



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**

REVISTA PROCURADORIA

da Câmara Municipal de São Paulo

v. 6 n. 1 janeiro/dezembro 2018

São Paulo

ISSN 2316-7998

R. Proc. Câm. Mun. São Paulo	São Paulo	v. 6	n. 1	p. 1-324	jan./dez. 2018
------------------------------	-----------	------	------	----------	----------------

Expediente

Editor	Maria Nazaré Lins Barbosa
Comissão Editorial	Ana Helena Pacheco Savoia, Ana Paula Sabadin T. Medina, Camila M. C. Garcez Marins, Cintia Lais Correa Brosso, Ieda Maria Ferreira Pires, Lílian Vargas Pereira Poças, Ricardo Teixeira da Silva
Apoio Técnico	Alessandra Labaki, Bruno Lucchetta, Paulo Henrique da Silva Lopes, Vivian Silva de Sousa
Capa	Equipe de Comunicação – CCI.3
Editoração gráfica	74
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
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.6, n.1 (2018) – São Paulo: CMSP, 2018-
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.

17ª Legislatura - 2018

Mesa

Presidente	Milton Leite
1º Vice-Presidente	Eduardo Tuma
2º Vice-Presidente	Rodrigo Goulart
1º Secretário	Arselino Tatto
2º Secretário	Celso Jatene
2º Suplente	Soninha
Corregedor Geral	George Hato

Vereadores

Adilson Amadeu	Juliana Cardoso
Adriana Ramalho	Luiz Paschoal
Alessandro Guedes	Manoel Del Rio Blas Filho
Alfredinho	Mario Covas Neto
Amauri da Silva	Milton Leite
André Santos	Natalini
Arselino Tatto	Noemi Nonato
Atilio Francisco	Ota
Aurélio Nomura	Patrícia Bezerra
Caio Miranda Carneiro	Paulo Frange
Camilo Cristóforo	Prof. Claudio Fonseca
Celso Jatene	Reginaldo Tripoli
Claudinho de Souza	Reis
Conte Lopes	Ricardo Nunes
Dalton Silvano	Ricardo Teixeira
David Soares	Rinaldi Digilio
Edir Sales	Rodrigo Goulart
Eduardo Suplicy	Rute Costa
Eduardo Tuma	Sâmia Bomfim
Eliseu Gabriel	Sandra Tadeu
Fabio Riva	Senival Moura
Fernando Holiday	Soninha
George Hato	Souza Santos
Gilson Barreto	Toninho Paiva
Isac Felix	Toninho Vespoli
Jair Tatto	Zé Turin
Janaina Lima	
João Jorge	

Sumário

ARTIGOS

- 1) Aposentadoria do Parlamentar no Ordenamento Jurídico Brasileiro - Raimundo Batista 11
- 2) O Tema 917 de Repercussão Geral do STF como novo paradigma na análise da iniciativa reservada no processo legislativo - Luciana de Fátima da Silva.....27
- 3) A iniciativa popular de projetos de lei e a justiça eleitoral - Rogério J de Sordi.....63
- 4) O parâmetro no controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais / O regime de subsídio dos detentores de mandato eletivo e o direito à verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898 – RS Tema 484 - Andréa Rascovski Ickowicz73
- 5) A atuação judicial das Câmaras Municipais sob uma nova vertente da personalidade judiciária - Rodrigo Dantas.93
- 6) A relevância e complexidade do fato determinado em Comissões Parlamentares de Inquérito - Vivian Silva de Sousa109
- 7) CPI e direito ao silêncio – Análise do alcance da declaração de inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, nos autos das ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF - Ana Helena Pacheco Savoia117
- 8) A Lei de Diretrizes Orçamentárias como instrumento de Controle Social das Organizações Sociais - Douglas Levi Silva Orta131
- 9) Reflexos do Decreto Federal nº 9.412, de 18/06/2018, nas licitações de Municípios, Estados e Distrito Federal - Maria Helena Pessoa Pimentel141
- 10)As licitações sustentáveis e a competência legislativa municipal - Cíntia Laís Corrêa Brosso e Michel Allan Mofsoviç.....147

PARECERES

- 1) Licitação – Normas gerais – Art. 23 da Lei nº 8.666/93 - Valores – Atualização – Decreto Federal – Alcance – Parecer Chefia nº 37/2018 – Maria Nazaré Lins Barbosa.....171
- 2) Tombamento de próprio municipal paulistano em resposta a consulta formulada pelo Governador Cláudio Salvador Lembo, então Secretário Municipal dos negócios jurídicos, ao autor – Carlos Eduardo Garcez Marins183
- 3) Marcação de Vereadores em redes sociais – Parecer nº 106/2018 – Érica Corrêa Bartalini de Araujo.....193

- 4) Projeto de Intervenção Urbana – Participação Popular – Alcance; Plano Diretor – disciplina especial – possibilidade. Nota Técnica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo questionando a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 0204/2018 – Parecer nº 233/2018 – Juliana Tongu Reinhold.....195

PEÇAS JUDICIAIS

- 1) Informações apresentadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2167028-66.2017.8.26.0000. Tema: Competência para atribuição de denominação de logradouro público – Andréa Rascovski Ickowicz, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Maria Nazaré Lins Barbosa207
- 2) Contestação apresentada pela Câmara Municipal de São Paulo nos autos da Ação Civil Pública nº 1028009-63.2018.8.26.0053. Tema: Possibilidade de, por meio de ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, o Poder Judiciário reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 16.629/17, que acrescenta à denominação da Ponte das Bandeiras o nome Senador Romeu Tuma, em razão de pretensa violação a princípios constitucionais não analisados na ADIN 2167028-66.2017.8.26.0000 julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça (a mencionada Ponte das Bandeiras estaria em processo de tombamento, o ex-Senador teria participado de atos de repressão política durante a Ditadura Militar e haveria violação ao princípio da impessoalidade) – José Luiz Levy, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Maria Nazaré Lins Barbosa219
- 3) Informações apresentadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2028122-62.2018.8.26.0000. Tema: Direito de Protocolo – Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Maria Nazaré Lins Barbosa253
- 4) Informações apresentadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2039942-15.2017.8.26.0000. Tema: Competência legislativa para instituição de programa de combate a pichações – Andréa Rascovski Ickowicz, Cintia Talarico da Cruz Carrer, Maria Nazaré Lins Barbosa277
- 5) Informações apresentadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095527-18.2018.8.26.0000. Tema: Competência parlamentar para a iniciativa de leis que institua programas, campanhas e serviços administrativos (Selo Cidade Linda) - Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima, Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi, Maria Nazaré Lins Barbosa311

APRESENTAÇÃO

Tenho a satisfação de apresentar, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, mais uma edição da Revista da Procuradoria, que oferece neste ano uma seleção de artigos, pareceres e peças judiciais com temas atuais e de grande interesse, em particular, ao Poder Legislativo.

A Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo que, por meio do Centro de Estudos Legislativos-CELEG, oferece o presente volume, tem prestado uma valiosa colaboração no desempenho desta Casa de Leis.

Além da Revista, esta Câmara Municipal disponibiliza no site www.saopaulo.sp.leg.br/institucional/procuradoria todos os pareceres produzidos no âmbito de sua Procuradoria, para proveito e utilidade de todos os que atuam nos mais de cinco mil parlamentos do País.

Milton Leite

Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

APRESENTAÇÃO

Alegra-me a edição de mais uma edição da Revista da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo.

No presente volume, destacam-se os artigos que comentam as recentes decisões do STF, em temas de repercussão geral, e as peças judiciais que nelas se baseiam para defesa de prerrogativas do Poder Legislativo.

É o caso do Tema 917, relativo ao alcance da iniciativa parlamentar em projetos de lei. Em São Paulo, fez-se com êxito a defesa da constitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar - como a de combate à pichação ou da que criou o selo “cidade linda”- que, sem interferir na organização político-administrativa do Município, têm importantes reflexos nas políticas públicas.

Já o Tema 484 do STF refere-se ao parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais. A mesma decisão reconheceu que a remuneração a título de férias e décimo terceiro é compatível com o regime de subsídios aplicável aos parlamentares. O assunto mereceu um artigo específico e está presente em ações judiciais cujo deslinde foi favorável à Câmara Municipal de São Paulo, como se poderá constatar.

A edição traz ainda tópicos importantes relativos às Comissões Parlamentares de Inquérito, licitações sustentáveis, marcação de parlamentares em redes sociais, e fecundos pareceres e peças judiciais em matéria de direito urbanístico.

Talvez o principal mérito da edição é contar com as contribuições diretas de quem não apenas pesquisa academicamente temas afetos ao Poder Legislativo, mas também o defende em juízo, assessora, exerce a consultoria jurídica internamente, e alia desse modo a teoria e a prática. Há uma ciência, com efeito, que só vem da experiência, e por isso acreditamos que todos poderão ler com especial agrado e real proveito o rico conteúdo da presente edição.

Boa leitura!

Maria Nazaré Lins Barbosa

Procuradora Chefe da Câmara Municipal de São Paulo

Artigos

Aposentadoria do parlamentar no ordenamento jurídico brasileiro

Raimundo Batista¹

Resumo: O presente artigo analisa o instituto da aposentadoria parlamentar no ordenamento jurídico brasileiro, constatando a existência de Institutos próprios nas esferas federal e estadual, que foram criados com amparo na legislação vigente até o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, que criou condições para a inserção dos parlamentares como contribuintes obrigatórios do regime geral de previdência social, o que se deu mediante a edição da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. Assim, os institutos criados após a alteração do ordenamento jurídico padecem do vício de inconstitucionalidade. Os Municípios não tinham autorização constitucional para instituírem institutos de previdência dos Vereadores, pois apenas a União, o Distrito Federal e os Estados foram contemplados com a competência legislativa concorrente para tratar do assunto.

Palavras-chaves: Aposentadoria. Parlamentar. Instituto de Previdência. Regime Geral de Previdência.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções Preliminares. 3. Regimes Previdenciários. 4. Regime Geral. 5. Regime Próprio dos Servidores Titulares de Carlos Efetivos. 6. Regime Próprio dos Militares. 7. Regime Especial dos Parlamentares. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto investigar como se dá a aposentadoria do parlamentar nos níveis federal, estadual e municipal, bem como se estão vinculados a um regime de previdência específico. Este trabalho se justifica diante do grande interesse que desperta por parte da sociedade quando se anuncia via imprensa escrita e falada

¹ Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Unisal/Legale. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP.

sobre a aposentadoria dos políticos, mormente nos últimos tempos em que muito se fala da Reforma da Previdência e também a fim de contribuir com a discussão do tema, ante a escassa doutrina existente.

Para melhor compreensão da matéria, necessário se faz, apresentar algumas palavras sobre a Seguridade Social, passando pelos regimes previdenciários contemplados pelo Sistema Previdenciário brasileiro, para depois tratar do tema do presente trabalho.

2. Noções preliminares

A Constituição Federal, em seu art. 194, define a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Note-se que a Seguridade Social é formada pelo triplé: saúde, assistência social e previdência e compete ao Estado organizá-lo de forma a assegurar esses direitos a todos os cidadãos.

A Constituição reservou seções próprias para cada área da Seguridade Social. Na seção II do Capítulo II, do Título VIII, trata da saúde, em seu art. 196, determinando que é direito de todos e dever do Estado, que deve agir por meio de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em atendimento a esse comando constitucional, foi editada a lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Foi instituído, então o Sistema Único de Saúde, com o objetivo de prestar atendimento a todos que dele necessitarem. Vale lembrar que até a instituição do sistema só o trabalhador com carteira assinada tinha direito ao serviço médico prestado pelo INAMPS. O direito à saúde não constituía direito subjetivo do cidadão. Aqueles que não contavam com a proteção do sistema eram socorridos pelas instituições filantrópicas, como as Santas Casas, que relevantes serviços prestam até hoje à população.

A Constituição Federal permite também à iniciativa privada atuar na área da assistência à saúde. As empresas, portanto, poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Por fim, o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além

de outras fontes.

A Assistência Social é a segunda área da Seguridade Social, com previsão no art. 203 da Constituição Federal, e só será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição.

A assistência social será prestada a quem dela precisar, que não consiga prover o seu próprio sustento, independentemente de contribuição, nos termos da lei. Tem por finalidade a proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência, da velhice e da pessoa portadora de deficiência.

O custeio das ações governamentais na área da assistência social se dará com recursos do orçamento da Seguridade Social, nos termos do disposto no art. 195 da Carta Magna, contando com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade.

A Previdência Social é a última área da Seguridade Social, estando prevista no art. 201 da Constituição, que determina que ela será organizada sob a forma de regime geral, com caráter contributivo, de filiação obrigatória e deverá atender, de acordo com a lei, aos riscos ali elencados, tais como cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

3. Regimes previdenciários

No Brasil não há um único regime previdenciário, como se verá. Conforme Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, entende-se por regime previdenciário aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de seguro social – aposentadoria e pensão por falecimento do segurado².

De acordo com a Constituição, temos, então, o regime geral destinado aos trabalhadores, via de regra, da iniciativa privada, o regime próprio dos servidores titulares de cargos públicos, o regime dos militares e o regime especial dos congressistas. Apresentemos cada um deles, com breves considerações, a fim de melhor explorar o objeto deste estudo.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista Lazzari, **Curso Elementar de Direito Previdenciário**. CASTRO – São Paulo: LTR, 2005.

4. Regime geral

O regime geral previdenciário é o maior regime brasileiro, contemplando os trabalhadores da iniciativa privada, tanto urbanos como rurais, inclusive os prestadores de serviços, os antigos autônomos; enfim, todo aquele que não esteja vinculado a um regime próprio de previdência é considerado contribuinte obrigatório do regime geral.

O Instituto Nacional de Seguridade Social é o grande gestor desse sistema previdenciário, cabendo a arrecadação das contribuições sociais à Receita Federal.

Observe-se que as regras básicas referentes à previdência social estão consignadas na Constituição Federal, produto dos Constituintes Originários. Por isso a necessidade de aprovação de emenda constitucional para implementação de qualquer reforma que tenha por missão alterar essas regras.

Para dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal sobre a Previdência, foram editadas as Leis n^{os} 8.212/91 e 8.213/91, que dispõem, respectivamente, sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e os Planos de Benefícios da Previdência Social.

O art. 12 da Lei 8.212/91 elenca os segurados obrigatórios do regime geral de previdência: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial.

Já os benefícios previdenciários do regime geral de previdência estão previstos na Lei 8.213/91: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria especial, auxílio doença, salário maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio reclusão.

5. Regime próprio dos servidores titulares de cargos efetivos

O art. 40 da Constituição Federal dispõe sobre o regime próprio de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do ente federativo instituidor do Regime Próprio de Previdência, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

Esse dispositivo constitucional traz as regras básicas do regime próprio de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos de cada ente federativo e a Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, fixou as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

Segundo o art. 5º da Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998 os regimes próprios de previdência dos servidores não podem conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

A União, os Estados e Distrito Federal e muitos municípios implantaram seus regimes próprios de previdência social, sendo que as alíquotas não poderão ser inferiores às dos servidores federais, que são fixadas em 11% (onze por cento). Já nos Municípios que não têm regimes próprios de previdência social os seus servidores são contribuintes obrigatórios do Regime Geral de Previdência.

6. Regime próprio dos militares

Será que existe um regime próprio de previdência dos militares ou estes estão inseridos no regime próprio dos servidores? Para responder a essa indagação, basta fazer uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais sobre a matéria. A Constituição Federal trata dos militares em dois dispositivos: arts. 42 e 142, sendo que ao tratar do regime próprio dos titulares de cargos efetivos, em seu art. 40, § 20, dispõe:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

....

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime, em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X”

(...)”

E o art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal consigna que:

“Art. 142.

.....

§ 3º

.....

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”.

Da leitura dos dispositivos acima, verifica-se que o “caput” do art. 40 da Constituição Federal refere-se especificamente aos servidores titulares de cargos efetivos, não fazendo qualquer menção aos militares e o seu § 20 deixa explícito a existência do regime próprio dos militares ao excepcionar o disposto no art. 142, § 3º, inciso X, da nossa Lei Maior.

Além disso, o art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal, determina que lei específica cuidará, por exemplo, dos direitos e deveres, da inatividade e de situações especiais.

Ocorre que até a presente data não foi editada lei, nos termos da Constituição de 1988, tratando do assunto, tendo sido recepcionada a Lei 6.880/80, com alterações posteriores, denominada de Estatuto dos Militares, que tratava da matéria prevista no dispositivo constitucional.

Entretanto, em 31 de agosto de 2001, foi editada a Medida Provisória 2215-10/2001, que dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, e altera dispositivos das Leis 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Essa Medida Provisória continua em vigor até hoje, por força do disposto no art. 2º da Medida Provisória 32/2011, que mantém a vigência das anteriores até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

A medida provisória em comento trata não só da remuneração, mas também dos proventos na inatividade, bem como da pensão militar a ser concedida a seus dependentes, na ordem de prioridade estabelecida no art. 27 da Medida Provisória 2215-10/2001.

Como demonstrado, os militares contam com regime próprio de previdência, conforme previsão constitucional e legal.

7. Regime especial dos parlamentares

O Instituto de Previdência dos Congressistas foi criado em 1963, por meio da Lei

4.284, de 20 de novembro, tendo como associados obrigatórios os parlamentares de então, bem como os futuros eleitos, sem exigência de idade e exame de saúde.

Em razão das críticas da população ao citado instituto de Previdência dos Congressistas ao longo do tempo, os parlamentares houveram por bem extingui-lo, o que aconteceu através da Lei 9.506, de 30 de outubro de 1997, assegurando os direitos adquiridos até a data da extinção.

Entretanto, essa mesma lei cria o Plano de Seguridade Social dos Congressistas e autorizou Senadores e Deputados Federais que estavam em exercício, ao término daquele mandato, a se inscreverem como segurados, independentemente de idade e de exame de saúde.

Para fazer parte do Plano de Seguridade dos Congressistas, o Senador, Deputado Federal ou Suplente deverá requerer, no prazo de até 30 (trinta) dias do início do exercício do mandato parlamentar. É um plano de filiação facultativa. O parlamentar não vinculado ao Instituto de Previdência dos Congressistas ou a outro regime próprio é contribuinte obrigatório do regime geral de previdência social.

Os integrantes do Plano têm direito à aposentadoria, com 35 anos de mandato e sessenta anos de idade, com proventos correspondentes à totalidade da remuneração fixada para os membros do Congresso Nacional, observando-se as regras de cálculo dos benefícios dos servidores civis federais de mesma remuneração.

Os parlamentares podem se aposentar também por invalidez permanente, no exercício do mandato, em decorrência de acidente, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei (art.2º, inciso I, letras a e b, da Lei 9.506/97). Neste caso, o valor dos proventos será igual ao da aposentadoria com 35 anos de exercício do mandato.

Os Deputados e Senadores poderão aposentar-se também com proventos proporcionais em caso de invalidez permanente que não se enquadre nos casos previstos no inciso I, “a”, do art. 2º da Lei nº 9.506/97 e ainda aos 35 anos de contribuição e sessenta anos de idade.

Na ocorrência de aposentadoria proporcional, o valor do benefício será calculado na forma do disposto no § 2º do art. 2º da Lei citada, ou seja, devendo corresponder a um trinta e cinco avos, por ano de exercício de mandato, não poderá ser inferior a 26% dos subsídios fixados para os membros do Congresso Nacional.

Os dependentes dos segurados do Plano de Seguridade dos Congressistas terão direito à pensão correspondente ao valor dos proventos de aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, não podendo ser inferior a treze por cento dos subsídios fixados para os membros do Congresso Nacional.

A lei instituidora do Plano de Seguridade dos Congressistas permite a averbação de

tempo correspondentes aos mandatos eletivos municipais ou estaduais, para fins de contagem de tempo de exercício de mandato, surtindo efeito só após o recolhimento das contribuições pelo parlamentar ou repasse dos recursos correspondentes via compensação financeira entre as entidades de previdência.

O Plano de Seguridade dos Congressistas é custeado pelos segurados participantes, através de contribuições com alíquota igual à exigida dos servidores públicos civis e federais, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, em valores idênticos, e pelos beneficiários de aposentadorias e pensões. A contribuição dos aposentados e pensionistas incidirá sobre o valor que exceda o limite máximo estabelecido para os beneficiários do regime geral de previdência social.

A Lei 9.506/96 faculta ao parlamentar, quando completar os requisitos para aposentação, optar pelo Plano de Seguridade dos Congressistas e o regime de previdência social a que estiver vinculado.

Impõe-se destacar que a Lei 9.506/97, ao mesmo tempo em que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas, criava, em substituição, o Plano de Seguridade dos Congressistas e alterava a legislação previdenciária para vincular os parlamentares federais, estaduais e municipais ao regime geral de previdência.

Inclusive sobre o Plano de Seguridade dos Congressistas, criado em 1997, na mesma lei que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas tramita junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 202.563/2017 promovida pelo Procurador Geral da República, por descumprimento dos princípios republicano, da igualdade, da moralidade e da impessoalidade e do art. 40, § 13, que vincula ao Regime Geral de Previdência Social os ocupantes de cargos temporários e em comissão e 201, caput e § 7º, I e II, que preveem obrigatoriedade do regime geral e regras gerais de aposentadoria.

É certo que a redação originária do § 2º do art. 40 da Constituição Federal de 1988 deu azo à interpretação no sentido da possibilidade de instituição de regime próprio de previdência para os parlamentares, entendimento esse que foi chancelado pela segunda Turma do Supremo Tribunal Federal³. Vejamos a redação originária do dispositivo:

“Art. 40. ...

...

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários”.

³ Recurso Extraordinário nº 199.720-6/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julg. Segunda Turma do STF, julg. 29.06.98, pub.: D.J. 11.09.98.

Esse dispositivo deu cobertura aos institutos de previdência dos parlamentares existentes e para a criação de novos pelos entes federativos que ainda não dispunham de regimes próprios.

Por exemplo, a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, instituiu o Plano de Seguridade Social dos Parlamentares do Estado do Rio Grande do Sul por meio da Lei Complementar nº 14.643, de 19 de dezembro de 2014, contemplando os benefícios da Lei federal que instituiu o Plano de Seguridade Social dos Congressistas.⁴

No Ceará também foi instituído o Sistema de Previdência Parlamentar dos Deputados e ex-Deputados por meio da Lei Complementar nº 13, de 20 de julho de 1999, tendo como segurados obrigatórios os deputados em exercício e, como facultativos, os ex-Deputados, mediante contribuição.⁵ Esse Sistema foi criado após a extinção da Carteira de Previdência Parlamentar criada pela Lei nº 10.122, de 14 de outubro de 1977 e extinto pela Lei 11.778, de 28 de dezembro de 1990.⁶

No âmbito do Estado de São Paulo existia a Carteira de Previdência dos Deputados, que foi criada pela Lei n. 951, de 1976, tendo sido extinta por meio da Lei n. 7.017/91, com a possibilidade de transferência dos beneficiários para o quadro de aposentados e pensionistas do Estado de São Paulo ou devolução dos valores recolhidos e corrigidos monetariamente. A opção deveria ter sido feita no prazo de 30 dias após a publicação da lei.

A Lei nº 9.506/97 que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas, como mencionado, alterou as Leis 8.212/91 e 8.213/91 no sentido de incluir os parlamentares federal, estadual ou municipal, não vinculados a regime próprio de previdência social, como contribuintes obrigatórios e segurados do regime geral de previdência.

Ocorre que essa alteração promovida na lei de custeio e de benefícios do regime geral de previdência social levou a discussões a respeito da constitucionalidade de tal mudança, sob o argumento de que, naquela oportunidade, o art. 195, inciso II, da Constituição Federal, não albergava os parlamentares como contribuintes do regime geral. Eis a redação do dispositivo constitucional:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União,

4 Lei Complementar nº 14.643, de 19 de dezembro de 2014, disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legis>, em 04.09.18.

5 Lei Complementar nº 13, de 20 de julho de 1999, republicada em 23.08.1999. Disponível em 04.09.18, www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis99/LC13.htm.

6 Leis 10.122, de 14 de outubro de 1977 e 11.778, de 28 de dezembro de 1990, disponíveis em 04.09.18, www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I -

(...)

II – dos trabalhadores;”

E a lei ordinária inseriu a alínea “h” no art. 12 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

...

h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;”

Como se observa da leitura dos dispositivos, a Constituição Federal trouxe de forma exaustiva as contribuições sociais a serem vertidas ao sistema de seguridade social, sem fazer menção aos agentes políticos. Portanto, a inclusão dos parlamentares como contribuintes obrigatórios só seria possível por meio de emenda constitucional.

A matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 351.717/PR, que reconheceu a inconstitucionalidade da alínea “h” introduzida no art. 12 da Lei 8.212/91, sob o argumento de que não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, da Constituição Federal, e instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, o que só poderia ser feito através de lei complementar.⁷

Mas em 1998, a Emenda Constitucional n. 20, que modificou o sistema de previdência social, notadamente da área pública, com a fixação de idade mínima para aposentação, de 60 anos para o homem e 55 para a mulher, alterou a redação do inciso II do art. 195 da Constituição, passando a vigorar com a redação a seguir:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais:

I -

II – dos trabalhadores e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e

⁷ Recurso Extraordinário n. 351.717-1/PR. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julg. 08.10.2003, D.J. 21.11.2003.

pensão concedida pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;”

Com a nova redação conferida ao art. 195 da Constituição, foi editada a Lei 10.887, de 18 de junho de 2004, que veio a inserir o exercente de mandato eletivo como segurado obrigatório do regime geral de previdência, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social. Reza o art. 11 dessa lei:

“Art. 11. A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 12. ...

I -

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; ...”

Desta feita, estando a lei em consonância com a nova redação conferida ao dispositivo constitucional, desde 2004 os parlamentares não vinculados a regimes próprios de previdência são contribuintes obrigatórios do regime geral de previdência social.

Assim, os deputados federais e senadores que optem por não participar do Plano de Seguridade Social dos Congressistas nem participem de regime próprio de previdência social são contribuintes obrigatórios do regime geral de previdência. O mesmo se aplica aos deputados estaduais, quando contarem com institutos próprios de previdência.

Com relação aos vereadores, há algumas especificidades em razão do disposto no art. 38 da Constituição Federal, que permite a cumulação das vantagens de cargo efetivo, emprego ou função com a remuneração do cargo eletivo, desde que haja compatibilidade de horários.⁸

Diga-se que esse comando constitucional consegue equacionar as diversas situações vivenciadas pelos mais de cinco mil municípios do País, pois as realidades são díspares; por exemplo, se, na cidade de São Paulo, as sessões ordinárias são realizadas às terças, quartas e quintas-feiras, a partir das 15h, em outros municípios, as sessões podem ocorrer uma vez por semana, e, ainda, à noite.

Assim, bem andou o constituinte originário, ao permitir a acumulação de remunerações, desde que haja a compatibilidade de horários. No campo previdenciário, portanto, se o vereador for funcionário público e houver compatibilidade de

8 Inciso III do art. 38 da Constituição Federal: investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade será aplicada a norma do inciso anterior;

horários, ele estará vinculado ao seu regime próprio de previdência e, na condição de exercente de mandato parlamentar, também ao regime geral de previdência. Caso não haja compatibilidade de horários, ficará afastado do cargo, podendo optar pela remuneração mais vantajosa, recolhendo as contribuições previdenciárias para o regime próprio de previdência.

E se o vereador eleito for um profissional liberal ou empregado da iniciativa privada? O profissional liberal é contribuinte obrigatório do regime geral de previdência, assim como o empregado e o exercente de mandato parlamentar. Então as contribuições serão vertidas para o regime geral de previdência, por atividade exercida, devendo-se observar o limite máximo para recolhimento junto ao INSS, em razão, como já apontado, da inexistência de direito a duas aposentadorias junto ao regime previdenciário, exceto nas hipóteses admitidas pela Constituição Federal.

Outra situação, o vereador ocupante de cargo em comissão. Como vimos, o detentor de cargo em comissão é contribuinte obrigatório do regime geral de previdência. A Lei Orgânica do Município de São Paulo, em consonância com a Constituição Federal e com a Constituição do Estado de São Paulo, proíbe a aceitação e ocupação de cargo em comissão a partir da diplomação e da posse, respectivamente. Portanto, eleito, o parlamentar terá que optar entre o cargo em comissão ou o mandato de vereador.

