão ou subcontratação, à materialidade de tais “condições”**. É certo que em muitos casos empregadores alegam desconhecimento do fato como excludente, mas o desconhecimento das reais condições de seus empregados, e dos empregados de seus subcontratados, não resiste ao crivo da “exigibilidade de conduta diversa”, e da vizinha culpa *in negligendo*.

Não é admissível, porém, que a simples responsabilidade civil **objetiva** do empregador, na forma dos arts. 932 e 933 do Código Civil<sup>215</sup>, ou **presumida**, como afirma a Súmula 342 do E. Supremo Tribunal Federal, seja suficiente para configurar sua responsabilidade **subjativa** no âmbito administrativo-laboral e criminal.

Assim o é por uma razão facilmente compreensível: o regime de responsabilidade do Código Civil, do qual se ocupa a Súmula 342 do E. STF, tem por alvo a disciplina da culpabilidade nas ações entre particulares (interpartes), ao passo que o regime de responsabilidade perante a fiscalização laboral, assim como a responsabilidade diante da ação penal do Estado operam-se num cenário de superpartes (*ex parte principis*).

A subsidiariedade ou complementariedade da Lei Civil frente ao direito do trabalho, a que todos também por isso atribuem natureza de direito privado, cinge-se à relação empregado - empregador; não à relação empregador - Administração Pública. À relação empregador - Administração, indubitavelmente de direito público, aplicam-se os princípios gerais do direito administrativo; e, vale recordar, até o advento da Emenda 45 à Constituição da República, sob a competência da Justiça Comum.

Quando acertadamente se advoga a coexistência de regimes autônomos de responsabilidade, isso serve tanto para a responsabilidade administrativa ante a cri-

<sup>215</sup> Código Civil - Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Súmula 341 - STF - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

minal, quanto para a responsabilidade administrativa em relação à civil.

Saber situar adequadamente o regime de responsabilidade e os parâmetros da culpabilidade tem importância crucial.

Cuida-se aqui de qualificar fatos de gravidade menor como suficientes para caracterizar, por juízo conjunto da Administração, outro fato de natureza qualitativamente diversa e proporcionalmente bem mais grave: sujeição a condições degradantes ao ponto de constituir modalidade de redução à condição análoga à de escravo.

Nessa medida, a capitulação administrativo-laboral de “trabalho análogo ao de escravo”, seja pela via da figura do “trabalho forçado” por privação de liberdade, seja pela da sujeição a “condições degradantes”, **não segue o regime de responsabilidade (culpabilidade) do Código Civil nem o do Código do Consumidor mas sim o do direito administrativo na aplicação dos preceitos da OIT** (Convenções, se ratificadas e promulgadas ou relativas a direitos fundamentais; Declarações e Protocolos, todos integrantes do ordenamento jurídico do Brasil).

2) PERTINÊNCIA - as demais infrações consideradas no juízo conjunto devem todas referir-se a condutas que, obviamente, guardem **pertinência com a proteção de bens jurídicos assegurados pela tutela da dignidade da pessoa; em particular, seus direitos de liberdade e personalidade.**

É preciso ter cuidado com esse parâmetro. A Portaria Ministerial 3214/78 exhibe variedade e extensão incomensurável no seu elenco de Normas Regulamentadoras - NRs, voltadas a regular, progressivamente, a cada revisão, mais e mais detalhes referentes a procedimentos e edificações de alta complexidade técnica e de difícil observância. É bom que assim seja. Mas não parece razoável aquilatar qualquer uma delas como sendo de observância pertinente com a proteção da dignidade humana.

Só a NR.5, uma das quase trinta NRs periodicamente alteradas que integram a Portaria MTE 3214/78 sobre saúde, higiene e medicina do trabalho, ocupada especificamente das Comissões Internas de Prevenção de Acidente - CIPAs, possui 51 artigos e três extensos quadros anexos. Entre seus dispositivos figura, por exemplo, a regra segundo a qual “empossados os membros da CIPA, a empresa deverá protocolizar, em dez dias, na unidade descentralizada do Ministério do Trabalho, cópias das atas de eleição e de posse e o calendário anual das reuniões ordinárias - NR.5.14.”. A não observância de uma obrigação acessória da fiscalização como essa não exhibe pertinência, evidentemente, com a proteção da dignidade da pessoa.

Levando o exemplo ao limite apenas para exercício de demonstração do argumento, pensemos no fato da própria ausência de CIPA. Pondo de lado seus elevados misteres e sua inestimável importância na história da proteção do trabalhador brasileiro, a simples inexistência de CIPA constituída pode não ser sequer indiciária da prática de condições degradantes. Em tese: uma empresa rica, de cultura fortemente autoritária, dispondo de um mecanismo interno de *compliance* e de vigilância de saúde, risco e higidez ambiental, pode oferecer a seus empregados “condições de trabalho” mais exigentes e dignificantes que aquelas preconizadas pelas próprias normas do MTE.

Embora essa hipótese não seja usual nem provável, o que desejo demonstrar é sua possibilidade. Em sendo possível, a Administração, ao exercitar a caracterização de “condições degradantes” pelo juízo conjunto, só pode levar em conta infrações a disposições trabalhistas, mesmo aquelas referentes à segurança, saúde e higiene ambiental, quando inscritas num cenário em que sua sanção seja pertinente para a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador.

Não é somente pelo conteúdo ou pela natureza da norma descumprida, mas pela intenção, pelas circunstâncias e pelo potencial lesivo de seu descumprimento, que se aquilata sua pertinência para a dignidade da pessoa.

Voltando ao exemplo da empresa autoritária que se recusou a criar a CIPA: mesmo merecedora de sanção específica por essa infração, ainda que a Administração tenha o dever de sancioná-la porque a lei assim o impõe, por mais que sua cultura autoritária deva ser criticada, por mais que essa conduta ofenda os princípios do diálogo social da OIT, sua transgressão, nesse cenário, não exibe pertinência com a tutela da dignidade da pessoa. Por esse motivo, não pode autorizar a caracterização de “condição degradante” para fim de capitulação de trabalho análogo ao de escravo.

Esse tema é relevante: por mais que qualquer ofensa ao direito, no limite, possa ser vista sob o ângulo da dignidade da pessoa, isso não autoriza que na repressão a qualquer ofensa possa ser empregada qualquer sanção originariamente endereçada à tutela da dignidade da pessoa. Isso seria banalizar a proteção da dignidade da pessoa, fenômeno aliás já ocorrente no Brasil, como constata o Professor Virgílio Afonso da Silva:

ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam amontoadas em busca de proteção.<sup>216</sup>

Menos ainda parece defensável que a inobservância de disposições menores, como a ausência de livro de registro de empregado no canteiro de obra, só para dar um exemplo, censurável e sancionável que seja, venha a integrar um pacote de infrações que credenciem o juízo conjunto de sujeição a “condições degradantes” o bastante para caracterizar “redução à condição análoga à de escravo”.

3) PROPORCIONALIDADE - Os fundamentos da proporcionalidade, bastante conhecidos no direito internacional, constitucional e no direito penal, passam gradualmente a iluminar as formulações teóricas no campo do direito do trabalho, particularmente em matéria de aplicação de sanção. Tanto no campo da sanção privada, própria ao poder disciplinar do empregador, como no terreno da sanção pública,

<sup>216</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*; (São Paulo: Malheiros Editores, 2009) p. 193.

ca, praticada pela Administração em relação à conduta de empregador<sup>217</sup>.

O fundamento moral do princípio da proporcionalidade está radicado numa proposição ética elementar: “não faça para seu semelhante o que é detestável para você”.

Sua reabilitação na modernidade remonta ao direito administrativo prussiano do século XIX, mas vem merecendo acolhimento em diversas leis e precedentes jurisprudenciais do direito continental europeu, da Austrália, África do Sul, América do Norte, e Ásia.

Com algumas variações, diferentes experiências jurídicas conferem aplicação ao princípio da proporcionalidade mediante “testes”, ou seja, confrontação racional entre os postulados da proporcionalidade e aos ingredientes específicos da situação problema.

As pequenas variações no roteiro dos “testes” não descaracterizam a essência do que se está a perquirir. Adoto ao acaso o roteiro do “teste de três estágios” da Suprema Corte canadense<sup>218</sup>, apenas para exemplificar como se pode chegar à proporcionalidade até mesmo por exercícios intuitivos. Quando se contrariam vetores de interesse entre Administração e administrado, as soluções proporcionais são as que melhor resistem às seguintes questões:

- 1) **qual das medidas cogitadas** para adoção, pela Administração, é a que racionalmente melhor se ajusta aos objetivos por ela colimados (erradicar o trabalho em condições degradantes para a tutela da dignidade da pessoa)?
- 2) **entre as medidas cogitadas, a Administração escolheu adotar a que provoca menos prejuízo à liberdade do administrado**, dentre as que exibem semelhante capacidade de alcançar os objetivos colimados de modo satisfatório?
- 3) **a extensão dos prejuízos produzidos pela adoção da medida (sanção) pela Administração possui grandeza equivalente ou aproximada àquela dos benefícios a serem alcançados** (erradicar o trabalho em condições degradantes para a promoção da dignidade da pessoa)?

Pelo emprego desse, de outro ou de nenhum teste logicamente estruturado, importa que ao menos a proporcionalidade *stricto sensu* esteja presente na ação sancionadora da autoridade<sup>219</sup>.

<sup>217</sup> As principais asserções dessa passagem são creditáveis ao *paper* ALON-SHENKER, Pnina. DAVIDOV, Guy, Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts, *gray version* (Barcelona, 2013), apresentado à Labour Law Research Network I Conference, Universidade Pompeu Fabra - Barcelona-ES, 42 pp.; versão disponível no sítio do LLRN.

<sup>218</sup> Prossigo ancorado em Alon-Shenker e Davidov, *op.cit.*, *ibid.*

<sup>219</sup> Outro conhecido teste de juízo de proporcionalidade é o preconizado pelo professor Virgílio Afonso da Silva, que consiste em “recorrer à regra da proporcionalidade, nos moldes analisados anteriormente: ou seja, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (fomentar a realização de um outro direito fundamental, por exemplo), se não

Em outros termos, podemos afirmar sobre a proporcionalidade, para o que importa nos parâmetros da caracterização de “condições degradantes” por juízo conjunto:

- 1) **a gravidade das infrações, em seu juízo conjunto, deve corresponder à severidade da sanção por sujeição à condição análoga à de escravo** (leia-se: multas, interdição das atividades, resgate dos trabalhadores e cessação dos respectivos vínculos de trabalho, lançamento do nome do empregador no Cadastro da infâmia, etc.);
- 2) **a natureza da sanção imposta, dentre as que logicamente resultem adequadas e suficientes para a obtenção do resultado colimado, deve ser a que ocasione menos gravame ao administrado** (entre tantas medidas e sanções disponíveis ao MTE, para fazer com que o empregador observe preceitos ordinários da legislação trabalhista, não haverá o que preferir de menos gravoso à imputação de “condições degradantes” e à subsequente inscrição no Cadastro da infâmia?).

A jurisprudência laboral já vem dando mostras de estar sensível à necessidade de prestigiar o princípio da proporcionalidade, exatamente em matéria de inclusão no cadastro infame. Assim é que decidiu a 2a. fração turmária do Tribunal Regional do Trabalho da 23a. Região, por decisão confirmada pela 4a. Turma do E. Tribunal Superior do Trabalho:

PORTARIA 540/2004. AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE. INCLUSÃO NO CADASTRO DOS EMPREGADORES. REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. EMPREGADOS SUBMENTIDOS A TRABALHO DEGRADANTE. NÃO SUBMISSÃO A CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. IRREGULARIDADES ENCONTRADAS PELA FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO SANADAS EM CURTO PRAZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. (...) Ademais, do acervo probatório denota-se que não se implementou a condição necessária para a inscrição dos

---

há medida alternativa, tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro. (...) *deve haver uma medida concreta que será testada*”. (grifo no original). (*Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 179). Ele ressalta a importância da última etapa do teste de proporcionalidade, a qual, nas suas palavras: “consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.”; Cf. (*Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 175)

nomes dos Autores na lista, qual seja o preenchimento dos requisitos a que aludem os arts. 1o. e 2o. da Portaria 540/2004, pois as irregularidades foram sanadas em curto espaço de tempo, merecendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade, pois para realizar a ponderação exigida em caso de confronto de interesses envolvendo direitos fundamentais é ele que deve nortear o julgador e é formado pelos subprincípios da conformidade ou da adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito". (TRT 23a. Região, 2a. Turma, Rel. Des. Maria Berenice Carvalho Castro Souza - RO 00113.2009.066.23.00-8, 1o.06.2011).

Por sinal, o já citado precedente do E. Supremo Tribunal Federal (Inquérito 3.412/Alagoas; decisão de 29 de março de 2012), ao reconhecer que redução à condição análoga à de escravo pode se caracterizar sem cerceamento da liberdade física de locomoção, contempla em sua ementa a seguinte advertência:

**Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho (...).**

4) NECESSIDADE DE QUE A ADMINISTRAÇÃO FAÇA CESSAR IMEDIATAMENTE A CONDUTA - Entre os atributos da atividade administrativa figura a conhecida executoriedade ou autotutela do ato administrativo. Por qualquer nome que se lhe dê, cuida-se, na consagrada formulação de Celso Antônio Bandeira de Melo, da "qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu"<sup>220</sup>.

O caso de constatação da prática de redução à condição análoga à de escravo, seja mediante imposição forçada ou obrigatória de trabalho, seja por sujeição a condições degradantes, afigura-se **típico entre aqueles não só a permitir, como propriamente a exigir imediata providência da Administração fiscal, impondo a cessação do trabalho forçado ou em condições degradantes.**

**Em nenhuma das duas hipóteses autoriza-se à Administração deixar de cessar a vilania do empregador, libertando imediatamente suas vítimas,** deixar de se valer da autoexecutoriedade do ato administrativo. Cabe a ela, por atos formais e materiais, fazer cessar imediatamente a conduta do empregador.

---

<sup>220</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo (São Paulo: Malheiros, 1994); na quinta edição já vintaneira à p.195.

Por sinal, é essa a determinação, entre outras, do já citado art. 5o., “1)”, da Recomendação sobre Trabalho Forçado (medidas complementares) - 2012 da OIT, e a isso também expressamente se obrigaram, o MTE: o próprio Ministro, ao editar a Portaria nº 1.153 de 2003; o Secretário de Inspeção do Trabalho, pelos já citados arts. 13 e 14 da Instrução Normativa n. 91/2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho; exigências que, de resto, cumprem o dever de acompanhar o que prescreve o artigo 2-C da Lei nº 7.998/1990 (Lei do Seguro-desemprego), incluído pela Lei nº 10.608/2002 (ver análise dessas normas abaixo).

Em síntese: a configuração de “condições degradantes de trabalho” por meio de juízo conjunto, para fim de caracterização de trabalho em condições análogas às de escravo, deve tomar como parâmetro a presença simultânea dos seguintes fatores: 1) culpabilidade; 2) pertinência; 3) proporcionalidade; e 4) necessidade de que a Administração faça cessar imediatamente a conduta.

## II.3. Limites à capitulação da fiscalização

### II.3.1. Admitindo o trabalho escravo

Os principais marcos normativos da fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo são a Instrução Normativa nº 91, de 5 de outubro de 2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, e as Portarias nº 1.153 de 2003 e 546 de 2010, do Ministro do Trabalho e Emprego. A definição dos limites da capitulação da fiscalização passa, necessária e evidentemente, por esses marcos legais, mas exige, antes, uma breve narrativa dos fatos e das normas que lhes abriram caminho, no Brasil.

Desnecessário explicar que, no plano do “dever-ser”, o trabalho escravo foi abolido no Brasil em 1.888. E que, por outro lado, a abolição no plano fático jamais chegou a se realizar completamente, nem mesmo hoje. Mais de cem anos passaram, contudo, sem que o Estado brasileiro assumisse, de modo inequívoco, o descompasso entre a lei e a realidade brasileira quanto ao trabalho escravo. O gatilho para a notável mudança de postura estatal foi, como tem sido em outros âmbitos dos Direitos Humanos, a instauração de processo contra o Brasil perante uma Corte Internacional.