Anote-se, ainda, que o parlamentar já aposentado também é contribuinte do regime geral de previdência, não fazendo jus, entretanto, a uma nova aposentadoria, nem poderá pedir a sua desaposentação, para melhorar o benefício, eis que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou contrariamente ao instituto da desaposentação⁹.

Os parlamentares terão direito a todos os benefícios previdenciários da Lei 8.213/91: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, Aposentadoria Especial, Auxílio doença, Auxílio-Acidente, Salário Família, Salário Maternidade e seus dependentes terão direito a pensão por morte e auxílio reclusão.

8. Conclusão

A Constituição Federal ao distribuir as competências entre os entes federados, em seu art. 24, inciso XII, reservou à União, aos Estados e ao Distrito Federal a função de legislar sobre previdência social, de forma concorrente.

No caso da competência concorrente, cabe à União estabelecer as regras gerais e aos

⁹ Recurso Extraordinário 381.367 RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Órgão Julg. Plenário. Julg. 26.10.2016

demais entes legitimados para tanto, suplementar a legislação federal. Na ausência de norma geral, os Estados podem legislar, com competência plena, para atender as suas necessidades, sendo que quando surge a norma geral federal fica suspensa a norma estadual no que conflitar com a federal.

Também o art. 22, inciso XIII, reserva à União competência privativa para legislar sobre seguridade social.

Ao Município cabe legislar sobre assuntos de interesse local, no entanto, com fulcro no art. 30, inciso II, da Lei Maior, que fixa as suas competências, está autorizado a suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

No tocante à previdência social, o município tem competência privativa para tratar do regime previdenciário próprio dos servidores, de acordo com o disposto no art. 40 da Constituição Federal, que assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios regime de previdência de caráter contributivo.

Reforça esse entendimento o disposto no § 1º do art. 149 da Constituição Federal, que autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituírem contribuição para custeio do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Já com relação aos parlamentares estaduais, como podemos perceber, a matéria é controvertida, principalmente quando a sua instituição se deu com base na redação originária da Constituição da República. O mesmo se diga para os Deputados Federais e Senadores, cuja recriação do Instituto de Previdência se deu sob a égide da redação anterior.

É certo que a Emenda 20/1998, com as alterações promovidas no art. 40 da Constituição Federal, e no art. 195, inciso II, inseriu os agentes políticos como contribuintes obrigatórios do regime geral de previdência e com previsão de fonte de custeio.

Com essas alterações na legislação, e a atualização das leis previdenciárias (8.212/91 e 8.213/91), não há fundamento jurídico para criação de novos institutos de previdência parlamentar.

Inclusive tramitam no Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental promovida pela Procuradoria Geral da República - ADPF 446/MG, em face de leis editadas pelo Estado de Mato Grosso, versando sobre benefícios previdenciários dos parlamentares do Estado, com concessão de liminar, em 2017 e Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5302/RS, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando a constitucionalidade da Lei Complementar 14.63, de 19 de dezembro de 2014, que criou o Plano de Seguridade Social dos Parlamentares do Estado do Rio Grande do Sul.

Portanto, o nosso entendimento é no sentido da impossibilidade de criação de novos institutos de previdência parlamentar, diante da legislação vigente sobre o assunto, segundo a qual os parlamentares federal, estadual e municipal são contribuintes obrigatórios do Regime Geral de Previdência, caso não estejam vinculados a um regime próprio de previdência, situação na qual poderá continuar a fazer o recolhimento junto a este, mas a palavra final será dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências.

BALERA, Wagner (Coord.). **Previdência Social comentada: Lei nº 8.212/91 e Lei nº 8.213/1991.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 596.701-8 Minas Gerais.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, Tribunal Pleno, 23 de abril de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 351.717-1 Paraná.** Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 08 de out. de 2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 199.720-6 São Paulo.** Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, 29 de junho de 1998.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 381.367 Rio Grande Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, 26 de outubro de 2016.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1.9.2001, ed. Extra.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de Setembro de 2001. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12.9.2001.

BRASIL. Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31.10.1997.

BRASIL. Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31.10.1997.

BRASIL. Lei nº 4.284, de 20 de novembro de 1963. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4.12.63.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. Aspectos Práticos e Doutrinários dos Regimes Jurídicos Próprios. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista Lazzari, **Curso Elementar de Direito Previdenciário.** São Paulo: LTR, 2005.

CEARÁ. (Estado) Lei Complementar nº 13, de 20 de julho de 1999, Poder Executivo, Fortaleza – CE, 20.07.99.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, 6ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEDROSA, Fábio; ALMEIDA, Rogério; LACERDA, Will. **Vereadores**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira (Coord.); SANTOS, Cibeli, Espíndola dos (Org.). **Direito previdenciário prático**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Rio Grande do Sul. (Estado) Lei Complementar nº 14643, de 19 de dezembro de 2014, Poder Executivo, Porto Alegre – RS, 20.07.99.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coord.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2007. (vol. 1 – Direito Previdenciário Constitucional).

ROCHA, Daniel Machado da; José Antonio (Coord.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2007. (vol. 2 – Benefícios da Seguridade Social).

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. **Vereança e Câmaras Municipais: questões legais e constitucionais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

O tema 917 de repercussão geral do stf como novo paradigma na análise da iniciativa reservada no processo legislativo

Luciana de Fátima da Silva

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o impacto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema 917) no processo legislativo. Em 29/09/16, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911 o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional lei do Município do Rio de Janeiro, oriunda de iniciativa parlamentar, que determinou a instalação de câmeras de monitoramento nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais, por não vislumbrar naquele caso avanço em matéria de competência privativa do Chefe do Executivo. A partir de então, esta decisão passou a ser referida em inúmeros julgados de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e, ao que parece num primeiro momento, com um efeito positivo, de forma a conferir uma interpretação mais flexível ao campo de matérias nas quais os parlamentares podem dar o impulso inicial ao processo legislativo, hipótese com a qual se trabalhará nesta análise. Também se pretende aferir, ainda que em sede preliminar por se tratar de panorama recente, se esta flexibilização pode propiciar ressignificação do papel institucional do Poder Legislativo em temas que efetivamente influenciem no desenvolvimento de políticas públicas e que possam ser percebidos como importantes pela sociedade ou se se restringe apenas a leis de baixo impacto. A análise será desenvolvida por meio de pesquisa na jurisprudência do STF e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo, ainda, suporte em pesquisa doutrinária. Trata-se de reflexão oportuna, pois o assunto é diretamente relacionado com a qualidade do assessoramento jurídico prestado aos parlamentares em questão da maior relevância, pois incide sobre uma das funções centrais do Legislativo, podendo afetar o equilíbrio da relação entre os Poderes.

Palavras-chave: Processo Legislativo. Vício de Iniciativa. Princípio da Separação de Poderes. Tema 917 STF. Repercussão Geral.

Sumário. 1. Introdução. 2. A iniciativa reservada no processo legislativo e sua relação com o princípio da separação de Poderes. 3. A jurisprudência do STF sobre vício de iniciativa e o Tema 917. 4. A interpretação do Tema 917 pelo TJSP a partir

da análise de alguns julgados. 5. A produção legislativa que pode ser estimulada pelo Tema 917 numa perspectiva crítica e alguns parâmetros de interpretação. 6. Conclusão

1. Introdução

O estudo que se pretende desenvolver neste artigo aborda questão da maior importância no âmbito do processo legislativo, concernente à interpretação a ser dada à regra da reserva de iniciativa após a edição do Tema 917 pelo STF, no qual é reafirmada a jurisprudência do tribunal e consignado que não há invasão da competência privativa do Executivo quando projeto de lei de iniciativa parlamentar, embora crie despesas, não dispõe sobre a estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública nem sobre o regime jurídico de servidores públicos.

Conforme será exposto, este julgado não obstante seja uma reafirmação de entendimentos já externados pelo STF, devido ao fato de ter ocorrido sob a sistemática da repercussão geral sem que tenham sido demarcados parâmetros mais objetivos para orientar a aplicabilidade ou não do Tema aos casos concretos que serão julgados pelas instâncias inferiores, ensejará muitas dúvidas, questionamentos e divergências. Isso será facilmente perceptível através da análise de alguns julgados ao longo do trabalho.

A par do aspecto acima mencionado, que, de acordo com o entendimento que vier a predominar, poderá estimular a intensa produção de leis de baixo impacto social, ressalta-se como efeito positivo da edição do Tema 917 a reorientação de entendimentos judiciais muito rígidos acerca da regra de iniciativa reservada, cuja aplicação ocasiona desequilíbrio na relação entre os Poderes.

O texto está estruturado em tópicos que abordam a relação entre a regra da reserva de iniciativa e o princípio da separação de poderes; a jurisprudência do STF acerca do vício de iniciativa, a interpretação que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem dando ao Tema 917 e alguns parâmetros de interpretação que podem ser extraídos da análise dos julgados.

Frise-se que o presente trabalho não se aprofunda no campo teórico, aliás, muito pelo contrário, se pauta por uma visão prática decorrente de vivência profissional e propõe reflexões com o intuito de colaborar com o trabalho cotidiano das procuradorias.

2. A iniciativa reservada no processo legislativo e sua relação com o princípio da separação de poderes

A matriz de regulação do processo legislativo é a Constituição Federal. Neste sentido, é corrente a noção da existência de normas de repetição obrigatória acerca da disciplina do processo legislativo. A iniciativa reservada enquadra-se nesta categoria e assim o é, pois ela visa assegurar o respeito ao princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes¹⁰, cuja observância é imperiosa para a preservação de valores como o Estado de Direito e o regime democrático.

Assegurar a iniciativa para apresentação de determinado projeto de lei a um dos Poderes, primeiramente representa o reconhecimento de que tratando-se de matéria ínsita à organização interna de suas atividades, a ele deve pertencer o juízo de conveniência e oportunidade acerca do momento em que deve se iniciar o processo legislativo.

Acerca do princípio da separação de Poderes, em nossa Constituição Federal expresso sob o signo da independência e harmonia, conforme art. 2º - o qual enuncia “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”- tem-se que a sua adoção foi motivada primordialmente pela necessidade de contenção do Poder.

Com efeito, toda a formulação teórica acerca da separação de Poderes tem por base a necessidade de existir um mecanismo de contenção, seja do Estado em relação aos indivíduos, seja no âmbito interno do Estado, entre os agentes que o representam.

É corriqueira a noção de que a concentração de poder tende a gerar abusos, de modo que concentrar a feitura das leis, a aplicação e o julgamento delas na mesma pessoa induz à tirania, como demonstra a história. Assim, desde tempos remotos se mostrou presente a necessidade de conceber mecanismos que impedissem o massacre do indivíduo pelo Estado¹¹. A esse propósito serviu a teoria da separação de Poderes.

Evidentemente, a teoria da separação de Poderes, cujas raízes são seculares, não tem uma apresentação uniforme ao longo do tempo e sua construção sofreu a influência de cada contexto histórico. Observe-se, por exemplo, que nos primórdios desta teoria a função de julgar não era reconhecida como um dos poderes do Estado e mesmo quando foi assim reconhecida possuía um caráter secundário¹².

10 Abordando este aspecto, vide, a título ilustrativo a decisão do STF na ADI 4.211/SP (julg. 03/03/16).

11 De acordo com o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

12 MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acesso em

Deste modo, a conjuntura política e social poderá propiciar o maior destaque à atuação de um poder em relação aos outros. De acordo com as circunstâncias, é provável que a atuação de um dos poderes esteja mais em evidência. Edson Pires da Fonseca¹³ pontua que existe mesmo uma supremacia de um dos poderes, de acordo com o modelo de Estado adotado:

A evolução histórica do Estado moderno demonstra que a repartição das funções estatais nunca foi igualitária; na prática, sempre houve a primazia de uma delas em detrimento das demais. De acordo com o modelo de Estado adotado em determinado momento histórico haverá ora a supremacia de uma das funções (ou poderes) ora de outra. Exemplificativamente, **destacam-se** as seguintes situações:

- (i) No Estado liberal, que emergiu da Revolução Francesa nos séculos XVIII e XIX, houve clara primazia do Poder Legislativo e de sua obra: a lei.
- (ii) A inserção de direitos sociais na Constituição do México (1917) e da Alemanha (1919) exigiu a ampliação da esfera de atuação do Poder Executivo, incumbido agora da prestação de inúmeros serviços aos cidadãos;
- (iii) Com o fenômeno da constitucionalização do direito, vislumbrado no pós-Segunda Guerra, houve nítido agigantamento do Poder Judiciário, que passou a desempenhar grande protagonismo como guardião da força normativa da constituição. Esse fenômeno pode ser observado no constitucionalismo brasileiro da atualidade. (destaque do original)

Já há algum tempo em nosso país, infelizmente, é muito conhecida a ideia de

19/08/18: “Nesse passo, ressaltamos que, a despeito de LOCKE não contemplar expressamente, em sua tripartição dos poderes da sociedade (Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Judiciário, e, ainda, de referir-se a este como atividade meio do poder legislativo, vislumbramos em seus escritos uma vital importância do poder judiciário em sua sistematização das funções de Estado. (...) É necessário registrar que, apesar de MONTESQUIEU ter conferido ao poder de julgar o status de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder.”

13 FONSECA, Edson Pires da. Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo. 1ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013, p. 8

crise de representatividade dos agentes políticos eleitos, posicionados no Legislativo e no Executivo. Ao mesmo tempo, a atuação do Judiciário foi ganhando cada vez mais destaque, tendo se tornado uma espécie de último socorro dos cidadãos que, notadamente através da atuação de instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, buscam no Judiciário a solução para problemas como falta de vagas em creches ou a longa espera por consultas, exames e cirurgias, apenas para citar duas situações recorrentes.

Sem entrar no mérito dos fatores que ocasionam a atuação mais destacada do Judiciário, o fato é que espaço de poder não fica vazio. Assim, se o Legislativo não exerce sua função de legislar e de fiscalizar de modo à efetivamente contribuir para o atendimento das necessidades sociais e se o Executivo não consegue implementar as políticas públicas necessárias sem demonstrar porque não o faz, é compreensível que o Judiciário passe a ganhar maior notoriedade quando através de sua atuação determina a realização de ações concretas, inseridas no contexto das políticas públicas, que representam a satisfação de demandas da população.

Especificamente sobre a perda de espaço do Legislativo, vale conferir novamente as ponderações de Edson Pires da Fonseca¹⁴:

Observa-se, no quadro atual da separação de poderes, que **o Legislativo encontra-se em desvantagem, perdendo parte de sua competência para o Executivo** (medidas provisórias e acentuada iniciativa legislativa) e parte para o Judiciário (decisões e súmula com efeito vinculante; posição concretista acerca das omissões inconstitucionais).

Não obstante, cabe ao próprio Poder Legislativo retomar o espaço perdido. Boa parte dos problemas que enfrenta é fruto de sua própria inércia. Nada justifica, por exemplo, passados mais de vinte e quatro anos da promulgação da atual Constituição, ainda haver norma constitucional de eficácia limitada despida de eficácia por falta de edição de lei. Ao omitir-se, o Legislativo obriga o STF a suprir a lacuna por ele deixada no ordenamento, sob pena de grave ofensa à

14 FONSECA, Edson Pires da. *Op. cit.*, p. 17

Constituição; do mesmo modo, quando se omite em apreciar se as medidas provisórias editadas pelo Executivo atendem aos requisitos constitucionais de relevância e urgência, cede-lhe espontaneamente significativa parcela de sua atribuição legislativa. (destaques nossos)

Portanto, é visível o quanto a regra da reserva de iniciativa afeta a atuação do Poder Legislativo. Em algumas situações chega a ser mesmo um paradoxo, pois, não há como esperar uma atuação firme do Legislativo na produção de leis vocacionadas ao atendimento das necessidades sociais se a ele sequer for reconhecido o direito de dar o impulso inicial ao processo legislativo.

Em regra, a iniciativa deve ser livre. Qualquer membro do Parlamento deve poder iniciar o processo legislativo, já que legislar é função típica do Parlamento. Entretanto, a Constituição, no artigo 61, assegura ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que regulem as matérias que estão diretamente relacionadas a sua competência de administrar ou – para usar uma expressão mais difundida atualmente – de implementar políticas públicas. Em síntese, enquadram-se nesta categoria os projetos de lei relativos a servidores públicos (criação de cargos; remuneração; atribuições, enfim, seu regime jurídico); organização administrativa (criação/extinção de órgãos e/ou definição de suas atribuições e forma de funcionamento, visando à execução de obras e serviços públicos) e matéria orçamentária (apresentação dos projetos de Plano Plurianual; Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual).

Dentre as hipóteses inseridas na iniciativa reservada a que oferece maior dificuldade é aquela relacionada à organização administrativa. Com efeito, definir o alcance da expressão organização e funcionamento da Administração demanda maior análise e argumentação do intérprete e certamente sofre a influência do papel que ele desempenha no arranjo institucional do Estado. Lembre-se, por óbvio, que qualquer interpretação para ser aceitável tem que se pautar pela razoabilidade, deve ter amparo em uma narrativa coerente, encontrando algum elemento de suporte na doutrina e na jurisprudência¹⁵.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁶ traz a seguinte definição para o termo organização administrativa “resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem

15 Conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso: “*Ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré-prontas em seus enunciados normativos, conceitos e precedentes, o Direito limita as possibilidades legítimas de solução. De fato, deverão elas caber nas alternativas de sentido e de propósitos dos textos, assim como harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo.*”. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva: São Paulo, 5ª ed., 2015, p.475

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Atlas, 25ª ed., 2012, p. 447

a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa”.

Sobre o assunto, Sérgio Resende de Barros¹⁷, visando preservar o equilíbrio entre os Poderes, propõe que seja feita uma distinção em dois campos, um contemplando a administração pública em sentido amplo e outro a administração pública em sentido estrito, para concluir que somente as leis cujo conteúdo verse sobre o último campo escapariam à iniciativa parlamentar:

Daí, que o termo administração pública assumiu dois sentidos: um sentido amplo, voltado para o interesse geral da comunidade; e um sentido estrito, voltado para o interesse interno de cada Poder, revestindo aqui o caráter de competência privativa do Poder a que se refere. Decorre daí o princípio estruturante da iniciativa legislativa sobre matéria público-administrativa. **A saber: a administração do interesse geral da comunidade constitui matéria que não pode ser furtada à própria comunidade, nem sequer aos legisladores por ela eleitos, devendo-se garantir neste caso a iniciativa popular e a iniciativa parlamentar**, ao passo que a administração dos interesses internos pertinentes a cada Poder não deve ser acessível senão a ele próprio, privativamente, para assegurar sua autonomia. Aqui, sim, se deve garantir a exclusividade da iniciativa. Em suma, **o princípio que preside à estruturação da iniciativa legislativa em correlação com a administração pública estabelece que a administração dos interesses gerais da comunidade é externa e acessível a todos os Poderes do Estado**, tocando a cada um deles agir segundo a sua função precípua, ao passo que a administração dos interesses peculiares e internos de cada um dos Poderes não é acessível senão a ele próprio, privativamente, para garantir a sua autonomia. (destaques nossos)

17 BARROS, Sérgio Resende de. Iniciativa Legislativa em matéria administrativa. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/iniciativa-legislativa-em-materia-administrativa.cont>. Acesso em 28/08/18.

Ademais, não se pode perder de vista que o processo legislativo é um fenômeno complexo, sendo a iniciativa apenas uma de suas fases. Neste sentido, é consenso na doutrina e na jurisprudência que a regra da iniciativa reservada deve ser interpretada de forma estrita, pois obsta uma das funções típicas do Poder Legislativo.

Fica claro, então, que a interpretação ampliativa pode gerar desequilíbrio entre os Poderes. O voto vencido do Ministro Marco Aurélio nos autos do Ag. Resp. com Agravo 784.594 – SP, julgado em 08/08/17, bem ilustra esse quadro:

...Os pronunciamentos do Supremo são reiterados no sentido de que a interpretação das regras alusivas à reserva de iniciativa para processo legislativo submetem-se a critérios de direito estrito, sem margem para ampliação das situações constitucionalmente previstas (...)

Interpretação em sentido diverso esvazia as possibilidades de diálogo entre os Poderes, reservando o primeiro passo na implementação de políticas públicas ao Executivo, quando novas ideias e conceitos poderiam originar-se de outras instâncias. Impedir a atuação dos demais poderes, potencializando critérios para iniciativa, implica incumbir unicamente ao Executivo a elaboração, formatação e execução do programa normativo estatal. **Afinal, qualquer plano de ação do Estado Social de Direito pressupõe o rearranjo das estruturas executórias, de modo que a ampliação excessiva das situações abrangidas pelo art. 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal restringe a própria legislatura, expressão maior do experimento democrático.**

O ponto de partida hermenêutico segundo o qual a reserva de iniciativa protege o campo de atuação do Executivo ignora **a ingerência decisiva desse Poder nas deliberações legislativas, a qual transcende o veto. O Governo possui bancada e líder nas Casas Legislativas, assim como instrumentos políticos de pressão, especialmente, bem ou mal, sob a óptica do controle de cargos e de recursos públicos.**

É dizer, abrir a oportunidade de iniciativa a vereador, por exemplo, não significa sujeitar o Executivo a rumos decididos unilateralmente na Assembleia. **O processo legislativo é complexo e não se resume ao momento da deflagração, sendo viável a plena participação do Executivo no trâmite.**

A reserva de iniciativa material constitui exceção e surge apenas quando presente a necessidade de preservação do ideal de independência entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. (destaques nossos)

3. A jurisprudência do STF sobre vício de iniciativa e o tema 917

Analisando a jurisprudência do STF encontramos exemplos de julgados anteriores àquele que deu origem ao Tema 917 que já seguiam a mesma linha decisória. São casos em que aparentemente a interpretação mais fácil, isto é, a que demanda menor esforço argumentativo, seria pela existência de vício de iniciativa decorrente da interferência na gestão de bens públicos, na organização administrativa ou, ainda, pela imposição do cumprimento de determinada prestação positiva, tendo em vista que as leis questionadas são de iniciativa parlamentar.

Com efeito, apenas para dar alguns exemplos, no RE 633.551/MG, julgado em 05/02/15, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia entendeu não haver inconstitucionalidade por vício de iniciativa em dispositivo legal que determinava o desligamento de semáforos no período da madrugada¹⁸; já no RE 290.549/RJ, julgado em 28/02/12, o STF considerou constitucional lei municipal que previa o uso de logradouros públicos para a prática de atividades físicas e, por fim, na ADI 3394/AM, julgada em 02/04/07, o Supremo julgou constitucional lei estadual que determinava o custeio de despesas com exames de DNA para pessoas que não tivessem condições de arcar com o respectivo custo.

¹⁸ Entretanto, em 02/10/17, no julgamento do RE 1.020.308/SP, que tinha por objeto lei municipal que versava sobre funcionamento de semáforos intermitentes, o Relator, Ministro Barroso, negou seguimento ao recurso por entender que “*Desrespeita a competência atribuída ao chefe do Poder Executivo local, adentrando na organização e execução de serviços públicos, lei de iniciativa parlamentar que normatiza a utilização dos semáforos intermitentes, e estabelece horários de funcionamento e prazo para sua regulamentação.*”

Em todos os casos acima mencionados encontramos posicionamentos no âmbito do STF no sentido de não haver vício de iniciativa, sendo plausível o impulso inicial do processo legislativo a partir de propositura de autoria parlamentar.

No caso do RE 633.551/MG (que tinha por objeto lei municipal que versava sobre limite de velocidade de veículos e desligamento de semáforos durante a madrugada), o TJMG entendeu que a matéria em pauta insere-se na esfera de atribuições do Prefeito, diante do disposto no Código de Trânsito Brasileiro e na legislação municipal que atribui expressamente a determinado órgão da administração local a regulamentação e gerenciamento do sistema de trânsito no Município. Porém, no STF o entendimento foi diverso no que tange à questão do desligamento dos semáforos, constando da decisão do RE:

Não subsiste, portanto, o fundamento do acórdão recorrido quanto à inconstitucionalidade formal do art. 2º da Lei Municipal n. 9.071/2005, por vício de iniciativa, porque limitada a regulamentação ao regime de funcionamento de semáforos no período da madrugada, sem desafiar a legislação de trânsito ou as competências privativas do Chefe do Poder Executivo, previstas na norma do art. 61, § 1º, da Constituição da República.

Já no caso do RE 290.549/RJ (que tinha por objeto lei municipal que instituiu o programa “rua da saúde”), o TJRJ julgou, por maioria de votos, a representação por inconstitucionalidade proposta em face da Lei nº 2.621/98 parcialmente procedente, entendendo que apenas o art. 6º da referida norma seria inconstitucional, pois especificava os órgãos da administração que deveriam fazer parte do programa. Quanto aos demais artigos, o tribunal afirmou que a lei *“de modo algum detalhou a executoriedade de sua realização, claramente deferida para a atividade regulamentatória. Também pontuou que o que ocorreu foi a previsão de um programa social, cuja execução depende de regulamentação a ser, ao seu tempo implementada”*. No julgamento no Supremo, no qual foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia que a iniciativa da lei não poderia partir de parlamentar, por sua vez, restou consignado:

A leitura das normas desse diploma legal, apontadas como representativas dessa violação, a tanto não autorizam, na medida em que a criação do programa instituído por meio dessa lei apenas tinha por objetivo fomentar a prática de esportes em vias e logradouros públicos, tendo

ficado expressamente consignado nesse texto legal que “a implantação, coordenação e acompanhamento do programa ficará a cargo do órgão competente do Poder Executivo”, a quem incumbirá, também, aprovar as vias designadas pelos moradores para a realização do programa.

Vê-se, portanto, que a competência do Chefe do Poder Executivo local para disciplinar o uso das vias e logradouros públicos de sua urbe foi devidamente preservada pela referida lei.

Já no caso da ADI 3394/AM, o STF entendeu que a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da administração pública local, que projetos de lei que gerem despesas não são de iniciativa privativa do Executivo, que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas em rol taxativo e que a Corte vem reconhecendo o dever do Estado de custear o exame de DNA em favor de hipossuficientes.

Então, a grande inovação produzida pelo julgamento do RE 878.911 foi o fato de ter ele ocorrido sob a sistemática da repercussão geral. A repercussão geral foi introduzida em nosso sistema processual com o intuito de trazer uniformidade às decisões do Poder Judiciário sobre determinadas matérias que tenham impacto econômico, político, social ou jurídico, nos termos do art. 1.035, § 1º do CPC. Um dos efeitos do instituto é a recondução do Recurso Extraordinário ao seu lugar, qual seja de via excepcional, que só deve ser utilizada em hipóteses restritas. Outro efeito decorrente da adoção do instituto foi a diminuição de casos a serem julgados pelo Supremo, desafogando, assim, o tribunal, já que a decisão tomada pela Corte tem efeito vinculatório para os demais juízes e tribunais. Contudo, em tese, o efeito mais importante, será a obtenção de maior coerência nas decisões judiciais sobre mesmos temas, propiciando segurança jurídica em benefício da sociedade e resguardando a credibilidade do Poder Judiciário.

Em trabalho sobre o assunto,¹⁹ Siddharta Legale, nos dá uma dimensão da quantidade de casos recorrentes que já foram solucionados com a sistemática da repercussão geral. Por ocasião da elaboração do citado trabalho, constatou-se que 24.640 mil recursos já haviam sido decididos. O autor ressalta a importância de

19 LEGALE, Siddharta. O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral como metadecisão. Uma retrospectiva de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-como-metadecisao-18022016>. Acesso em 14/08/18

que o tribunal volte sua atenção também ao aspecto qualitativo e não apenas ao quantitativo:

Quando houver obediência ao RE do STF com repercussão geral, esse RE paradigma orientará outras tantas decisões dos REs sobrestados nos tribunais de origem. Supera-se, dessa forma, o papel de controle meramente incidental do Recurso Extraordinário. A mudança de paradigma torna cada vez mais importante que esse RE estabeleça claramente a regra, a ponderação entre princípios no processo de argumentação e trace parâmetros claros em sua *ratio decidendi* que possam ser vistos como adequados (ou não) pelas demais instâncias. (...)

É preciso que as metadecisões não descuidem da dimensão qualitativa para que se tenha uma jurisdição constitucional capaz de construir paradigmas que fixem interpretações das regras, ponderações de princípios e parâmetros adequados para proteger direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. (grifamos)

Tecidas estas considerações gerais, passemos agora a abordar especificamente o caso que originou o Tema 917. Convém inicialmente reproduzir o texto da Lei nº 5.616/13, do Município do Rio de Janeiro:

Art. 1º Torna obrigatória a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais.