Em 16 de fevereiro de 1994, duas respeitadas organizações não governamentais transnacionais apresentaram denúncia contra o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por violação a diversos dispositivos da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos. O caso era de trabalho em condição análoga à de escravo e ficou conhecido como José Pereira, o nome do denunciante e vítima sobrevivente<sup>221</sup>.

<sup>221</sup> Foi sintetizado da seguinte maneira pela própria Comissão: “em setembro de 1989, a vítima que tinha então 17 anos de idade, e outros 60 trabalhadores foram retidos contra sua vontade e forçados a trabalhar sem remuneração e em condições desumanas e ilegais. Ao tentar escapar da fazenda, o adolescente Pereira e outro trabalhador foram atacados com disparos de fuzil pelo contratante e seus ajudantes armados, como

Afirmaram, as peticionárias, o descompasso aqui referido entre a legislação e a realidade brasileira quanto à matéria:

Além das leis trabalhistas que estabelecem salário e condições mínimas de trabalho, existem leis que proíbem especificamente o trabalho em condições análogas à escravidão, e determinam como crime para aquele que o promove ou efetua. Contudo, alegaram que até esta data da denúncia ninguém no Estado do Pará tinha sido processado e condenado nem por este caso em particular nem pelos outros muitos que existiam e tinham sido denunciados.

A responsabilidade do Estado brasileiro em âmbito internacional decorreria, nas palavras do relato, da cumplicidade de agentes do Estado do Pará, dado que, em alguns casos, policiais estaduais prendem e devolvem para a fazenda os trabalhadores que conseguem escapar; ou em outros casos, a polícia faz “vista gorda” (sic) e finge não ver quando os vigilantes privados tentam deter os trabalhadores fugitivos. Por outra parte, nem as autoridades de supervisão do Ministério de Trabalho nem a Polícia Federal tomam as medidas necessárias para prevenir, impedir ou reprimir adequadamente esta situação.

As peticionárias denunciaram a impunidade e cumplicidade do Estado, visto que apesar de estar aumentando nessa época as situações de trabalho escravo e as correspondentes denúncias, nenhum agente de contratação, capataz ou proprietário de fazendas foi condenado apesar da violência extrema que caracterizou essas violações.

O caso foi admitido pela Comissão. No sistema interamericano, a admissão pela Comissão não se confunde com a admissão pela Corte, que pode, essa sim, impor sanções. Mas a aceitação do caso pela Comissão, a quem incumbiria decidir pelo encaminhamento à Corte, dava sinais claros da plausibilidade da acusação.

A solução foi, contudo, amistosa: em 18 de setembro de 2003, o Brasil reconheceu sua responsabilidade internacional em relação ao caso, visto não terem sido os órgãos estatais capazes de prevenir, tampouco reprimir as violações de direitos cometidas pelos agentes particulares. Comprometeu-se a continuar os esforços para cumprir os mandados de prisão expedidos contra os responsáveis diretos pela prática

---

represália por sua fuga. Assinalaram que José Pereira foi atingido pelos disparos mas sobreviveu milagrosamente, pois seus agressores pensaram que estava morto. Alegaram que o outro trabalhador que o acompanhava, apenas conhecido pelo apelido de ‘Paraná’, foi morto pelos disparos. Seus corpos foram levados em uma caminhonete ‘pick-up’ pelos assassinos e deixados num terreno. Pereira conseguiu chegar a uma fazenda próxima e foi socorrido, possibilitando então apresentar sua denúncia.” [Relatório nº 95/2003, disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm> (acessado em 05.11.2014)].

do trabalho escravo, e a pagar indenização à vítima sobrevivente pelos danos sofridos (formalizada e autorizada pela lei nº 10.706/2003). Comprometeu-se, outrossim, a adotar diversas medidas de prevenção, entre as quais:

- 1) Implementar as ações e propostas de alteração legislativa contidas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (o Plano de 2003 veio a ser substituído em 2008);
- 2) Aprovar dois projetos de lei que então tramitavam no Congresso Nacional: um deles visando à inclusão, entre as infrações à ordem econômica, da utilização de “mecanismos ilegítimos de redução dos custos de produção como o não pagamento dos impostos trabalhistas e sociais, exploração do trabalho infantil, escravo ou semiescravo”<sup>222</sup>; e o outro, à modificação do artigo 149 do Código Penal brasileiro, de modo a especificar as condutas de redução à condição análoga de escravo, crime então previsto de modo muito genérico no Código Penal, o que dificultava sobremaneira a punição de eventuais agentes;
- 3) Defender a atribuição à Justiça Federal da competência para julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo;
- 4) Fortalecer o Ministério Público do Trabalho, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho, sendo esse o principal responsável pelas ações de fiscalização de trabalho escravo ao redor do país, e a Divisão de Repressão ao Trabalho Escravo e de Segurança de Dignitários, criada no âmbito da Polícia Federal<sup>223</sup>;
- 5) Promover campanhas de conscientização com relação ao trabalho escravo.

Não é sem razão, portanto, que o ano de 2003 foi um divisor de águas na luta pela erradicação do trabalho escravo no Brasil. Como já afirmado, o grande gatilho para a mudança de postura do Estado brasileiro quanto ao tema foi o caso José Pereira, tão importante para a promoção de mudanças institucionais de tutela da liberdade e da vida face à servidão laboral quanto o conhecido caso Gomes Lund para a proteção do direito à memória e à verdade.

Já em 1995, pouco depois do início do caso José Pereira, tiveram início as mudanças institucionais no sentido de aperfeiçoar o combate à escravidão no Brasil. Pelo Decreto nº 1.538, de 27 de junho de 1995, criou-se o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, “com a finalidade de coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado”<sup>224</sup>, ao qual competia:

<sup>222</sup> PL nº 2.130-A, que acabou arquivado. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17677> (acessado em 07.11.2014)

<sup>223</sup> Nos termos da Portaria nº 1.016 de 2002, do Ministério da Justiça. Disponível em [http://gceap.prsc.mpf.br/conteudo/arquivos/portaria\\_1016.pdf](http://gceap.prsc.mpf.br/conteudo/arquivos/portaria_1016.pdf) (acessado em 07.11.2014)

<sup>224</sup> Conforme artigo 1º do Decreto Presidencial. Íntegra da norma disponível em [http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/brasil/iniciativas/gertraf.php](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/iniciativas/gertraf.php) (acessado em 07.11.2014). Por seu artigo 6º, revogou o Decreto Presidencial de 3 de setembro de 1992 que criara o Programa de Erradicação do Trabalho Forçado e do Aliciamento de Trabalhadores – PERFOR (íntegra do decreto disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=34&data=04/09/1992&captchafield=fristAccess>, acessado

- I - elaborar, implementar e supervisionar programa integrado de repressão ao trabalho forçado;
- II - coordenar a ação dos órgãos competentes para a repressão ao trabalho forçado, indicando as medidas cabíveis;
- III - articular-se com a Organização Internacional do Trabalho - OIT e com os Ministérios Públicos da União e dos Estados, com vistas ao exato cumprimento da legislação pertinente;
- IV - propor os atos normativos que se fizerem necessários à implantação do Programa previsto no inciso I.

Multidisciplinar, o Grupo seria integrado por representantes das pastas do Trabalho, da Justiça, do Meio Ambiente, da Agricultura, da Reforma Agrária, da Indústria e do Turismo, com possibilidade de participação de representantes de outros órgãos ou entidades públicas e privadas.

Através da Portaria nº 550, de 14 de junho de 1995<sup>225</sup>, o então Ministro do Trabalho criou um grupo especial ao qual competia (conforme o artigo 2º da norma):

- a) Formar outros grupos especiais para a atuação fiscal móvel, visando, especialmente, potencializar o combate ao trabalho escravo, forçado e infantil;
- b) Apresentar à Sefit (Secretaria de Fiscalização do Trabalho), no prazo de trinta dias, as metodologias e procedimentos adequados para a implantação da fiscalização móvel;
- c) Iniciar a formação dos grupos especiais, imediatamente após o cumprimento das providências a que se refere a letra b, devendo no prazo de noventa dias, ter formado e treinado pelo menos seis grupos iniciais, que agirão como multiplicadores para a formação e treinamento dos grupos subsequentes;
- d) Atuação fiscal plena em todo o território nacional.

Esse grupo, embrião do que veio a ser denominado Grupo Especial de Fiscalização Móvel, vinculado atualmente à Secretaria de Inspeção do Trabalho, com atuação em todo o território nacional, formado por auditores fiscais do trabalho, policiais federais, procuradores do Ministério Público do Trabalho é considerado atualmente o órgão por excelência de combate ao trabalho forçado no Brasil.

Como registra o magistrado Rodrigo Schwarz, em “1995 o Presidente Fernando Henrique Cardoso, em um pronunciamento perante a nação, assumiu formalmente a existência do trabalho escravo no País, reafirmando o reconhecimento contido no Relatório Inicial Brasileiro Relativo ao Pacto Internacional de Direitos

---

em 07.11.2014), programa então existente de combate ao trabalho escravo no Brasil, cuja eficácia é ignorada.  
<sup>225</sup> Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/Portaria%20Minist%C3%83%C2%A9rio%20do%20Trabalho%20n%C3%82%C2%BA%20550,%20de%2014%20de%20junho%20de%201995.doc> (acessado em 07.11.2014)

Civis e Políticos de 1966”. Destaca esse autor que “o Brasil tornou-se uma das primeiras nações do mundo a reconhecer oficialmente a existência da escravidão, nas suas expressões contemporâneas, no seu território”<sup>226</sup>.

### II.3.2. Conformando as normas de fiscalização ao novo cenário

Em 2002, uma alteração à Lei do Seguro-Desemprego (Lei nº 7.998/1990) determinou que:

O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada<sup>227</sup>.

Além de garantir ao trabalhador o direito ao seguro-desemprego, a lei é clara ao determinar o imediato resgate de trabalhadores descobertos em situação análoga à de trabalho escravo.

Um ano depois, o Ministro do Trabalho e Emprego estabeleceu, pela Portaria nº 1.153 de 2003<sup>228</sup>, “procedimentos a serem cumpridos pelos Auditores-Fiscais do Trabalho nas ações fiscais para identificação e libertação de trabalhadores submetidos a regime de trabalho forçado e condição análoga à de escravo visando à concessão do benefício do Seguro-Desemprego” (como disposto na ementa da Portaria). A norma, até hoje em vigor, explica em que consiste o resgate do trabalhador descoberto em situação de redução à condição análoga à de escravo:

Art. 2º Os Auditores-Fiscais do Trabalho ao identificarem trabalhadores submetidos ao trabalho forçado ou condição análoga à de escravo, providenciarão a sua imediata libertação que consistirá na retirada dos trabalhadores do local de trabalho, com expedição de documentos e encaminhamento aos seus locais de origem para inclusão nas ações de qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho.

Cria, outrossim, o Relatório Circunstanciado de Ação Fiscal – RAE, cuja lavratura cabe ao Auditor Fiscal, em adição aos procedimentos típicos da ação fiscal, e fixado, pela própria Portaria, como o documento hábil à comprovação da situação de submissão a condição análoga à de escravo. É o que se depreende de seu art. 4º, caput e incisos:

<sup>226</sup> SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Trabalho Escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil (São Paulo: LTr, 2008), pp.144-145.

<sup>227</sup> Artigo 2-C da Lei nº 7.998/1990, incluído pela Lei nº 10.608/2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10608.htm) (acessado em 07.11.2014).

<sup>228</sup> Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-153-de-13-10-2003.htm> (acessado em 09.11.2014)

Art. 4º Para a comprovação da condição de que trata o artigo 3º, desta Portaria, o Auditor Fiscal, além dos procedimentos típicos da fiscalização, deverá elaborar Relatório Circunstanciado de Ação Fiscal - RAF, modelo em anexo, que conterà, entre outras, as seguintes informações:

I- identificação da propriedade rural e seu proprietário, número de empregados alcançados pela ação fiscal, número de trabalhadores registrados na ação fiscal, número de trabalhadores resgatados do regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo, valor bruto das rescisões, valor líquido recebido pelos trabalhadores, número de autos lavrados com cópias e Termos de Apreensão de Documentos, com cópias e eventuais prisões efetuadas;

II- no RAF será descrita de forma detalhada a ausência de Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, anotada; a forma de recrutamento de trabalhadores; o não pagamento de salários, o regime de servidão por dívidas, a existência de segurança armada e/ou notícias de pressões e violências por parte do empregador ou preposto, o isolamento da propriedade rural em relação a vilas, os pontos de acesso a transporte público, o não fornecimento de água potável, o não fornecimento de alojamentos adequados e as condições gerais de saúde e segurança.

Mais recentemente, no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho, foi editada a já citada Instrução Normativa nº 91 de 2011. Com ampla aplicação, abrange qualquer atividade econômica e qualquer trabalhador, brasileiro ou estrangeiro.

Os incisos I a VI do art. 3º da Instrução Normativa, aqui já transcritos, contêm as situações que, em conjunto ou isoladamente, são aptas a caracterizar o exercício de trabalho em condição análoga à de escravo. As condutas tipificadas são precisamente as mesmas do art. 149 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.803/2003. Referem-se tanto a situações nas quais a liberdade do trabalhador fica gravemente comprometida (trabalhos forçados, cerceamento do uso de meio de transporte, vigilância ostensiva, posse de documentos ou objetos pessoais) como a situações nas quais não se identifica necessariamente o atentado à liberdade individual (condições degradantes de trabalho, jornada exaustiva).

Mas a Instrução Normativa vai além ao definir as situações tipificadas. Define, primeiro, o que entende por trabalhos forçados:

a) “trabalhos forçados” – todas as formas de trabalho ou de serviço exigidas de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente, assim como aquele exigido como medida de coerção, de educação política, de punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente, como mé-

todo de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico, como meio para disciplinar a mão de obra, como punição por participação em greves ou como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa; [...].

Num só dispositivo, tem-se a conjugação das definições de trabalho forçado contidas nas Convenções 29 e 105 da OIT: aqueles prestados sob ameaça de sanção e sem espontânea adesão do trabalhador e aqueles exigidos como medida de coerção, de educação política ou como medida de discriminação. Em outros dos dispositivos voltados à definição das expressões utilizadas, veem-se os métodos pelos quais a liberdade do trabalhador pode ser cerceada. Inobstante a Instrução Normativa afirmar serem suficientes quaisquer das condutas, isoladamente, para a caracterização do trabalho em condição análoga à de escravo, a verificação das situações previstas nos dispositivos seguintes configuram necessariamente trabalho forçado:

- d) “restrição da locomoção do trabalhador” - todo tipo de limitação imposta ao trabalhador a seu direito fundamental de ir e vir ou de dispor de sua força de trabalho, inclusive o de encerrar a prestação do trabalho, em razão de dívida, por meios diretos ou indiretos, por meio de e coerção física ou moral, fraude ou outro meio ilícito de submissão;
- e) “cerceamento do uso de qualquer meio de transporte com o objetivo de reter o trabalhador” – toda forma de limitação do uso de transporte, particular ou público, utilizado pelo trabalhador para se locomover do trabalho para outros locais situados fora dos domínios patronais, incluindo sua residência, e vice-versa;
- f) “vigilância ostensiva no local de trabalho” – todo tipo ou medida de controle empresarial exercida sobre a pessoa do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho;
- g) “posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador” – toda forma de apoderamento ilícito de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho.

Além dessas definições, a Instrução Normativa traz ainda o que entende por jornada exaustiva e por condições degradantes de trabalho. O objeto de proteção, aqui, deixa de ser a liberdade e passa a ser a saúde e a segurança do trabalhador:

- b) “jornada exaustiva” - toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos à

sua segurança e/ou à sua saúde;  
c) “condições degradantes de trabalho” – todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa; [...]

Do ponto de vista procedimental, interessa notar a imediatez das providências que a Instrução Normativa exige sejam determinadas pelos auditores fiscais aos empregadores flagrados naquelas condutas. São as previstas nos incisos I a V do artigo 14:

- I – A imediata paralisação das atividades dos empregados encontrados em condição análoga à de escravo;
- II – A regularização dos contratos de trabalho;
- III – O pagamento dos créditos trabalhistas por meio dos competentes Termos de Rescisões de Contrato de Trabalho;
- IV – O recolhimento do FGTS e da Contribuição Social;
- V – O cumprimento das obrigações acessórias ao contrato de trabalho, bem como tome as providências para o retorno dos trabalhadores aos locais de origem ou para rede hoteleira, abrigo público ou similar, quando for o caso.

Do próprio auditor fiscal, exige o imediato resgate dos trabalhadores e a emissão do Requerimento do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado (direito assegurado a estes trabalhadores desde 2002, como visto acima):

Art. 13. A constatação de trabalho em condição análoga à de escravo ensejará a adoção dos procedimentos previstos no artigo 2º - C, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, devendo o Auditor-Fiscal do Trabalho resgatar o trabalhador que estiver submetido a essa condição e emitir o Requerimento do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado.

A eloquência da norma não permite pensar que o auditor fiscal esteja autorizado, ao constatar a ocorrência de trabalho em condição análoga à de escravo, a se virar e voltar a repartição de onde saiu para a diligência sem, pelo menos, providenciar a “paralisação das atividades” e o resgate dos empregados encontrados nessa situação.

Revela-se a imediatez das providências também no exíguo prazo fixado para a elaboração de relatório da ação fiscal realizada e a submissão deste à Chefia Imediata (cinco dias úteis). Chefia que conta com prazo também exíguo para veri-

ficar os dados e informações constantes do relatório e encaminhá-lo, por sua vez, à Secretaria de Inspeção do Trabalho (cinco dias úteis)<sup>229</sup>.

Peremptória, também, a determinação de que o auto de infração seja explícito quanto à caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo (conforme art. 3º, §2º da norma):

§2º. Ao identificar qualquer infração que possa caracterizar uma ou mais das hipóteses previstas nos incisos I a VI do caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho deverá lavrar os respectivos autos de infração, indicando de forma explícita no corpo de cada auto que aquela infração, vista em conjunto com as demais, caracteriza trabalho realizado em condição análoga à de escravo<sup>230</sup>.

A exigência não é aleatória: é, isto sim, decorrência necessária de princípios os mais caros do estado de direito, os quais não poderiam ser ignorados pelo legislador infraconstitucional, e menos ainda pela Administração Pública. A pretexto de resguardar a dignidade e a liberdade dos trabalhadores, **não se poderia prever todo um conjunto de sanções ao empregador sem que, em primeiro lugar, fosse o empregador acusado de maneira clara e explícita da prática de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo, condição essencial para exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório.**

Figura na Instrução Normativa 91/2011 a determinação de que, “ao identificar qualquer infração que possa caracterizar uma ou mais das hipóteses previstas nos incisos I a VI do *caput* (do art. 3o.)<sup>231</sup>, o Auditor-Fiscal deverá lavrar os respectivos autos de infração, indicando de forma explícita no corpo de cada auto que aquela infração, vista em conjunto com as demais, caracteriza trabalho realizado em condição análoga à de escravo” (§ 2º, art. 3o., IN SIT 91/2011).

<sup>229</sup> Como disposto em seu artigo 18, *in verbis*: “Art. 18. No prazo de cinco dias úteis após o encerramento da ação fiscal, o coordenador de grupo e/ou equipe deverá elaborar o competente relatório de fiscalização e entregá-lo à Chefia da Fiscalização imediata, que deverá verificar a adequação de todos os dados e informações nele inseridos, para posterior encaminhamento à SIT, no prazo máximo de cinco dias úteis a contar da data de seu recebimento.”

<sup>230</sup> A determinação repete-se no art. 14, §1º da Instrução Normativa: “§1º: Os autos de infração lavrados em decorrência desta ação descreverão minuciosamente os fatos e serão conclusivos a respeito da existência de trabalho em condição análoga à de escravo, de acordo com o previsto nos §§ 2º e 3º, do Art. 3º, desta Instrução Normativa.”

<sup>231</sup> Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

- I – A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;
- II – A submissão de trabalhador à jornada exaustiva;
- III – A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;
- IV – A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- V – A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- VI – A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Por sinal, as providências de “resgate” das vítimas e cessação da prática delituosa, para além de saltar a qualquer evidência de senso comum como imperativas, estão expressamente determinadas pelos artigos 13 e 14 da citada Instrução Normativa 91<sup>232</sup>.

Essas são, em amplos traços, as balizas administrativas impostas à fiscalização para erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo.

Resta contar a história da chamada “lista suja do trabalho escravo” e verificar de que modo as duas coisas estão hoje conectadas.

### II.3.3. Portarias inovam ao criar Cadastro

Em 17 de novembro de 2003, pela Portaria nº 1.234<sup>233</sup>, o Ministro do Trabalho e Emprego determinou que sua Pasta enviasse, semestralmente, a diversos Ministérios, uma “relação de empregadores que submetem trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantêm em condições análogas à de trabalho escravo” (art. 1º da Portaria).

No dia seguinte, pela Portaria nº 1.150/2003<sup>234</sup>, o Ministro de Estado da Integração Nacional determinou a órgão que lhe era subordinado a elaboração de “relação de empregadores e de propriedades rurais, que submetam trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou que os mantenham em condições análogas ao de trabalho escravo, cujas autuações com decisão administrativa são de procedência definitiva, publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego” (artigo 1º). A relação deveria ser encaminhada, semestralmente, aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais e aos Fundos Regionais de Financiamento.

O Ministro da Integração Nacional decidiu ainda recomendar “aos agentes financeiros que se abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos sob a supervisão deste Ministério para as pessoas físicas e jurídicas que venham a integrar a relação à que se refere o art. 1º”.

Estavam lançadas, por essas duas Portarias Ministeriais, as bases da “lista suja do trabalho escravo” ou “lista infame”, criada no ano seguinte, através da Porta-

<sup>232</sup> Art. 13. A constatação de trabalho em condição análoga à de escravo ensejará a adoção dos procedimentos previstos no artigo 2º - C, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, devendo o Auditor-Fiscal do Trabalho resgatar o trabalhador que estiver submetido a essa condição e emitir o Requerimento do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado.

Art. 14. O Auditor-Fiscal do Trabalho, ao concluir pela constatação de trabalho em condição análoga à de escravo, determinará que o empregador ou preposto tome as seguintes providências:

I – A imediata paralisação das atividades dos empregados encontrados em condição análoga à de escravo;

II – A regularização dos contratos de trabalho;

III – O pagamento dos créditos trabalhistas por meio dos competentes Termos de Rescisões de Contrato de Trabalho;

IV – O recolhimento do FGTS e da Contribuição Social;

V – O cumprimento das obrigações acessórias ao contrato de trabalho, bem como tome as providências para o retorno dos trabalhadores aos locais de origem ou para rede hoteleira, abrigo público ou similar, quando for o caso.

<sup>233</sup> Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-234-de-17-11-2003.htm> (acessado em 09.11.2014).

<sup>234</sup> Disponível em [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753) (acessado em 09.11.2014).

ria nº 540, de 15 de outubro de 2004, do Ministro do Trabalho e Emprego<sup>235</sup>. Denominada formalmente “Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo”, foi prevista a sua atualização semestral, como já ocorria nas normas anteriores, e o seu envio, pelo MTE, a diversos Ministérios e, adicionalmente, aos mais importantes bancos públicos do país<sup>236</sup>. A exclusão do nome do empregador ficou condicionada ao pagamento de todas as multas resultantes da ação fiscal pela qual tivesse sido descoberta a prática do trabalho em condição análoga à de escravo e à não reincidência na infração pelo período de dois anos, ao longo dos quais o empregador seria monitorado pelos auditores fiscais<sup>237</sup>.

Importante destacar que a inclusão no cadastro já dependia, nos termos da Portaria 540/2004, de “decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo” (conforme artigo 2º). Isto é: a lavratura do auto de infração, no bojo de ação fiscal em que se identificasse a conduta de redução de trabalhador à condição análoga à de escravo desencadearia processo administrativo cuja decisão final poderia impor a inclusão do empregador no cadastro. Poderia e deveria, caso preenchidos os requisitos, por ser o ato de inclusão no cadastro claramente vinculado, e não discricionário.

Relevante também o fato de que ter, no mesmo dispositivo, deixado de reproduzir a inclusão no Cadastro de empregadores em razão da caracterização de sujeição de trabalhadores a “condições degradantes” de trabalho, como previsto nas normas anteriores à Portaria nº 540/2004.

<sup>235</sup> Disponível em [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=b9f0a700-687a-47e3-9c1c-4d418f9e6cf8&groupId=407753) (acessado em 09.11.2014).

<sup>236</sup> Com as alterações introduzidas pela Portaria nº 496 de 2005:

Art. 3º O MTE atualizará, semestralmente, o Cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento aos seguintes órgãos:

- I - Ministério do Meio Ambiente; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- II - Ministério do Desenvolvimento Agrário; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- III - MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- IV - Ministério da Fazenda; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- V - Ministério Público do Trabalho; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- VI - Ministério Público Federal; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- VII - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- VIII - Banco Central do Brasil; (Redação dada pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- IX - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; (Acrescentado(a) pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- X - Banco do Brasil S/A; (Acrescentado(a) pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- XI - Caixa Econômica Federal; (Acrescentado(a) pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- XII - Banco da Amazônia S/A; e (Acrescentado(a) pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)
- XIII - Banco do Nordeste do Brasil S/A. (Acrescentado(a) pelo(a) Portaria 496/2005/MTE)

<sup>237</sup> Pelo disposto no art. 4º, caput e §1º da Portaria:

Art. 4º A Fiscalização do Trabalho monitorará pelo período de dois anos após a inclusão do nome do infrator no Cadastro para verificação da regularidade das condições de trabalho, devendo, após esse período, caso não haja reincidência, proceder a exclusão do referido nome do Cadastro.

§ 1º A exclusão do nome do infrator do Cadastro ficará condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal, bem como, da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários.

A norma **atualmente em vigor, para a disciplina da matéria, é a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011, do Ministro do Trabalho e Emprego em conjunto com a Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos.**

A Portaria Interministerial n. 2/2011, além de reproduzir, *ipsis literis*, as características do Cadastro como instituído pela Portaria nº 540/2004 do Ministro do Trabalho e Emprego, acrescentou a participação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, à qual compete “acompanhar, por intermédio da CO-NATRAE, os procedimentos para inclusão e exclusão de nomes do cadastro de empregadores, bem como fornecer informações à Advocacia-Geral da União nas ações referentes ao cadastro”.

Não disse, porém, sobre qual fundamento em **prévia e expressa previsão legal se sustentava**, a exemplo do silêncio reinante na precedente Portaria 540/2004. O fato é que agora não apenas a falta de suporte legal para o ato ministerial regulamentador é reproduzida, como vem acrescida de **atribuição, por ato do Ministro do Trabalho e do Emprego - MTE, à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, de “competência”** para “acompanhar”, imiscuindo-se nos “procedimentos”, a inclusão e exclusão dos nomes” (do MTE), e “fornecer informações à Advocacia Geral da União nas ações referentes ao cadastro”.

De tudo isso não se dá notícia nem ao Congresso nem à Presidência da República.

E segue sem novidades...

À míngua de qualquer permissivo legal exposto, e até mesmo de autorização superior da Presidência da República, como dito, a Portaria Interministerial 2/2011 sufraga inovadora modalidade de ação punitiva transministerial *ad hoc*, desacompanhada de chancela dos seus próprios titulares, confiando a auditores de uma das Pastas o poder de ministrar hermenêutica analógica de invulgar severidade, para exercer juízo atributivo da autoria de grave ilícito a empregador, sem que se lhe tenha dado o direito de prévia imputação para contraditório e defesa.

A “lista suja” é também objeto da já citada Instrução Normativa nº 91 de 2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, a qual estabelece que os critérios para inclusão na lista são de natureza “técnico-administrativa” (art. 19 da Instrução). Repete, além disso, o requisito procedimental essencial (também já referido, previsto desde a criação do cadastro, em 2004, e repetido na Portaria Interministerial nº 2 de 2011), para a inclusão de empregadores na lista: a **“decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo”** (como disposto no art. 20 da Instrução Normativa).

**“Decisão” de qual autoridade? Em que natureza de procedimento? Sob que parâmetros administrativos de aferição? Em que desenho institucional de controle hierárquico interno e de recorribilidade administrativa?**

A Instrução Normativa 91/2011 tenta responder: “os critérios para a inclusão de infrator no Cadastro...são de natureza técnico-administrativa e vinculados ao cumprimento dos requisitos contidos na Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011”(art. 19, IN 91/2011).

Leia-se quantas vezes quiser: a Portaria Interministerial n. 2/2011 não dispõe sobre parâmetros, não indica sequer nenhum “critério técnico-administrativo” de inclusão, nem tampouco sugere sob quais “requisitos”!

Note-se bem a que grau de aporia normativa é submetido o administrado: I) a Portaria afirma que “a inclusão do nome do infrator” na lista infame “ocorrerá após (quando e como após?) a decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência da ação fiscal” e

II) a Instrução Normativa da Secretaria de Inspeção do Trabalho, que disciplina a ação fiscal, afirma que “os critérios para a inclusão do infrator são de natureza técnico-administrativa (quais?) e vinculados ao cumprimento dos requisitos contidos na Portaria...” (quais?).

Por outro lado, deve-se destacar que a natureza jurídica da inclusão no Cadastro parece ser mesmo a de sanção administrativa, cujos requisitos de validade foram elencados de maneira muito precisa por Carvalho Filho no fragmento a seguir:

Um deles é o *princípio da legalidade*, pelo qual só pode incidir a sanção se houver expressa previsão na lei (e não em simples ato administrativo). Outro é o *princípio do contraditório e ampla defesa*, que confere ao infrator a oportunidade de rechaçar a acusação de cometimento da infração e provar as suas alegações. Exigível também é o *princípio da proporcionalidade*, através do qual o administrador tem o ônus de adequar o ato sancionatório à infração cometida, sendo-lhe vedado, pois, agravar ou atenuar desproporcionalmente a sanção. Quanto ao *princípio do devido processo legal*, a ele nós já nos referimos: sua incidência garante ao infrator seja observado rigorosamente todo o procedimento contemplado na lei para suscitar a punição. Sustenta-se também a observância do *princípio da motivação*, assegurando-se ao interessado o conhecimento das razões que conduziram à prática do ato punitivo<sup>238</sup>.

O lançamento do nome de alguém no “Cadastro de Empregadores que mantiveram trabalhadores em condições análogas à de escravo” é sanção, sim, e muito grave!

Faz-se de conhecimento público, é difundida por Ministérios e endereçada aos principais bancos públicos do país. Se o empregador por acaso também mantiver atividade rural, o lançamento de seu nome no Cadastro infame, por exemplo, inviabiliza completamente a concessão de crédito rural ao sancionado:

Art. 1º - Fica vedada às instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) a contratação ou renovação, ao amparo de recursos de qualquer

<sup>238</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 151.

fonte, de operação de crédito rural, inclusive a prestação de garantias, bem como a operação de arrendamento mercantil no segmento rural, a pessoas físicas ou jurídicas inscritas no Cadastro de Empregadores que mantiveram trabalhadores em condições análogas à de escravo instituído pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em razão de decisão administrativa final relativa ao auto de infração. Resolução n. 3876, do Conselho Monetário Nacional, de 22 de junho de 2010.

Mesmo que não se tratasse de sanção - só para indultar o pecado da criação do Cadastro mediante portarias “autônomas”, desacompanhadas de permissivo de lei - isso em nada reduziria o dever da administração de se mover por um roteiro de estrita vinculação, impessoalidade, observância da reserva constitucional da ampla defesa, de devido processo legal, da exigência de motivação etc.