Parágrafo Único - A instalação do equipamento citado no caput considerará proporcionalmente o número de alunos e funcionários existentes na unidade escolar, bem como as suas características territoriais e dimensões, respeitando as normas técnicas exigidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Art. 2º Cada unidade escolar terá, no mínimo, duas câmeras de segurança que registrem permanentemente as suas áreas de acesso e principais instalações internas.

Parágrafo Único - O equipamento citado no caput deste

artigo apresentará recurso de gravação de imagens.

Art. 3º As escolas situadas nas Áreas de Planejamento - AP'S onde foram constatados os mais altos índices de violência terão prioridade na implantação do equipamento.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ajuizada pelo Prefeito ação direta visando obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.616/13, o TJRJ julgou procedente a ação por entender que a norma afrontou o princípio da separação de poderes e usurpou competência própria do Chefe do Executivo.

Nos dizeres do acórdão, prolatado em votação unânime pelo tribunal fluminense: *“Como se sabe, apenas ao Prefeito cabe dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos da rede educacional da Administração Pública municipal”*. O julgado foi bastante conciso, sendo que além do segmento transcrito, apenas foram reproduzidos dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que versam sobre as matérias de iniciativa reservada ao Prefeito e acórdão proferido pela mesma Corte, julgando inconstitucional, pelos mesmos fundamentos, a Lei nº 4.789, também do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a instalação de guarda-volumes nas escolas públicas municipais.

Com a interposição de recursos a matéria veio a ser decidida pelo STF em Recurso Extraordinário, restando declarada a constitucionalidade da Lei nº 5.616/13, em acórdão, prolatado por maioria de votos, com a seguinte ementa:

Recurso Extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/13, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.

Submetido à sistemática da Repercussão Geral, o caso foi catalogado como Tema 917, tendo sido fixada a seguinte tese:

Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

Do acórdão proferido no RE nº 878.911, que teve por Relator o Ministro Gilmar Mendes, é interessante mencionar a seguinte passagem:

No caso em exame, a lei municipal que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada.

Por fim, acrescente-se que a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como direito fundamental de segunda dimensão que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva destinado a todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado Brasileiro, nos termos do art. 227 da Constituição.

Em sua decisão, portanto, o STF afirma que a determinação de colocação de câmeras de monitoramento não corresponde à criação de uma atribuição para órgão da administração, nem interfere em seu funcionamento.

Entretanto, a determinação de instalação de câmeras inegavelmente é um comando concreto, não é uma norma programática ou uma diretriz ao poder público. Pelo contrário, é um comando muito claro, sem margem para tergiversações.

Tem-se, ainda, que a determinação de instalação de câmeras foi feita com o escopo de tornar as escolas mais seguras, protegendo, assim, as crianças e adolescentes, cujos direitos devem ser assegurados mediante prestação positiva do Estado, conforme restou assentado no acórdão do Tema 917. Desta forma, o

assunto relaciona-se com a política pública de segurança implementada pelo Município, sendo que, na interpretação usualmente adotada, a escolha dos meios para a concretização desta política estaria inserida na esfera de atribuições próprias do Chefe do Executivo.

Por outras palavras, optar por este ou aquele meio para implementar medidas de segurança nas escolas seria ato reservado ao Prefeito que adotaria um ou outro, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade. No caso concreto, em tese, o Prefeito poderia achar mais adequado, por exemplo, criar um sistema de monitoramento das escolas pela Guarda Civil Metropolitana, para o que, vale lembrar, seria desnecessária a edição de lei, visto que na qualidade de responsável máximo pela administração ditar a forma de execução dos serviços é expressão de sua função tipicamente administrativa.

É razoável interpretar, então, que esta decisão do STF pode sinalizar ao Judiciário que deve ser adotado o entendimento que prestigie a maior participação do Legislativo na implementação de políticas públicas, validando-se, sempre que possível, propostas apresentadas por meio de leis de iniciativa deste Poder, o que se mostraria de todo coerente já que, diante de circunstâncias específicas, o próprio STF em diversas oportunidades se coloca como legitimado a determinar a execução de políticas públicas²⁰.

O grande problema está no alcance que se deve atribuir ao Tema 917. Para saber se determinada situação se submete a tal tema seria necessário que da tese ou do julgado que lhe deu origem se pudesse extrair parâmetros mais objetivos, pois dizer que *“Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal)”*, texto da tese fixada, não resolve o problema. Era necessário, em realidade, que o Tribunal traçasse ao menos os contornos do que se deve entender por interferência na seara própria do Executivo, que indicasse quando, em seu entendimento, uma lei estará tratando da estrutura ou das atribuições dos órgãos da Administração.

20 A título ilustrativo, confira-se a decisão do RE 592.581, julgado em 13/08/15, com repercussão geral (tema 220), redundando na seguinte tese: *“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”*. E, ainda, a decisão proferida no Ag. Reg. no Rec. Extraordinário 559.646/PR, julgado em 07/06/11: *“2. É possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o Poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.”*

Talvez, pela análise de julgados recentes seja possível extrair que o posicionamento do STF se encaminhará para vislumbrar a existência de vício de iniciativa apenas em leis que detalhadamente tratem, por exemplo, de como deverá ser prestado um dado serviço público. No caso da educação poderíamos pensar que assim se enquadrariam leis que determinassem qual a duração de cada aula, quantos professores se dedicariam à matéria, qual o conteúdo e de que forma deveria ser abordado.

O julgamento do RE 1.037.175/SP, ocorrido em 20/07/18, cujo segmento se transcreve abaixo, parece corroborar tal hipótese. Nos autos do citado recurso discutiu-se a constitucionalidade de lei municipal que determina a inserção de informação sobre farmácias populares nas receitas médicas expedidas pelo SUS, tendo sido confirmado o acórdão do TJSP, que julgou inconstitucional apenas trecho do art. 1º da lei exatamente por descer a minúcias:

Não assiste razão à parte recorrente.

O Tribunal de origem assentou a constitucionalidade da Lei Municipal 8.194/2014, que dispõe sobre a inserção, em receitas médicas expedidas pelo Sistema Único de Saúde SUS, com a inscrição de “utilidade pública”, de endereços e telefones de farmácias populares existentes no Município. Indicou apenas a necessidade de supressão da expressão “... na parte frontal, em espaço de 10 cm (dez centímetros) ...”, do art. 1º, da Lei impugnada, sob os seguintes fundamentos:

“(...) A manutenção do trecho ressaltado (“...na parte frontal, em espaço de 10 cm (dez centímetros) ...”), **cria, direta e inquestionavelmente, para o Executivo, a obrigação de cumprir o mandamento, mediante atos típicos de gestão administrativa escolha da proporção mínima do papel das receitas médicas**, implicando inequívoca interferência na administração pública.”

...

Pois bem, no julgamento do ARE 878.911 RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11/10/2016, **Tema 917**), sob a sistemática da repercussão geral, que tratou de lei municí-

pal que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas escolas públicas, o Relator assim se pronunciou:

...

Ademais, esta CORTE já decidiu que o Município detém competência para suplementar legislação sobre a proteção a saúde. Confira-se:

...

Portanto, o acórdão recorrido merece ser mantido por estar em consonância com a jurisprudência desta CORTE. (destaques nossos)

No mesmo sentido foi o julgamento do RE 774.241/DF, no qual se discutia a constitucionalidade de lei que determinava a instalação de câmeras de monitoramento na estação rodoviária de Brasília, tendo sido afastado por inconstitucionalidade apenas o art. 4º da norma que determinava o acompanhamento diário das imagens com a comunicação imediata à segurança local e à polícia sobre qualquer atitude suspeita ou qualquer ato de violência, conforme segmento abaixo reproduzido:

O Tribunal de origem assentou que a lei distrital que prevê a instalação de câmeras de vídeo externas na Estação Rodoviária de Brasília e o acompanhamento diário das imagens geradas pelo circuito promove ingerência indevida nas atribuições da Secretaria de Segurança Pública, uma vez que obriga a comunicação imediata à segurança local e à polícia de competência sobre qualquer atitude suspeita ou qualquer ato de violência.

Todavia, no julgamento do ARE 878.911 RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11/10/2016, **Tema 917**), sob a sistemática da repercussão geral, que tratou de lei municipal que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas escolas públicas, o Relator assim se pronunciou:

...

Há, entretanto, apenas um dispositivo que, efetivamente, promove indevida interferência na organização e distribuição de atividades aos ser-

vidores do Poder Executivo, especificamente da Secretaria de Segurança Pública, e, conseqüentemente, desrespeita a iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Trata-se do art. 4º da lei:

“Art. 4º É obrigatório o acompanhamento diário das imagens geradas pelo circuito, ficando obrigatória a comunicação imediata à segurança local e à polícia de competência sobre qualquer atitude suspeita ou qualquer ato de violência.

Parágrafo único. O acompanhamento diário do monitoramento será feito por operadores da segurança pública.”

Portanto, o acórdão recorrido merece ser mantido apenas quanto a tal norma. (destaques nossos)

Ainda na mesma linha pode ser mencionado o julgamento da ADI 5.293/SC, em 08/11/17, que tinha por objeto lei do Estado de Santa Catarina estabelecendo, dentre outras, regras de atenção à saúde das vítimas de queimaduras graves, tais como o direito à reabilitação psicológica, inclusive com terapia ocupacional, e à reinserção social por meio de programas assistenciais a serem desenvolvidos pelo Poder Público. No acórdão restou consignado que *“1. Os artigos 1º, 4º, 6º e 7º da lei impugnada não afrontam a regra, de reprodução federativamente obrigatória, que preserva sob a autoridade do chefe do Poder Executivo local a iniciativa para iniciar leis de criação e/ou extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (art. 61, §1º, II, “e”, da CF). Mera especificação de quais cuidados médicos, dentre aqueles já contemplados nos padrões nacionais de atendimento da rede pública de saúde, devem ser garantidos a determinada classe de pacientes (portadores de sequelas graves causadas por queimaduras).”*

Não obstante todo o até aqui exposto, não se pode deixar de pontuar a contradição evidenciada entre o entendimento adotado no RE 878.911/RJ, que deu origem ao Tema 917, e o julgamento do RE 775.553/MG interposto nos autos de Ação Civil Pública que, em síntese, tinha por objetivo compelir município a implantar semáforos sonoros visando proteger as pessoas com deficiência visual.

Embora sejam ações de natureza diversa, o relator de ambas foi o Ministro Gilmar Mendes e o lapso de tempo entre os julgamentos foi de apenas dois meses, sendo o RE 775.553/MG decidido monocraticamente pelo relator, em 30/11/16, posteriormente, portanto, ao julgamento que originou o Tema 917.

Note-se que em ambas as situações a discussão de fundo é a necessidade de proteção de direitos fundamentais de uma classe de sujeitos que recebem proteção especial do ordenamento jurídico, quais sejam as crianças e as pessoas com deficiência e em ambos os casos a forma buscada para assegurar tal proteção foi a instalação de equipamentos em bens públicos, num caso as câmeras de monitoramento, noutro os semáforos sonoros.

No acórdão recorrido nos autos do RE 775.553/MG, mantido pelo ministro relator, ficou expressamente consignado que a determinação à Administração para implantar os referidos semáforos sonoros acarretaria interferência nas atribuições do Poder Executivo e teria implicações orçamentárias, conforme se depreende dos trechos abaixo transcritos da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário:

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ementado nos seguintes termos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – EXECUÇÃO DE PROJETO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMA SONORO EM SEMÁFOROS – ATOS DE ADMINISTRAÇÃO – INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO **NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES TÍPICAS DO PODER EXECUTIVO – SEPARAÇÃO DE PODERES** – RECURSO DESPROVIDO. Os princípios da independência dos poderes e as regras específicas de caráter orçamentário e financeiro para a atuação do ente público impedem o Poder Judiciário de condenar o Estado de Minas Gerais no cumprimento de obrigação de fazer que importe **na inclusão, por via oblíqua, em gastos em lei orçamentária, ainda que para garantir o cumprimento de obrigação prevista em lei e na Constituição como direito social** (Arts. 227, § 2º e 244 da CF-88). Recurso desprovido.”

(...)

O recurso não merece prosperar.

...

Com efeito, verifico que o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, consignou a impossibilidade de se deferir o pedido e manteve sentença que considerou não demonstrada a viabilidade na prioridade de implementação da medida pleiteada, em razão de outras dificuldades na área da saúde, da educação e do transporte. Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

“Apesar do fato de as Leis 7.853/89 e 10.098/2000, bem como legislação municipal assegurarem o direito de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou dificuldade de locomoção aos prédios e vias públicas, não há como, pela via da ação civil pública, em **clara interferência do Poder Judiciário no exercício de suas funções típicas do Poder Executivo, impor a obrigação de se adotar as medidas administrativas necessárias para a realização daquelas obras de instalação de sinais sonoros, ainda que de relevante cunho social**, nem mesmo cominar multa pelo descumprimento da medida.

Apesar do disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, referente à legitimação do Ministério Público em sede de ação pública para buscar a tutela de interesses difusos e coletivos, não se pode pretender substituir, pela via judicial, o exercício das funções próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, **mormente se necessária iniciativa referente a orçamento público e estabelecimento das prioridades públicas.**” (fl. 152).

No mesmo sentido, registro trecho do voto-vista do acórdão recorrido:

“Embora, no caso concreto e específico, haja legislação federal expressa que **determina ao Poder Público (Executivo)** a adoção da providência que se pede (instalação de semáforos com dispositivos sonoros para atender às pessoas portadoras de necessidades especiais

no âmbito de visão), tem-se que **tal determinação é genérica a todos os entes do Poder Executivo**.

Sem dúvida, entretanto, não há como se deferir a determinação direta do Município para elaborar o projeto e o cronograma das obras, inclusive com prazo, como pedido, antes de tal ser incluído no orçamento municipal, com discussão e votação pelo Legislativo, sobrevivendo licitação própria, para que não se onere o erário municipal em detrimento de outras dotações orçamentárias mais prementes aos munícipes”. (Grifei) (fl. 154)

Assim, tendo em vista a conclusão da instância de origem pela impossibilidade de se deferir o pedido nos termos avançados (prazo para projeto e cronograma de obras), para se entender de forma diversa, seria imprescindível o revolvimento do conjunto fático-probatório contido nos autos. Entretanto, o recurso extraordinário não se presta à revisão dos fatos e provas já analisados pelas instâncias ordinárias, a teor da Súmula 279 do STF. (destaques nossos)

Consoante já assinalado, embora sejam ações de natureza diversa e uma tenha sido decidida monocraticamente, a matéria de fundo veiculada é idêntica – proteção de determinado segmento da população – e, o que chama mais a atenção, o relator de ambas é o mesmo. Então, o que se quer pontuar é que ao menos a compreensão acerca da questão orçamentária deveria ser a mesma para os dois casos.

Neste ponto, são de todo oportunas as reflexões de Renato Monteiro de Rezende²¹ em texto no qual discorre sobre a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da temática do vício de iniciativa no processo legislativo, especialmente no que toca à falta de clareza no critério utilizado pelo STF no julgamento de questões envolvendo a reserva de iniciativa:

A diversidade dos casos examinados dificulta a identificação de uma lógica comum a orientar esses julgamentos.

21 REZENDE, Renato Monteiro de. A insustentável incerteza no dever-ser: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 231). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td231>. Acesso em 06 de agosto de 2018.

Enquanto na ADI nº 3.394 se discutia a atribuição de responsabilidade financeira ao Poder Executivo, não necessariamente implicando a realização material, por um órgão, da atividade custeada com recursos públicos, na ADI nº 1399 e no AgRE nº 290.459 isso parecia ocorrer. A decisão no ARE nº 878.911 guarda semelhança com a prolatada na ADI nº 3.394, pois é possível imaginar que a instalação e o funcionamento das câmeras de segurança fossem atribuídas contratualmente a uma empresa prestadora desses serviços.

Em verdade, é visível a falta de clareza quanto aos critérios utilizados pelo STF no julgamento de questões envolvendo a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Esse vai e vem jurisprudencial, essa instabilidade decisória, sem que a Corte sequer reconheça a existência de um maior ônus argumentativo para a tomada de decisões que superem entendimentos cristalizados, malfez alguns dos mais básicos princípios que compõem a ideia de Estado de Direito: a segurança jurídica e a isonomia. Não à toa, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em seu art. 927, § 4º, estabelece que *a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.* (destaques do original)

Pelo visto, é certo que a aplicação ou não do Tema 917 ao caso concreto ainda despertará bastante divergências e questionamentos, mas, por outro lado, é importante chamar a atenção para o fato de que surge como inegável efeito positivo de toda essa discussão uma reorientação de entendimentos judiciais muito rígidos na interpretação da regra da iniciativa reservada.

Esta assertiva pode ser ilustrada com dois julgados do STF que devolveram os autos de recursos ao tribunal de origem para que fosse efetuado o juízo de

adequação²². Em um dos casos havia sido julgada inconstitucional lei municipal que instituiu o “Dia da Paternidade e da Maternidade Responsável” e no outro lei que atribuía denominação à praça pública. Em ambos os casos o fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade foi a interferência em matéria típica da atividade administrativa.

Com todo respeito às opiniões em contrário, entender que a denominação de logradouros e bens públicos ou a fixação de uma data nos conhecidos “calendários oficiais de eventos”, visando mobilizar a sociedade em prol de alguma situação de interesse público são matérias inseridas na esfera privativa de atribuições do Executivo, ou seja, no campo da denominada reserva de administração, extrapola muito este conceito, pois, assim devem ser compreendidas apenas as matérias que interfiram na essência da gestão dos bens, serviços e obras públicas. Por outras palavras, não é o simples fato de que tais atos não necessitem de lei para sua efetivação que impede a sua veiculação por meio de lei. Aliás, a instalação de câmeras de monitoramento nas escolas públicas por determinação legal, cuja viabilidade foi discutida nos autos do recurso que deu origem ao Tema 917, poderia perfeitamente ter sido determinada pelo Prefeito sem a edição de lei, sem que tal fato tenha impedido o reconhecimento da constitucionalidade da lei que determinou tal veiculação.

Vale registrar, por derradeiro, que, comparativamente ao Poder Executivo, é notória a relação mais próxima dos parlamentares, especialmente os vereadores, com a comunidade. Assim, os projetos de lei apresentados para atribuir denominação a logradouros públicos ou instituir datas nos “calendários oficiais de eventos” frequentemente espelham demandas da população local, revestindo-se, assim, de total legitimidade.

4. A interpretação do Tema 917 pelo TJSP a partir da análise de alguns julgados

Como visto até aqui, a maior dificuldade na aplicação do Tema 917 será tentar buscar parâmetros mais objetivos para definir em que medida é aceitável a interferência de lei de iniciativa parlamentar na atividade administrativa, já que é fato que em algum grau essa interferência pode ocorrer, sem que isso infirme a validade da lei. Neste ponto, oportuno lembrar, como ressaltado pelo Ministro

²² ADI nº 2006126-13.2015.8.26.0000, julgada em 13/09/17 e ADI nº 2258181-54.2015.8.26.0000, julgada em 18/10/17, ambas do TJSP.

Marco Aurélio em voto já mencionado linhas atrás, que *“qualquer plano de ação do Estado Social de Direito pressupõe o rearranjo das estruturas executórias, de modo que a ampliação excessiva das situações abrangidas pelo art. 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal restringe a própria legislatura, expressão maior do experimento democrático.”* (RE 784.594-SP) e, também, como tem sido consignado em acórdãos do TJSP, é permitido ao Legislativo impor ao Executivo a prática de atos que já estão compreendidos em suas funções (ADI 2253854-95.2017.8.26.0000)

A análise de alguns recentes julgados do TJSP corrobora a dificuldade acima mencionada, e embora em alguns casos evidencie contradição no posicionamento do tribunal em ações envolvendo a mesma matéria, demonstra uma tendência de seguir a mesma linha do STF.

Assim, leis que visam promover a conscientização acerca de determinado assunto de interesse público, disciplinando a realização de campanhas, palestras ou outras atividades de orientação tem sido interpretadas como constitucionais. No entendimento que tem predominado, ainda que tais leis contenham a determinação de realização de uma atividade específica, se não descerem a minúcias de como esta atividade deverá ser executada, limitando-se a prever genericamente a sua realização motivada por razões de ordem pública, não há que se falar em vício de iniciativa. A título ilustrativo, confira-se segmento do acórdão proferido na ADI 2150170-91.2016.8.26.0000, julgada em 19/10/16, exatamente neste sentido, na qual se questionava lei municipal, de origem parlamentar, que obriga a Prefeitura a realizar campanha de conscientização da população sobre a adequada destinação do lixo:

Lei que cuida de assunto local, relativo à proteção do meio ambiente e controle da poluição. Precedente deste Órgão Especial.

Trata-se de previsão abstrata, genérica, de caráter legislativo, que, embora imponha obrigações ao Poder Executivo como, ressalta-se, é lícito ao Poder Legislativo fazer, não se confunde com a efetiva prática dos atos de gestão que decorrerão da concretização e da execução das disposições estabelecidas pela norma questionada.

Ademais, não há interferência na organização administrativa do Município, cabendo ao Prefeito apontar, mediante decreto, os órgãos municipais responsáveis pela

concretização da norma, nos termos do art. 47, inciso XIX, alínea ‘a’ da Constituição do Estado de São Paulo.

Já leis relacionadas, por exemplo, à política pública de saúde, visando assegurar o acesso a medidas preventivas de problemas de saúde, mas que ao fazê-lo prescrevem a forma de execução, foram interpretadas como violadoras da reserva de administração. Nesta linha foram julgadas a ADI 2144176-48.2017.8.26.0000, em 14/03/18, declarando-se inconstitucional lei que visava assegurar às mulheres o direito à investigação e tratamento da trombofilia; e a ADI 2016701-75.2018.8.26.0000, em 06/06/18, declarando-se inconstitucional lei que instituía o programa denominado “Médico nas creches”.

Interessante observar que no caso da ADI referente à detecção e tratamento da trombofilia a decisão foi tomada por 15 votos pela procedência e 7 votos pela improcedência, sendo oportuno transcrever passagem da declaração de voto de um dos Desembargadores que se pronunciaram pela improcedência da ação²³, por nos dar a dimensão da dificuldade em definir o alcance do Tema 917:

(...) Posto isto, afere-se **quão longe foi o Colendo Supremo Tribunal Federal** ao arbitrar a competência legislativa das Câmaras Municipais, pois entendeu que mesmo uma lei de iniciativa parlamentar que torne **obrigatória a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais (com recurso de gravação de imagens)** não viola a iniciativa reservada ao Poder Executivo.

(...), ainda que possamos lembrar que tais providências, além de ensejar custos expressivos à Municipalidade, implicam na realização de licitações para aquisição, instalação, manutenção e, quiçá, controle dos aludidos equipamentos, com demanda de pessoal para tal. Até

23 Note-se que o voto vencido se alinha à decisão tomada pelo STF no julgamento da ADI 5.293/SC que reputou constitucional a lei de iniciativa parlamentar que dispunha sobre cuidados em saúde a ser assegurados às pessoas com queimaduras graves.

mesmo com tais providências, **o C. STF entendeu não violar iniciativa reservada ao Poder Executivo Municipal, nem mesmo a chamada reserva de administração.**

Neste passo, à luz do presente feito, parece correto compreender que a criação de programa de saúde tocante ao **“direito de toda mulher à investigação, ao exame genético que detecta a trombofilia e ao respectivo tratamento e dá outras providências”** – objeto da disposição legislativa ora vergastada – **não tem a dimensão de caracterizar em matéria dispositiva da “atribuição de órgão da Administração Municipal” (privativa do Chefe do Poder Executivo), mas significa apenas providência normatizada tendente ao aprimoramento do bom funcionamento dos serviços públicos de prestação da Saúde naquele Município, máxime em prol da mulher.** (voto Des. Alex Zilenovski, destaques do original)

Entretanto, as decisões acima mencionadas destoam do posicionamento que havia sido adotado anteriormente pelo TJSP no julgamento da ADI 2017027-69.2017.8.26.0000, em 22/11/17, no qual restou reconhecida a constitucionalidade de lei que prevê a obrigatoriedade de realização de exames oftalmológicos em alunos da rede de ensino municipal, cujas famílias tenham renda inferior a três salários mínimos. Isso porque estas três ações tem como pano de fundo a proteção da saúde pública, com foco em determinado segmento da população, tudo a espelhar a dificuldade de aferir a extensão do tema 917, o que é evidenciado, também, pelo fato da decisão que considerou constitucional a lei que impunha a realização dos exames oftalmológicos não ter sido unânime²⁴. Da declaração de voto vencido nesta ação se extrai:

Contudo, tal **não** é o caso dos autos.

A lei impugnada, **além** de criar programa de saúde,

24 Em decisão proferida no RE 1.152.382/SP, em 16/08/18, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, negou seguimento ao Recurso Extraordinário, mencionando expressamente o Tema 917 e mantendo a decisão proferida pelo TJSP por entendê-la em conformidade com a jurisprudência da Corte.

estabelece claramente **obrigações efetivas** a serem desempenhadas pela Administração local, como se desprende de seu **art. 1º** (“Torna obrigatória a realização de exames oftalmológicos ...”), **art. 2º** (“os exames serão realizados, pelos menos, uma vez ao ano e deverão abranger toda comunidade escolar do Município”) e **art. 4º** (“Os procedimentos médicos indicados são de responsabilidade do Município, que deverá assumi-los, sem ônus para os escolares.”).

Daí porque a lei impugnada, em que pesem as doutas opiniões em contrário, é dominada pelo **vício de iniciativa**, fere a **independência e separação dos poderes** (“**Artigo 5º** - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

Dispositivo da lei, de **iniciativa parlamentar**, afeta diretamente seara do Poder Executivo. Impõe **obrigações** à Administração. Interfere, diretamente, na **gestão administrativa**, o que não se pode admitir. (...)

Por fim, não se ignora a decisão recente do **Pretório Excelso** no sentido de que “...*não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.*” (ARE nº 879.911 RG/RJ – p.m.v DJ-e 11.10.16 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**). Já de própria leitura desse trecho ressalta sua não aplicação ao caso na medida em que a norma aqui em exame, inequivocamente, estabelece **atribuições** aos órgãos da Administração. (voto Desembargador Evaristo dos Santos, destaques do original)

Observe-se, porém, que as duas decisões do TJSP inicialmente mencionadas (investigação e tratamento da trombofilia e programa “médico nas creches”) parecem estar alinhadas ao entendimento externado em 08/08/17, no julgamento do RE nº

784.594/SP²⁵, cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Barroso, tendo a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. **INSTITUIÇÃO DE PROGRAMA DE SAÚDE PÚBLICA. INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO.** ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE SE ALINHA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser inconstitucional lei de iniciativa do Poder Legislativo que desencadeia aumento de despesas públicas em matéria de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, bem como assentou ser de competência do Poder Executivo leis que estruturam ou alterem órgãos ou secretarias da administração pública.
2. Agravo interno provido, a fim de negar seguimento ao recurso extraordinário. (destaques nossos)

Cabe ponderar, todavia, que o entendimento externado na decisão acima pode ter sido superado pelo entendimento alcançado na decisão proferida na ADI 5.293/SC²⁶, anteriormente mencionada e na qual se reputou constitucional lei de iniciativa parlamentar que estabeleceu diversos cuidados médicos e assistenciais que deveriam ser disponibilizados às vítimas de queimaduras graves. Com efeito, a Lei n° 5.165/11, do Município de Americana, questionada no RE 784.594/SP, tinha como cerne autorizar a instituição de programa de atenção à saúde do idoso objetivando oferecer atendimento integral em saúde a pessoas a partir de sessenta anos, bem como prever que esse atendimento seria prestado, dentre outros profissionais,

25 Decisão tomada por maioria de votos, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio que entendeu não haver vício de iniciativa no caso, o que ilustra, mais uma vez, a dificuldade de se formar um consenso sobre o que, na visão do Tribunal, caracteriza interferência na atividade administrativa.

26 O que chama a atenção, entretanto, é o curto espaço de tempo transcorrido entre os julgamentos – aproximadamente três meses apenas – e a ausência de qualquer menção à eventual evolução de entendimentos, sendo que os ministros que participaram do julgamento do RE 784.594/SP também participaram do julgamento da ADI 5.293/SC.

por geriatras e psicólogos; ou seja, estava dentro do mesmo escopo de proteção à saúde de um segmento específico da população, mencionando cuidados genéricos relacionados à saúde já previstos no ordenamento jurídico, sendo que a decisão exarada no RE poderia ter afastado apenas os dispositivos da citada lei que, de fato, avançaram sobre esfera privativa do Executivo.

Por fim, é importante mencionar a variação de entendimentos do TJSP, em um curto espaço de tempo acerca de leis municipais que instituíram o denominado “Selo Amigo do Idoso”. Foram três ADIs²⁷ julgadas posteriormente à edição do Tema 917, versando sobre leis de conteúdo praticamente idêntico, instituindo selo com o mesmo nome, o qual consistia em uma certificação pela administração pública acerca dos bons serviços prestados por entidades voltadas ao atendimento de idosos. Os julgamentos ocorreram em dezembro de 2016, março de 2017 e maio de 2018, sendo que nos dois primeiros casos as ações foram julgadas procedentes, sendo as leis, portanto, consideradas inconstitucionais exatamente por invasão da esfera administrativa. A ementa da ADI 2177366-36.2016.8.26.0000 tem o seguinte teor:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 11.811, de 26 de fevereiro de 2016, do Município de São José do Rio Preto – Legislação que “dispõe sobre a implantação do Programa ‘Selo Amigo do Idoso’ para entidades e empresas e dá outras providências” – Desrespeito aos artigos 5º, 24, §2º, 2, 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação de poderes – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente. (julg. 22/03/17, m.v.)

Já no último caso analisado pelo TJ a ação foi julgada procedente em parte apenas para reconhecer como inconstitucional dispositivo de conteúdo meramente autorizativo, havendo expressa menção à aplicação do Tema 917 ao caso, ementado nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal. Implantação do selo ‘amigo do idoso’ destinado a entidades

27 ADI nº 2253854-95.2017.8.26.0000 (j. 16/05/18); ADI nº 2177366-36.2016.8.26.0000 (j. 22/03/17) e ADI nº 2161183-87.2016.8.26.0000 (j. 07/12/16)

que atendem idosos nas modalidades asilar, e empresas parceiras, com ações em benefício da pessoa idosa.

1. Inexistente vício de iniciativa legislativa. Rol constitucional exaustivo. Art. 24, § 2º, CE, aplicável por simetria ao Município. Precedentes do Órgão Especial e STF. **Tese 917 de Repercussão Geral**. Não configurado ato concreto de administração, tampouco ato de planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais. Usurpação de atribuições do Poder Executivo não verificada....

A concretização de lei que disponha sobre programa voltado à conscientização e estímulo à proteção do idoso, em prol da saúde e da qualidade de vida dessa parcela mais vulnerável da população, está entre as atividades típicas do Poder Executivo, sendo inerente à sua atuação; dessa forma, é lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo local essas funções.

As observações acima acerca do denominado “selo amigo do idoso” novamente reforçam a dificuldade na definição do alcance a ser dado ao Tema 917 e o cuidado redobrado que se faz necessário nesta análise, sendo oportuno transcrever outra ponderação de Renato Monteiro de Rezende em artigo já mencionado linhas atrás²⁸:

Não resta dúvida de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, sua componente subjetiva, impõem *fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos de poder*, sendo *exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial*²². Quanto ao princípio da isonomia, embora seja comumente invocado nas relações do Estado com os indivíduos, não há por que deixar de aplicá-lo em face de decisões do STF no âmbito do controle abstrato de

28 REZENDE, Renato Monteiro de. *Op. cit.*, p. 19

normas, para se vedar o tratamento casuístico ou arbitrário de questões jurídicas discutidas sem referência a situações concretas, mesmo porque juízos distintos sobre atos normativos similares produzirão consequências diferentes para os destinatários das normas.

5. A produção legislativa que pode ser estimulada pelo Tema 917 numa perspectiva crítica e alguns parâmetros de interpretação

A edição do Tema 917 teve uma importância simbólica, pois mesmo não tendo ficado claros os parâmetros para sua aplicação, ela reforçou a necessidade de interpretação restritiva da cláusula de reserva de iniciativa, mas, somente com o decorrer do tempo será possível aquilatar se em decorrência de sua aplicação ocorrerão avanços, sob o prisma da efetividade da legislação.

Considerando o caso concreto que deu origem ao Tema 917, a tarefa de identificar um limite entre as determinações legais que invadirão a esfera própria do Executivo e as que não invadirão tornou-se especialmente difícil.

A pesquisa na jurisprudência revela situações bastante interessantes como a da lei municipal, de iniciativa parlamentar, questionada nos autos da ADI 2169545-44.2017.8.26.0000, lei esta que assegura às pessoas com deficiência, aos idosos e às gestantes o direito de agendar por telefone consultas na rede pública de saúde. Em 25/07/18 o TJSP julgou constitucional a lei quanto a este aspecto, mas inconstitucional no ponto em que criava para o Poder Público o dever de providenciar o transporte até o local da consulta. Deve ser ressaltado que o julgamento se deu por maioria de votos, sendo que parte dos desembargadores, que restou vencida, entendia que seria possível até mesmo impor o dever de efetuar o transporte dos pacientes, invocando dentre outros fundamentos a aplicação do Tema 917. Não obstante a polêmica que este caso concreto pode suscitar, ele retrata um exemplo de lei que traz um impacto positivo facilmente perceptível pela população.

Porém, a aplicação alargada do Tema 917, também, pode estimular a apresentação intensa de projetos de lei e, o que é mais preocupante, de projetos não vocacionados a contribuir de modo mais concreto para a resolução de problemas ou atendimento das necessidades sociais.

Tomemos como exemplo as leis questionadas em ADIs que versam sobre a realização de campanhas nas escolas, seja visando à conscientização sobre a necessidade de proteção do meio ambiente, seja visando à prevenção de problemas

de saúde, as quais, na verdade, são redundantes, eis que a promoção de atividades de conscientização já consiste em um dever do Poder Público conforme inúmeras previsões legais²⁹.

Na mesma toada, cite-se as leis que apenas reproduzem, ainda que com outra roupagem, direitos que já estão assegurados na área da saúde e/ou assistência social. Neste sentido, mencione-se que no acórdão da ADI 5.293/SC, o Ministro Relator Alexandre de Moraes fez extensa explanação a respeito da conformidade da lei questionada, enfatizando que seu conteúdo é substancialmente idêntico ao da legislação federal, chegando a consignar a existência de diretivas específicas do SUS acerca do tratamento de pessoas vítimas de queimaduras.

É claro que se espera atuação responsável do legislador, mas, não é possível ignorar que em nossa cultura política a proposição de leis é a forma tradicional por meio da qual a maior parte dos parlamentares justifica seu mandato perante o eleitor.

Outro dado a respeito de nosso cenário político que não pode ser ignorado é que, por diversos fatores de ordens objetiva e subjetiva, muito dificilmente, um Prefeito será responsabilizado, especialmente no campo político, por exemplo, pelo fato de descumprir uma lei que prevê a realização de campanha de conscientização, ou mesmo que determine a instalação de câmeras de monitoramento em certos locais, de modo que esta determinação legal acaba assumindo muito mais o feito de uma indicação ao Poder Executivo. Esse o seu verdadeiro conteúdo. Esta situação gera descrédito e empobrece o papel do Legislativo.

Neste ponto, cabe refletir se se justifica, na hipótese, todo o trabalho envolvido na elaboração de uma lei, a movimentação do aparato burocrático e político, já que o projeto precisa ser autuado, cadastrado (seja física ou eletronicamente), terá que passar pelas comissões temáticas, muitas vezes deve ser analisado pelas assessorias técnicas, haverá despesas com publicações e, por vezes, será necessária a realização de audiência pública. É fato, tudo tem seu custo e implica em dispêndio de tempo e energia envolvidos nos processos deliberativos.

Enfim, certamente irá transcorrer algum tempo até ser possível verificar em que sentido irá se consolidar a jurisprudência quanto ao alcance da tese fixada

29 O art. 25, § 1º, VI, da CF, por exemplo, já estabelece o dever do Poder Público de “*promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente*”. No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/96 contém diversos dispositivos que respaldam a realização de campanhas, tais como o art. 27, I, segundo o qual os conteúdos curriculares da educação básica observarão, dentre outras, a diretriz da difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática.

no Tema 917, o que é natural, mas, enquanto isso, precisamos tentar fixar alguns parâmetros de interpretação.

Assim, à luz dos julgados analisados, é possível arriscar algumas suposições, com base na análise de determinados aspectos dos projetos em pauta:

- 1) **caráter programático:** leis que estabeleçam comandos programáticos ou principiológicos, veiculando diretrizes a serem observadas na atividade administrativa dificilmente serão reputadas inconstitucionais;
- 2) **grau de detalhamento:** para leis que imponham a execução de ações concretas, quanto maior o grau de detalhamento, especificando em minúcias as condutas a serem seguidas pela Administração, maior será a chance de declaração de inconstitucionalidade;
- 3) **similitude de conteúdo:** ainda que imponha a execução de ações concretas, se o conteúdo da lei guarda similaridade ou mesmo é igual a outras já contempladas pelo ordenamento jurídico, seja na Constituição ou em outras leis, a chance de ser declarada inconstitucional será menor;
- 4) **harmonização sistêmica:** mesmo que suas previsões incidam sobre atribuições de órgãos e/ou servidores, se a disciplina traçada pela lei for harmônica com as atribuições já existentes e com a legislação de regência da matéria, a chance de se vislumbrar inconstitucionalidade será menor.

6. Conclusão

Sobressai como efeito altamente positivo da edição do Tema 917 a reorientação de entendimentos judiciais muito restritivos acerca da regra da iniciativa reservada no processo legislativo, prestigiando, assim, o Parlamento, já que este recupera parte de sua função precípua de legislar que estava sendo tolhida.

Por outro lado, é possível perceber uma tendência de que as leis oriundas de iniciativa parlamentar validadas, por assim dizer, pelo Judiciário serão aquelas cujo conteúdo for mais fluído, com baixo potencial para alterar a realidade fática. Isto é, as situações em que parece será admitida a iniciativa parlamentar em matéria de leis veiculadoras de políticas públicas são aquelas que de alguma forma já estão resguardadas, já estão protegidas pelo ordenamento jurídico, revelando, assim, um caráter de discutível utilidade da norma, sob o prisma da efetividade que se espera das leis.

Possivelmente seria muito mais interessante e produtiva, no âmbito da iniciativa no processo legislativo, discussão que levasse a uma releitura da regra da iniciativa reservada, permitindo-se, por exemplo, que ante a caracterização da inércia injustificada do Executivo³⁰ ou ante ação sua que usurpasse competência do Legislativo, tratando por decreto matéria que deveria ser regulada por lei, fosse assegurada aos parlamentares a iniciativa dos respectivos projetos de lei.

Frise-se que o foco principal deste trabalho não é propriamente a crítica quanto à falta de critério ou coerência em alguns julgados, pretendendo, antes, propor a reflexão sobre a utilidade deste tipo de decisão para ressignificar o papel do Poder Legislativo na fase inicial do processo legislativo. Será que é mesmo possível, na perspectiva da reserva de iniciativa, dentro de uma interpretação razoável do princípio da harmonia e independência entre os Poderes, encontrar uma forma de ampliar a iniciativa de parlamentares em matérias que sejam capazes de viabilizar atendimento concreto às demandas sociais?

Talvez fosse mais eficiente canalizar energias para o exercício da função fiscalizadora do Parlamento!

Em abono de tal hipótese, vale lembrar que a função de fiscalizar possui igual *status* de função típica do Poder Legislativo, comparativamente à função de legislar e, de uma forma ou de outra, o ordenamento jurídico já dispõe de extenso rol de leis sobre os mais variados assuntos.

Assim, em tese, através da fiscalização exercida com uso dos mecanismos previstos na Constituição Federal, retratando atividade própria das comissões permanentes das Casas Legislativas – e não apenas das Comissões Parlamentares de Inquérito – será possível identificar os entraves e falhas que impedem a implementação de políticas públicas eficientes, *com foco na harmonia e não só na independência* que deve existir entre os Poderes.

30Como assinala Sérgio Antônio Ferrari Filho no artigo intitulado *A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição*: “A questão não é propriamente inédita. O próprio Professor Luís Roberto Barroso informa ter elaborado proposta a respeito na época dos trabalhos da Assembléia Constituinte: ‘Em estudo que precedeu à elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, alvitramos algumas fórmulas para o trato das omissões legislativas que fossem, em princípio, insanáveis por via judicial. Vejamos cada uma delas. (1) Nos casos em que a iniciativa da lei dependa do Executivo, sua inércia em encaminhar a mensagem num prazo a ser fixado transferiria a competência a qualquer parlamentar para deflagrar o processo legislativo.’ A Constituinte não encampou nenhuma proposta nesse sentido. No entanto, à luz da interpretação sistemática da Constituição, pode-se concluir que, em nome da sua efetividade, seria possível deixar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma que desse eficácia a comando constitucional, embora contendo vício formal de origem?” (Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001a/estudo_iniciatpriv.pdf. Acesso em: 27/08/18)

Referências bibliográficas

BARROS, Sérgio Resende de. Iniciativa Legislativa em matéria administrativa. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/iniciativa-legislativa-em-materia-administrativa.cont>. Acesso em 28/08/18.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Saraiva: São Paulo, 5ª ed., 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª ed., Ed. Atlas: São Paulo, 2012.

FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001a/estudo_iniciatpriv.pdf. Acesso em: 27/08/18.

FONSECA, Edson Pires da. Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo. 1ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

LEGALE, Siddharta. O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral como metadecisão. Uma retrospectiva de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-como-metadecisao-18022016>. Acesso em 14/08/18.

MALDONADO, Maurilio. Separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf. Acesso em 19/08/18.

REZENDE, Renato Monteiro de. A insustentável incerteza no dever-ser: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 231). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td231>. Acesso em 06 de agosto de 2018.

A INICIATIVA POPULAR DE PROJETOS DE LEI E A JUSTIÇA ELEITORAL

*Rogério Justamante De Sordi*³¹

Resumo: A iniciativa popular para a propositura de projetos de lei vem ganhando mais visibilidade em decorrência da crise de representatividade dos partidos políticos. No entanto, é um instrumento democrático utilizado já há duas décadas, com sucesso. Em que pese não ter sido editada até o presente momento lei complementar objetivando as suas competências, conforme prevê o art. 121 da Constituição Federal, a aferição da condição de eleitor monopólio irrenunciável da Justiça Eleitoral.

Palavras-chave: iniciativa popular de projetos de lei. Justiça Eleitoral. Competências e atribuições. Direito Eleitoral. Processo Legislativo

1. PARTICIPAÇÃO POPULAR E DIREITOS POLÍTICOS

Tradicionalmente o exercício da cidadania se resumia à participação nas eleições, através do exercício do direito de voto, ativo ou passivo, que garante ao cidadão a participação na decisão sobre os rumos do País, seja escolhendo seus dirigentes, seja candidatando-se a um cargo eletivo.

Muito da noção de participação através do voto foi erigida da obra clássica do Barão de Montesquieu “*O Espírito das Leis*”, publicado pela primeira vez em 1748, onde o autor descreve:

“ O povo é admirável quando escolhe aqueles aos quais deve delegar uma parte de sua autoridade.(...) Mas seria ele capaz de conduzir um negócio, conhecer os lugares, as oportunidades, os momentos e aproveitá-los? Não, não seria capaz.

(...)

Assim como a maioria dos cidadãos, que têm pretensão bastante para eleger, mas não para serem eleitos, o povo, que tem capacidade suficiente para fazer com que se prestem contas da gestão dos outros, não está capacitado para gerir”³².

31 O autor é advogado e Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo, formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

32 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, “L’Esprit de Lois”, 2ª ed., ano 2000, Livro Segundo, Capítulo II pág. 20 e 21, Ed. Martins Fontes, Tradução de Cristina Murachco

De fato, estão presentes nesse pensamento todos os elementos da definição clássica de participação política, e, por conseguinte, a de cidadania, no sentido de participação na condução dos negócios da nação e da formação da vontade do Estado.

Conforme escreveu Celso Fernandes Campilongo sobre este tema:

“A ideia era clara: o povo sabe escolher, mas não governar. E por não saber governar, deve escolher quem o faça. Aí estão, sinteticamente, alguns dos elementos do conceito de democracia: eleição, sufrágio e representação. Importante notar que Montesquieu fala em ‘escolher’ a autoridade. Isso significa, de um lado, que o povo deve constituir o poder político e, de outro, que essa opção deve ser feita num contexto de garantias para a oposição. Sem isso não há escolha, e, conseqüentemente, não há democracia representativa.”³³

Vale dizer que hodiernamente considera-se que o exercício da cidadania ultrapassa o voto, ativo ou passivo, uma vez que envolve os direitos políticos, aí compreendidos também a liberdade de associação, de expressão, de participação em movimentos políticos e a legítima oposição de ideias, dentro dos limites do estado democrático de direito.

Essa nova noção de cidadania e direitos políticos harmoniza-se à descrição de Robert Alan Dahl dos elementos essenciais que devem estar presentes em um sistema político para que seja reconhecido como democracia, dentre os quais as liberdades pessoais e instituições consolidadas são a espinha dorsal, tais como a liberdade de expressão, de associação e de autodefesa, e acesso às informações, assim como eleições livres, justas, periódicas e gerais, com sufrágio universal, acesso a cargos públicos, fontes de informação diversificadas e outras não menos importantes, indissociáveis dos próprios direitos políticos e do estado de direito³⁴.

No Brasil, a doutrina é harmoniosa em apontar que a base dos direitos políticos no estado brasileiro encontra-se expressa nos arts. 14, 15 e 16 da Constituição da República.

Nesses dispositivos estão previstos os direitos fundamentais caracterizadores do estado democrático, do qual é elemento determinante a participação popular na formação da vontade do estado, ou seja, na determinação dos rumos do país. Das formas de participação destacamos nesta análise as previstas nos incisos do art. 14,

33 CAMPILONGO, Celso Fernandes, “O Direito na Sociedade Complexa”, Ed. Saraiva, 2011, 2ª edição, Capítulo II.

34 DAHL, R. Poliarquia. São Paulo: EDUSP, 1997, apud Luzia Helena Herrmann de Oliveira. Processo democrático e visões da democracia no Brasil. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis: EDUFSC, n° 32, outubro de 2002.

ou seja, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

2. A INICIATIVA POPULAR PARA A PROPOSITURA DE PROJETOS DE LEI

Em consonância, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão expressa, em seu § 2º art. 61, da iniciativa popular para a propositura de projetos de lei.

“Art. 61 (...)

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

Em decorrência dos movimentos de 2013 a 2015, decorrentes da insatisfação com a crise de representatividade partidária, esse dispositivo constitucional ganhou espaço nas discussões políticas, partidárias ou suprapartidárias, como uma possível solução.

No entanto, a iniciativa popular para a propositura de leis vem sendo utilizada com sucesso há duas décadas.

A primeira lei com origem em iniciativa popular, sob a égide da atual Constituição da República, foi a Lei Federal nº 8.930, de 06 de setembro de 1994, também conhecida como Lei Daniella Perez, em decorrência do homicídio qualificado dessa atriz de telenovelas, no auge de sua carreira e visibilidade.

Outras três normas de grande repercussão e apelo foram aprovadas, decorrentes de proposições populares, em ordem cronológica: a Lei de Combate à Compra de Votos (Lei Federal nº 9.840/99), Lei do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei Federal nº 11.124/05) e mais recentemente a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10), que representou um marco na vida política nacional.

3. PRÉ-REQUISITO

Conforme a locução do mencionado § 2º do art. 61, da Constituição da República, o projeto de iniciativa popular deve ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por cinco Estados, com ao menos 0,3% do eleitorado registrado nos Estados.

A *ratio legis* do dispositivo é assegurar um mínimo de representatividade nacional, ou seja, que a iniciativa legislativa tenha suporte mínimo dentre eleitores de ao menos cinco Estados, suficiente para garantir tratar-se de anseio nacional, e não regional.

Discute-se muito acerca da eficácia da fórmula adotada, que prevê percentual do eleitorado estadual, uma vez que a distribuição populacional no território nacional é profundamente heterogênea, com concentração da maior parte dos eleitores nos Estados de São Paulo (30.301.398), Minas Gerais (14.522.090) e Rio de Janeiro (11.589.763), que perfazem juntos 41,54% do eleitorado nacional, enquanto que os quatro Estados com menor eleitorado perfazem apenas 1,556% do eleitorado nacional³⁵.

Dessa forma, uma propositura que reunisse o mínimo necessário de assinaturas nesses quatro Estados (6.335 assinaturas) combinado com um grande número de assinaturas em um Estado populoso, como a Bahia ou Rio de Janeiro, preencheria os requisitos, endossando uma propositura de interesse estadual, e não nacional.

Esse argumento não invalida *per si* o critério adotado, tendo em vista que a propositura popular, uma vez apresentada, não é automaticamente aprovada, e seguirá o processo legislativo regular como todas as proposições.

4. INICIATIVA POPULAR, O VOTO E O ALISTAMENTO ELEITORAL

A iniciativa popular para a propositura de projetos de lei veio dar voz à sociedade civil em caso de inércia dos representantes, e, para além disso, é um importante instrumento de demonstração da vontade popular, atribuindo à proposta peso diferenciado para a sua apreciação parlamentar.

A despeito da discussão sobre a eficácia do critério de subscrição adotado, o que interessa analisar para efeito deste breve comentário é o requisito de capacidade ativa de voto, ou seja, a condição de eleitor, exigida pelo § 2º do art. 61 da Constituição, para a subscrição das iniciativas populares.

Conforme ensina Themístocles Brandão Cavalcante:

“Ato preliminar do voto é o alistamento, isto é, a inscrição do cidadão como eleitor. Por este meio organiza-se a lista dos que

35 Em ordem crescente, os Estados com menor número de eleitores são Roraima (RR), com 271.890, ou 0,200%; Amapá (AP), com 420.799, ou 0,310%; Acre (AC), com 470.975, ou 0,347%; e Tocantins (TO), com 948.920, ou 0,699%. Todos localizam-se na Região Norte do País. (Fonte: Tribunal Superior Eleitoral)

*podem votar”.*³⁶

Ainda que se trate de proposição de projeto de lei, e, portanto, afeta ao processo legislativo, trata-se de matéria relacionada igualmente à capacidade ativa para exercer o voto, ou seja, a condição de eleitor.

O art. 121 da Constituição da República prevê que “*lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais*”, a qual até o presente momento não foi editada.

No entanto, é possível estabelecer algumas de suas competências, inclusive as prerrogativas inerentes a cada poder e a cada tribunal, tais como a de organizar e administrar seus quadros de funcionários, seus bens, ou sua dotação orçamentária. Outras são da própria natureza da justiça eleitoral, como organizar o funcionamento das juntas eleitorais, organizar os sufrágios e julgar questões relativas a eleições e exercício da cidadania através do voto.

As principais competências e atribuições, notadamente as finalísticas, são previstas no próprio art. 121 da Constituição Federal, combinado com o art. 23 do Código Eleitoral, o qual foi recepcionado como lei material complementar no que concerne à organização e a competência da Justiça Eleitoral.

Em que pese essa norma dispôr sobre competências e atribuições da Justiça Eleitoral, não as esgota, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em voto da eminente Ministra Cármen Lúcia, cujo excerto transcrevemos abaixo:

“Mandado de segurança contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Vacância dos cargos de deputado federal dos litisconsortes passivos, deputados federais eleitos pelo partido impetrante e transferidos, por vontade própria, para outra agremiação no curso do mandato. (...) Resposta do TSE a consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante. Mandado de segurança impetrado contra ato concreto praticado pelo presidente da Câmara dos Deputados, sem relação de dependência necessária com a resposta à Consulta 1.398 do TSE. O Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Constituição de 1988), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do TSE ‘responder, sobre matéria

36 CAVALCANTE, Themístocles Brandão. Constituição Federal Comentada. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, Vol. III

eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político'. A expressão 'matéria eleitoral' garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja incluído." (MS 26.604, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-10-2007, Publ. DJE de 3-10-2008 - destacado)

A reafirmar esse entendimento de monopólio da Justiça Eleitoral sobre todas as matérias sufragistas, a Lei Federal nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal, e dispõe no seguinte sentido:

Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

(...)

Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

(...)

Art. 8º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:

I – fixar a data da consulta popular;

II – tornar pública a cédula respectiva;

III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;

IV – assegurar a gratuidade nos meios de comunicação

de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.

(...)

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Através da Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012, o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou a norma federal nos seguintes termos:

“Art. 4º A consulta popular a que se refere esta resolução realizar-se-á, por sufrágio universal e voto direto e secreto, concomitantemente com o primeiro turno das eleições ordinárias subsequentes à edição do ato convocatório.

Art. 5º Os tribunais eleitorais aprovarão instruções complementares para a realização de consulta popular e o respectivo calendário eleitoral, observado o disposto nesta resolução.

§ 1º As instruções de que trata o caput deste artigo deverão ser expedidas até 90 (noventa) dias antes da realização do primeiro turno das eleições que será concomitante com a consulta popular.

§ 2º Nenhuma consulta popular poderá ser convocada após o prazo de que trata o § 1º deste artigo.

Art. 6º Estarão aptos a votar na consulta popular os eleitores em situação regular ou que requererem sua

inscrição ou transferência até a data determinada para o encerramento do cadastro eleitoral referente às eleições que serão coincidentes.

Art. 7º A consulta popular utilizará a mesma estrutura administrativa e operacional destinada às eleições.

(...)

Art. 10. Serão utilizados os sistemas informatizados de votação e de totalização de votos desenvolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral ou sob sua encomenda.

Parágrafo único. É vedada a utilização, pelos órgãos da Justiça Eleitoral, de qualquer outro sistema em substituição aos fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral.”
(destacado)

Em que pese a norma cuidar eminentemente de consulta pública, a Resolução TSE nº 23.385, de 16 de agosto de 2012, estabeleceu os princípios básicos da participação popular prevista na Constituição Federal, regulando a participação em consonância com os atributos e requisitos do exercício da cidadania.

Dentro das competências da Justiça Eleitoral, o art. 10 dessa resolução determina a utilização obrigatória da estrutura administrativa e dos sistemas informatizados de votação para a realização de consultas populares, e, por consequência, da verificação de regularidade dos eleitores interessados em participar.

Nesse sentido, foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 267/16, pelo Senador Reguffe, alterando a Lei Federal nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para abranger também as iniciativas para as Leis, uma vez tratar-se igualmente de espécie de iniciativa popular. Esse projeto dispõe sobre a criação do art. 13-A, a fim de regulamentar a aferição da regularidade eleitoral dos cidadãos para a subscrição de projetos de iniciativa popular, nos seguintes termos:

“Art. 13-A. As subscrições deverão ser firmadas por eleitores regularmente alistados e no pleno exercício de seus direitos políticos, mediante assinatura em meio físico ou eletrônico.

§ 1º A prova do alistamento eleitoral será feita por meio do fornecimento das seguintes informações:

I – nome completo;

II – número do título de eleitor ou do cadastro de pessoas físicas.

§ 2º A verificação das subscrições será realizada pela Justiça Eleitoral, por intermédio dos Tribunais Regionais Eleitorais

e do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º A Justiça Eleitoral manterá, inclusive na internet, lista integrada de anteprojetos de lei de iniciativa popular, que poderão ser subscritos eletronicamente na forma de regulamento.”

À Justiça Eleitoral incumbe, por força dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais apontados, a verificação de regularidade da situação eleitoral do cidadão, decorrendo daí a sua natural vocação para a realização de consultas públicas ou iniciativas populares, de forma a garantir a aplicação dos preceitos constitucionais da cidadania, tais como a universalidade e voto secreto.

O Projeto de Lei do Senado nº 267/16, de autoria do Senador Reguffe, visa corrigir a lacuna existente com relação à iniciativa popular para a propositura de projetos de lei, harmonizando-se com o arcabouço jurídico brasileiro relativo às competências e atribuições da Justiça Eleitoral.

5.CONCLUSÃO

O art. 121 da Constituição da República remeteu a regulamentação da competência da Justiça Eleitoral a lei complementar. Em que pese essa norma nunca ter sido editada, é possível se determinar competências e atribuições da Justiça Eleitoral através da interpretação sistemática e principiológica das normas constitucionais e infraconstitucionais atualmente em vigor.