Além desses predicados, é mister, dada a sua gravidade, e para guardar pertinência e proporcionalidade com a gravidade da infração imputada, que seja contemporânea a esta última. É mister que a demora entre a capitulação inicial e a imposição efetiva da pena de inclusão na lista seja a estritamente necessária ao respeito aos predicados do devido processo legal, acima. A aplicação da sanção muito tempo depois da infração, sem qualquer motivo para essa demora, é também abusiva e desproporcional, como tem reconhecido a jurisprudência trabalhista:

INSCRIÇÃO NO CADASTRO - “LISTA SUJA”. PORTARIA MTE 540/2004. IRREGULARIDADES SANEADAS. MOMENTO IMPRÓPRIO. É imprópria a inscrição no cadastro dos empregadores que mantém empregados em condições análogas à de escravo, instituído pela portaria 540/2004 do Ministério do Trabalho e do Emprego, porquanto realizada mais de 2 anos após as infrações autuadas, quando, ao rigor da norma, deveria ter sido realizada de imediato, a cumprir sua finalidade de dar publicidade à sociedade do resultado das práticas fiscalizatórias em que se concluiu pela existência de trabalho degradante. Já não é mais razoável e proporcional, nem atende aos princípios da publicidade e eficiência, a inscrição quando a empresa já regularizou suas condutas, adequando-se a tudo que lhe foi solicitado. [TRT 18a., 1a. Turma, Rel. Eugênio José Cesário Rosa. RO 0000152-30.2011.5.18.0101].

Levando em conta o que foi dito nos tópicos precedentes, passemos à resposta aos quesitos formulados:

### III - Os quesitos

#### 1. Como a Organização Internacional do Trabalho cuida das situações de trabalho degradante, e em condições análogas à escravidão?

Resposta:

1.1. Na coibição do fato ilícito, que em algumas legislações, como a brasileira, é denominado sujeição ou redução a “condições análogas à de escravo”, a Organização Internacional do Trabalho - OIT utiliza a expressão “trabalho forçado ou obrigatório”, desde a aprovação da sua Convenção - 1930.

1.2. Exceto em eventos, documentos de divulgação e campanhas, a OIT não emprega a expressão “trabalho escravo”.

1.3. A locução “trabalho escravo” ou “análogo ao de escravo”, no direito internacional, permanece residualmente utilizada no âmbito de outras agências da Organização das Nações Unidas - ONU e de algumas comissões e tribunais de direitos humanos. Essa preferência remonta à aprovação, em 1926, da Convenção da Escravatura, pela então Liga das Nações.

1.4. A expressão “condições degradantes de trabalho”, como figura jurídica, adquiriu relevância para o direito brasileiro em razão da aprovação da Lei n. 10.803, de 11.12.2013, que conferiu nova redação ao art. 149 do Código Penal. Assim surgiu o termo “condições degradantes de trabalho”, como hipótese de configuração de “redução à condição análoga à de escravo”. Fora desse cenário, e antes de 2003, a expressão “condições degradantes de trabalho” não exibe relevância nem correspondência semântica no direito.

#### 2. Todo trabalho degradante equipara-se a trabalho escravo?

Resposta:

2.1. O propósito da reforma do art. 149 do Código Penal pela Lei de 2003 foi o de estabelecer balizas para a aplicação e a efetividade de um tipo que, até então, fora enunciado genericamente: “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. Entre seus acréscimos, foi introduzida a figura, mesmo assim ainda muito aberta e genérica, de “condições degradantes de trabalho”.

2.2. Isso devolveu ao intérprete e à Administração fiscal o desafio de conceituar e indicar parâmetros para a caracterização de “condições degradantes de trabalho”, sob o ângulo da configuração do trabalho análogo ao de escravo.

2.3. A expressão “condições degradantes de trabalho” não guarda correspondência imediata com nenhum documento da OIT nem da ONU emergente na agenda do trabalho escravo. O meritório esforço da Secretaria de Inspeção do Tra-

balho, do Ministério do Trabalho e do Emprego - MTE de, por meio de Instrução Normativa, fixar para a fiscalização do trabalho uma definição vinculante, foi não apenas feliz na intenção como no resultado; ainda que comporte aprimoramento, a proposição constante da alínea “c”, § 1o., art. 3o. da Instrução Normativa 91/2011 exibe a seguinte dicção:

condições degradantes de trabalho’ - todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa.

2.4. A solução prescrita pela Instrução Normativa nº 91, além de equilibrada e sensata, harmoniza-se com o repertório normativo da OIT. A OIT, cabe notar, absorve a hipótese constante do cenário descrito pela IN 91/2011 sob sua tradicional rubrica de “trabalho forçado ou obrigatório”; como dito, sem o recurso à figura de “condições degradantes” nem a qualquer outra.

2.5. Sublinhe-se que os ingredientes conceituais da citada IN 91/2011 são de observância obrigatória para a fiscalização do MTE; vinculando até mesmo a autoridade que a prolatou, eis que, no estado de direito, os agentes estatais devem total obediência às normas editadas pelos próprios órgãos estatais em cujo nome atuam.

2.6. Ocorre que o conceito fixado pela IN 91/2011, ainda que adequado, não se mostra suficiente. Além do conceito, é preciso fixar parâmetros para sua aplicação, que permitam formular juízos abalizados para reconhecer, por exemplo, quais “direitos fundamentais da pessoa” em dentro de “que circunstâncias” podem levar à configuração de “condições degradantes”, aptas à caracterização de sujeição a condições análogas às de escravo.

2.7. Os parâmetros encontrados na doutrina e em outras disposições da própria Instrução Normativa 91/2011, são os seguintes: a) culpabilidade; b) pertinência; c) proporcionalidade e d) necessidade de que a Administração faça cessar imediatamente a conduta.

2.7.1 - Culpabilidade, recebida como a circunstância de ter o empregador, preposto ou terceiro a seu mando, dado causa por ação ou omissão, gestão ou subcontratação, à materialidade de tais “condições”. Destaque-se: culpabilidade na acepção estritamente subjetiva, ainda que por negligência, segundo os cânones hermenêuticos do direito público. Cuida-se de parâmetro imponível à sanção administrativa (relação empregador - Estado) e não à sanção trabalhista privada (relação empregado - empregador).

2.7.2. - Pertinência - entendida como a convergência lógica do conteúdo e da natureza da norma descumprida, da intenção do infrator e das circunstâncias da infração, para a configuração de condições degradantes ao ponto de lesão à dignidade da pessoa do trabalhador.

2.7.3. - Proporcionalidade - compreendida como a satisfação, em concreto, de condições ajustáveis ao menos às seguintes proposições: 1). **a gravidade das infrações, em seu juízo conjunto, deve corresponder à severidade da sanção por sujeição a condição análoga à de escravo** (multas, interdições, “lista infame”, etc.); e 2) **a natureza da sanção imposta, dentre as que logicamente resultem adequadas e suficientes para a obtenção do resultado colimado, deve ser a que ocasione menos gravame ao administrado.**

2.7.4. Necessidade de que a Administração faça cessar imediatamente a conduta - definida como a imposição, à Administração, por via da autoexecutoriedade, do poder-dever de **fazer cessar imediatamente a conduta do empregador de reduzir trabalhadores** à condição análoga à de escravo, seja mediante imposição forçada ou obrigatória de trabalho, seja por sujeição a condições degradantes. Exigência que consta reproduzida na Portaria nº 1.153 de 2003, do Ministro do Trabalho e do Emprego, na Instrução Normativa 91/2011, ambas dando cumprimento à exigência legal expressa que figura no artigo 2-C da Lei nº 7.998/1990, incluído pela Lei nº 10.608/2002.

### 3. Quais os limites de capitulação da fiscalização neste caso?

Resposta:

A capitulação da fiscalização deve observar os **limites objetivos de caracterização fática** da sujeição de trabalhador à condição análoga à de escravo, segundo os conceitos e parâmetros destacados nas respostas aos dois quesitos anteriores.

Caracterizados os fatos dentro dos limites objetivos acima, a capitulação administrativa do empregador pela fiscalização, **sob o ângulo formal**, idônea para autorizar a inclusão de seu nome no Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo requer, cumulativamente:

3.1. ação fiscal realizada por auditores do trabalho que observem a ocorrência de ao menos uma das situações descritas nos incisos I a VI da Instrução Normativa nº 91/2011;

3.2. lavratura dos autos de infração;

3.3. determinação administrativa de cessação das atividades e imediato resgate dos trabalhadores sujeitos àquela condição;

3.4. elaboração, ainda pelos auditores fiscais, do Relatório Circunstanciado de Ação

Fiscal – RAF:

3.5. fazer constar, do corpo de cada auto de infração lavrado, que tal infração, vista em conjunto com as demais, caracteriza trabalho realizado em condição análoga à de escravo;

3.6. instauração imediata de procedimento administrativo, no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho, que tenha por objeto específico decidir quanto à inclusão do nome do empregador no Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo;

3.7. oportunizar ao empregador acusado o exercício do direito à ampla defesa, com o alcance do art.5o., LV, Constituição da República, e na forma da Lei n. 9.784/99 - Lei do Processo Administrativo.

Nada disso, porém, esclarece a Portaria Interministerial 2/2011: i) erguida enquanto monumento de sanção na forma de regulamento autônomo, ii) sem amparo em preceito legal expresso no tocante ao Cadastro que institui, iii) silenciosa, de modo eloquente e temerário, quer no pertinente aos requisitos substantivos, quer no que respeita aos ingredientes procedimentais, iv) instituindo sanção ou “efeito” desacompanhado do devido processo administrativo capaz de agasalhar o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Quer me parecer, com todas as vênias, que assunto de tal relevância e gravidade estaria a merecer melhor moldura jurídica.

São Paulo, 22 de dezembro de 2014

**Antonio Rodrigues de Freitas Jr.**  
OAB/SP 69936

# Peças Judiciais



# Personalidade Jurídica do Poder Legislativo Municipal

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 14ª vara da Fazenda Pública da Capital – Estado de São Paulo.

Processo nº 1004029-29.2014.8.26.0053

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por suas procuradoras infra-assinadas (doc. 01), nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe, movido por ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO, em face de MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, vem, nos termos do artigos 499 c.c. 535, I, do Código de Processo Civil, opor

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE TERCEIRO PREJUDICADO COM EFEITOS INFRINGENTES**, pautado no quadro que segue:

## **1. Da Tempestividade:**

A Edilidade Paulistana não é parte no presente feito, entretanto, recebeu ofício deste juízo em 07 de maio de 2015 (cópia anexa – doc. 02), com determinação para o estrito cumprimento aos termos da sentença do processo em epígrafe.

Releve-se que o prazo para opor Embargos de Declaração em hipóteses dessa espécie conta-se da ciência da decisão respectiva (RF 258/268), do que se depreende a tempestividade dos presentes Embargos (art. 188 CPC).

## **2. Do cabimento dos presentes Embargos e do pleito de esclarecimento com efeito infringente:**

Referida solicitação teve por base uma petição da impetrante informando que a Câmara Municipal não estaria realizando os pagamentos relativos aos serviços prestados pela Eletropaulo, sob a justificativa de que há débitos no CADIN, a teor do que determina o artigo 3º, II, da Lei Municipal 14.094/95.

Com a devida vênia, tal determinação denota uma equivocada interpretação da sentença, de que a Câmara Municipal de São Paulo seria um simples órgão da Administração Direta ou a ela vinculada.

A decisão que concedeu a segurança à impetrante foi proferida nos seguintes

termos:

*ante o exposto, ratifico a liminar e concedo a segurança para vedar, através da inscrição em CADIN do Município de São Paulo de qualquer débito imputado à aqui impetrante (inclusive débitos de multas por infrações de trânsito discutidas no processo de autos n. 0044043-77.2011.8.26.0053, da 11ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca de São Paulo, **através dos órgãos a ela vinculados e que são integrantes de sua Administração Pública Direta, seja por meio de entes integrantes de sua Administração Indireta e que tenham personalidade jurídica própria**) vinculadas a contratos de fornecimento de energia elétrica e iluminação pública com eles celebrados, ficando, pois, afastada a incidência in casu do art. 3º, II, da Lei Municipal 14.094/95. (grifei)*

Ocorre que o ato decisório supra, que interpretou equivocadamente a sentença, acabou por violar os princípios da separação dos Poderes (2º CF), contraditório, ampla defesa (art. 5º, LV, CF), e interferir na esfera de livre decisão da Administração do Poder Legislativo. Em outras palavras, referida interferência gerou um prejuízo ao Poder Legislativo, na medida em que criou uma **obrigação de pagamento** à Câmara Municipal, contrariamente ao que estabelece o artigo 3º, II, da Lei Municipal 14.094/95, que encontra-se em plena vigência, em demanda na qual não foi citada ou intimada a se manifestar.

Dai a oposição pela Edilidade dos presentes Embargos de Declaração, como terceiro prejudicado, requerendo sejam concedidos efeitos infringentes, objetivando esclarecer e integrar a decisão judicial, para que seja excluído do conceito de Administração Pública Direta ou de órgão da Administração Pública Direta, o Poder Legislativo Municipal.

Outrossim, a Câmara Municipal de São Paulo não pertence à relação processual existente no presente *mandamus*. Desta forma, os efeitos da sentença não poderão se estender até a esfera de atuação jurídica do Legislativo, que aliás, possui contrato distinto com a Eletropaulo para prestação de iluminação e energia elétrica, exatamente como decorrência do princípio da Separação dos Poderes (art. 2º C.F.), possuindo, inclusive, quadro de Procuradores distinto do Poder Executivo.

Consoante verificação dos presente autos, observa-se que o contrato firmado entre a autora e a Municipalidade (e que foi apresentado juntamente com a inicial do *mandamus*-contrato 22/SES/08) não abrange os serviços de energia elétrica à Câmara Municipal de São Paulo, que possui contrato distinto (conforme informações prestadas, anexas – doc. 05)

A Cláusula 2.1 do contrato com a Municipalidade (juntado nos autos pela

impetrante) estabelece que o serviço prestado será de uso exclusivo do Município, o que não inclui os serviços prestados à Câmara Municipal. Estes últimos decorrem de contratação distinta, termo firmado entre a Câmara Municipal e a Eletropaulo, sendo que o terceiro aditamento ao contrato nº 34/2011 data de 13 de março de 2014 (doc. 03).

Frise-se que a impetrante juntou aos autos apenas o contrato firmado com a Prefeitura, e não o contrato que possui com a Câmara Municipal, razão pela qual a Edilidade, ou autoridade competente da Câmara Municipal não foram citadas/intimidadas para responder à presente ação.

Verdade é que a impetrante não requereu a citação/intimação da Câmara Municipal ou de qualquer eventual autoridade coatora, pelo simples fato de que o Poder Legislativo, ao contrário da Municipalidade, está adimplente com os pagamentos relativos ao seu contrato de energia elétrica (contrato firmado entre a Câmara e a Eletropaulo (doc. 03).

Age de má-fé a impetrante, pretendendo incluir a Edilidade em uma decisão da qual não fez parte, e sem fazer qualquer menção ao contrato que firmou com o Poder Legislativo.

### **3. Da reforma da r. decisão:**

Ocorre que, apesar das pendências da impetrante junto ao CADIN, a Câmara Municipal sempre efetuou o pagamento da energia elétrica recebida. Conforme informações prestadas pelo Departamento de Liquidação de Despesas, da Secretaria Geral Administrativa desta Casa, em 12 de maio de 2015, as pendências relacionadas a eventuais débitos relativos a tributos foram supridas pelas Declarações da empresa de que tais débitos estão com a exigibilidade suspensa (a empresa vem atualizando estas declarações sendo que as últimas datam de 21.07.14 e 03.02.15) e pelos pareceres jurídicos da Procuradoria desta Edilidade, de nºs 277/2013 e 252/03 (doc. 04).

Cumprir destacar que estas decisões administrativas foram baseadas em pareceres jurídicos, no entanto, poderão sofrer alterações de acordo com entendimento vigente à época do pagamento, mas de modo algum, uma decisão judicial da qual a Edilidade não foi parte no feito poderá engessá-la criando uma obrigação.