O Código Eleitoral, Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965, foi recebido como Lei Complementar, tendo sido editada a Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabeleceu normas para a realização das eleições, aplicáveis aos sufrágios em geral, contendo também atribuições da Justiça Eleitoral. Outras normas, de forma direta ou indireta, reafirmam as competências e atribuições da Justiça Eleitoral como legítima e exclusiva para atuar e regular assuntos relativos a eleições, eleitorado e voto em geral.

Ainda que silente a Lei Federal nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, acerca das iniciativas populares de projetos de lei, inescapável concluir que incumbe à Justiça Eleitoral a coadjuvância no processo legislativo, quando da verificação da condição de eleitores dos subscritores, e eventualmente o suporte para a realização da coleta de assinaturas quando solicitado.

A Justiça Eleitoral, através dos Tribunais Regionais Eleitorais, tem a competência para toda matéria eleitoral, que não se resume aos pleitos, mas também

a toda manifestação através do voto. Trata-se de papel coadjuvante, assim como atribuição exclusiva e irrenunciável, uma vez que detém o monopólio para a aferição da regularidade eleitoral dos cidadãos.

Nesse sentido, em se tratando de iniciativa legislativa popular, a Justiça Eleitoral tem a incumbência de prestar suporte ao Poder Legislativo, seja na verificação de regularidade eleitoral dos subscritores, seja na disponibilização de sua infraestrutura, ainda que não prevista expressamente, uma vez que detém o monopólio constitucional relativamente à matéria.

Ainda que na ausência de norma complementar expressa nesse sentido, a Justiça Eleitoral tem o papel coadjuvante indisponível no processo legislativo quando se tratar de iniciativa popular para projetos de lei, uma vez que a autoria de iniciativas populares constitui legítimo exercício de cidadania, e integra, por consequência, o rol de direitos políticos do cidadão brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, “L’Esprit de Lois”, 2ª ed., ano 2000, Livro Segundo, Ed. Martins Fontes, Tradução de Cristina Murachco
CAMPILONGO, Celso Fernandes, “O Direito na Sociedade Complexa”, Ed. Saraiva, 2011, 2ª edição.

DAHL, R. Poliarquia. São Paulo: EDUSP, 1997, apud Luzia Helena Herrmann de Oliveira. Processo democrático e visões da democracia no Brasil. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis: EDUFSC, n° 32, outubro de 2002.

CAVALCANTE, Themístocles Brandão. Constituição Federal Comentada. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, Vol. III

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL nº 650.898 – RS

TEMA 484

O parâmetro no controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais

O regime de subsídio dos detentores de mandato eletivo e o direito à verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias

Andréa Rascovski Ickowicz³⁷

Sumário: I. Introdução; II. Das questões objeto do RE com Repercussão Geral nº 650.898/RS - Tema nº 484; II.1. Do parâmetro a ser adotado no controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais; II.1.a. Dos precedentes a respeito da matéria; II.1.b. Da interpretação aplicada acerca do parâmetro a ser adotado no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898; II.2. O regime de subsídio dos detentores de mandato eletivo e outras parcelas remuneratórias de natureza mensal; III. Conclusão.

Palavras-chave: Controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais; Repercussão Geral nº 650.898; Regime de subsídios; Décimo terceiro e férias.

1. Introdução

Em sessão plenária de 1º de fevereiro de 2017, duas questões de grande relevância para os Municípios integrantes da Federação Brasileira foram objeto de análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que se deu por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 650.898/RS, com prévio reconhecimento de Repercussão Geral (artigo 102, § 3º CF) em sessão plenária virtual de 06/10/2011³⁸, que assim fixou o **Tema nº 484**:

a) *Legitimidade de tribunal de justiça para atuar em controle*

37 Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, graduada em Direito pela PUC/SP, com título de especialista em direito do consumidor pela mesma instituição. Especialista em direito público pela Escola Paulista de Magistratura.

38 Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 06/10/2011, Tribunal Pleno – meio eletrônico, DJe-206, Divulgado em 25/10/2011. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

concentrado de constitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal;

- b) *Possibilidade de concessão de gratificação natalina, ou de outras espécies remuneratórias, a detentor de mandato eletivo remunerado por subsídio.*

Tem-se que o primeiro conteúdo reconhecido como de grande repercussão se relaciona à forma do controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais, mais especificamente no que tange ao **parâmetro de análise a ser adotado** face à lei ou norma municipal objeto de questionamento abstrato de constitucionalidade. Aliás, a importância desta matéria já não era novidade quando do reconhecimento de sua repercussão geral, como será exposto em item próprio.

O segundo conteúdo tem por foco o contorno do regime de subsídios de detentores de mandato eletivo, em especial no que toca à possibilidade de pagamento de tal vantagem juntamente com outras espécies remuneratórias.

É inquestionável a importância da análise de tais questões para os 5.570 municípios integrantes da Federação, inclusive porque, no regime de exigência de comprovação de “Repercussão Geral” para fins de conhecimento de Recurso Extraordinário, inaugurado com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 - que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal - a respectiva decisão deverá ser aplicada nas demandas pendentes a respeito da mesma matéria, conforme se deflui dos artigos 1.030, inciso I, alínea “a”, 1.039 e 1.040 do Código de Processo Civil.

I Das questões objeto do RE com Repercussão Geral nº 650.898/RS - Tema nº 484

II.1. Do parâmetro a ser adotado no controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais

II.1.a. Dos precedentes a respeito da matéria

A redação original do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, já prescrevia:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

- a) *a **ação direta de inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo **federal** ou **estadual**;*”

Por outro lado, no que pertine ao controle concentrado de constitucionalidade de

normas municipais, em seu artigo 125, § 2º, a Carta Magna limitou-se a estabelecer que:

*“§ 2º Cabe aos Estados a instituição de **representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais** em face da **Constituição Estadual**, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”*

Da simples leitura de tais disposições já se poderia concluir que o **controle concentrado de constitucionalidade leis ou atos normativos municipais** apenas seria possível tendo por **parâmetro** de análise **disposições inseridas nas Constituições dos respectivos Estados**. Em consequência, a inconstitucionalidade de **norma municipal em face da Constituição Federal** apenas poderia ser reconhecida no **controle incidental ou difuso** de constitucionalidade, no bojo do julgamento de caso concreto.

Todavia, especificamente a Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 05/10/1989, possibilitou, em sua redação original, o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal – então denominado de representação de inconstitucionalidade – também em face da **Constituição Federal** (artigo 74, inciso XI da redação original da Constituição do Estado de São Paulo). Não por acaso, em 1º de agosto de 1990, tal previsão ensejou a propositura da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347**, por parte do então Procurador-Geral da República, com liminar deferida pelo Pleno da Suprema Corte³⁹, por meio de acórdão assim Ementado:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de suspensão liminar da expressão “Federal” contida no inciso XI do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, o qual atribui competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal”.

- Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do pedido, bem como de conveniência da suspensão liminar da eficácia da expressão impugnada.

*Liminar deferida para **suspender a eficácia da***

³⁹ Relator Ministro Moreira Alves, j. em 15 de agosto de 1990, v.u., DJ 25/10/1990.

expressão Federal contida no inciso XI do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989.

Nessa linha, apenas em 20/09/2006, o Pleno da Suprema Corte, ratificando a liminar então deferida, por votação unânime, julgou procedente a ação, *in verbis*:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ART. 74, XI. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que ***não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição federal. Precedentes.***

Inconstitucionalidade do art. 74, XI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pedido julgado procedente.”⁴⁰

Ainda, no ano de 1992, em matéria muito similar à julgada no tema do Recurso Extraordinário ora em análise, também em sessão plenária da Suprema Corte, decidiram os respectivos Ministros, por **maioria de votos**, julgar **improcedente a Reclamação nº 383**, proposta pelo Município de São Paulo, tendente a afastar o conhecimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade então apresentada no âmbito da Corte Estadual, que tinha por objeto a impugnação do artigo 1º da Lei do Município de São Paulo nº 11.152/91 – o qual tratava da progressividade de alíquotas de IPTU - vez que, segundo alegado àquela ocasião pelo Reclamante, a impugnação à norma municipal adotaria como verdadeiro parâmetro de confronto a Constituição Federal, e não Estadual, **desatendendo**, então, a **decisão liminar deferida nos autos da ADIn 347** acima mencionada (artigo 102, inciso I, alínea I da CF).

Àquela ocasião o Município de São Paulo, então Reclamante, sustentou que a norma municipal era contestada em face da Constituição do Estado de São Paulo apenas

40 Relator Ministro Joaquim Barbosa, v.u., DJ 20/10/2006.

de maneira formal vez que, na realidade, o contraste se dava diretamente em face de normas inseridas na Constituição Federal, a qual regulamenta todo o sistema tributário nacional. Assim, **se a ADIn viesse a ser julgada pelo Tribunal de Justiça local, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal ficaria impedido de examinar a questão, inclusive no controle difuso de constitucionalidade de lei municipal.**

No bojo de tal julgamento, discutiu-se, então, se os princípios/disposições da Constituição Federal que passam a integrar – formal ou materialmente – de forma idêntica, as Constituições Estaduais poderiam ser adotados como parâmetro de contraste no controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais. E o acórdão que então julgou a demanda restou assim ementado:

“EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros.

- Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”

41

Como mencionado, tal decisão foi adotada por **maioria de votos, vencidos os então Ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence**, que a julgavam procedente para cassar a medida cautelar deferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e extinguir o processo, sem exame do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. No longo

41 Relator Ministro Moreira Alves, m.v., DJ 21/05/1993, stf.jus.br.

voto do então **Ministro Relator, Dr. Moreira Alves**, entre diversos pontos, asseverou-se:

*“...Aqui, a Constituição federal expressamente outorga aos Estados-membros competência para instituírem representação de inconstitucionalidade de atos normativos municipais e estaduais em face da Constituição Estadual, com uma única restrição: a de ser vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Não ignoravam os constituintes que, por abrangerem os princípios constitucionais, **explícitos e implícitos**, de obrigatória observância pelos Estados, as Constituições estaduais teriam necessariamente de reproduzi-los ou de interpretá-los (que nada mais é do que reproduzi-los com outra forma, se a interpretação for correta), sob pena de quase nada poderem preceituar em matéria de sua própria organização política, de direito administrativo, de direito financeiro, de direito tributário – enfim, dos diferentes setores do direito público. E **não fizeram qualquer distinção entre normas constitucionais estritamente estaduais e normas constitucionais de reprodução dos princípios centrais (que são os nacionais) da Constituição federal, ambas contidas nas Constituições dos Estados, que foi o parâmetro de confronto adotado para o julgamento das representações de inconstitucionalidade estaduais...**”*

Já o então **Ministro Néri da Silveira**, sob o aspecto formal, entendeu que não caberia ao Supremo Tribunal Federal interceptar, antes do julgamento da demanda pelo Tribunal local, o respectivo processamento, já que ainda em análise eventual ofensa à Constituição Estadual.

Por outro lado, no entender do **voto vencido** do atual Ministro decano, **Dr. Celso de Mello**, ponderou-se:

“...Situando a questão nesse contexto, e não podendo desconsiderar que, nas relações político-institucionais entre as comunidades jurídicas que integram o Estado Federal, existem padrões normativos heterônomos a que os Estados-membros

*não podem subtrair-se, entendo que a **incorporação de princípios constitucionais federais à Constituição dessas unidades federadas não os desqualifica como tais e nem permite, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade no plano local, que sejam invocados como parâmetros de confronto, para os fins materialmente delimitados pelo par. 2º do art. 125 da Carta da República.***

*Não seria demasiado afirmar que, **em tal hipótese**, a Constituição do Estado-membro configuraria, no que concerne aos postulados constitucionais federais nela reproduzidos – de cogência e eficácia subordinante inquestionáveis – **parâmetro jurídico meramente aparente**, eis que, em última análise, o **modelo normativo de confronto** seria, **na realidade**, o **texto da própria Constituição da República.***

*O ordenamento constitucional das unidades regionais da Federação só terá na ação direta de inconstitucionalidade o instrumento de defesa objetiva de usa intangibilidade quando a relação de antinomia ou de conflito se estabelecer entre uma regra estadual ou municipal e os postulados decorrentes da **produção normativa autônoma dos Estados-membros**, no exercício de sua função constituinte...”.*

E a respeito da problemática já invocada pela então Reclamante, o mesmo Ministro vencido ratificou-a, ao problematizar que *“O comprometimento da integridade da competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez transitada em julgado essa decisão local, resultaria do virtual bloqueio da possibilidade de acesso, a esta Corte, de qualquer interessado, pela via da jurisdição difusa, posto que não mais seria lícito rediscutir matéria examinada em sede de ação direta e revestida da autoridade da **res judicata**”.*

Outrossim, o voto vencido do então Ministro Sepúlveda Pertence invocou como precedentes o quanto já havia sido julgado pelo próprio Supremo Tribunal Federal nos autos das **Reclamações 337** (Relator Ministro Paulo Brossard), **377** (Relator Ministro Ilmar Galvão) e **370** (Relator Ministro Octavio Galotti).

Porém, certo é que, ao final, como acima apontado, a maioria dos Ministros entendeu pela improcedência da **Reclamação nº 383**.

No âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, também em razão de liminar

deferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça local pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (Adin nº 0019255-27.2012.8.26.0000), suspendendo dispositivos da Resolução do Legislativo Paulistano nº 06/2011 - que previram o pagamento de décimo terceiro subsídio aos Vereadores da Cidade de São Paulo, além da aplicação de revisão geral anual prevista no artigo 37, inciso X da CF aos respectivos subsídios – foi apresentada Reclamação, por violação à competência do Supremo Tribunal Federal, vez que, na realidade, o real contraste se daria em face dos artigos 39, parágrafos 3º e 4º; 37, inciso X; 39, § 4º e 29, inciso VI, todos da Constituição Federal (**Reclamação nº 13.383**). Todavia, na mesma linha da Reclamação nº 383, além de outros precedentes (RE 199.293, rel. min. Marco Aurélio, Pleno DJ 06.08.2004; Recl. 4.432, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 10.10.2006; RE 598.016-AgR, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12.11.2009; Rcl 10.406, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe 06.09.2010), em 23 de maio de 2012, o pleito de liminar restou indeferido pelo então Ministro Relator, Dr. Joaquim Barbosa.⁴²

Apresentado o longo histórico a respeito da matéria – sem olvidar que em diversas outras ocasiões o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o mesmo tema – certo é que apenas com o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898, a questão passou ter “efeito vinculante” no âmbito do Poder Judiciário. Aliás, não é demais rememorar que o julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347**, que acabou por afastar a constitucionalidade do inciso XI do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo, impedindo, então, o contraste direto de norma municipal em face da Constituição Federal, em controle abstrato de constitucionalidade, já possuía efeito vinculante, em decorrência do comando constante do artigo 102, parágrafo 2º da Carta Federal.

II.1.b. Da interpretação aplicada acerca do parâmetro a ser adotado no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898

O Recurso Extraordinário em questão foi julgado em 1º de fevereiro de 2017, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio de acórdão assim Ementado, relativamente à parte que agora nos interessa:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

⁴² Stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp.

ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. REGIME DE SUBSÍDIO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13º SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

1. **Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes...**⁴³

Ao exarar seu voto, o Ministro Relator, Dr. Marco Aurélio, revisitando os precedentes indicados no item anterior, adicionado de outros, tornou a expressar que **“Mesmo nos casos em que o constituinte estadual haja optado pelo uso da técnica da remissão ao Diploma de 1988 – em vez de transposição -, o Supremo tem considerado adequada a ação direta formalizada perante o Judiciário local, como ocorreu no julgamento da Reclamação nº 733”**.

Porém, na hipótese tratada nos autos, conforme consignado pelo próprio Ministro Relator, as disposições constantes da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (artigos 8º e 11), com base nos quais se procedeu ao contraste dos artigos 4º, 6º e 7º da Lei nº 1.929/08, do Município de Alecrim, de fato, **possuem disposições similares, e até complementares, às constantes da Constituição Federal, não se tratando de mera remissão genérica**. Com efeito, os dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul adotados como parâmetros, incluídos em item próprio intitulado “Dos Municípios”, têm a seguinte redação:

“Art. 8º O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, rege-se por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Art. 11. A remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, em cada legislatura para a subsequente, em data anterior à realização das eleições para os respectivos cargos, observado o que dispõe a Constituição Federal.”

43 Relator Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso, DJe 187, de 23.08.2017.

Tanto assim que o Ministro Edson Fachin, ao se manifestar no mesmo julgamento, bem apontou que *“a legislação aqui em pauta, a legislação municipal, faz referência direta à Constituição Federal, e a Constituição Estadual, na sua dimensão desse parâmetro de controle, também acolhe as regras e o sentido dos preceitos da Constituição Federal”*.

Já o saudoso Ministro Teori Zavascki, ao analisar tal aspecto do recurso em pauta limitou-se a acompanhar os demais votos, afirmando não ser possível *“negar aos Tribunais de Justiça a guarda da Constituição do seu Estado mediante controle de constitucionalidade das leis locais, **ainda que as normas da referida Constituição se limitem a remeter a preceitos do texto federal**. E o controle desse julgamento local, se necessário a preservar a Constituição Federal, **poderá ser promovido pelo Supremo Tribunal Federal, por via do recurso extraordinário**, tal como está a acontecer neste caso”*.

De igual modo, o Ministro Luiz Fux examinou a questão a fim de se perquirir se as normas constitucionais invocadas eram de observância obrigatória pelos Estados-membros, ainda que não constassem expressamente do texto da Constituição do Estado. Nessa senda, apontou como digno de registro:

“O fato de que a reprodução dos preceitos constitucionais mercê de não serem expressos na sua literalidade não retiram do Tribunal de Justiça a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade, como já ficou assentado no julgamento do RE nº 598.016-AgR:

“A omissão da Constituição estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o art. 37, V, da CB, norma de reprodução obrigatória.” (RE 598.016-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 13-11-2009).”

Concluindo, então, que:

“Diante desse cenário, como não se está perante controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal diretamente com a Constituição Federal, mas de norma de reprodução obrigatória pela Constituição Estadual, é válido o exercício do

controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Tribunal de Justiça sobre a lei municipal.

Face a tal julgamento, restou definida a matéria nesses moldes, em regime de repercussão geral (artigos 1.030, inciso I, alínea “a”, 1.039 e 1.040 do Código de Processo Civil), o que inclusive resultou no **juízo final da Reclamação nº 13.383/SP, proposta pela Câmara Municipal de São Paulo, que tinha por fito a suspensão da liminar exarada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0019255-27.2012.8.26.0000**. De fato, por decisão monocrática, o então novo Relator desta Reclamação, Ministro Luís Roberto Barroso, em julgamento realizado em 28/08/2017, assim decidiu:

“...8. O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercidos pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CF/88, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE 421.256/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches.

9. Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça baseie suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais, afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. Confrimam-se, nesse sentido, entre vários outros: RE 598.016 AgR/MA, Rel. Min. Eros Grau; SL

10 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; Pet. 2.788 AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso.

10. *Apreciando caso semelhante ao presente, em que se discutia a possibilidade agentes políticos perceberem determinadas verbas remuneratórias e indenizatórias, em recurso extraordinário interposto pelo Município de Alecrim/RS, o Supremo Tribunal Federal, em 01.02.2017, firmou tese de que “Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estado”...⁴⁴*

Tal interpretação, com a devida vênia, acaba por acarretar verdadeira inobservância à decisão do próprio Supremo Tribunal Federal manifestada por ocasião do julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347**; decisão essa que reconheceu a **inconstitucionalidade do artigo 74, inciso XI da Constituição do Estado de São Paulo**, haja vista a impossibilidade de se impugnar lei municipal, no controle concentrado de constitucionalidade, tendo por parâmetro norma inserida na Constituição Federal (artigo 125, § 2º CF).

Nesse sentido, em **decisão anterior a tal julgamento**, proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Primeira Turma, em decorrência de Recurso Extraordinário interposto com o fito de anular acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que havia julgado procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal, concluiu-se:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
I – Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição

44 DJe 195, divulgado em 30/08/2017, publicado 31/08/2017.

do Estado.

II – Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

III – Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal.

IV – Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual.”⁴⁵

Releve-se que a despeito de tal julgado, no âmbito do Estado de São Paulo, é comum a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade tendentes a impugnar normas municipais em face do **artigo 144 da Constituição de São Paulo**⁴⁶ - que se limita a determinar a observância, pelos Municípios, dos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual – **cotejando-o com disposições insertas na Constituição Federal**; situação essa expressamente afastada no precedente acima indicado, mas que vem sendo amplamente aceito atualmente, em especial após o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898/RS.

Corroborar tal constatação decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Relator, Dr. Luís Roberto Barroso, nos autos do **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 473.692**⁴⁷ que, **reconsiderando** decisão anterior proferida pelo então Ministro Joaquim Barbosa – que **havia mantido acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que extinguiu Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei do Município de São Paulo nº 13.473/02, exatamente porque o artigo 144 da Constituição do Estado de**

45 Recurso Extraordinário nº 421.256-1 São Paulo, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, v.u., j. 26/09/2006, DJ 24/11/2006.

46 *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizam por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

47 DJ 29/06/2016.

São Paulo, conjugado com o artigo 22, inciso I da Constituição Federal não seriam hábeis ao confronto⁴⁸ - determinou o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática da repercussão geral em análise (Tema 484), decisão essa, aliás, ainda pendente de julgamento.

II.2. O regime de subsídio dos detentores de mandato eletivo e outras parcelas remuneratórias de natureza mensal

Como já mencionado, a matéria de mérito objeto de apreciação no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898/RS é atrelada aos contornos do regime de subsídio dos detentores de cargos eletivos. Nesse particular, o acórdão respectivo foi assim Ementado:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. REGIME DE SUBSÍDIO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13º SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.

*2. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio...”*⁴⁹

Ao contrário da primeira temática analisada, a presente não teve o longo histórico de decisões similares àquela. Todavia, certo é que sempre houve dúvidas e questionamentos a respeito da questão, o que inclusive motivou o seu reconhecimento como de repercussão geral, em 06/10/2011⁵⁰.

48 TJSP, ADIn nº 9049435-82.2003.8.26.0000.

49 Relator Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão Ministro Roberto Barroso, DJe 187, de 23.08.2017. 50 STF, Tribunal Pleno – meio eletrônico, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe-206, 25/10/2011.

Ratifica a ampla repercussão da matéria a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo questionando, dentre outros pontos, o artigo 2º da Resolução nº 06/2011 da Câmara Municipal de São Paulo, o qual previu o pagamento de décimo terceiro subsídio aos Srs. Vereadores da Câmara Municipal de São Paulo nos meses de dezembro⁵¹. Ao julgar a demanda, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, reconheceu a inconstitucionalidade de referida previsão, o que se deu em 12 de junho de 2013⁵². Todavia, após o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898 (Tema 484), em decorrência da interposição de Recurso Extraordinário que impugnou mencionado acórdão, o Supremo Tribunal Federal determinou ao Tribunal de origem a respectiva **adequação** ao mencionado Tema 484 (artigo 1.040, inciso II CPC), o que, de fato, restou atendido, alterando-se o julgado para se **reconhecer a constitucionalidade da previsão do artigo 2º da Resolução nº 06/2011 da Câmara Municipal de São Paulo** (pagamento de décimo terceiro subsídio aos respectivos Vereadores)⁵³.

Cabe indicar, preliminarmente, que o argumento então defendido pelo Município de Alecrim no Recurso Extraordinário, que redundou no Tema 484, pautou-se na necessidade de se harmonizar a regra do § 4º do artigo 39 da Constituição Federal com o seu § 3º, o qual estende aos servidores ocupantes de cargo público os direitos previstos no artigo 7º, incisos VIII (gratificação natalina) e XVII (adicional de férias) da mesma Carta

E os fundamentos que pautaram a decisão do mérito do Tema 484, constantes dos votos dos Ministros que votaram com a maioria, podem ser assim sintetizados - relembando-se que a **decisão não se deu de forma unânime**, já que **vencidos os Ministros Drs. Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente)**:

- i) O que se pretendia excluir com o sistema de subsídios seriam os denominados “penduricalhos”, “*não as verbas que podem ser exibidas à luz do dia e comparáveis às que qualquer trabalhador percebe, como o adicional de férias e o décimo terceiro salário*” (conforme manifestação Ministro Luís Roberto Barroso), inexistindo, pois, razão, para diferenciá-los dos demais trabalhadores;

51 TJSP – Adin nº 0019255-27.2012.8.26.0000.

52 DJe 1455, 16/07/2013.

53 DJe 2515, 14/02/2018.

ii) Magistrados e membros do Ministério Público também são considerados “agentes políticos”, mas percebem as duas parcelas em questão;

iii) A interpretação a ser aplicada ao artigo 39, § 4º da Constituição Federal não poderia ser radicalmente literal, como inclusive preconizado pelo Administrativista Hely Lopes Meirelles, citado no voto do Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

“...Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles, em interpretação sistemática, esclarece o alcance do subsídio, aliado à possibilidade de aplicação do art. 39, § 3º, da CFRB, aos agentes políticos elencados no § 4º, do referido dispositivo constitucional, vebis

“(...) é uma modalidade de remuneração, fixada em parcela única, paga obrigatoriamente aos detentores de mandato eletivo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores, Presidente e Vice-Presidente, Governador e Vice-Governador e Prefeito e Vice-Prefeito) e aos demais agentes políticos, assim compreendidos os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, os membros da Magistratura e do Ministério Público e os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas (CF, arts. 39, § 4º, 49, VII e VIII, e 73, § 3º, c/c os arts. 75, 95, III, e 128, § 5º, I, “c”).

Dessa forma, para os que a Carta Magna considera agentes políticos – os membros de Poder, os detentores de mandato eletivo, os Ministros de Estado, os Secretários Estaduais e Municipais, os Ministros dos Tribunais de Contas e os membros do Ministério Público – o subsídio é a única modalidade de remuneração cabível.

(...)

Em razão da natureza jurídica que lhe foi imposta constitucionalmente, o subsídio é constituído de parcela única. Por isso, o art. 39, § 4º, veda expressamente que tal

*parcela seja acrescida de “qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”. **Obviamente, a Carta Política deve ser interpretada de forma sistemática, deve-se concluir que os valores correspondentes aos direitos por ela assegurados no § 3º, do art. 39 – como, para ilustrar, do 13º salário e do terço de férias – não são atingidos pela proibição de qualquer acréscimo.***

*Como vimos antes, o § 11 do art. 37 da CF, acrescentado pela EC 47, dispõe que não será computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inc. XI, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho – 42ª edição, Malheiros Editores, 2016, págs. 594/595*)...”;*

- iv) Também no mesmo sentido, indica o voto do Ministro Luiz Fux lições dos Ilustres Administrativistas Professores Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴ e Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵⁵;
- v) A natureza jurídica dos direitos sociais, onde se incluem o décimo terceiro salário e o terço de férias, como direitos fundamentais, reclama exegese tendente a conferir-lhes aplicabilidade na máxima medida possível (artigo 5º, parágrafos 1º e 2º CF). Como o artigo 39, § 3º não limitou a aplicação dos direitos sociais aos “servidores públicos”, mas aos “servidores ocupantes de cargo público”, tem-se que a intenção foi alcançar o maior espectro de destinatários dos direitos fundamentais;
- vi) Quanto ao décimo terceiro salário, não se pode

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 277/278.
55 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di, *Direito Administrativo*, 27. Edição, Editora Atlas, 2014, págs. 622/623.

afirmar que seja uma parcela incompatível com os cargos indicados no § 4º, nem que esteja considerada na fixação do subsídio: trata-se de uma vantagem *sui generis*, constitucionalmente assegurada em caráter geral a trabalhadores e servidores públicos não relacionada diretamente à natureza do cargo ou do plexo de atribuições, mas cuja causa estaria, de alguma forma, inclusive historicamente, relacionada às festividades natalinas (conforme voto do saudoso Ministro Teori Zavaschi);

- vii) Com relação às férias, inclusive com o pagamento do respectivo adicional de terço, inexistente proibição constitucional para que o legislador ordinário assim preveja, desde que fundamentado. Ademais, o próprio texto constitucional admite situações de afastamentos de deputados e senadores (artigo 56, II e § 1º), sendo que períodos da mesma natureza já são previstos com o recesso parlamentar (artigo 57 CF);
- viii) Se o valor do décimo terceiro salário e do terço de férias tem como base o valor da remuneração mensal, não haveria sentido em se incluir essas verbas na composição do subsídio e, conseqüentemente, na vedação do parágrafo 4º do artigo 39 da CF;
- ix) A questão da remuneração do parlamentar, como um todo, é a chave para a democracia representativa, porque exatamente em decorrência de sua falta se estabelecem mecanismos de desvios;
- x) A parcela prevista no artigo 4º da Lei Municipal de Alecrim nº 1.929/08 – denominada como “verba de representação” - que determinou o pagamento ao Sr. Prefeito, de forma contínua e permanente, a título de indenização, do valor de R\$ 2.200,00, é incompatível com o modelo de subsídios, vez que não demonstrada sua natureza indenizatória, o que haveria de ser

comprovado nos termos de precedente da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶.

Conclusão

O resultado alcançado pela Suprema Corte a respeito do parâmetro a ser adotado no controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 650.898/RS, infelizmente, leva a crer na insubsistência da real aplicação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 74, inciso XI da Constituição do Estado de São Paulo, impedindo o confronto de normas municipais, de forma direta, em face da Constituição Federal.

Tal se dá frente à constatação de que simples invocação do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo⁵⁷ – ou similar – conjugado com uma ou várias disposições inseridas na Carta Federal, tendente à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, vem sendo admitida como hábil à formulação do confronto previsto no artigo 125, § 2º da CF, o que, aliás, é ratificado pela decisão monocrática que reconsiderou despacho anterior, exarado nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 473.692, conforme acima indicado. Aliado a tal aspecto, não é demais rememorar que caso a decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal – que se relacione a norma inserta na Constituição Federal, e não propriamente na Carta Estadual - transite em julgado no âmbito do Tribunal de Justiça local, eventual controle incidental de inconstitucionalidade da mesma norma que alcance o Supremo Tribunal Federal, como decorrência de interposição de Recurso Extraordinário, esse deverá observância à decisão do Tribunal local, haja vista o efeito *erga omnes* e vinculante daquela decisão (artigo 102, § 2º CF).

No que toca ao reconhecimento da possibilidade da legislação específica prever pagamento de décimo terceiro subsídio e terço de férias aos titulares de mandato eletivo, certo é que, independentemente da tese adotada, com o julgamento em regime de repercussão geral, outorgou-se à matéria a segurança jurídica imprescindível ao Estado de Direito, impedindo que os respectivos beneficiários ou

56 Embargos de Divergência 686.109, DJ de 22/05/2006.

57 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.

mandatários fiquem ao alvedrio de ações tendentes a questionar tais benefícios.

Referências:

- Decisões judiciais indicadas no artigo podem ser acessadas nos sites: *stf.jus.br* e *www.tjsp.jus.br*.

A ATUAÇÃO JUDICIAL DAS CÂMARAS MUNICIPAIS SOB UMA NOVA VERTENTE DA PERSONALIDADE JUDICIÁRIA⁵⁸

1 – INTRODUÇÃO

Os desafios atuais do Estado vem suscitando a revisitação de antigos dogmas jurídicos. Os Poderes Constituídos, representados por Órgãos e Entes Públicos, instituições essenciais ao regime democrático, necessitam de respaldo jurídico e ampla liberdade de atuação na ordem jurídica, limitados apenas pela Constituição Federal.

O conceito de personalidade jurídica foi concebido no âmbito do direito privado e sua aplicação prática, na atuação da estruturas estatais, tem gerado uma série de distorções no sistema normativo ao longo do tempo. A Teoria da Personalidade do Estado, por sua vez, passou a conceber a ideia central de que o Estado poderia titularizar direitos e obrigações, promovendo a conciliação do político com o jurídico. Da atuação de Órgãos Públicos constitucionais, que ocupam o ápice da pirâmide administrativa, emergiu uma série de indagações diante do surgimento de interesses conflitantes entre si ou com os entes federativos que integram, suscitando questionamentos à Teoria do Órgão, pois, embora dotados de uma ampla gama de poderes e atribuições, seriam despersonalizados e não ostentariam, conforme a concepção da imputação volitiva, a condição de sujeitos de direito.

A atuação institucional das Câmaras Municipais remete ao período colonial quando exerciam as três funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional) e cuja estrutura eclética já abarcava a figura dos Procuradores do Conselho. No Império, a Lei de 1828 estabelecia, dentre as atribuições funcionais dos Procuradores, a legitimidade para defesa das Câmaras perante as instâncias judiciais. Na República, uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 1948 deflagrou debate acerca do direito à tutela jurisdicional das Câmaras Municipais na defesa de suas prerrogativas próprias. O então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, ao difundir a concepção da Personalidade Judiciária, contribuiu decisivamente para consolidar sua legitimidade processual na doutrina e jurisprudência.

Atualmente, o Poder Judiciário admite a Personalidade Judiciária das Câmaras

58 Rodrigo Emanuel de Araújo Dantas. Advogado, Ex-Presidente da Comissão de Advogados Públicos da OAB/RN, Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Natal, Professor de Direito Municipal e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires.

Municipais, embora condicionada a análise do caso concreto e somente quando a demanda envolver discussão acerca do seu funcionamento, autonomia ou independência. Assim, os Tribunais pátrios ainda concebem o tema dos Órgãos constitucionais em juízo com ressalvas, restringindo sua legitimação no debate de temas importantes, com tímidos avanços desde a paradigmática decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, inclusive, já reconhecia as Câmaras Municipais como pessoas jurídicas de direito público.

O Princípio do Ampla Acesso à Jurisdição deve respaldar a legitimidade processual plena das Câmaras e de outros Órgãos constitucionais, independentemente da natureza da questão a ser apreciada pelo Poder Judiciário. A ausência de personalidade jurídica não deve restringir sua atuação judicial, nem, tampouco, constituir privilégio que os exima do cumprimento das obrigações oriundas da sua esfera jurídica. O Princípio da Independência dos Poderes exige Órgãos constitucionais autônomos, embora sujeitos à responsabilidade própria pelo exercício de suas competências institucionais.

Enfim, diversas incongruências persistem no sistema, demandando uma nova vertente hermenêutica capaz de adequar as teorias jurídicas aos novos paradigmas oriundos das iminentes transformações exigidas pelo Estado Contemporâneo.

2 – AS PROCURADORIAS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS NO BRASIL COLONIAL E IMPERIAL

A ausência do Estado Português nos dois primeiros séculos de domínio sobre o Brasil Colonial propiciou a dominação política das Câmaras Municipais, que logo passaram ao principal foco de emanção do poderio estatal, contribuindo decisivamente para o fortalecimento das incipientes instituições brasileiras. “Os altos custos envolvidos com o povoamento do território brasileiro, a distância da metrópole e a ausência de um mercado consumidor que atendesse a seus interesses mercantilistas desestimularam a ocupação de espaços por Portugal no período, abrindo margem para a consolidação político-institucional do poder municipal pelas Câmaras Municipais.”⁵⁹

As Câmaras exerciam as três funções típicas estatais e gozavam de iminente autonomia política no período colonial. “A administração dos Municípios era atribuição institucional das Câmaras, que exerciam o controle de atividades como

59 DANTAS, Rodrigo Emanuel de Araújo. *Evolução Política do Município no Brasil – Perspectivas no atual modelo federativo*. Revista L & C – Revista de Administração e Política. São Paulo: Consulex. 2011, p. 5.

arrecadação de tributos, regulação de atividades econômicas, instituição de salários, enfim, abarcavam competências concernentes às atividades legislativa, executiva e, inclusive, jurisdicional.”⁶⁰ Conforme disposição das Ordenações Filipinas competia ainda às Câmaras Municipais o julgamento das injúrias verbais e dos pequenos furtos ocorridos nas cidades e vilas.

As Câmaras Coloniais eram integradas por figuras centrais como Vereadores (eleitos dentre os “homens bons” da localidade), Juízes Ordinários (competentes para julgar causas comuns), Juízes de Fora (nomeados pelo Rei de Portugal e vitalícios, competentes para aplicar as Ordenações Gerais do Reino), bem como, pelos Procuradores do Conselho. Conforme as Ordenações Filipinas, os Procuradores do Conselho eram eleitos, juntamente com os Vereadores e Juízes Ordinários, lhes competindo fiscalizar as rendas, requerer obras de manutenção em bens públicos e defender o Conselho.⁶¹ Assim, no período colonial encontramos o cerne das Procuradorias Legislativas, que, embora incipientes já exerciam função de destaque numa estrutura eclética que abarcava as funções legislativa, executiva e judicial.

No Período Imperial, a edição da lei de 1º de outubro de 1828 (Regimento das Câmaras Municipais) vai estabelecer importante marco para a nova formatação das Casas Legislativas, ao disciplinar sua competência, organização e funcionamento. Além do inestimável valor histórico-político, a norma se destaca pelo acentuado grau de minúcia ao dispor sobre o exercício das funções legislativa e executiva pelas Câmaras. “O Regimento definiu as câmaras como “corporações meramente administrativas”, não lhes cabendo a jurisdição contenciosa que exerceram ao longo do período colonial. Com a perda das funções judiciais, este papel tornou-se responsabilidade do juiz de paz, cargo existente em cada freguesia ou paróquia, eleito ao mesmo tempo e da mesma forma que os vereadores.”⁶²

Além de disciplinar o processo eleitoral, a norma imperial dispunha ainda sobre o exercício dos mandatos e estabelecia o período de reunião dos Vereadores – 4 reuniões ordinárias a cada 3 meses. As Câmaras das cidades eram compostas por nove membros, enquanto das vilas por sete, cujas eleições seriam realizadas a cada quatro anos, sempre na data de 7 de setembro. “Foi a partir de 1828 que se iniciou um processo autônomo de constituição de normas nacionais disciplinadoras do poder local, nos limites bastantes amplos consignados pela Constituição de 1824. É o início da história brasileira de regramento dos Municípios e respectivas Câmaras

60 DANTAS, Rodrigo Emanuel de Araújo. *Op. citada*, p. 6.

61 CORRALO, Giovani da Silva. *O Poder Legislativo Municipal. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 14.*

62 CABRAL, Dilma. *Regimento das Câmaras Municipais*. www.linux.an.gov.br. Acesso em 15 de junho de 2017.

Municipais.”⁶³

A lei de 1828 ainda disciplinava as carreiras integrantes de sua estrutura administrativa. A investidura no cargo de Procurador se dava por meio de mandato de quatro anos, cujas atribuições incluíam a arrecadação e aplicação das rendas e multas, a perspectiva de demandar perante os Juizes de Paz a execução das Posturas e a imposição de penas aos seus contraventores, bem como, o exercício da defesa dos direitos da Câmara perante as Justiças Ordinárias, vejamos:

LEI DE 1º DE OUTUBRO DE 1828

Art. 80. A Câmara nomeará um Procurador, que será afiançado, ou por ella mesma debaixo de sua responsabilidade, ou por fiador idôneo na proporção das rendas, que tem de arrecadar; e servirá por quatro annos.

Art. 81. Ao Procurador compete:

Arrecadar, e aplicar as rendas, e multas destinadas ás despesas do Conselho.

Demandar perante os Juizes de Paz a execução das posturas, e a imposição das penas aos contraventores dellas.

Defender os direitos da Câmara perante as Justiças ordinárias.

Dar conta da receita, e despeza todos os trimestres no princípio das sessões.

Receberá seis por cento de tudo quanto arrecadar; se este rendimento porém fôr superior ao trabalho, a Câmara convencionará com o Procurador sobre a gratificação merecida.

(grifos acrescentados)

Portanto, além do enorme prestígio das Câmaras Coloniais nos dois primeiros séculos de dominação portuguesa, cuja estrutura já abarcava os Procuradores do Conselho, a lei de 1º de Outubro de 1828 dispunha expressamente acerca da legitimidade dos Procuradores Legislativos para defesa dos interesses institucionais das Câmaras perante as Justiças Ordinárias, reafirmando a necessidade histórica de estruturação de suas Procuradorias para defesa das prerrogativas próprias do Poder Legislativo.

63 CORRALO, Giovanni da Silva. *Op. citada*, p. 16.

3 – A ATUAÇÃO JUDICIAL DAS CÂMARAS MUNICIPAIS NO BRASIL REPUBLICANO E O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JUDICIÁRIA

A discussão acerca da legitimidade das Câmaras Municipais para estar em juízo no período republicano surge a partir do julgamento do Mandado de Segurança nº 55 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O *mandamus* fora interposto pela Câmara Municipal de Guaporé contra ato da Comissão Representativa da Assembleia Legislativa do Estado e do Prefeito Municipal, visando a concessão da segurança para que este promulgasse a Lei Orgânica do Município, após sua aprovação pela Câmara Municipal. O Prefeito se negara a promulgar o texto sob a alegação de que continha dispositivos contrários à Constituição do Estado e lhe faltar competência para a prática do ato. Anteriormente, suscitara conflito de competência perante a Comissão Representativa da Assembleia Legislativa, que, através da edição de Decreto Legislativo, acatou suas razões e decidiu que a Lei Orgânica do Município não houvera completado a tramitação legislativa necessária para entrar em vigor.

Irresignada, a Câmara Municipal ajuizou Mandado de Segurança com vistas à declaração de inconstitucionalidade do ato da Comissão Representativa, por considerar exaurido o processo legislativo pertinente, sustentando estar a Lei Orgânica do Município em vigor desde sua aprovação em 18 de dezembro de 1947. Na lide foi discutida, como matéria preliminar, a legitimidade processual ativa da Câmara Municipal de Guaporé para defesa de prerrogativa própria violada pelo Prefeito Municipal. O Relator da matéria, Desembargador Hugo Candal, rejeitou preliminar de ausência de capacidade processual da impetrante, reconhecendo que “as Câmaras Municipais são corporações políticas” e pessoas jurídicas de direito público instituídas para fins de governo. Reconheceu também que a enumeração do Código Civil de 1916 não era exaustiva, existindo outras pessoas administrativas além daquelas ali elencadas. A tese foi integralmente acolhida pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

No ensaio clássico “*Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais*”⁶⁴ publicado em 1949, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal fomentou o debate doutrinário acerca do tema. Destacou, inicialmente, que a terminologia Personalidade Judiciária, consagrada pelo Código de Processo Civil Português⁶⁵ de

64 LEAL, Victor Nunes. *Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais*. Revista de Direito Administrativo, vol. 15, (janeiro-março/1949).

65 Art. 5º do Código de Processo Civil Português de 1939: “A personalidade judiciária consiste na susceptibilidade de ser parte. Quem tiver personalidade jurídica tem personalidade judiciária.”

1939, seria a mais adequada para descrever o fenômeno no Brasil, embora o direito português a definisse como a suscetibilidade de ser parte no processo, atribuindo-a a todos que detivessem personalidade jurídica. A partir de então, doutrina e jurisprudência no Brasil passaram a difundir a concepção da Personalidade Judiciária com viés próprio, para designar – de maneira genérica – a perspectiva de atuação de estruturas despersonalizadas em juízo.

Contudo, para Victor Nunes Leal era irrelevante aferir se as Câmaras Municipais detinham ou não personalidade jurídica de direito público, importando apenas a perspectiva da defesa de direitos fundados na sua autonomia e no sistema de freios e contrapesos que caracterizava a organização política do país. Na sua obra, ainda criticava a tendência de se transpor integralmente os esquemas do direito privado para o direito processual, embora reconhecesse que o conceito de personalidade jurídica fosse predominantemente privatístico, sustentava que a autonomia do direito processual o levava a construir conceitos próprios, cuja validade estava adstrita a seara do próprio processo.⁶⁶

Enfim, para Victor Nunes Leal o reconhecimento da Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais era uma tese não só acertada, mas necessária, pois a garantia política de suas prerrogativas próprias deveria ser sempre resguardada pelo Poder Judiciário, pois o direito serve à vida e não às fórmulas.

4 – A PERSONALIDADE JUDICIÁRIA E O DIREITO PROCESSUAL

As múltiplas formas de agrupamentos humanos e sociais exigiu dos ordenamentos jurídicos solução eficaz para a perspectiva de titularização de direitos e obrigações por pessoas e entes ideais, reforçada pela pretensão da Igreja de ostentar direitos, especialmente a propriedade. A partir do reconhecimento da personalidade jurídica se passa a admitir que pessoas físicas ou jurídicas atuem na ordem jurídica.

A concepção da Personalidade Jurídica do Estado, por sua vez, partiu da ideia de coletividade/povo como unidade e dotada de interesses próprios, diversos dos cidadãos considerados em sua individualidade. No século XIX, através dos publicistas alemães, a teoria ganha consistência e sai do campo exclusivamente político para adentrar na seara jurídica.⁶⁷ “A ciência do direito passa então a tratar como “pessoas” realidades de natureza não humana. A personalidade coletiva permite imputar condutas humanas a entes abstratos, constituindo uma aquisição jurídico-cultural

⁶⁶ LEAL, Victor Nunes. *Op. citada*, p. 51.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

muito importante nas sociedades modernas.”⁶⁸

No âmbito do processo, o pressuposto processual concernente à legitimidade das partes envolve três aspectos:

a) capacidade de ser parte (capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações) – permite a pessoa ou a algum ente jurídico figurar na relação processual como titular de uma pretensão fundada no direito material;⁶⁹

b) capacidade de estar em juízo (capacidade processual) – traduz a aptidão jurídica para participar da relação jurídico-processual em nome próprio ou alheio;

c) capacidade postulatória – consiste na legitimidade técnico-formal conferida a profissional habilitado como advogado para propositura da demanda e prática dos demais atos processuais.

Neste contexto, a capacidade de ser parte está diretamente atrelada a noção de personalidade jurídica, pois, em regra, as pessoas da relação jurídica processual devem ser pessoas físicas ou jurídicas. Contudo, o conceito de personalidade jurídica foi alargado, no âmbito do processo, para abarcar as “pessoas formais”, designando aquelas que “não tem a personalidade dotada de carga jurídica de direito material, mas equivalem formalmente às pessoas no que toca à possibilidade de figurarem no processo.”⁷⁰ José dos Santos Carvalho Filho⁷¹ observa que a capacidade de ser parte, como pressuposto processual, pode se materializar de três formas:

- a) Por pessoa física – Personalidade Geral;
- b) Por pessoa jurídica – Personalidade Jurídica;
- c) Por pessoa formal – Personalidade Judiciária.

Assim, a concepção processual da Personalidade Judiciária surgiu da necessidade de se conferir legitimidade processual a conglomerados jurídicos despidos de personalidade jurídica de direito material. Conforme redação do art. 75 do Código de Processo Civil incluem-se no rol dos entes despersonalizados aptos a atuar em juízo: a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, o condomínio e as sociedades, as associações irregulares e quaisquer outros entes organizados sem personalidade jurídica.

Noutro pórtico, as Câmaras Municipais e outros Órgãos constitucionais são legitimados a demandar direitos próprios em juízo, na defesa de suas esferas próprias de competências legais e constitucionais, dentre os quais, no caso das Câmaras,

68 COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 15.

69 Art. 1º do Código Civil – “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

70 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador: IBDP. n. 11- julho/setembro. 2007, p. 4.

71 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. citada*, p. 5.

o exercício do controle externo do Poder Executivo e a representação política da sociedade local. “A indispensabilidade de outorga de capacidade processual ao Legislativo é mais patente na ocorrência de situações em que os interesses do Legislativo – Poder autônomo e independente (art. 2º CF) – são dissonantes ao do Executivo, não sendo possível, portanto, que aquele seja representado pela pessoa política respectiva; representada, na prática, pela Procuradoria do “Poder Executivo”.⁷²

Contudo, a doutrina ainda concebe a legitimidade dos Órgãos constitucionais com mitigações. José dos Santos Carvalho Filho⁷³ rechaça a capacidade de ser parte das Câmaras diante da discussão de questões patrimoniais, por entender que a legitimidade recairia na pessoa pública, conforme a imputação volitiva de Otto Von Gierke. Para o administrativista, são requisitos obrigatórios para o reconhecimento da Personalidade Judiciária do Órgão: 1 – Ser integrante da estrutura superior da pessoa federativa; 2 – Necessidade de proteção de direitos e competências outorgadas pela Constituição Federal; 3 – Não se tratar de direitos de natureza meramente patrimonial.

Enfim, integramos corrente minoritária que reconhece a personalidade jurídica de Órgãos Públicos Independentes, como Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas.⁷⁴ A tese é corroborada por Sônia Tanaka, que mediante lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, observa que a personalidade dos Órgãos já se sustentara no Direito Romano e na Idade Média. Para ela, embora sendo partes do Estado, a cada Órgão é conferida a mesma personalidade e autonomia, criticando os que defendem que os Órgãos Públicos teriam personalidade jurídica somente nas relações internas, embora nas relações externas agissem em nome do Estado, pois uma pessoa não pode existir para algumas relações e não existir para outras, porquanto ou o direito lhe atribui personalidade jurídica ou não.⁷⁵

5 – A PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DAS CÂMARAS MUNICIPAIS NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

72 ICKOWICZ, Andréa Rascovski. *Atuação Judicial da Câmara Municipal*. Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo. vol. 3, n. 1. São Paulo: CMSP, 2014, p. 87.

73 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. citada*, p. 10.

74 DANTAS, Rodrigo Emanuel de Araújo. *A Personalidade Jurídica dos Órgãos Públicos Independentes: a Revisitação da Teoria do Órgão sob a ótica das Transformações da Administração Pública para o Século XXI*. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. (coord.) *Administração Pública – Desafios para a Transparência, Probidade e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

75 TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Natureza Jurídica dos Órgãos Públicos*. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). *Panorama Atual da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

A ampliação das demandas da sociedade contemporânea vem exigindo dos Poderes constituídos uma série de adequações institucionais com vistas a sua adaptação aos novos paradigmas hermenêuticos. Neste sentido, os Órgãos Públicos Independentes exercem papel decisivo na estrutura estatal ao titularizar funções essenciais, especialmente as representativas dos Poderes constituídos e dos seus principais órgãos de controle externo. Contudo, as competências específicas ensejam, muitas vezes, interesses conflitantes com os de outros órgãos ou Poderes, visto que exteriorizam prerrogativas constitucionais essenciais ao regime democrático.

As demandas judiciais envolvendo conflitos interorgânicos vem se avolumando, inclusive com pretensões antagônicas frente ao próprio ente federativo que integram. Para Santi Romano “as relações entre os órgãos são reflexas posto que o Estado enquanto se concretiza em determinado órgão, pode se opor a si mesmo, enquanto se concretiza em outro órgão.”⁷⁶ O Poder Judiciário, em regra, somente concebe a atuação dos Órgãos Públicos Independentes em juízo quando agem na defesa de suas prerrogativas institucionais, ou seja, quando a demanda envolver seu funcionamento, autonomia ou independência.

Portanto, a Personalidade Judiciária ainda encontra mitigações na jurisprudência pátria, embora disseminada desde a década de 40 do século passado continua sujeita a paradigmas conceituais rigorosos, dificultando o amplo acesso ao Poder Judiciário por Órgãos Constitucionais como Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas. Registra-se, neste aspecto, pouco avanço jurisprudencial nesses quase 80 anos da feição brasileira da Personalidade Judiciária, conforme concepção do Ministro Victor Nunes Leal.

5.1 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No âmbito do Supremo Tribunal Federal temos importante Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1557, que cancelou a criação da Procuradoria Jurídica da Câmara Legislativa do Distrito Federal⁷⁷ para o desempenho das funções

⁷⁶ Citado por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975, p. 73.

⁷⁷ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ACESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação**

de assessoria e consultoria jurídicas no âmbito administrativo, inclusive, para a representação judicial. O STF deliberou que nas hipóteses de defesa de interesses próprios contrapostos aos dos demais Poderes, materializados em atos processuais fundados na sua autonomia e independência, nada impedia que o fizesse mediante órgão pertencente a sua própria estrutura administrativa.

A Relatora Ministra Ellen Gracie, sustentou a aplicação da Interpretação Conforme a Constituição para firmar entendimento no sentido de que “a Representação Judicial do Poder Legislativo do Distrito Federal pela Procuradoria Geral da Câmara Distrital se limita aos casos em que esta Casa compareça em Juízo em nome próprio”, no que foi seguida pela maioria, à exceção do Ministro Marco Aurélio que, sustentava a interpretação literal do art. 132 da Constituição Federal, ensejando a inconstitucionalidade das Procuradorias Especiais. Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se no sentido de que o Princípio Fundamental da Independência dos Poderes se sobrepõe a literalidade do art. 132, tornando legítima a representação judicial própria por Órgãos e Poderes em conflito, tese vencedora no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

5.2 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo a tese da capacidade processual das Câmaras Municipais em juízo, ao reconhecer sua Personalidade Judiciária, embora

autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1557, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 18-06-2004 PP-00043 EMENT VOL-02156-01 PP-00033 RTJ VOL 00192-02 PP-00473)

apreciada no caso concreto e sempre adstrita às hipóteses em que postulem direito próprio ou na defesa de suas prerrogativas. O enunciado da Súmula nº 525 resume sua posição atual: *“A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais”* (Decisão: 22/04/2015 - DJe 27/04/2015).

Da análise do seu repertório jurisprudencial importa destacar, inicialmente, julgado que discutiu a perspectiva de impetração de Mandado de Segurança pela Câmara Municipal diante da retenção de valores do Fundo de Participação dos Municípios⁷⁸, tendo a Corte rechaçado sua legitimidade ativa, por entender que a demanda não veiculava a defesa de interesses estritamente institucionais, pois veiculara discussão de matéria patrimonial. Contudo, observa-se no caso que a decisão impacta diretamente o duodécimo da Câmara, ou seja, os valores repassados a título de dotação orçamentária pelo Município, com repercussão direta na sua esfera jurídica, posto que impacta a gestão dos recursos próprios do Poder Legislativo.

Noutro precedente, ao apreciar a legitimidade passiva das Câmaras Municipais pelo adimplemento da contribuição previdenciária incidente sobre seus Vereadores⁷⁹, o STJ entendeu que a responsabilidade pelo ônus financeiro é integralmente do Município, mesmo diante de débitos previdenciários de agentes políticos integrantes

78PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR CÂMARA MUNICIPAL PARA DISCUTIR RETENÇÃO DE VALORES DO FPM. ILEGITIMIDADE ATIVA.

(...)

2. A Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, a qual lhe autoriza apenas atuar em juízo para defender os seus interesses estritamente institucionais, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão, não se enquadrando, nesse rol, o interesse patrimonial do ente municipal. Nesse sentido: REsp 1.164.017/PI, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 6.4.2010.

3. Recurso especial não provido.

REsp 1429322/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014. (grifos acrescidos)

79TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉBITO DA CÂMARA MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “A Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, a qual lhe autoriza apenas atuar em juízo para defender os seus interesses estritamente institucionais, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão, não se enquadrando, nesse rol, o interesse patrimonial do ente municipal.” (REsp 1429322/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014) .

2. Consequentemente, não pode ser demandada em razão do descumprimento de obrigação tributária, relativa à contribuição previdenciária, pois o sujeito passivo da contribuição incidente sobre a remuneração de membros da Câmara Municipal é o Município (que figura na condição de pessoa jurídica de direito público). Desse modo, cabe ao Município responder pelo inadimplemento de contribuição previdenciária devida por seus órgãos.

3. “O princípio da separação dos poderes e o da autonomia financeira e administrativa não podem eximir o Município de responsabilidades assumidas por seus órgãos.” (AgRg no REsp 1303395/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012).

4. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1486651/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014. (grifos acrescidos)

do Poder Legislativo Municipal. Nesse sentido, há que se ponderar que a decisão enseja, reflexamente, repasse maior do duodécimo à respectiva Câmara em razão da assunção da dívida pelo Município, sujeitando o Prefeito a tipificação por crime de responsabilidade, diante da extrapolação dos limites constitucionais de repasse ao Legislativo Municipal (§2º, I do art. 29-A da Constituição Federal).