Insta acrescentar que a Edilidade não se caracteriza como órgão da Administração Direta Municipal, constitui um Poder independente e autônomo, como determina o artigo 2º da Constituição Federal, e com quadro de procuradores próprios para atuar judicialmente (doc. 01), haja vista sua capacidade processual para as ações mandamentais. De modo algum pode ser confundida com um mero órgão da Administração Municipal para fins de cumprimento de sentença.

Observe-se que toda sentença em mandado de segurança possui cunho mandamental e não condenatório, sendo que o Poder Legislativo Municipal poderia suportar os efeitos da pretensão deduzida em juízo pela Eletropaulo se nesse processo tivesse sido parte, notadamente porque neste caso, ocorreria tão somente a anulação de um ato lesivo. E tal não se confunde com a sentença que condena em pecúnia (onde só o Município é detentor do Erário).

É cediço, entretanto, que, para o Poder Legislativo suportar os efeitos da sentença, a impetrante deveria ter juntado aos autos o contrato firmado com a Câmara Municipal e requerido sua citação/intimação, ou de autoridade tida como coatora.

Como dito, a Câmara Municipal tem capacidade processual que 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*”.

Esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>239</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.

Tendo em vista a **capacidade processual da Câmara Municipal e a sua natureza jurídica de Poder Legislativo, independente e autônomo**, não é possível lhe estender o conceito de órgão da Administração direta e a ela vinculado como pretende a impetrante e em seguida restou determinado por este juízo.

Isto porque as Câmaras Municipais não são órgãos da Administração Municipal, qualificando-se como Poder integrante do Município: o **Poder Legislativo**.

Possui a Câmara Municipal 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).

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).

Tal prática acaba por deflagrar a exegese de que, ausente qualquer efeito

---

<sup>239</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2012, 4ª ed., p. 57.

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).

Por não ser intitulada órgão da Administração Direta Municipal e tampouco mero órgão a esta vinculado, opõe os presentes Embargos de Declaração, como terceiro prejudicado, demonstrando, nos termos do artigo 499, §1º do Código de Processo Civil, o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, requerendo seja esclarecido e integrado o dispositivo da r. sentença, no que concerne à adequada compreensão da ideia exposta na decisão judicial (artigo 535, II do CPC).

Segundo a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>240</sup>, sobre o recurso de terceiro prejudicado:

*“...as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direitos...”*.

Resta demonstrado o cabimento dos presentes Embargos pelo Poder Legislativo Municipal, ante a imposição de efeitos do processo àquele que não adquiriu a qualidade de parte, e, portanto, não teve as oportunidades e garantias do contraditório e ampla defesa, assegurados constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, LV.

Outrossim, resta comprovada a natureza jurídica da Câmara Municipal como Poder Legislativo autônomo e independente, nos termos do artigo 2º da Carta Magna.

Diante do exposto, requer a Edilidade Paulistana sejam apreciados e providos os presentes Embargos de Declaração de terceiro prejudicado, haja vista determinação de submissão aos efeitos do julgamento do qual não foi parte.

Nesse sentido, requer a embargante, sob pena de violação aos artigos 2º (Princípio da Separação dos Poderes) e 5º LV (Princípio do devido Processo Legal, Contraditório e Ampla defesa) ambos da Constituição Federal, e artigo 7º, II da Lei 12.016/2009, que trata do Mandado de Segurança que seja **afastada a obscuridade** (no que concerne a redação da decisão, o que acaba por comprometer a adequada compreensão da ideia exposta na decisão judicial) e **integrada a r. decisão judicial, por meio da concessão de efeitos infringentes ao julgado, esclarecendo-se que a decisão judicial não se aplica ao Poder Legislativo Municipal por constituir um poder autônomo e independente, nos termos do artigo 2º da Constituição**

<sup>240</sup> Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, Editora Revista dos Tribunais, p. 499/500, 3ª Edição, 2008.

Federal, com o qual a impetrante mantém contrato distinto e com a qual não foi mantida qualquer relação processual.

Por fim, reitera que, a despeito dos presentes Embargos, em razão de entendimento exarado no âmbito da própria Administração, a ora Embargante não vem glosando os pagamentos devidos à impetrante em razão de negativação junto ao CADIN.

Nestes termos,  
Pede deferimento.  
São Paulo, 14 de maio de 2015.

**Cintia Talarico da Cruz Carrer**  
Procuradora Legislativa – RF 11.400  
OAB/SP 155.068

**Andréa Rascoski Ickowicz**  
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.075  
OAB/SP 130.317

# Ação Direta de Inconstitucionalidade - Competência Municipal para Legislar sobre Meio Ambiente - Descarte de Embalagens

Exmo. Sr. Desembargador Relator, Dr. Francisco Casconi, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
Autos nº 2192091-98.2014.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, EXMO. VEREADOR ANTONIO DONATO, por seus procuradores ao final assinados, nos autos da demanda acima indicada, proposta pela APAS – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício n.3129-O/2014-amp, apresentar

## INFORMAÇÕES,

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

### 1. Síntese

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pela APAS - Associação Paulista de Supermercados, tendo por **objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei do Município de São Paulo nº 16.062, de 13 de agosto de 2014, que “dispõe sobre o descarte de embalagens recicláveis em todos os pontos comerciais no Município de São Paulo, e dá outras providências”.**

Para tanto, invocou o Requerente, em suma, que não se encontra presente interesse predominantemente local a autorizar a legislação pelo Município sobre a matéria; que a norma impugnada conflita com a legislação federal e estadual que regulamenta o tema; e que as regras impostas pela lei atacada ferem a livre iniciativa.

A liminar pleiteada restou concedida pelo Exmo. Desembargador Relator nos seguintes moldes:

(...)

*In casu, em juízo sumário de cognição, considerando que os fundamentos da inicial controvertem, além do enfoque das leis federal e estadual, questão abrangendo interesse predominantemente local do Município, criando obrigação específica para os estabelecimentos comerciais com venda a varejo, forte o debate envolvendo a matéria, identificado o *fumus boni iuris*, alia-*

do ao *periculum in mora* decorrente da necessidade de pronta readequação da estrutura física dos estabelecimentos afetados, recomendado, em respeito à segurança jurídica, deferimento da tutela de urgência reclamada, com imediata suspensão da lei impugnada porquanto em período de *vacatio legis*, relegado o início de sua vigência ao prévio exame de sua constitucionalidade. Assim, presentes os requisitos legais, **defiro a liminar requerida, para sustar imediatamente a eficácia, até o julgamento final desta ação, da Lei nº 16.062, de 13 de agosto de 2014, do Município de São Paulo.**

Todavia, conforme restará demonstrado, a presente demanda deverá ser  **julgada extinta, sem resolução de mérito**. E mesmo na remota hipótese de assim não se entender, há que se julgá-la improcedente, face à ausência de qualquer violação à Carta Estadual. Vejamos.

## 2. Preliminarmente

2.1. Da ilegitimidade ativa *ad causam* (arts. 90, V, da CESP; 103, IX, CF; e 267, VI, CPC)

Primeiramente, é dever salientar que a Associação autora não dispõe de legitimidade ativa para a propositura de ação de controle direto de constitucionalidade.

Com efeito, o artigo 90, V, da Constituição Estadual, em sintonia com o que dispõe o artigo 103, IX, da Constituição Federal, dispõe que são legitimadas a propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal *“as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso”*.

No Estatuto Social da Associação demandante (art. 3º, parágrafo único, fls. 22), observa-se que são permitidos em seu quadro: como associados colaboradores, **empresas comerciais, industriais e de prestação de serviços que mantenham transações com supermercados**; como associados honorários, **pessoas (físicas) que tenham se destacado por serviços prestados ao setor de supermercados**.

No artigo 2º, alínea “j” (fls. 22), ainda, refere como um de seus objetivos *“defender, amparar, orientar e coligar os interesses comuns de seus associados”*.

Ora, parece claro que se a Associação autora permite como associados pessoas físicas ou jurídicas, inclusive de outros segmentos, até mesmo de prestação de serviços, **pode haver interesses conflitantes**, o que, a nosso ver, **inviabiliza a legitimidade homogênea exigida pela legislação para a representação de inconstitucionalidade pela via direta**.

Outrossim, destaque-se que, ainda que a autora de fato representasse diretamente o segmento de supermercados do Estado de São Paulo, a Lei impugnada atinge todos os pontos comerciais de venda a varejo de produtos com embalagens da cidade de São Paulo. Assim, se não bastasse o fato de constituir uma associação

heterogênea, que não representa somente o segmento dos supermercados, ainda não representa, de qualquer forma, todos os comércios a varejo do município, o que **também retira sua legitimidade para representar a classe de varejistas em ação direta de constitucionalidade.**

Nesse sentido já restou pacificado o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal (Pleno, ADI 108/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/04/1992):

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - ENTIDADE DE CLASSE - NÃO CONFIGURAÇÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO. - O controle jurisdicional "in abstracto" da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais, perante o Supremo Tribunal Federal, suscita, dentre as múltiplas questões existentes, a análise do tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional concentrada desta Corte. - Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos, agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, ART. 103). Dentre as pessoas ativamente legitimadas "ad causam" para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade estão as entidades de classe de âmbito nacional (CF. art. 103, IX). - O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma. Precedentes. A jurisprudência desta Corte tem salientado, ainda, que pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se - precisamente em função do hibridismo dessa composição - como instituições de classe, cuja noção conceitual reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los. Precedentes. - Entidades internacionais, que possuam uma Seção Brasileira domiciliada em território nacional, incumbida de representá-las no Brasil, não se qualificam, para os**

*efeitos do art. 103 da Constituição, como instituições de classe. A composição heterogênea de associação que reúne, em função de explícita previsão estatutária, pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, atua como elemento descaracterizador da sua representatividade. Não se configuram, em consequência, como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIN-386.*

Partilhando do mesmo entendimento este E. Tribunal assim já decidiu:

*I – Ação direta ajuizada pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico objetivando a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 13.747/09. Impossibilidade. Ilegitimidade ativa ‘ad causam’ e impossibilidade jurídica do pedido.*

*II – Legitimidade e composição heterogênea. A requerente é uma associação que pode ser composta por associados de naturezas diversas: pessoas físicas, associações, instituições, firmas individuais, companhias, sociedades simples ou empresárias ou qualquer outro tipo de entidade, nacionais e estrangeiras, interessadas em incrementar o comércio eletrônico. Os sócios da demandante têm finalidades profissionais e econômicas bem distintas, fazendo parte de seu quadro associativo entidades sem*

*fins lucrativos (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo e Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo), pessoas jurídicas de direito público (Caixa Econômica Federal e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ambas empresas públicas) e sociedades empresárias.*

*III – Legitimidade e parcela setORIZADA. Por representar somente fornecedores de bens e serviços contratados exclusivamente por meio eletrônico, não congrega os empresários do comércio por inteiro, não sendo representativa dessa atividade, em geral. Representa seguimento do ramo de fornecimento de bens e prestação de serviços exclusivamente contratado por meio eletrônico.*

*IV – Extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, incisos I e VI, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado, pela perda do objeto, o julgamento dos embargos de declaração.*

(TJSP, Órgão Especial, ADI 0458367-06.2010.8.26.0000 – São Paulo, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 16/02/2011).

*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei complementar estadual que dispõe sobre o regime de trabalho e remuneração dos cargos de agente fiscal de rendas – Ajuizamento pelo Sindicato dos Servidores da Secretaria da Fazenda de São Paulo – Ilegitimidade ativa ad causam – Entidade que congrega categorias diversas, cujos objetivos, quando individualmente considerados, se mostram contrastantes – Composição heterogênea que atua como elemento descaracterizador da sua representatividade, como já pontificado pelo Eminentíssimo Min. Celso de Mello no julgamento da ADI 108/DF – Não demonstração, ademais, de pertinência temática – Ação não conhecida. (TJSP, Órgão Especial, ADI 173.220-0/2-00 – São Paulo, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 23/09/2009).*

No mesmo sentido: ADI 0484231-46.2010.8.26.0000, j. 30/03/2011, e ADI 2026174-27.2014.8.26.0000, j. 25/06/2014.

Desse modo, de rigor a extinção, de plano, da presente demanda, por ilegitimidade ativa “*ad causam*”, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

## **2.2. Da carência de ação – Impossibilidade Jurídica do Pedido (art. 125, §2º, da CF e arts. 301, X, c.c 267, VI, do CPC)**

Da simples leitura da peça exordial, depreende-se que a Associação autora utiliza-se de disposições insertas na Constituição Estadual, contudo, sem qualquer relação com a matéria “competência legislativa”, com o intuito de possibilitar o questionamento formal de constitucionalidade.

Todavia, é insofismável que, o questionamento da norma impugnada não se dá de forma direta em relação às disposições inseridas na Constituição Estadual, **mas sim com normas constitucionais federais, previstas nos artigos 24, VI, e 30, I e II, que dispõe sobre a competência legislativa concorrente em tema de proteção do meio ambiente e a competência legislativa municipal em matéria de interesse local e de ordem suplementar.**

Conclui-se, portanto, que as questões jurídicas discutidas na ADI em apreço cingem-se a um único ponto, **de índole constitucional federal, inexistindo norma similar na Constituição do Estado, de modo que é impossível proceder ao confronto pretendido, já que o pedido é juridicamente impossível, a teor do artigo 125, §2º, da Constituição Federal.**

Tanto é juridicamente impossível tal contraste, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da **impossibilidade de o Tribunal de Justiça local proceder ao controle abstrato de normas municipais face a princípios insertos na Constituição Federal.**

Com efeito, da análise de cada um dos dispositivos invocados pelo autor, é possível verificar que as normas da Constituição Estadual supostamente violadas **não definem competência legislativa municipal.**

Os artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante invocados pelo Autor tratam, respectivamente, dos princípios que norteiam a atuação estatal e da submissão dos Municípios aos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual:

*Artigo 111- A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*

*Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

O artigo 193 do texto da constituição do Estado também foi utilizado pelo Autor como argumento para restringir a competência legislativa municipal em tema de meio ambiente, no entanto, regulamenta o Poder de Polícia, **função administrativa do Estado:**

*Artigo 193 C.E - O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de: I - propor uma política estadual de proteção ao meio ambiente; II - adotar medidas, nas diferentes áreas de ação pública e junto*

ao setor privado, para manter e promover o equilíbrio ecológico e a melhoria da qualidade ambiental, prevenindo a degradação em todas as suas formas e impedindo ou mitigando impactos ambientais negativos e recuperando o meio ambiente degradado;

**III** - definir, implantar e administrar espaços territoriais e seus componentes representativos de todos os ecossistemas originais a serem protegidos, sendo a alteração e supressão, incluindo os já existentes, permitidas somente por lei;

**IV** - realizar periodicamente auditorias nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras;

**V** - informar a população sobre os níveis de poluição, a qualidade do meio ambiente, as situações de risco de acidentes, a presença de substâncias potencialmente nocivas à saúde, na água potável e nos alimentos, bem como os resultados das monitoragens e auditorias a que se refere o inciso IV deste artigo;

**VI** - incentivar a pesquisa, o desenvolvimento e a capacitação tecnológica para a resolução dos problemas ambientais e promover a informação sobre essas questões;

**VII** - estimular e incentivar a pesquisa, o desenvolvimento e a utilização de fontes de energias alternativas, não poluentes, bem como de tecnologias brandas e materiais poupadores de energia;

**VIII** - fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação genética;

**IX** - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais das espécies e dos ecossistemas;

**X** - proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos;

**XI** - controlar e fiscalizar a produção, armazenamento, transporte, comercialização, utilização e destino final de substâncias, bem como o uso de técnicas, métodos e instalações que comportem risco efetivo ou potencial para a qualidade de vida e meio ambiente, incluindo o de trabalho;

**XII** - promover a captação e orientar a aplicação de recursos financeiros destinados ao desenvolvimento de todas as atividades relacionadas com a proteção e conservação do meio ambiente;

**XIII** - disciplinar a restrição à participação em concorrências públicas e ao acesso a benefícios fiscais e créditos oficiais às pessoas físicas e jurídicas condenadas por atos de degradação do meio ambiente;

**XIV** - promover medidas judiciais e administrativas de responsabilização dos causadores de poluição ou de degradação ambiental;

*XV - promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação, conservação e recuperação do meio ambiente;*  
*XVI - promover e manter o inventário e o mapeamento da cobertura vegetal nativa, visando à adoção de medidas especiais de proteção, bem como promover o reflorestamento, em especial, às margens de rios e lagos, visando à sua perenidade;*  
*XVII - estimular e contribuir para a recuperação da vegetação em áreas urbanas, com plantio de árvores, preferencialmente frutíferas, objetivando especialmente a consecução de índices mínimos de cobertura vegetal;*  
*XVIII - incentivar e auxiliar tecnicamente as associações de proteção ao meio ambiente constituídas na forma da lei, respeitando a sua autonomia e independência de atuação;*  
*XIX - instituir programas especiais mediante integração de todos os seus órgãos, incluindo os de crédito, objetivando incentivar os proprietários rurais a executarem as práticas de conservação do solo e da água, de preservação e reposição das matas ciliares e replantio de espécies nativas;*  
*XX - controlar e fiscalizar obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos que, direta ou indiretamente, possam causar degradação do meio ambiente, adotando medidas preventivas ou corretivas e aplicando as sanções administrativas pertinentes;*  
*XXI - realizar o planejamento e o zoneamento ambientais, considerando as características regionais e locais, e articular os respectivos planos, programas e ações;*  
**Parágrafo único** - O sistema mencionado no “caput” deste artigo será coordenado por órgão da administração direta que será integrado por:  
**a)** Conselho Estadual do Meio Ambiente, órgão normativo e recursal, cujas atribuições e composição serão definidas em lei;  
**b)** órgãos executivos incumbidos da realização das atividades de desenvolvimento ambiental.