Destaque-se, ainda, outros julgados que envolvem interesses funcionais de agentes públicos do Poder Legislativo cuja decisão afasta a perspectiva de defesa pela Procuradoria Legislativa. No Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente de Câmara Legislativa do Distrito Federal por candidato reprovado em concurso público para o preenchimento de cargo do próprio legislativo, o Acórdão aponta para a legitimidade recursal exclusiva do Distrito Federal.⁸⁰ Noutro MS impetrado contra ato do Presidente da Câmara, que não reconheceu ao autor o direito à contagem de tempo de serviço prestado às Forças Armadas, a legitimidade recursal também seria exclusiva do Distrito Federal.⁸¹ Por fim, em MS impetrado contra ato do Presidente da Câmara de São Paulo que determinou o enquadramento de servidor, o STJ entendeu que a legitimidade para interposição de eventual recurso seria do Município de São Paulo, pois a matéria extrapolaria a defesa das prerrogativas institucionais da Câmara.⁸²

80 DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. DISTRITO FEDERAL. PRECEDENTES.

AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Câmara Legislativa do Distrito Federal, órgão integrante da Administração Direta do Distrito Federal, por não possuir personalidade jurídica mas apenas personalidade judiciária, somente pode estar em Juízo para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

2. Em se tratando de mandado de segurança impetrado por candidato reprovado em concurso público para o preenchimento de cargos de seu quadro de pessoal, a legitimidade para recorrer é do Distrito Federal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 923.958/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 17/03/2008)

81 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A Câmara Legislativa do Distrito Federal é órgão da Administração Direta do Distrito Federal, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa que pode estar em juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

2. In casu, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente da Câmara que não reconheceu ao autor o direito à contagem de tempo de serviço prestado às Forças Armadas. Destarte, a legitimidade para interpor o presente recurso especial é do Distrito Federal.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 608.798/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 19/03/2007, p. 381)

82 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ENQUADRAMENTO. CÂMARA MUNICIPAL. ILEGI-

Da síntese da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se conclui que a concepção de Personalidade Judiciária pouco avançou desde a paradigmática decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 1948. “Ainda hoje o reconhecimento da personalidade judiciária enfrenta resistências pontuais fincadas no entendimento ortodoxo que prega a incontornável simetria entre a personalidade ditada pelo direito material e aquela utilizada pelo direito processual.”⁸³ Por sua vez, o legado de Victor Nunes Leal ainda reverbera nas decisões dos Tribunais Superiores. Entretanto, a revisitação de concepções jurídicas de outrora ainda esbarra em construções dogmáticas firmadas num outro contexto histórico-político.

6 – CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a Teoria do Órgão proposta por Otto Von Gierke ao imputar a atuação dos Órgãos públicos, no exercício de suas competências institucionais, à vontade da pessoa a qual vinculadas, pois, diante da ausência de personalidade jurídica não poderiam, autonomamente, titularizar direitos e obrigações. Tal concepção fundada em dogmas absolutos tem promovido uma série de distorções na jurisprudência que subvertem os consectários de sua ação na ordem jurídica e atentam contra preceitos lógicos do Estado Contemporâneo.

As Câmaras Municipais sempre ostentaram papel de destaque no aparato administrativo brasileiro. No período colonial exerciam faticamente as três funções estatais. No Império, uma lei de 1828 já concedia poderes expressos às suas Procuradorias Legislativas para defesa, perante o Judiciário, de suas prerrogativas institucionais. Porém, a partir de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 1948 vai se fomentar o debate acerca da garantia do Amplo Acesso à Jurisdição

TIMIDADE AD CAUSAM. PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Câmara Municipal de São Paulo é órgão da Administração Direta, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa que pode estar em juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes ao seu funcionamento e independência.

2. In casu, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente da Câmara que determinou o enquadramento de servidor público. Destarte, a legitimidade para interpor eventual recurso é do Município de São Paulo.

3. Desnecessária, em mandado de segurança, a intimação do Procurador do Município, visto que, consoante inteligência do art. 3º da Lei 4.348/64, cabe à autoridade coatora, no prazo de 48 horas, diligenciar ao ente de direito público ao qual se subordina a fim de que sejam tomadas as providências necessárias para a defesa do ato impugnado.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no Ag 818.739/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 650)

83 RODRIGUES, Wagner Rossi. *Nos Quadrantes da Personalidade Judiciária. In: Instituto Victor Nunes Leal(org.). A Contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 340.*

das Câmaras Municipais. A noção de Personalidade Judiciária vai possibilitar avanços consideráveis na seara processual, a partir do legado doutrinário do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, que importou sua noção do direito português adaptando-a a realidade processual brasileira.

Atualmente, a jurisprudência concebe o tema de forma conservadora ao restringir a atuação judicial plena de Órgãos Públicos constitucionais, como Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas. O Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da Procuradoria Jurídica da Câmara Legislativa do Distrito Federal (ADI 1557/DF), cujas atribuições incluem a representação judicial do órgão legislativo, restringe sua atuação à defesa dos denominados direitos-função. O Superior Tribunal de Justiça, somente após perquirir se o caso concreto envolve a defesa de prerrogativas institucionais – relacionadas à autonomia, organização ou funcionamento – reconhece sua Personalidade Judiciária, afastando-as nos demais casos.

A concepção privatística da personalidade jurídica não pode escravizar o direito processual – como observou Victor Nunes Leal –, nem tampouco atravar o progresso da ciência do direito, especialmente do direito administrativo. O jurista já atentava, desde a década de 40 do século passado, para o necessário resguardo das garantias políticas próprias dos Legislativos Municipais perante o Poder Judiciário. Porém, a persistência de problemas relativos a defesa autônoma de relações jurídicas envolvendo seus agentes públicos e, especialmente, o avanço das questões de ordem patrimonial que afetam diretamente sua esfera própria de interesses exige a revisitação de antigos dogmas jurídicos.

O atual estágio do fenômeno sócio-jurídico dos Órgãos Públicos constitucionais há muito superou a concepção da simbiose entre a atuação do Órgão e a manifestação de vontade do Estado-pessoa jurídica, diante da complexidade e protagonismo das Câmaras Municipais frente a necessária defesa das prerrogativas próprias, exigindo uma releitura da noção de Personalidade Judiciária ou o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Uma nova vertente hermenêutica aponta para a revisão de antigos paradigmas e teorias concebidas num outro quadrante da história, pois o direito serve à vida e não às fórmulas.

7 – BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CABRAL, Dilma. *Regimento das Câmaras Municipais*. www.linux.an.gov.br. Acesso em

15 de junho de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador: IBDP. n. 11- julho/setembro 2007.

CORRALO, Giovani da Silva. *O Poder Legislativo Municipal*. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Rodrigo Emanuel de Araújo. *A Personalidade Jurídica dos Órgãos Públicos Independentes: a Revisitação da Teoria do Órgão sob a ótica das Transformações da Administração Pública para o Século XXI*. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública – Desafios para a Transparência, Probidade e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Evolução Política do Município no Brasil – Perspectivas no atual modelo federativo*. Revista L & C – Revista de Administração e Política. São Paulo: Consulex, 2011.

ICKOWICZ, Andréa Racovski. *Atuação Judicial da Câmara Municipal*. Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo. vol. 3, n. 1. São Paulo: CMSP, 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Personalidade Judiciária das Câmaras Municipais*. Revista de Direito Administrativo, vol. 15, (janeiro-março/1949).

RODRIGUES, Wagner Rossi. *Nos Quadrantes da Personalidade Judiciária*. In: Instituto Victor Nunes Leal (org.). *A Contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Natureza Jurídica dos Órgãos Públicos*. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (coord.). *Panorama Atual da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

A RELEVÂNCIA E COMPLEXIDADE DO FATO DETERMINADO EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.

Vivian Silva de Sousa⁸⁴

Resumo: A Comissão Parlamentar de Inquérito é o instrumento de investigação do Poder Legislativo para apuração de atos ilícitos cometidos em face do interesse público. O requisito do fato determinado é essencial para a instalação de uma CPI, porém, em razão do seu conceito ser impreciso, existe uma grande incerteza do que realmente se trata. Assim, surgiram diversas doutrinas e jurisprudência sobre o tema que, na tentativa de obter um consenso, acabaram por concluir que por mais delimitada que se torne a definição, a mesma sempre irá variar de acordo com cada caso e suas circunstâncias. Contudo, fundamentalmente, o fato deverá conter ao menos indícios de autoria, materialidade e estar atrelado à competência legislativa da respectiva Casa em que a comissão for instalada.

Palavras-chave: Tripartição de poderes; Comissão Parlamentar de Inquérito; Fato determinado.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os três poderes: função típica e atípica. 3. Comissão Parlamentar de Inquérito. 4. Fato determinado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A tripartição de poderes é um princípio constitucional previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é manter o equilíbrio e a harmonia entre os respectivos órgãos responsáveis pela condução dos deveres estatais.

Este conceito, com as atribuições que lhe são auferidas hoje, surgiu com a ideia de Montesquieu na obra "*O Espírito das Leis*" de 1748, quando o mesmo abordou as formas de governo:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse

84 Estudante do curso de Direito na Universidade Paulista e estagiária da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo.

esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁸⁵

Nesse sentido, dividem-se as funções em típicas e atípicas, sendo a Comissão Parlamentar de Inquérito uma função atípica do Poder Legislativo, tendo em vista que não é sua atividade fim. Para a instalação de uma CPI, deve se observar diversos requisitos a serem cumpridos, entre eles que a apuração recaia sobre fato determinado.

Dessa forma, busca-se compreender o que vem a ser essa expressão na prática, através de doutrinas e jurisprudências, com o intuito de obter um consenso quanto à definição deste conceito.

2. Os três poderes: função típica e atípica

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, prevê a tripartição de poderes, que visa à equilibrada distribuição de tarefas dos órgãos públicos como gestores do país. Dessa forma, evita-se a concentração do poder estatal em um único representante, qualificando-os como independentes e harmônicos entre si. Cada qual com as suas atribuições, objetiva-se uma estrutura em que haja progresso e viabilidade do exercício dos deveres do Estado para com a sociedade, assim, aqueles que elaboram as leis não são os mesmos que as aplicam ou as administram.

Contudo, além das funções típicas, existem também as atípicas. Funções típicas são aquelas que guardam relação íntima com o ambiente (poder) em que são desenvolvidas, já que foram destinadas a tal fim. Diferem, portanto, das funções atípicas, que não se identificam com a natureza para a qual aquele poder foi criado, porém são exercidas para que haja necessariamente o equilíbrio e harmonia na condução das obrigações do Poder Público.

O poder legislativo, por exemplo, tem como atribuição principal (típica) a tarefa legiferante, ou seja, é de sua responsabilidade a elaboração de leis e normas para estabelecer diretrizes de abrangência em todo território nacional. Em sua tarefa atípica, o mesmo exerce funções de natureza executiva – ao dispor sobre a sua própria organização ou deliberar sobre seus funcionários – e também funções de natureza judiciária – ao se tornar competente para julgar as contas do chefe do executivo ou

85 MONTESQUIEU, Charles de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed. 1996, p. 168.

realizar investigações através da Comissão Parlamentar de Inquérito.

3. Comissão Parlamentar de Inquérito

A Comissão Parlamentar de Inquérito é um instrumento legal do Poder Legislativo previsto na Constituição Federal de 1988, na Lei Federal nº 1.579/52, nos respectivos Regimentos Internos das Casas Legislativas (Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) e que, por proceduralizar suas atividades através de um inquérito, utiliza subsidiariamente o Código de Processo Penal. Está presente em todas as esferas do âmbito legislativo – municipal, estadual e federal –, como mecanismo de investigação sobre temas inerentes à sua competência legiferante.

Em seu artigo 58º, §3º, a Constituição Federal estabelece orientações e requisitos a serem observados pelas comissões. Indica que as mesmas terão poderes próprios de autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se necessário, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

4. Fato determinado

Os profissionais atuantes no mundo jurídico sabem que cada decisão deve estar amplamente fundamentada na legislação vigente, sob pena de ser considerada nula, inválida ou até mesmo inexistente para determinados fins.

Não é por acaso que se faz valer o impasse quanto ao conceito de fato determinado, desenvolvido com a finalidade de delimitar o objeto da investigação e, assim, que este se transfigure em genérico, extenso ou ilimitado. Porém, a sua escrita, por não ser precisamente concisa, possibilitou diversas interpretações e análises em busca de um consenso a respeito do tema.

De acordo com Pinto Ferreira em “Comentários à Constituição Brasileira”:

Amplamente é o limite em que se desdobra a esfera de aplicação das comissões de inquérito. Através dela uma Assembleia olha diretamente os problemas da vida nacional, a fim de examiná-los de modo mais acurado. A finalidade do inquérito não é só a apuração de responsabilidades. Ele tem também o objetivo de coligir material para a obra legislativa,

material útil para as resoluções e leis, porém, de outro lado, ainda se agrega o trabalho na investigação de fatos econômicos, sociológicos, financeiros, e finalmente serve como medida de controle do Legislativo sobre o Executivo. Se a princípio era mais limitado o campo de atuação das comissões de inquérito, hoje ele se estende cada dia mais largamente, abrangendo o inquérito sobre qualquer fato determinado que interessa à vida constitucional do País, que necessita de ser mais amplamente estudado, para sobre ele se tomar a providência necessária e oportuna.

(...)

Na Constituição vigente (art. 58, §3º), as comissões parlamentares de inquérito são criadas “para a apuração de fato determinado”. O fato determinado deve possuir uma característica própria, a fim de não incidir em rota de colisão com outros dispositivos constitucionais.

Tais fatos podem ser especificados como aqueles referentes à ordem pública, política, econômica, social, bem determinados e caracterizados no próprio requerimento de sua constituição; deve ser um fato objetivo, claro, preciso, determinado.⁸⁶

Na tentativa de suprir a lacuna deixada pela Constituição Federal, a Câmara dos Deputados, através do seu Regimento Interno, determinou o conceito da seguinte forma:

Art. 35. Fato determinado é o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão.⁸⁷

Dessa forma, entende-se que o fato deve ser específico, delineado no requerimento de instauração, com parâmetros concretos que objetivem a investigação através da Comissão, sem nada impedindo que os mesmos sejam múltiplos, mas que tenham correlação entre si.

86 PINTO FERREIRA, Luis. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva. 1 ed., v. 3. 1992, p. 103 e 125.

87 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 31/08/2018.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, aduz que a expressão *fato determinado* tem três comandos:

- 1) Impede a criação de CPI para investigar situação genérica⁸⁸;
- 2) O apontamento de fato determinado não impede que a comissão, no decorrer dos seus trabalhos, venha a investigar outros fatos, desde que guardem conexão com aquele que ensejou a sua criação⁸⁹; e
- 3) Os convocados pela CPI não estão obrigados a responder perguntas que não versem sobre o fato determinado que determinou a sua instauração⁹⁰.

Em um artigo referente ao tema, o Ministro Celso de Mello, reforçou esse entendimento, afirmando que:

(...) somente fatos determinados, concretos e individualizados, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, são passíveis de investigação parlamentar. (...) O objeto da comissão de inquérito há de ser preciso.⁹¹

Por mais incerta que seja a definição deste conceito, faz-se unânime o entendimento entre doutrinas e jurisprudências, de que o fato determinado deve ser aquele pertinente à alçada legislativa da respectiva Casa em que se instaurou a CPI. Em outras palavras, não pode ser objeto de investigação o tema que está além do alcance da competência de criar uma “solução” para ultimar a respectiva questão.

É nesse sentido que se manifestou o ilustre advogado, professor e juiz aposentado Ovídio Rocha Barros Sandoval:

(...) O fato determinado deverá estar, ainda, entre as matérias sobre as quais a Casa poderá exercer sua função legislativa.

Ademais, a ideia de um poder geral do Congresso de investigar sobre o fato determinado haverá de estar atrelado ao propósito de legislar. Se não estiver atrelado ao propósito de legislar atenta, obviamente, contra a máxima

88 MS nº 33882, Relator: Min. EDSON FACHIN, julgado em 09/12/2015.

89 HC nº 100341, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2010.

90 MC no HC nº 134.260, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2016.

91 MELLO FILHO, José Celso de. Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito. *Justitia*, v. 45, nº 121, p. 156/157.

Disponível em: < https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20191_arquivo.pdf>. Acesso em: 31/08/2018.

elaborada de que o poder de investigar, que é acessório, assuma a característica de função principal do Congresso.⁹²

Assim, compreende-se que a expressão “fato determinado” é um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo preciso é verificado em cada caso concreto, variando, de tal modo, no tempo, sendo seu conceito informado com ideias fundantes, constitucionalmente estabelecidas. Nas lições de José Wanderley Bezerra Alves:

(...) É necessário, porém, que, na fixação dos fatos a serem investigados, haja razoabilidade no quantitativo, pertinência e identidade de objetos, inadmitindo-se qualquer pretensão de investigação geral, ainda que com indicação disfarçada de fatos determinados.⁹³

Conclusão

Importante ressaltar que a Comissão Parlamentar de Inquérito, visa o bem comum, ou seja, é uma ferramenta auxiliar com a finalidade de coibir eventual fato delituoso, improbidade administrativa, ou até mesmo quando ausente a conduta ilícita, mas com a real necessidade de se elaborar lei sobre respectiva matéria, conforme entendimento de Nelson Jobim quando Presidente do Supremo Tribunal Federal:

(...) daí por que precisamos ter muito claramente, separadamente, que estabelecer uma CPI não é necessariamente e restritamente, como é visto hoje, uma Comissão do Parlamento que tem funções de **investigar fatos delituosos ou de improbidade administrativa**; as CPIS **também se destinam** a investigar situações para, eventualmente, com os subsídios que daí decorrem, produzir textos legislativos que venham a intervir naquelas fatos que estão sendo examinados.⁹⁴

Por tratar-se de investigação, deverá conter indícios de autoria e materialidade, para que, no decorrer dos trabalhos, verifique se realmente há a efetiva existência do ato

92 BARROS SANDOVAL, Ovídio Rocha. A CPI da Petrobrás, 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI85047,31047-A+CPI+da+Petrobras>>. Acesso em: 31/08/2018.

93 ALVES, José Wanderley Bezerra. Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 192.

94 KLOPSTOCK SPROESSER, Andyara. A Comissão Parlamentar de Inquérito. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2008, p. 230.

ilícito e a exata autoria da conduta em análise. Nas palavras de Frederico Augusto D'Avila Riani:

O objeto de uma CPI deverá ser um fato determinado. (...) Isto não quer dizer que este fato já tem que estar com todas as suas sutilezas determinadas. Para que haja a instauração de uma CPI é preciso a existência de indícios, com certa densidade, de uma irregularidade. Neste sentido, Miguel Reale¹ diz, em síntese, que “fato” indica algo que já aconteceu no mundo do Direito e que “fato determinado” é fato definido, estabelecido, certo.

Em seguida, afirma o eminente jurista:

‘O máximo que se pode dizer é que, se uma investigação deve versar sobre fato determinado, ela somente poderá ser juridicamente admissível se se reportar pelo menos a algo determinável ou certificável de maneira circunscrita e definida, e não de forma indiscriminada e ilimitada, dando lugar a atos abusivos, tanto mais graves quando estão em causa direitos fundamentais como aqueles supra lembrados, relativos à liberdade, à vida privada e à imagem dos cidadãos.’

Precisa a lição de Reale, até porque se o fato já é in totum determinado não é preciso a instauração de uma comissão de inquérito. (1). Miguel Reale, *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 105.95

Conclui-se, portanto, que a expressão “fato determinado” é o acontecimento, delimitado com objetividade suficiente para permitir o adequado desenvolvimento da finalidade delineada pelos parlamentares membros da Comissão, sinalizado por consistentes indícios de irregularidade e que apresente em seu conteúdo um interesse público, estando vinculado à competência legislativa do órgão parlamentar.

Referências

95 D'AVILA RIANI, Frederico Augusto. Comissão Parlamentar de Inquérito: Requisitos para criação, objeto e poderes, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 36/2001 | p. 184 - 204 | Jul - Set / 2001 | DTR\2001\812.

ALVES, José Wanderley Bezerra. **Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

BARROS SANDOVAL, Ovídio Rocha. **A CPI da Petrobrás**. Migalhas, 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI85047,31047-A+CPI+da+Petrobras>>. Acesso em: 31/08/2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33882 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin, 09 de dezembro de 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 100341 Amazonas**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 04 de novembro de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 134.260 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

D'AVILA RIANI, Frederico Augusto. **Comissão Parlamentar de Inquérito: Requisitos para criação, objeto e poderes**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | v. 36/2001 | p. 184 - 204 | Jul – Set / 2001 | DTR\2001\812.

KLOPSTOCK SPROESSER, Andyara. **A Comissão Parlamentar de Inquérito. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2008**.

MELLO FILHO, José Celso de. **Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito**. Revista Justitia | v. 45 | nº 121 | p. 155-160 | Abr – Jun/ 1983. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20191_arquivo.pdf>. Acesso em: 31/08/2018.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed. 1996**.

PINTO FERREIRA, Luis. **Comentários à Constituição Brasileira**. 1 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

CPI e direito ao silêncio – Análise do alcance da declaração de não recepção da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, nos autos das ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF

*Ana Helena Pacheco Savoia*⁹⁶

Resumo: o presente artigo dedica-se à análise de julgamento recente do STF⁹⁷ em matéria de condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, sob a ótica do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais à não autoincriminação e à liberdade de ir e vir. Passa-se, então, ao exame das finalidades institucionais e poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs. Procura-se diferenciar a posição jurídica da testemunha, em especial no âmbito de CPIs, relativamente ao investigado ou réu, no inquérito policial ou processo penal. Embora se reconheça à testemunha igual direito à não autoincriminação e ao silêncio diante de certas perguntas, tem ela o dever legal de depor e de colaborar para a apuração da verdade dos fatos, sob pena de responder criminalmente pela sua falta, dado o interesse público que move o procedimento de investigação e justifica a própria existência da CPI.

Palavras-chave: Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. Direito ao silêncio. Condução coercitiva para interrogatório. Inconstitucionalidade parcial do art. 260 do Código de Processo Penal. ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF. CPI e poderes de investigação. Limitações constitucionais. Direitos fundamentais. Testemunha e direito ao silêncio. Testemunha faltosa e condução coercitiva. Dever de não calar a verdade. Crime de falso testemunho.

96 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.

97 cf. Informativos STF nº 905 e nº 906 e vídeos da sessão de julgamento da ADPFs nº 395/DF, movida pelo Partido dos Trabalhadores – PT, e nº 444/DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, rel. Min. Gilmar Mendes, iniciada em 11 de junho e concluída em 15 de junho de 2018, cujo acórdão ainda aguardava publicação na data de conclusão deste artigo. Atenção para a nota neles contida: “Este Informativo, elaborado com base em notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.”

1. Introdução

Em recente julgamento concluído em 15 de junho de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, por seis votos a cinco, julgou procedente pedido formulado em arguições de descumprimento de preceito fundamental – ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF – para declarar a não recepção da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Na opinião da maioria dos membros do STF, formada pelo Ministro Relator Gilmar Mendes e os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandovski, Marco Aurélio e Celso de Mello, a condução coercitiva no curso da ação penal teria se tornado “obsoleta”. Isso porque, a partir da Constituição Federal de 1988 - CF, foi consagrado o direito à não autoincriminação, que tem sua manifestação eloquente no direito ao silêncio dos acusados, assegurado pelo inciso LXIII do art. 5º da CF: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”.

Embora o inciso LXIII refira-se ao “preso”, o privilégio constitucional da não autoincriminação alcança tanto o investigado quanto a testemunha (HC 79.812, Celso de Melo e outros), aliás, “qualquer pessoa”, conforme lição de GOMES FILHO, citado por PLÍNIO SALGADO:

Apesar de o preceito referir-se ao preso, na análise irrepreensível de *Antônio Magalhães Gomes Filho*, sua interpretação “deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF, e ainda Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, § 2º), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação”.⁹⁸

A condução coercitiva violaria a dignidade da pessoa humana, a liberdade de locomoção e a própria natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, meio de defesa do acusado.

Embora o julgamento não tenha versado sobre investigações no âmbito de

98 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1977, p. 113, citado por PLÍNIO SALGADO, *Comissões Parlamentares de Inquérito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 124

CPIs, a elas se aplicam os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, entre os quais os derivados da garantia constitucional da não autoincriminação.

Antes, porém, de adentrarmos em considerações atinentes às CPIs, faz-se oportuno um breve resumo das relevantes discussões travadas durante o julgamento das ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF.

2. Objeto e julgamento das ADPFs

Na ADPF nº 395/DF, impugna-se a condução coercitiva na investigação e também no processo penal, pretendendo-se a declaração de não recepção da condução como “medida cautelar autônoma” e a não recepção do art. 260 do CPP, na parte em que determina a condução coercitiva para “o interrogatório”: “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para **o interrogatório**, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.” (negritos acrescentados)

Já na ADPF nº 444/DF, questiona-se a constitucionalidade da condução coercitiva apenas no processo penal, requerendo-se a declaração de não recepção do art. 260 do CPP, também na parte relativa à condução coercitiva para “o interrogatório” e, subsidiariamente, que se declare a não recepção da chamada “condução coercitiva direta”, qual seja, aquela não precedida de intimação para comparecimento.

De notar que, no julgamento das referidas ADPFs, **não** foi analisada a condução de outras pessoas, diversas dos investigados ou réus, tais como testemunhas, tampouco a hipótese de investigados ou réus chamados para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento.

Segundo o voto vencedor do Relator, o Min. Gilmar Mendes, a condução coercitiva para o interrogatório teria sido substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual à revelia do acusado, conforme previsto no art. 367 do CPP: “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.”

No entanto, o art. 260 do CPP — conjugado ao poder do juiz de decretar medidas cautelares pessoais — continuaria sendo utilizado para fundamentar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, especialmente durante a investigação policial. As conduções coercitivas teriam se tornado “um novo capítulo na espetacularização da investigação, inseridas em um contexto de violação a direitos fundamentais por meio da exposição de pessoas que gozam da presunção de inocência como se culpados fossem” (cf. Informativo STF nº 906).

Nesse aspecto, a condução coercitiva para interrogatório violaria o princípio

da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), do qual decorreria a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas.

Por outro lado, haveria violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), prevista entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, na medida em que o investigado ou réu seria conduzido, eminentemente, para demonstrar sua submissão à força, não havendo finalidade instrutória clara, já que o arguido não seria obrigado a declarar, ou mesmo a se fazer presente ao interrogatório.

Igualmente, a liberdade de locomoção restaria vulnerada pela condução coercitiva para interrogatório. Tal direito pode ser restringido apenas se observado o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e obedecido o regramento estrito sobre a prisão (CF, art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A condução coercitiva representaria uma “supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção” (cf. Informativo STF nº 906).

Para os Ministros que divergiram do Relator, a saber, os Ministros Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia (vencidos), deveria ser dado provimento apenas parcial às ADPFs para excluir a possibilidade de condução coercitiva direta, sem prévia intimação para comparecimento perante a autoridade. Nenhum deles, porém, deixou de reconhecer o direito ao silêncio, sobre o qual também teceram importantes considerações.

3. Poderes instrutórios de Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs

Os poderes de investigação das CPIs decorrem do § 3º do art. 58 da CF:

§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão **poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. (negritos acrescentados)

Certo é, todavia, que há poderes de investigação que não se estendem às CPIs, por estarem sujeitos, por força da CF, à chamada “cláusula de reserva de

jurisdição”. Assim, por exemplo, a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII), a prisão, salvo em flagrante delito ou situação de evidente excepcionalidade, como no estado de defesa (CF, art. 5º, LXI, e art. 136, § 3º, I).