Comprovado que os fundamentos apresentados na ADI, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal de São Paulo nº 16.062/2014, **não tratam de competência legislativa, matéria esta prevista na Constituição da República**, conclui-se que **o pedido é juridicamente impossível**, vez que não satisfaz a previsão constitucional para manejo da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal face à Constituição Estadual, contida no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, sendo vedado o confronto direto de lei municipal face à Constituição Federal.

Destaca-se que a impossibilidade jurídica do pedido também é causa de inépcia da petição inicial, a teor do disposto no artigo 295, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil.

Outrossim, por ser evidente a **impossibilidade jurídica do pedido, visto que o confronto da Lei Municipal não se dá com a Constituição do Estado, mas**

**sim com a Constituição Federal**, extrai-se que o Tribunal de Justiça Estadual sequer poderia ter recebido a presente ADI, e tampouco conferido liminar.

Com efeito, apenas para se demonstrar com clareza, as normas apontadas como violadas na Constituição Estadual tratam das seguintes matérias:

- a) Artigo 111 – estabelece os princípios da administração pública;
- b) 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);
- c) Artigo 193, inciso I – prevê a criação pelo Estado mediante lei de uma política estadual de meio ambiente.

Tais normas se limitam a repetir, no âmbito estadual, princípios, regras que norteiam as atividades do Estado e do Governo, buscando reafirmar a independência e harmonia entre os poderes, e a autonomia política, legislativa, administrativa e financeira do Município.

O Autor alega, ainda, violação à livre iniciativa, **expressamente indicando como parâmetro de inconstitucionalidade os artigos 1º, IV, e 170 da Magna Carta.**

No mais, **tenta o Autor fazer outras confrontações diretas com normas infraconstitucionais** federais e estaduais, o que também não é possível.

Veja-se que em várias passagens de sua petição faz considerações sobre a norma impugnada, utilizando como parâmetro regras inseridas na Lei Federal n. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), no Decreto Federal n. 7.404/2010 (Decreto Regulamentador da Política Nacional de Resíduos Sólidos), na Lei Estadual n. 12.300/2006 (Política Estadual de Resíduos Sólidos) e no Decreto Estadual n. 54.645/2009 (Decreto Regulamentador da Política Estadual de Resíduos Sólidos).

No âmbito desse E. Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 170.827-0/0-00, apontou-se:

*(...) De início, cumpre salientar que o controle de constitucionalidade das normas Municipais só pode ser feito, por este E. Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro o texto da Constituição do estado de São Paulo (art. 74, inciso VI, CE). Daí não ser possível pronunciamento desta Corte de Justiça quanto à contrariedade da lei objeto da presente ação frente a dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município. (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 170.827-0/0-00 – Rel. Des. DEBATTIN CARDOSO – j. 04.03.2009 - destaque nosso)*

No mesmo sentido:

*(...) Como já ressaltado no r. despacho da Egrégia Presidência (fls. 153), que indeferiu pedido de liminar, não se admite o manejo de Ação direta de inconstitucionalidade quando, para deslinde do tema, for indispensável o exame do conteúdo de outras normas infraconstitucio-*

*nais. (...) (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 106.866-0/4, Des. Rel. RUY CAMILO, j. 05.04.2004)*

*(...) Por outro lado, ainda como matéria preliminar, não se admite, também, questionar a constitucionalidade, ou não, de Lei Municipal frente a outra do Município, ou mesmo em face da Lei Orgânica local.*

*Inadmissível a ação direta de inconstitucionalidade de lei para confronto com normas infraconstitucionais.(...)* (TJSP – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 040.251.0/8 - Rel. Des. NIGRO CONCEIÇÃO – j. 23.08.2000)

Igualmente, o E. Supremo Tribunal Federal decidiu:

*Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público.* (ADI 1372-RJ, j. 10.11.1995)

Assim, uma vez demonstrada cabalmente a pretensão do Autor de confronto da Lei Municipal com dispositivos da Constituição Federal, inadmissível o prosseguimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta (artigo 125, §2º, da Constituição Federal), sendo insubsistente a r. decisão liminar proferida em seu bojo, em razão da evidente **impossibilidade jurídica do pedido** (artigo 301, X, do Código de Processo Civil), **devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do diploma adjetivo.**

### **3. Do mérito:**

#### **3.1. Da constitucionalidade formal: competência do Município para legislar sobre a matéria em análise**

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).

Corroborando a constitucionalidade da norma impugnada, cabe salientar que, recentemente, o E. Supremo Tribunal Federal reafirmou a competência dos Municípios para legislar sobre proteção ao meio ambiente:

**Lei municipal contestada em face de Constituição estadual. Possibilidade** de controle normativo abstrato por Tribunal de Justiça (CF, art. 125, §2º). **Competência do Município para dispor sobre preservação e defesa da integridade do meio ambiente. A incolumidade do patrimônio ambiental como expressão** de um direito fundamental *constitucionalmente atribuído* à generalidade das pessoas (RTJ 158/205-206 – RTJ 164/158-161, v.g.). *A questão do meio ambiente* como um dos tópicos **mais relevantes da presente agenda nacional e internacional. O poder de regulação dos Municípios em tema** de formulação de políticas públicas, de regras e de estratégias **legitimadas por seu peculiar interesse e destinadas a viabilizar**, de modo efetivo, *a proteção local* do meio ambiente. **Relações entre a lei e o regulamento. Os regulamentos de execução (ou subordinados) como condição** de eficácia e aplicabilidade da norma legal **dependente** de regulamentação executiva. **Previsão**, no próprio corpo do diploma legislativo, **da necessidade** de sua regulamentação. **Inocorrência de ofensa**, em tal hipótese, *ao postulado da reserva constitucional de administração, que traduz* emanção resultante **do dogma da divisão funcional do poder. Doutrina. Precedentes. Legitimidade da competência monocrática** do Relator para, *em sede recursal extraordinária, tratando-se* de fiscalização abstrata **sujeita** à competência originária dos Tribunais de Justiça (CF, art. 125, §2º), **julgar** o apelo extremo, **em ordem, até mesmo**, a declarar a inconstitucionalidade **ou** a confirmar a validade constitucional do ato normativo impugnado. **Precedentes** (RE 376.440-ED/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, **Pleno**, v.g.). **Recurso extraordinário conhecido e provido.** (STF, RE 673.681/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/12/2014)

Vale destacar que o caso em questão tratava de uma Lei Municipal de Mogi Mirim que dispunha sobre a proteção do meio ambiente na comercialização, na troca e no descarte de óleo lubrificante. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Órgão Especial deste E. Tribunal julgou a ação procedente, o que ensejou

o oferecimento de recurso extraordinário pelo Ministério Público de São Paulo. Com efeito, constou da decisão do Exmo. Min. Celso de Mello:

*Impende assinalar, no ponto, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, examinando a matéria ora em julgamento, consagrou diretriz jurisprudencial que torna acolhível a pretensão recursal em análise (ADI 3.398/DF, Red. p/ acórdão Min. EROS GRAU – RE 474.922-segundo-AgR/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. 1. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO AMBIENTAL. PRECEDENTES. (...). 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”*

*Cumpre destacar, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a seguinte passagem do voto do eminente Ministro AYRES BRITO proferido por ocasião do julgamento plenário da ADI 3.338/DF, em sentido que confere plena legitimidade constitucional ao diploma normativo local ora questionado:*

*“(…) além de a Constituição conferir a competência material aos Estados e Municípios para ‘proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas’ (art. 23, VI), ela, Constituição Federal, também na matéria, confere a competência de ordem legislativa, expressamente, art. 24, inciso VI.” (grifei)*

*Essa mesma compreensão do tema é também perfilhada por autorizado magistério doutrinário (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 81/82, item n. 14, 9ª ed., 2011, Malheiros; CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 219/220, item 4.2, 2012, Saraiva; PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 442/444, item n. 3, 2013, Malheiros), como se depreende da expressiva lição de PAULO DE BESSA ANTUNES (“Direito Ambiental”, p. 110/111, item n. 2.3, 15ª ed., 2013, Atlas):*

*“O artigo 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.*

*Parece claro, na minha análise, que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo*

*fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente. Na verdade, entender que os Municípios não têm competência ambiental específica é fazer uma interpretação puramente literal da Constituição Federal.” (grifei)*

*Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que assiste ao Município competência constitucional para formular regras e legislar sobre proteção e defesa do meio ambiente, que representa encargo irrenunciável que incide sobre todos e cada um dos entes que integram o Estado Federal brasileiro. (grifos nossos)*

Nessa linha, o C. Órgão Especial desse E. Tribunal de Justiça de São Paulo também se manifestou no recente julgamento da ADI 0121480-62.2011.8.26.0000 (Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 01/10/2014):

***COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – Lei Municipal – Diploma local que proíbe a distribuição gratuita ou a venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais – Admissibilidade – Legislação que não institui norma sobre o meio ambiente, apenas dispõe sobre prática destinada a preservá-lo, sem extrapolar os limites do interesse local, dando cabal atendimento à competência normativa conferida pela Constituição – Existência, ademais, de normas constitucionais e específicas que impõem ao ente municipal, a incumbência de proteção e preservação ambiental.***

De se recordar que sobre a matéria tratada na legislação impugnada na presente demanda 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**, c.c. **artigo 30, inciso I e II, ambos 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 pú-

blico, 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 exigir a disponibilização de urna para a destinação de embalagens que os consumidores não desejem levar em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo e, ainda, estabelecer que tais embalagens devam ter como destinação final as cooperativas ou órgãos similares de reciclagem, observou três formas de gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, quais sejam: a **reciclagem, o tratamento dos resíduos sólidos e a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos**.

Outrossim, a legislação atacada não destoia do teor da legislação estadual sobre o assunto.

Assim dispõe a Lei Estadual n. 12.300/2006:

*Artigo 2º - São princípios da Política Estadual de Resíduos Sólidos:*

*(...)*

*II – a gestão integrada e compartilhada dos resíduos sólidos por meio de articulação entre Poder Público, iniciativa privada e demais segmentos da sociedade civil;*

*(...)*

*V – a prevenção da poluição mediante práticas que promovam a redução ou eliminação de resíduos na fonte geradora;*

*VI – a minimização dos resíduos por meio de incentivos às práticas ambientalmente adequadas de reutilização, reciclagem, redução e recuperação;*

*(...)*

*IX – a adoção do princípio do poluidor-pagador;*

*X – a responsabilidade dos produtores ou importadores de matérias-primas, de produtos intermediários ou acabados, transportadores, distribuidores, comerciantes, consumidores, catadores, coletores, administradores e proprietários de área de uso público e coletivo e operadores de resíduos sólidos em qualquer das fases de seu gerenciamento;*

(...)

Artigo 3º - São objetivos da Política Estadual de Resíduos Sólidos:

(...)

II – a preservação e a melhoria da qualidade do meio ambiente, da saúde pública e a recuperação das áreas degradadas por 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;

IV – **promover a inclusão social de catadores, nos serviços de coleta seletiva;**

(...)

Parágrafo único – Para alcançar os objetivos colimados, caberá ao Poder Público, em parceria com a iniciativa privada:

1. **articular, estimular e assegurar as ações de eliminação, redução, reutilização, reciclagem, recuperação, coleta, transporte e disposição final dos resíduos sólidos;**

(...)

5. **incentivar ações que visem ao uso racional de embalagens;**

(...)

7. **instituir programas específicos de incentivo para a implantação de sistemas ambientalmente adequados de tratamento e disposição final de resíduos sólidos;**

(...)

10. **promover ações que conscientizem e disciplinem os cidadãos para o adequado uso do sistema de coleta de resíduos sólidos urbanos;**

(...)

Artigo 4º - São instrumentos da Política Estadual de Resíduos Sólidos:

(...)

XVIII – a gradação de metas, em conjunto com os setores produtivos, visando à redução na fonte e à reciclagem de resíduos que causem riscos à saúde pública e ao meio ambiente;

(...)

XXIII – **o incentivo mediante programas específicos para a implantação de unidades de coleta, triagem, beneficiamento e reciclagem de resíduos;**

(...)

Artigo 13 – **A gestão dos resíduos sólidos urbanos será feita pelos Municípios, de forma, preferencialmente, integrada e regionalizada, com a cooperação do Estado e participação dos organismos da sociedade civil, tendo em vista a máxima eficiência e a adequada proteção ambiental e à saúde pública.**

(...)

Artigo 29 – O Estado deve, nos limites de sua competência e atribuições:

(...)

**II – incentivar a implantação, gradativa, nos Municípios da segregação dos resíduos sólidos na origem, visando ao reaproveitamento e à reciclagem;**

(...)

**IV – fomentar a elaboração de legislação e atos normativos específicos de limpeza urbana nos Municípios, em consonância com as políticas estadual e federal;**

**VII – fomentar parcerias das indústrias recicladoras com o Poder Público e a iniciativa privada nos programas de coleta seletiva e no apoio à implantação e desenvolvimento de associações ou cooperativas de catadores.**

Como se vê, além de deter a competência legislativa sobre o tema ambiental, o Município de São Paulo, ao editar a Lei n. 16.062/2014, em hipótese alguma, extrapolou ou contrariou a legislação federal e estadual já existente sobre o assunto. Ao contrário, veio exatamente dar efetividade às diretrizes nela atribuídas aos Municípios e Poder Público em geral.

Corroborando o exposto, destaque-se a manifestação do Procurador Geral do Estado de São Paulo (fls. 142/147):

*(...) as alegações da Associação Paulista (APAS) não se sustentam, pois, como se vê, a lei em comento apenas cuidou de regular matéria atinente à proteção do meio ambiente, mediante competência suplementar fornecida aos municípios pelo art. 30, incisos I e II da Constituição Federal, não havendo que se falar em vício de inconstitucionalidade.*

(...)

*Além disso, a Lei Municipal nº 16.062/14 vai ao encontro das disposições estabelecidas na Lei nº 12.305/10, que, ao instituir a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabeleceu em seu art. 10 que “incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do Sisnama, do SNVS e do Suasa, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos, consoante o estabelecido nesta Lei”.*

Por todo o exposto, resta claro que inexistente qualquer inconstitucionalidade formal na lei impugnada. A Lei Municipal n. 16.062/14 advém de inquestionável competência legislativa do Município sobre o tema e, ademais, converge para os ditames já estabelecidos na legislação federal e estadual aplicável.

É mais uma razão pela qual a presente demanda deve ser julgada TOTAL-

MENTE IMPROCEDENTE.

### 3.2. 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>241</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>242</sup>, discorrendo sobre 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”* (grifo nosso).

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 a colocar em prática a proteção ambiental tão reclamada no texto constitucional.

*“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 integração social, com base na moderna concepção de cidadania”*<sup>243</sup>.

Ainda, em decisão monocrática, apontou a **Exma. Ministra Carmem Lúcia**, ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário nº 602472/PR (p. 04/02/2011):

*[...] 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*

<sup>241</sup> Princípio n.1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

<sup>242</sup> Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007, p.81

<sup>243</sup> Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2007, p. 83

*Distrito Federal possuem ampla competência para legislar em tutela do meio ambiente [...] (destaques nossos)*

No mesmo sentido RE 438561/MG, Rel. Min. Carlos Velloso (DJ 30/05/2005).

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”*.

Ainda, 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 (...)”*.

Como já amplamente exposto no item 3.1. as regras estabelecidas pela legislação atacada na presente demanda vão ao encontro das diretrizes traçadas pelas Políticas Nacional e Estadual de Resíduos Sólidos. Apenas para relembrar alguns tópicos, é um dos princípios da Política Estadual de Resíduos Sólidos *a gestão integrada e compartilhada dos resíduos sólidos por meio de articulação entre Poder Público, iniciativa privada e demais segmentos da sociedade civil, a prevenção da poluição mediante práticas que promovam a redução ou eliminação de resíduos na fonte geradora, e a responsabilidade dos produtores ou importadores de matérias-primas, de produtos intermediários ou acabados, transportadores, distribuidores, comerciantes, consumidores, catadores, coletores, administradores e proprietários de área de uso público e coletivo e operadores de resíduos sólidos em qualquer das fases de seu gerenciamento*; é um dos objetivos da Política Estadual de Resíduos Sólidos: *a promoção da inclusão social de catadores, nos serviços de coleta seletiva*, sendo que, para alcançar os objetivos colimados, *cabará ao Poder Público, em parceria com a iniciativa privada, por exemplo, incentivar ações que visem ao uso racional de embalagens, e instituir programas específicos de incentivo para a implantação de sistemas ambientalmente adequados de tratamento e disposição final de resíduos sólidos*.

É instrumento da Política Estadual de Resíduos Sólidos, entre outros, *o incentivo mediante programas específicos para a implantação de unidades de coleta, triagem, beneficiamento e reciclagem de resíduos*.

Dispõe, ainda a Política Estadual de Resíduos Sólidos que *a gestão dos resíduos sólidos urbanos será feita pelos Municípios, de forma, preferencialmente, integrada e regionalizada, com a cooperação do Estado e participação dos organismos da sociedade civil, tendo em vista a máxima eficiência e a adequada proteção ambiental e à saúde pública e que o Estado deve, nos limites de sua competência e atribuições, incentivar a implantação, gradativa, nos Municípios da segregação dos resíduos sólidos na origem, visando ao reaproveitamento e à reciclagem; fomentar a elaboração de legislação e atos normativos específicos de limpeza urbana nos Mu-*

*nicípios, em consonância com as políticas estadual e federal, e as parcerias das indústrias recicladoras com o Poder Público e a iniciativa privada nos programas de coleta seletiva e no apoio à implantação e desenvolvimento de associações ou cooperativas de catadores.*

Não restam dúvidas sobre a constitucionalidade material da norma impugnada, que vai ao encontro dos princípios relacionados ao meio ambiente, expressamente destacados na Carta Magna, na Legislação Federal, em Tratados internacionais e na Legislação Estadual.

Como visto acima, um dos princípios da Política Estadual de Resíduos Sólidos é a gestão integrada e compartilhada dos resíduos sólidos por meio de articulação entre Poder Público, iniciativa privada e demais segmentos da sociedade civil.

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.**

Assim, é evidente que a legislação questionada não viola do princípio da livre iniciativa e a ordem econômica, como pretende declarar o Autor na demanda. Ao contrário, o artigo 170, em seu inciso VI, estabeleceu como um dos nortes ao desenvolvimento econômico a proteção do meio ambiente, a fim de se atingir o almejado desenvolvimento sustentável.

Ora, não há como se concordar com a alegação de que onera desproporcionalmente os estabelecimentos de venda a varejo da Cidade de São Paulo a exigência de que disponibilizem ao lado de ao menos um caixa **“uma urna”** para destinação de embalagens que o cliente na hora da compra não deseje levar para casa. A lei sequer definiu **“urna”**, o que leva a crer que uma mera caixa de papelão, desde que expressamente destinada ao descarte de embalagens recicláveis, atende ao comando legal.

Igualmente, não se pode compactuar com a ideia de que providenciar que o material coletado seja destinado a cooperativas ou órgãos similares de reciclagem caracterize responsabilização exclusiva do comércio quanto ao tratamento dos resíduos. Afinal, colaborar, separando lixo reciclável, a fim de destinar a órgãos, cooperativas e associações de reciclagem é das mais simples condutas exigíveis a quem, como toda a sociedade, possui responsabilidade por um meio ambiente saudável.

Outrossim, deve-se ressaltar que a conduta é exigida do estabelecimento de venda a varejo já que é ele que disponibiliza os produtos ao consumidor final, a quem caberá decidir se deseja ou não levar a embalagem. Pode-se dizer, portanto, que, além de dever constitucional de proteção ao meio ambiente, a medida é um ônus da atividade empresarial, decorrente da oferta dos produtos no varejo.

Vê-se que a exigência da Lei Municipal n. 16.062/2014 não é irrazoável,

nem desproporcional. Ao contrário, condiz exatamente com o desenrolar da cadeia produtiva e cumpre com a diretriz estabelecida no artigo 29, inciso II, da Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei Estadual n. 12.300/2006), qual seja: **a segregação dos resíduos sólidos na origem.**

Em suma, também não deve prosperar a alegação de inconstitucionalidade material da legislação impugnada, devendo a ação ser julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE nesse aspecto.

Patenteada, pois, **a constitucionalidade formal e material da norma com competência legislativa municipal para suplementar normas relativas ao meio ambiente, vez que em consonância aos artigos 23, inciso VI, 24, inciso VI, 30, incisos I e II, e 225, “caput”, da Constituição Federal, artigo 191 da Constituição do Estado de São Paulo, artigos 180 e seguintes da Lei Orgânica do Município de São Paulo, Lei Federal n. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e Lei Estadual n. 12.300/2006 (Política Estadual de Resíduos Sólidos), e seus respectivos decretos regulamentadores, que desde já requer sejam prequestionados.**

#### **4. Conclusão:**

Pelo exposto, requer seja julgada **EXTINTA** a presente ação direta de inconstitucionalidade, **SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão da **inépcia da petição inicial**, com fulcro no **art. 295, I, do Código de Processo Civil e no art. 3º da Lei 9.868/99, e da impossibilidade jurídica do pedido**, a teor do **art. 125, §2º, da Constituição Federal e arts. 301, X, c.c 267, VI, do Código de Processo Civil.**

Todavia, caso assim não se entenda, requer no mérito seja julgada **IMPROCEDENTE** a presente demanda, declarando-se constitucional a Lei Municipal n. 16.062/2014, vez que em consonância com o sistema jurídico e os princípios de direito ambiental.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 16 de janeiro de 2015.

**Antonio Donato**

Presidente da Câmara Municipal

**Djenane Ferreira Cardoso**

Procuradora Legislativa – Setor Judicial

OAB/SP n. 218.877

**Paulo Augusto Baccarin**

Procurador Legislativo Chefe

OAB/SP n. 138.129

# Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Construção no Município de São Paulo com telhas de amianto – Competência Legislativa Municipal para legislar sobre matéria ambiental e posturas Municipais.

Exmo. Sr. Ministro Relator, Dr. Edson Fachin, do E. Supremo Tribunal Federal.

## Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, EXMO. VEREADOR ANTONIO DONATO e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por suas procuradoras ao final assinadas (Doc. 01) nos autos da demanda acima indicada, proposta pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao ofício de nº 9990/2016 apresentar

### INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

#### 1. Síntese

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 109, tendo por objeto a Lei do Município de São Paulo nº 13.113/2001, bem como o respectivo Decreto Municipal nº 41.788/2002.

Tal diploma legal dispôs sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto.

Invoca o requerente que referida lei violaria o princípio federativo, artigos 1º, 60, §4º, em razão da competência outorgada pelos artigos 22 XI e XII e 24, incisos V, VI e XII e §1º da CF/88, pois a Legislação Federal nº 9.055/95 trata do tema.

Nesse passo, aponta que “...ainda que se pudesse admitir a competência legislativa do município para o tema, essa teria, exclusivamente, natureza supletiva, podendo complementar a norma geral, sem, no entanto, opor-se à sua eficácia - na prática, derrogar a norma federal”.

A medida liminar pleiteada, para suspender a eficácia da norma impugnada, restou indeferida em decisão do então Sr. Ministro Relator de 14 de abril de 2009.

A decisão pautou-se no fato de que a questão constitucional tratada nos autos já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária do dia 04/06/2008. Ao julgar a ADI 3.937- MC/SP, restou indeferida a medida liminar

pleiteada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria para suspender a eficácia da Lei 12.684/2007, do Estado de São Paulo que proíbe o uso de materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto (Doc. 02):

*“O Tribunal, por maioria, **negou referendo à liminar concedida pelo relator, prejudicado o agravo regimental, e indeferiu a liminar**, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Ellen Gracie. Votou o Presidente. Falaram, pelas amici curiae Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto- ABREA e Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento – ABIFIBRO, os doutores Mauro de Azevedo Menezes e Oscavo Cordeiro Corrêa Neto, na apreciação do refendo à liminar. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice Presidente). Plenário, 04.06.2008” (grifei).*

A decisão também ressaltou o perigo para a saúde da população local, evidenciado pelos estudos científicos apresentados.

Segundo a r. decisão, *“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”. E ainda, “a defesa da saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna é competência do Estado genericamente compreendido. Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios”.*

Destacou o Exmo. Ministro: *“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 ressaltai, em voto oral, quando do julgamento da ADI 3.937-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, tenho defendido, não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi na Corte Estadual à 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”.*

#### **NÃO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO:**

**INOCORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL e PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: art. 125, §2º, da CF e arts. 485, VI, do CPC - art. 102, §1º da C.F, c.c. arts. 1º, parágrafo único, I, e artigo 4º, §1º da Lei 9.882/99:**

Permite o artigo 125, §2º da Carta Magna, controle direto de

constitucionalidade de lei municipal, tão somente, em face da Constituição Estadual, jamais Federal. A confederação autora busca burlar o texto constitucional, sob o argumento de que haveria violação a preceito constitucional fundamental, com intuito de afastar o controle de constitucionalidade concentrado perante o tribunal local (art. 125, §1º, da CF).

O argumento de que a Lei Municipal teria ferido norma Constitucional não é suficiente para permitir o ingresso de uma ADPF, notadamente porque não há ferimento a qualquer princípio ou norma Constitucional, **não havendo, portanto, descumprimento de qualquer preceito fundamental**.

Segundo a obra de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>:

*“É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento”.*

Em nota de rodapé, o ilustre doutrinador cita, inclusive, que a prática jurisdicional do STF é um importante guia para a elucidação desta questão, merecendo destaque exemplos como o da ADPF 33 (rel. Min. Gilmar Mendes), julgada procedente sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo (artigo 60, §4º, da CF) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, da CF), e o da ADPF (rel. Min. Marco Aurélio), em que foi arguida a violação à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à liberdade, à autonomia da vontade e ao direito à saúde.

Assim, a alegação de que a norma em questão vem disciplinar matéria, em desconformidade com a Lei Federal 9055/95<sup>2</sup> (Doc. 03), também não é suficiente para demonstrar sequer ter ocorrido abalo na forma federativa de Estado (esta sim, considerada cláusula pétreia, e preceito fundamental do Estado).

Verdade é que a incompatibilidade apontada entre a lei e o decreto municipais de um lado, e a Constituição Federal de outro, nem de longe se refere à violação de preceito fundamental da Constituição, conforme lição acima transcrita.

Necessário afastar a ideia de que preceito fundamental seja toda e qualquer norma contida na Constituição. Na verdade, preceitos fundamentais são aqueles que cumprem o papel de conferir identidade própria à Constituição, constituindo sua “alma”.

Conforme a doutrina de Celso Bastos e Alexis Vargas<sup>3</sup>:

*“A Constituição, ao referir-se a preceitos fundamentais, demonstra papel que o veículo processual visa cumprir, que*

<sup>1</sup> Meirelles, Hely Lopes, Wald Arnoldo, Mendes, Gilmar Ferreira, mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 36ª edição, Malheiros Editores, p. 659.

<sup>2</sup> Adin 4066 STF-cls. ao relator em 11.11.2014

<sup>3</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 69.

*é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no seu sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a arguição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão trabalho doutrinário e jurisprudencial.”*

As diversas competências legislativas estabelecidas no texto constitucional, ao contrário dos preceitos fundamentais, têm caráter organizacional e sua alteração não produz o efeito de descaracterizar o sistema jurídico, salvo se realizada de maneira a eliminar a forma federativa.

Outrossim, ainda que se aceitasse ter ocorrido violação aos artigos 22 XI e XII e 24, incisos V, VI e XII e §1º da CF/88, conforme apontado pela autora, tal constituiria hipótese de controle de constitucionalidade, e não descumprimento de preceito fundamental, visto que referido dispositivo trata de competência legislativa, não se incluindo como preceito fundamental. Como dito, as competências estabelecidas no texto constitucional tem caráter organizacional e não eliminam a forma federativa de Estado, o que impossibilita o exame em sede de ADPF.

É imperioso destacar ainda que o princípio da subsidiariedade da ADPF não restou observado pela autora.

Conforme aplicação do Art. 4º, §1º da Lei 9.882/99 sempre que houver outro meio eficaz de sanar a lesividade não será cabível ADPF. No presente feito, é evidente que, ainda que houvesse inconstitucionalidade, seria possível o exercício do controle concentrado junto ao Tribunal de Justiça em face da Constituição do Estado, com a possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal quanto à questão constitucional, e mesmo controle difuso, como ocorrido, v.g., no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (autos de nº 994.08.109483-0 – apelação-Comarca de Campinas, e nº 0017765-43.2012.8.26.0590 – apelação – Comarca de São Paulo), como bem aponta a doutrina pátria:

*“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado o exaurimento dos meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há que revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.”<sup>4</sup>*

Nos dois julgados acima citados, onde a questão

---

<sup>4</sup> Meirelles, Hely Lopes, Wald, Arnold, Mendes, Gilmar Ferreira, Mandado de Segurança e ações constitucionais, 35ª edição, Ed. Malheiros. São Paulo, 2013.

da competência legislativa municipal foi discutida de modo incidental, é possível verificar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conclui que é dever do Estado, em qualquer de suas esferas (Federal, Estadual ou Municipal) patrocinar as condições indispensáveis para a proteção da saúde, nesta compreendida a competência legislativa Municipal (Doc. 04).

*“a questão que se coloca é saber se a legislação municipal pode dispor a respeito. A resposta, em princípio, é afirmativa. A competência deriva, no caso, do preceito constitucional do art. 30, I e II. Diversos artigos da Lei 9.055/95 indicam o controle da utilização da crisotila será regionalizado, com a participação de sindicatos de trabalhadores, comissões de fábrica, SUS e etc. Os municípios com grande concentração populacional e trânsito difícil têm interesses diferentes das pequenas comunidades, daí a possibilidade de regulamentação da matéria de maneira diferente e, como disse o magistrado, há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional proibindo todos os tipos de amianto, inclusive a crisotila.”*

*“Importa, ademais, que o art. 23, I, da CF, atribui competência aos Municípios para legislar sobre questões que tratem da saúde e assistência pública. Não há, por enquanto, preocupação com a proteção dos interesses industriais e comerciais dos fabricantes e comerciantes desses produtos. A legislação local, que se imagina voltada à proteção do interesse público, deve ser preservada. Não se conhecem os produtos referidos pelo apelante e não há como se afirmar, pro enquanto, que não ofereçam riscos.”*

...

*“Diante do exposto, tanto a legislação local como a estadual inadmitem o uso do amianto, ainda que na forma de “crisotila” e, o STF, em junho último, declarou constitucional a lei estadual que proíbe amianto em S. Paulo (ADI 3937).. A ação é, pois, improcedente razão pela qual se dá provimento parcial ao recurso, apenas pra reduzir os honorários advocatícios à 10% do valor da causa, nos termos...” (APL 994081094830 SP)*

Diante do exposto, aguarda seja acolhida a alegação de não cabimento da presente ação, extinguindo-se o presente feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 125, §2º, da Constituição Federal e art. 485, VI, do Código de Processo Civil, em razão da ausência de interesse de agir (falta de adequação), ou subsidiariamente,

caso este Colendo Supremo Tribunal assim entenda, requer seja julgada improcedente a presente ação, sob pena de afronta aos artigos 102, §1º da Constituição Federal, e artigos 1º, parágrafo único, I, e artigo 4º, §1º da Lei 9.882/99.

**DO MÉRITO:**

**DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PREVISTA NOS ARTIGOS 23, II e VI ; 24, VI , XII e 30, I, II e VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:**

Para a autora, a Lei Municipal nº 13.113/2001, ora impugnada, teria invadido competência legislativa federal, qualificando-se como ato de transgressão constitucional, o que caracterizaria clara afronta ao preceito fundamental da Federação, expresso como tal nos artigos 1º e 60, §4º, inciso I, ambos da Constituição Federal, como de resto à segurança jurídica, subprincípio do Estado democrático de direito (CF, artigo 1º).

Quanto aos dispositivos de índole constitucional que a requerente entende vulnerados, destaca-se que a questão envolve, fundamentalmente, os limites de atuação legislativa do Município. O ponto central invocado na inicial é a violação à competência legislativa federal sobre a matéria tratada na Lei Municipal nº 13.113/2001.

Ocorre, todavia, que a norma em foco encontra-se em total consonância com a Carta Magna, uma vez que se limitou a suplementar a legislação federal (Lei 9.055/95), em decorrência de autorização prevista no artigo 23, incisos II e VI, combinado com o artigo 30, inciso I e II e VIII da Constituição Federal, no que tange ao seu interesse local.

Veja que a Lei Federal nº 9055/95, no entanto, disciplina, de forma genérica, a extração, industrialização, utilização e comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco). A lei Estadual 12.684/2007<sup>5</sup> também dispõe sobre a matéria. A Lei Municipal, nesse passo, vem suplementar referidas normas, assegurando proteção do Município à saúde e ao meio ambiente nessa matéria.

Somente um exame prefacial da norma impugnada poderia induzir à assertiva de que houve invasão à competência legislativa da União.

Fato é que o amianto está sendo banido do país e do mundo. O relatório anexo (Doc. 05) demonstra a quantidade de Estados e Cidades brasileiras que já editaram leis vedando o uso do amianto. Todavia, cada Ente da Federação o faz de acordo com vistas à mais ampla proteção da população, de acordo com as necessidades locais, sendo que, dentro do Município de São Paulo, a finalidade da norma é dispor sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto.

Nesse sentido, manifestou-se a D. Comissão de Constituição e Justiça, no curso do processo legislativo que culminou na edição da lei ora impugnada:

*“Trata-se de projeto de lei, de autoria no nobre Verador*

<sup>5</sup> aguardando julgamento da Adin 3937-STF

ANTONIO GOULART, *dispondo sobre a proibição do uso de materiais e elementos construtivos e equipamentos da construção civil, constituídos de amianto, e dá outras providências.*

*A propositura pretende coibir a utilização, na construção civil, de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos de amianto, a fim de evitar riscos à saúde e à vida das pessoas.*

*O projeto está embasado nos artigos 13, I; 37 “caput”, c.c. artigo 7º, I e 182, I da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que conferem à Câmara competência para iniciar o processo das leis que versem sobre assuntos de interesse local, notadamente as que visem coibir, controlar e fiscalizar a instalação, proteção, estocagem, transporte, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco efetivo ou potencial à qualidade de vida e ao meio ambiente.*

*Tratando-se de matéria sujeita ao quórum de maioria simples para deliberação, é dispensada a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do art. 46, X, do Regimento Interno desta Casa.*

*Assim sendo, a proposição não esbarra em dispositivos legais, razão pela qual somos PELA LEGALIDADE.”*

Verdade é que a legislação municipal é protetiva e repressiva, privilegiando os princípios da precaução e da prevenção, com o objetivo de evitarem-se danos, visto que, ao contrário de outras áreas, a indenização *a posteriori* é quase impraticável.

Trata-se de um poder-dever do Município, com base na competência recebida do texto constitucional (artigo 30, I, II e VIII), de editar normas e posturas municipais no intuito de preservar o meio ambiente local, as posturas municipais e a saúde da população, podendo, assim, regulamentar o uso de amianto dentro do Município de São Paulo, bem como exercer a fiscalização, detectando irregularidades.

Isto porque a Constituição Federal erigiu a dignidade do ser humano como fundamento do Estado Democrático de Direito e apontou a saúde como direito social, cabendo ao Estado sua efetivação. Conferiu ao Município a competência para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, outorgando-lhe legitimidade para suplementar a legislação federal e estadual no assunto de seu peculiar interesse.

Nesse passo, além da competência expressamente prevista no texto constitucional (artigo 30, I, II e VIII, da Constituição Federal), o legislador municipal, no exercício do seu mister, conferiu plena aplicabilidade ao princípio federativo, na medida em que a Lei Municipal impugnada também invocou a proteção ambiental dentro do Município, ao legislar sobre questões que envolvem o meio ambiente e

saúde, promovendo, inclusive, adequada ocupação do solo.

Pois bem, 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, II e VIII, 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 aprimorar a norma federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo. O contrário é praticar um federalismo ‘consentido’, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas” (in “Direito Ambiental”. Ed. Forense, 2010, p. 263).

Ademais, a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a utilização do asbesto com segurança foi ratificada pelo Brasil, nos termos do Decreto 126, de 22 de maio de 1991. Na referida Convenção, houve o reconhecimento da nocividade de toda a espécie de amianto (inclusive o crisotila), tendo o País assumido o compromisso de substituí-lo tão logo surgissem sucedâneos não nocivos ou menos nocivos.

As normas dessa Convenção foram internalizadas e passaram a integrar o ordenamento nacional. Assim, o Brasil, ao aderir aos termos dessa Convenção, comprometeu-se a revisar constantemente a legislação sobre a utilização do amianto e a excluir seu uso, quando não for mais necessário.

Ao ratificar tal convenção, o Brasil assumiu o compromisso de implementação de medidas efetivas de proibição da utilização de todos os tipos de amianto. Tal compromisso significa, dentre outras coisas, adotar medidas legislativas e administrativas com vistas a revisar constantemente a legislação sobre a matéria.

O Município, 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 (art. 30, I, II e VIII, c.c. art. 24, VI, todos da CF).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo, discorrendo sobre 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”*.

Outrossim, 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 a colocar em prática a proteção ambiental tão reclamada no texto constitucional.

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”.

Ainda, 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 [...]”.

Não restam dúvidas sobre a constitucionalidade formal e material da norma ora impugnada, seja no que diz respeito à competência conferida pelo texto constitucional no artigo 30, I, II e VIII, o que garante ao Poder Público Municipal o cumprimento de posturas que evitem maiores danos à saúde da comunidade, e ao meio ambiente.

Aliás, o interesse local é ainda mais patenteado em razão da competência do Município na gestão dos serviços público de saúde local. Com efeito, é indubitável que a utilização do amianto onera, de forma exponencial, os custos com o serviço de saúde.

Em conclusão, certo é que o Município tem papel fundamental na busca e conquista de um ponto de equilíbrio entre a saúde pública, o crescimento urbano, e o desenvolvimento social e econômico.

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 da CF.

É imperioso adotar uma reflexão mais abrangente em torno da análise do tema em discussão, posto que a questão é eminentemente de saúde e ambiental, e pela tutela destes bens são igualmente competentes para fins de elaboração legislativa, todas as pessoas jurídicas de direito público, pois o que está em jogo é a própria sobrevivência da humanidade.

A falta de certeza científica quanto aos danos causados pelos vários tipos de amianto não deve ser usada como razão para adiar medidas efetivas para prevenir a degradação do meio ambiente e da saúde.

Os Direitos à vida e à liberdade foram tratados no caput do artigo 5º da Constituição Federal como “direitos fundamentais invioláveis”.

Por outro lado, a Constituição Federal, nos termos do artigo 196, também assegura o direito à saúde. Analisando o significado desse direito à saúde, assim se manifestou esse Colendo Supremo Tribunal Federal:

*o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como*

*direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito À vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.*<sup>6</sup>

Há vários estudos demonstrando que a utilização do amianto é extremamente prejudicial à saúde, seja dos trabalhadores que não têm opção de evitar as consequências de seu manuseio, seja dos cidadãos que acabam convivendo com os produtos dele decorrentes.

Considerando o teor dos estudos realizados, não parece desarrazoado afirmar-se, inclusive, que o contato com o amianto, em níveis altos de exposição, pode fazer com que pessoas corram risco de vida<sup>7</sup>.

É certo que a Constituição Federal garante a liberdade empresarial e a livre iniciativa.

Todavia, não parece que esse direito possa prevalecer, quando, eventualmente, a atividade econômica decorrente dessa “liberdade” pode ocasionar situações que colocam em risco, seja o direito fundamental à saúde, seja, no limite, o próprio direito fundamental à vida.

Assim, a proibição do uso de produtos com amianto no Município de São Paulo dá concretude a diversos direitos fundamentais, tais como, a inviolabilidade do direito à vida, à saúde, à proteção, à maternidade, bem como o direito a desfrutar de um meio ambiente saudável<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Trecho da ementa do RE 393.175 AgR/RS, Segunda Turma do STF, Relator o Ministro Celso de Mello.

<sup>7</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 3937-MC: “Há três doenças relacionadas ao uso de amianto: asbestose (causada pela reação do tecido à deposição de poeira no interior do pulmão), câncer de pulmão, e mesotelioma (tumores formados do tecido seroso que reveste órgãos como pulmão, coração e abdômen). Outras também têm sido associadas à exposição ao amianto (câncer de laringe, câncer de orofaringe, câncer de estômago, câncer colo-retal, e câncer de rim)” (Mendes, p. 9-10) (acórdão da ADI 3937-MC, fls. 98/99).

<sup>8</sup> Artigos 5º, 6º, 196 e 225 da CF /88.

Para a efetivação desses direitos, é fundamental que o Estado desenvolva políticas de adoção de medidas preventivas que impeçam que o cidadão sofra alteração de sua saúde pelo uso e consumo dos produtos nocivos.

Com efeito, é sabido que os direitos fundamentais possuem perspectiva universal, direcionando-se indistintamente a toda espécie humana. Estes direitos, em regra, não são absolutos, e devem ser exercidos sem anulação ou sacrifício de outros direitos.

As normas constitucionais que abarcam direitos fundamentais possuem elevado grau de abertura e dinamicidade, motivo pela qual, em determinadas situações concretas, conflitam entre si ou se defrontam com outros bens protegidos pela Constituição.

É o que se denomina colisão de direitos fundamentais, hipótese verificada quando o exercício de um direito fundamental impede ou embaraça o exercício de outro.

A solução dos conflitos dessa natureza deve pautar-se em um método apoiado na interpretação da norma constitucional, bem como, na ponderação dos bens constitucionalmente protegidos.

Assim, não pode prevalecer norma que enseja a eliminação ou aniquilamento de outros valores e direitos constitucionais, como o direito à vida e à saúde.

Nesse sentido, a pretensa colisão entre o direito a um empreendimento e à livre iniciativa em relação à proibição de uso de produtos nocivos como à saúde pública deve ser analisada à luz do método hermenêutico da ponderação.

Em igual medida, para a efetivação do direito à saúde, os entes federados tem o dever de tomar medidas para combater o uso de produtos nocivos, que podem causar, de forma direta ou indireta, doenças graves e/ou reduzir sensivelmente a expectativa de vida, o que evidencia a proporcionalidade da proibição, também quanto à pretensa colisão com o direito à livre iniciativa.

Nesse sentido, foi o pronunciamento do Exmo. Ministro Carlos Britto, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 3.937-MC/SP:

*“...a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente.*

*A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal.*

*Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral”.*

## **DO PEDIDO**

Pelo exposto, requer seja julgada **EXTINTA** a presente ação de descumprimento de preceito fundamental, **SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**,

nos termos do art. 125, §2º, da Constituição Federal e art. 485, VI, do Código de Processo Civil, em razão da ausência de interesse de agir (falta de adequação), ou subsidiariamente a improcedência da ação pela falta de Cabimento da ADPE, com fulcro nos artigos 102, §1º da Constituição Federal, e artigos 1º, parágrafo único, I, e artigo 4º, §1º da Lei 9.882/99.

Todavia, caso assim não se entenda, requer no mérito seja julgada **IMPROCEDENTE** a presente demanda, mantendo-se incólume a Lei Municipal n. 13.113/2001, vez que em consonância com o sistema jurídico, notadamente aos artigos 23, II e VI ; 24, VI e 30, I, II e VIII, todos da Constituição Federal, os quais requer, desde já, sejam expressamente enfrentados, para fim de prequestionamento.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 17de junho de 2016.

**Antonio Donato**

Presidente da Câmara Municipal

**Cintia Talarico da Cruz Carrer**

Procuradora Legislativa

OAB/SP n. 155.068

**Andréa Rascovski Ickowicz**

Procuradora Legislativa Supervisora

OAB/SP n. 130.317

## PROCURADORIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

### **Procurador Legislativo Chefe**

Marcella Falbo Giacaglia

### **Procuradores (as)**

Ana Helena Pacheco Savoia  
Andrea Rascovski Ickowicz  
Antonio Rodrigues de Freitas Jr.  
Antonio Russo Filho  
Breno Gandelman  
Camila Moraes Cajaiba Garcez Marins  
Carlos Benedito Vieira Micelli  
Carlos Eduardo de Araújo  
Christiana Samara Chebib  
Cintia Talarico da Cruz Carrer  
Conceição Faria da Silva  
Cyro Vargas Jatene  
Darlon Costa Duarte  
Djenane Ferreira Cardoso  
Érica Corrêa Bartalini de Araújo  
Felipe Faria da Silva  
Ieda Maria Ferreira Pires  
José Luiz Levy  
Juliana Tongu Reinhold  
Juliana T. Von Teschenhausen Eberlin  
Karen Lima Vieira  
Lilian Vargas Pereira Poças  
Luciana de Fátima da Silva  
Luiz Eduardo S.S. Thiago  
Luiz José Tegami  
Manoel José Anido Filho  
Marcella F. Giacaglia  
Maria Cecília Mangini Oliveira

Maria Helena P. Pimentel  
Maria Nazare Lins Barbosa  
Mário Sergio Maschietto  
Paulo A. Baccarin  
Rafael Meira Hamatsu Ribeiro  
Rafael de Souza Borelli  
Ricardo Teixeira da Silva  
Rogerio Justamante de Sordi  
Simona M. Pereira de Almeida

### **Servidores (as) de suporte administrativo**

Alessandra Labaki  
Bruno Lucchetti  
Caio César Maia de Oliveira  
Carlos Roberto de Andrade  
José Joaquim Neto  
Leonardo Fraga Molarino Bispo Ribeiro  
Lívia Salomão Nogueira  
Lucas Lustosa  
Nelson Minoru Horie  
Paulo Henrique da Silva Lopes  
Yoshie Kamei Tawada  
Fábio Henrique de Campos – estagiário  
Felipe de Araújo Bastos – estagiário  
Anna Beatriz Pereira da Silva – estagiária  
Karol Alves Terra - estagiária



ESTA OBRA FOI IMPRESSA NA GRÁFICA CS