Por outro lado, assim como qualquer autoridade, as CPIs só podem exercer validamente os seus poderes de investigação com observância das liberdades e direitos fundamentais. Nesse sentido, a lição de SCARANÇE:

Importa ressaltar que a comissão parlamentar de inquérito tem como baliza necessária de sua atuação a preservação dos direitos e garantias individuais, entre estes, merecendo destaque, os direitos do investigado de não se autoincriminar, de silenciar, de ter assistência de advogado e ao contraditório. Ainda, a comissão só pode agir nos limites estritos dos poderes que lhe foram outorgados.⁹⁹

O STF reconhece que as CPIs devem ser dotadas dos meios instrumentais para tornar efetivos seus poderes. Na lição de SCARANÇE, baseada em precedentes do STF, esses poderes são amplos, mas não ilimitados, estando sujeitos a restrições constitucionais:

Seus poderes não são universais, mas limitados a fatos determinados, (...). Têm os poderes “imanentes ao natural exercício de suas atribuições, como o de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor”, também pode “requisitar documentos e buscar todos os meios de prova legalmente admitidos”. (...) Em caso de “resistência e recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicita a colaboração do aparelho entre os Poderes, que não lhe pode negar (Lei 1.579/52, art. 3º, parágrafo único) [atualmente, caput e § 1º]”. 4

Embora não seja este o tema deste artigo, vale lembrar que, a rigor, não há consenso sobre se a CPI precisaria da chancela judicial para promover a condução

99 SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2012, pp. 247 e 248.

coercitiva de pessoa devidamente intimada, que se negue, sem justo motivo, a comparecer perante a CPI para prestar depoimento. Nesse sentido, a lição de PAULO BROSSARD, seguida por GONÇALVES:

Ficamos, entretanto, com o ensinamento de PAULO BROSSARD, quando já ministro do Supremo Tribunal Federal no importante acórdão proferido no HC 71.039-5, RJ, julgado em 7.4.94. Disse ele: “Se nenhum cidadão pode eximir-se de depor perante a mais modesta autoridade policial, em inquérito regularmente instaurado, não se pode conceber possa alguém escusar-se a comparecer perante comissão designada pelo Poder Legislativo, como acentuado pelo saudoso Ministro RIBEIRO DA COSTA, RDA v. 47, p. 302...”, Ora, se há esse dever de cidadão, haverá o correspondente poder da Comissão de exigir diretamente e por seus próprios meios o cumprimento dele. A Comissão não há de andar esmolando ao Judiciário o socorro de um meirinho, para que possa desempenhar suas tarefas normais. Poderá recorrer a ele e a ele deverá recorrer quando necessário, ou seja, quando seus próprios meios de ação se revelarem suficientes...”; “O certo é que, no poder de investigar está ínsito o poder de compelir testemunhas ou funcionários, a prestar-lhe informações necessárias à investigação...”¹⁰⁰

4. A que fim se destinam procedimentos de investigação de CPIs

Conforme visto do § 3º do art. 58 da CF, a CPI se destina à apuração de “fato determinado”, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

O “fato determinado” pode ou não configurar ilícito penal, podendo ser um ilícito civil, administrativo ou mesmo um desvio que comprometa o interesse público. Por isso, a doutrina critica o uso da expressão “indiciado” pelo art. 3º da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, quando prevê que “indiciados e testemunhas”

100 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, *Comissões parlamentares de inquérito. Poderes de investigação*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 144, rodapé 135, referindo-se ao julgado publicado no DJU de 6.12.96.

serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal. Nesse sentido, SPROESSER:

Com efeito, essa referência tem cabimento se e quando se cuida de investigação ou instrução realizada no processo criminal; não, certamente, quando se trata do inquérito parlamentar, que não é instaurado com o propósito de se apurar **autoria** de ilícito criminal especificamente, mas para investigar **fato determinado**, que pode, ou não, configurar ilícito dessa natureza, como pode configurar, ao revés, ilícito civil, administrativo, ou até mesmo simples desvio de natureza política ou de natureza administrativa. No inquérito parlamentar não há propriamente, ou certamente, o que se denomina 'indiciados'; há, sim, testemunhas, depoentes, que prestam informações a respeito do fato determinado sob averiguação. Os indivíduos que testemunham ou depõem perante a CPI, ao depois, podem revelar-se de tal modo comprometidos com o fato determinado irregular, que, afinal, podem acabar sendo verdadeiramente indiciados. Isso, porém, se ocorrer, não ocorrerá dentro do processo de investigação parlamentar, mas, sim, logo adiante, no processo criminal que se instaurar em razão do que nela se houver apurado. (negritos originais)¹⁰¹

5. Oitiva de testemunhas em CPIs

As pessoas chamadas a depor numa CPI, por, supostamente, terem conhecimento sobre o “fato determinado” sob investigação (testemunhas em sentido amplo), têm um tríplice dever, tanto quanto uma testemunha chamada a depor perante um juiz: (a) o de comparecer, (b) o de responder às indagações que lhes forem feitas e (c) o de dizer a verdade.

Como regra, as testemunhas prestam compromisso de dizer a verdade, tanto em juízo (CPP, art. 203 e também CPC, art. 458), como em CPIs, na forma

101 SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado, 2008, p. 276.

do regimento da respectiva Casa Legislativa. No entanto, não é incomum que pessoas chamadas a depor perante CPIs recorram ao Judiciário, por meio de *habeas corpus* preventivo, para se assegurarem do direito ao silêncio, temerosas de serem tratadas como investigadas, não como testemunhas. Isso com base no princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Na prática, muitas vezes, acabam calando a verdade sobre o que lhes é perguntado, prejudicando as investigações.

Esse comportamento, quando extrapola o exercício regular do direito constitucional ao silêncio, pode caracterizar crime de falso testemunho, tipificado no art. 342 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pelas Leis Federais nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, e nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e, mais especificamente, no caso de CPI, no art. 4º, II, da Lei Federal nº 1.579, de 18 de março de 1952. *In verbis*:

Art. 4º. Constitui crime:

I – (...)

II – Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito:

Pena – A do art. 342 do Código Penal.” (Lei Federal nº 1.579, de 1952)

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (Código Penal)

Neste ponto, vale transcrever, mais uma vez, a lição de PAULO BROSSARD, lembrada por STROESSER:

Nessa matéria de recusa da testemunha a depor sobre certos fatos, entre nós, deve-se dar ouvidos a **Paulo Brossard**, ex-Ministro do STF, quando afirma que “*não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento*”, pois, como diz: “É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só a posteriori

pode ser apreciado caso a caso. ***A testemunha não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas.*** E conclui com esta lição de prudência: ***“O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho.”*** (negritos e itálicos originais)¹⁰²

Evidentemente, caberá ao Judiciário, quando provocado, e não à própria testemunha, julgar se o seu não comparecimento à audiência, ou a sua recusa em responder a perguntas, traduz exercício legítimo do direito ao silêncio ou abuso de direito, ou mesmo crime de falso testemunho. Nesse sentido, a orientação do STF, lembrada por PLÍNIO SALGADO:

O STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 32.678, pronunciou-se, pelo voto do Relator Ministro *Mário Guimarães*, no sentido de que, se as perguntas forem impertinentes, os indiciados ou testemunhas nem perante os magistrados são obrigados a elas responder, embora **certos devem estar de que não é o seu arbítrio o juiz dessa impertinência, cominando a lei pena para o silêncio, em face de perguntas legais.** No mesmo sentido, o lúcido voto do **Ministro Orozimbo Nonato**:

“(...) o princípio é que o acusado, o indiciado, não pode ser obrigado a fazer declarações contra a sua própria liberdade. A lei não atribui ao homem o dever heroico de sacrificar-se para dizer a verdade. Já a testemunha não. Esta deve dizer a verdade, toda a verdade, e só a verdade, como declaram enfaticamente certos Códigos, sublinhando energicamente o dever de esclarecer a autoridade sobre os fatos aludidos.

Entretanto, se a testemunha não quiser dizer a verdade não o dirá. Responderá pelas

102 PAULO BROSSARD. “As Comissões Parlamentares de Inquérito como Instrumento de Apuração da Corrupção”, in “O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política”, p. 265, citado por STROESSER, ob. cit., p. 279.

consequências de seu ato. Será processada e neste processo poderá mostrar como defesa a impertinência das perguntas e o dever de calar quanto aos fatos sobre que foi indagada.” (negritos acrescentados) ¹⁰³

Vê-se, pois, que o Judiciário deve ter prudência na análise dos casos concretos, quando instado a conceder *habeas corpus* preventivo com o escopo de eximir o impetrante de comparecer ou prestar depoimento perante CPI, sob pena de permitir, indiscriminadamente, que se cale a verdade, modalidade de falso testemunho.

6. A condução coercitiva para fins de depoimento em CPI

Como visto, os poderes de investigação das CPIs são “próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (CF, art. 58, § 3º). A esses poderes se aplicam os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, entre os quais os derivados da garantia constitucional da não autoincriminação.

No caso do Município de São Paulo, o Regimento Interno da Câmara Municipal, aprovado pela Resolução nº 2, de 26 de abril de 1991, trata do assunto no seu art. 92:

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

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

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

III - **requerer a intimação judicial ao juízo competente, quando do não comparecimento do intimado pela Comissão, por duas convocações consecutivas.** (negritos acrescentados)

103 Revista Forense, nº 151, pp. 380 e 389, 1954, citada por PLÍNIO SALGADO, ob. cit., pp. 122 e 123.

Ou seja, diante da recalcitrância da testemunha intimada a comparecer, por duas convocações consecutivas, o Legislativo do Município de São Paulo se socorre do Poder Judiciário para obrigá-la a comparecer, na forma da legislação processual penal em vigor. Embora o Regimento não se refira à ausência de justificativa para o não comparecimento, é certo que só se cogita da condução coercitiva na ausência de motivo justificado para o não atendimento das convocações ou intimações anteriores. Conforme ensina a doutrina, “Não se justifica a condução coercitiva se houver justa causa para o não comparecimento, como ocorre nas hipóteses de enfermidade, acidente etc.”¹⁰⁴.

Nesse sentido, o art. 218 do CPP:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha **deixar de comparecer sem motivo justificado**, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública. (negritos acrescentados)

O STF, quando do recente julgamento das referidas ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF, **não** se debruçou sobre a condução coercitiva de outras pessoas, diversas dos investigados ou réus, tais como testemunhas, tampouco a hipótese de investigados ou réus chamados para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento.

A testemunha, diferentemente de um investigado ou acusado, só por exceção se exime da obrigação de depor e de colaborar com a apuração da verdade. Embora tenha igual direito à não autoincriminação e de manter-se calada diante de indagações que lhe possam gerar responsabilidades, **a testemunha ocupa posição jurídica diversa do réu no processo ou do indiciado no inquérito.** Esse dever consta expressamente do art. 206 do CPP:

Art. 206. **A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor.** Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for

104 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 296.

possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Isso porque, a prova testemunhal, assim como o reconhecimento de pessoa ou coisa, tem traço personalíssimo. Em outras palavras, só quem viu com seus próprios olhos, ouviu com seus próprios ouvidos, algo relacionado ao fato investigado, sem ter participação direta no próprio fato, é quem pode ocupar o lugar de testemunha. A credibilidade de seu depoimento será tanto maior quanto mais distante estiver do círculo de relações das pessoas diretamente envolvidas no fato sob investigação. Tanto é assim, que o CPP exime da obrigação de depor como testemunha o cônjuge e parentes próximos, “salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (CPP, art. 206, *in fine*).

Se, por um lado, só por exceção as testemunhas podem se eximir do dever de depor, outras pessoas são proibidas de depor, por terem dever de guardar segredo, em razão de função, ministério, ofício ou profissão (art. 207 do CPP). Tais pessoas só poderão depor se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. Caso clássico do advogado em relação às informações sigilosas de seu cliente.

Uma vez identificada a posição jurídica diversa da testemunha relativamente ao réu ou investigado, é de se analisar se os fundamentos que prevaleceram no julgamento das ADPFs nº 395/DF e nº 444/DF se aplicariam, ou não, a testemunhas chamadas a depor perante CPIs.

Nas palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes, “A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que possa normalmente ser aplicado a pessoas inocentes”. Entendemos que esse argumento se restringe à figura do investigado ou réu, sendo inaplicável a testemunhas, já que estas não são, em princípio, suspeitas nem acusadas de qualquer conduta ilícita. Portanto, ser chamado para depor como testemunha não é ato que fira o princípio da não culpabilidade. Por outro lado, estando comprovada a negativa da testemunha, previamente intimada a comparecer ao ato de instrução, sem qualquer justificativa válida ou plausível de sua parte, é legítimo o emprego da força para conduzi-la coercitivamente, haja vista o dever legal da testemunha de colaborar com a apuração da verdade. Ademais, os dispositivos legais que autorizam a condução coercitiva, tanto no processo penal (art. 218 do CPP), quanto no processo civil (art. 455, § 5º, do CPC), permanecem em vigor, não tendo havido questionamento de sua constitucionalidade, ao menos no âmbito das ADPFs examinadas.

Tampouco haveria violação à dignidade da pessoa humana na condução coercitiva de testemunha faltosa, desde que, evidentemente, levada a efeito com

respeito aos seus direitos fundamentais, sem “espetacularização” ou exposição indevida do conduzido. Presente a finalidade instrutória genuína, a testemunha é obrigada, por lei, a declarar o que sabe sobre o fato investigado.

Por outro lado, a restrição imposta à liberdade de locomoção da testemunha submetida a condução coercitiva para prestar depoimento perante CPI, desde que ordenada por autoridade competente, com observância do devido processo legal, constitui restrição necessária e proporcional, adequada ao sistema processual em vigor. A testemunha que se nega a comparecer, sem justo motivo, comete crime de desobediência. Por sua vez, pratica crime de falso testemunho a testemunha presente que cala a verdade, invocando direito ao silêncio apenas para embarçar as investigações, acobertar terceiros (fora dos casos previstos nos arts. 206 e 207 do CPP) ou para qualquer outra finalidade ilícita ou simplesmente contrária ao interesse público na apuração da verdade dos fatos.

Na presença de indícios de crime, caberá à CPI provocar a atuação das autoridades competentes para processar a testemunha faltosa e julgar as razões do seu não comparecimento ou do seu silêncio.

Difícil concluir, porém, do julgamento das referidas ADPFs, cuja publicação do acórdão ainda é aguardada, se o STF, na linha do entendimento do Ministro Roberto Barroso (voto vencido), tenderá, ou não, a limitar o poder de condução coercitiva às autoridades judiciais. Entendida a condução coercitiva como uma modalidade, ainda que “relâmpago” ou de curta duração, da liberdade de ir e vir, só uma autoridade judicial teria poder, ao menos em tese, para ordená-la, presentes os seus pressupostos legais. Porém, como visto acima, não há consenso acerca desse tema, pois, sem tal poder, as CPIs, além de outras autoridades, ficariam enfraquecidas para o exercício de suas funções, como observa GONÇALVES: “É claro que processar e punir são atividades confiadas ao Poder Judiciário, e assim tem que ser. Assegurar a realização da prova testemunhal, todavia, está ao alcance do Parlamento.”¹⁰⁵

7. Conclusões

Em síntese, os parlamentares membros de CPIs, assim como o Judiciário e demais autoridades incumbidas da investigação de fatos em processos e procedimentos, devem ter prudência na análise dos casos concretos, em que testemunhas invoquem direito ao silêncio para não comparecerem a atos de instrução ou não serem obrigadas a responder a certas perguntas, sob pena de se permitir, indiscriminadamente, que se cale a verdade, modalidade de falso testemunho.

105 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, ob. cit., p. 145.

A testemunha, diferentemente de um investigado ou acusado, só por exceção se exime da obrigação de depor e de colaborar com a apuração da verdade. Em princípio, ela sequer sabe que perguntas lhe serão dirigidas, tampouco a importância de sua colaboração no contexto probatório. Embora tenha igual direito à não autoincriminação e de manter-se calada diante de indagações que lhe possam gerar responsabilidades, a testemunha ocupa posição jurídica diversa do réu no processo ou do indiciado no inquérito.

Em CPIs, não há indiciados ou acusados. As pessoas chamadas a depor como testemunhas têm o dever legal de colaborar com as investigações, dado o interesse público que move esse procedimento e justifica a própria existência da CPI.

Com vistas a garantir que as CPIs exerçam suas finalidades institucionais e poderes que lhe foram outorgados diretamente pela CF, será preciso, a cada caso concreto, perquirir sobre a relevância da prova testemunhal pretendida para a apuração do “fato determinado” sob investigação, sem descurar do respeito aos direitos fundamentais da pessoa chamada a depor e do exame criterioso das eventuais razões da testemunha para não comparecer ou não colaborar com a apuração da verdade. Diante de indícios de abuso de direito ou menosprezo à autoridade e aos poderes de investigação da CPI, esta poderá sempre recorrer às autoridades competentes para apuração de eventual crime de desobediência ou de falso testemunho.

Referências:

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito. Poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª edição - São Paulo: Atlas, 2007.

SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 7ª edição - São Paulo: RT, 2012.

SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2008.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias como instrumento de Controle Social das Organizações Sociais

Douglas Levi Silva Orta¹⁰⁶

Resumo

Passados 20 anos da introdução da figura das Organizações Sociais no cenário jurídico brasileiro, há um consenso quanto à necessidade de aprimorar a transparência e o controle dos contratos de gestão mantidos com essas organizações. No Estado de São Paulo a Assembleia Legislativa instaurou em 2018 uma CPI para investigar organizações sociais da área de saúde. O presente estudo baseia-se na análise das notas taquigráficas desta CPI, cujos debates resultaram em uma minuta de projeto de lei que em muitos aspectos pretende aplicar às organizações sociais o arcabouço jurídico aplicável às entidades da Administração Pública Indireta, visando aprimorar os mecanismos de controle. O presente trabalho sugere que a Lei de Diretrizes Orçamentárias pode ser um instrumento mais promissor para o aperfeiçoamento desejado.

Palavras-chave: Organizações Sociais, Saúde, Controle Social; Transparência; Comissão Parlamentar de Inquérito.

1. Introdução

A Lei federal nº 9.637/98 introduziu no cenário jurídico brasileiro a figura das Organizações Sociais – abreviadamente OS. A qualificação como OS permite que entidades de direito privado assumam, com apoio do Estado, a realização de atividades de interesse público ou mesmo estatais, mediante os chamados contratos de gestão, em áreas de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, ensino, cultura e , notadamente, saúde.

A criação das OSs está diretamente relacionada, conforme exposição de motivos da Medida Provisória nº 1591/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.637/98, a “*necessidade de revitalização da gestão na prestação de serviços de interesse social*”.

Porém, dada a novidade do instituto, com implicações no regime jurídico da

106 Estudante do curso de Direito na Universidade Paulista e estagiário da Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo.

Administração Pública brasileira, o Marco Legal das Organizações Sociais teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Apenas em 2015 – passados mais de 15 anos da edição da lei das OSs – houve a decisão do STF assentando a constitucionalidade da Lei nº 9637/98¹⁰⁷. Entrementes, diversos estados e municípios da federação haviam editado leis próprias, admitindo a qualificação das OSs para áreas de atuação de interesse regional ou local.

O STF, ao reconhecer a constitucionalidade da Lei federal nº 9.637/98, conferiu-lhe interpretação conforme a Constituição, ressaltando os seguintes aspectos:

- I. O procedimento de qualificação deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que dispõe o art. 20 da Lei nº 9.637/98;
- II. A celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- III. As hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- IV. Os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- V. A seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- VI. Fica afastada qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação das verbas públicas.

Verifica-se, pois, que a interpretação conforme a Constituição preconizada pelo STF promove a sujeição das OSs aos princípios que regem a Administração Pública, uma vez que tais entidades, ao celebrarem contratos de gestão, prestam serviços públicos

107 ADI 1923 / DF - DISTRITO FEDERAL . Relator (a): Min. AYRES BRITTO. Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 16/04/2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

com recursos, equipamentos e eventualmente pessoal integrante do corpo de funcionalismo público. Todavia, tais entidades são em regra de origem genuinamente privada. Dada a novidade do modelo, muitas questões teóricas e outras surgidas de sua aplicação prática, ainda não estão sedimentadas.

No presente estudo iremos apresentar algumas das questões suscitadas no Estado de São Paulo no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado em 2018 para investigar os contratos de gestão mantidos com organizações sociais da área de saúde.

2. As Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo e a CPI das OSs

No âmbito do Estado de São Paulo, a qualificação de Organização Social foi disciplinada pela Lei Complementar nº 846/98. O projeto de lei que a originou aludia tão somente à área de saúde, mas durante sua tramitação outras áreas foram contempladas¹⁰⁸.

Em 2018, vinte anos após a promulgação do marco legal das OSs no estado, diversas denúncias de irregularidades envolvendo tais organizações – especificamente na área de saúde – motivaram a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo a instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigá-las. Durante a condução dos trabalhos da CPI, vários aspectos polêmicos foram objeto de debate, resultando até mesmo em um projeto de lei complementar para aperfeiçoar o modelo estadual.

A pesquisa junto às notas taquigráficas das audiências, reuniões e trabalhos da referida CPI permitiu verificar a tendência, em muito dos debatedores, a compreender a figura das OSs como uma entidade “quase” governamental, ou, tipicamente, um ente da administração pública indireta.

Disso são exemplo propostas como a imposição de limite para remuneração de dirigentes e empregados das OS idênticos ao teto de remuneração no funcionalismo público, ou a consideração de que o valor repassado para despesas de pessoal nas OS estaria sujeito aos limites de despesa de pessoal nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

108² SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo – Notas taquigráficas da 18ª Reunião da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída pelo Ato 17, de 2018, com a finalidade de apurar denúncias de irregularidades nos contratos celebrados com as organizações sociais da Saúde pelas prefeituras e pelo Governo do Estado de São Paulo. p 47, jun, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idLegislatura=18&idComissao=1000000225> Acesso em: 14 set 2018

A esse respeito, cabe mencionar que, a pedido da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União enfrentou essa questão¹⁰⁹ e consignou que o art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) exige apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal.

O acórdão bem apontou que, embora, na prática, se observe em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização o fosse.

Propostas da espécie são mais um indicador da tendência a considerar as Oss como uma espécie de autarquia, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.

Nessa esteira, também se cogitou da instituição de *quarentena* para funcionários públicos ocuparem funções em OSs. Esta linha de argumentação, a nosso ver, mostra-se improfícua, pois pretende aplicar, sem restrições, normas de direito público a uma instituição de direito privado, que tão somente exerce atividades públicas ou de interesse público, não exclusivamente estatais. Na verdade, essa linha praticamente esvazia a razão de ser do modelo, que, como apontado anteriormente, visava a uma modernização na gestão dessas atividades.

Ainda como indicador dessa tendência houve a proposta de inserir no futuro projeto de lei diversas normas de contratualização. Assim, a lei das OSs teria um regramento mais prolixo. A nosso ver, isso inevitavelmente tiraria flexibilidade do gestor público na ocasião da contratação, dificultando a adaptação do modelo de contrato a cada caso. Trata-se de um exemplo de *hiperlegiferação* – fenômeno já qualificado como “*overdose legislativa*”. Temos para nós que essa tendência corresponde a uma técnica legislativa deficiente que, a pretexto de promover a moralidade, induz, na verdade, a uma perda de eficiência.¹¹⁰

Outras propostas surgidas ao longo dos debates chamaram a atenção para a necessidade de ampliar o controle dessas organizações e avançar na transparência. Essa nos parece uma linha necessária e promissora, e de fato se constata haver

109 . Processo nº TC 023.410/2016-7. 2. Grupo II – Classe de Assunto: II - Solicitação do Congresso Nacional 3. Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS) 4. Órgão/Entidade: não há. 5. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgamento em: 21/09/2016

110 Luís Filipe Colaço Antunes, in Provedor de Justiça, ilustração e crise da legalidade especial.

muito a ser aprimorado no que tange à fiscalização e controle externo e social dessas organizações. É o ponto que passamos a enfrentar.

3. Fiscalização e Controle das OSs: aprimoramento do controle externo e social

No âmbito dos trabalhos da CPI que investigou as OSs no Estado de São Paulo houve a aprovação de um requerimento para a realização de um seminário para o qual se convidaram especialistas, a fim de debater sobre a minuta de projeto de lei que se cogitava apresentar como uma contribuição da CPI ao aperfeiçoamento do modelo estadual das OSs¹¹¹.

A demanda pelo aperfeiçoamento do controle das OSs resultou, entre outras, na proposta de que a prestação de contas dessas entidades incluiria audiências públicas a serem realizadas na Assembleia Legislativa do Estado, nas Comissões Permanentes, quadrimestralmente, sempre até a primeira quinzena dos meses de março, junho e outubro.

Tal iniciativa parece ser um avanço em direção à transparência e ao fortalecimento do Controle Externo, porém claramente insuficiente para o efetivo controle social.

O controle social pode ser entendido como a fiscalização exercida pela sociedade sobre os atos do Poder Público. Ross (1959, apud Queiroz et al., 2014, p. 7) define o Controle Social como *a integração da sociedade com a administração pública com a finalidade de solucionar problemas e as deficiências sociais com mais eficiência e empenho*¹¹².

Tal controle está intimamente ligado à necessidade de transparência. A transparência, no ordenamento jurídico pátrio, é consagrada no rol dos direitos e garantias fundamentais. No âmbito do Estado de São Paulo, é consignada como direito básico do usuário do serviço público¹¹³.

Segundo Maria Nazaré Lins Barbosa¹¹⁴, o avanço no controle social das OSs poderia ser alcançado, de modo mais promissor, por meio de efetiva transparência orçamentária

111 No referido seminário, diversos especialistas afirmaram a conveniência de aperfeiçoamento do controle externo e social, porém com críticas a alguma das medidas propostas em tal sentido. Uma delas – duramente criticada – dizia respeito a possível criação de uma agência estadual reguladora das OSs. Tendo em vista que a própria Assembleia Legislativa, o Tribunal de Contas do Estado e o Ministério Público já exercem controle externo, pareceu aos debatedores presentes uma medida dispendiosa e desnecessária.

112 In Planejamento estratégico em instituição pública: estudo aplicado na área técnica de controle externo do tribunal de contas do estado do ceará

113 Inciso I do art. 3º da Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999

114 Apontamentos referentes ao Seminário do Instituto Legislativo Paulista-ILP no dia 6.09.2018 realizado no bojo dos trabalhos da CPI. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=O8rpP_bh-oA. Acesso em: 26 set 2018.

nos repasses efetuados pelo Poder Público às OSs em seus respectivos contratos de gestão. Neste sentido, a especialista registrou a medida tomada no bojo da Lei de Diretrizes Orçamentárias do Município de São Paulo, Lei nº 16.693, de 31 de Julho de 2017. Nesta, por meio de iniciativa parlamentar, introduziu-se a exigência de o Poder Executivo criar códigos de itens ou subitem de despesa no Sistema de Execução Orçamentária referentes aos repasses para as OSs, conforme seu art. 23, *in verbis*:

Para fins de controle dos convênios, contratos de gestão e termos de parceria com as Organizações Sociais – OSs, Organizações da Sociedade Civil de Interesse público – OSCIPs e demais associações civis e organizações assemelhadas, o Poder Executivo criará códigos de itens de despesa ou subitens de despesa no Sistema de Execução Orçamentária referentes aos repasses para as entidades, indicando a destinação dos recursos na seguinte conformidade:

- I-Aluguel de imóveis, edificados ou não*
- II-Obras e reformas em imóvel da Organização Social*
- III-Obras e reformas em imóvel de terceiros*
- IV-Obras e reformas em imóvel da Prefeitura*
- V-Material permanente*
- VI-Material de consumo*
- VII-Remuneração de pessoal*
- VIII-Outras despesas*

Ou seja: em tal sistemática, a classificação da despesa orçamentária – contendo os códigos e descrição do item de despesa – permitirá relatórios padronizados relativos a empenhos de repasses financeiros para as OSs, constando na base de dados do sistema de orçamento e finanças.

No ano de 2018, o projeto de LDO vindo do Poder Executivo municipal já incorporou esta exigência, que, como apontado, no ano anterior fora introduzida por emenda parlamentar. Por outro lado, a Secretaria Municipal das Finanças incorporou esse maior detalhamento, e aos poucos podem ser criados itens de despesa mais específicos, como por exemplo, subitem que registre o valor das despesas com energia elétrica, água, despesas de transporte, etc.

Nota-se, no entanto, que, ao se analisar a execução orçamentária no município de

São Paulo em 2018, percebe-se que o maior volume de recursos repassados às OSs consta no subitem de despesa *outras despesas não relacionada nos subitens anteriores*, correspondente a cerca de 820 milhões de reais. Tal subitem que seria presumivelmente “residual” é, na verdade, o mais significativo, o que indica a necessidade de criação de mais subitens. De todo modo, tal informação é em si mesma relevante e acessível para os órgãos de controle, que contam com especialistas em orçamento e economia para analisá-los.

Avançando nesta linha, podemos supor que se os dados fossem agregados em uma base de dados na internet, até o nível de CNPJ – com a classificação funcional programática dos itens e subitens de despesas aos quais correspondem os valores repassados às organizações sociais - teríamos muito mais transparência. E isso sem custos. Seria utilizada uma estrutura que já existe, haveria um detalhamento com uma codificação padronizada, e tal informação já indicaria o quanto efetivamente está sendo repassado para certa organização social e com qual destinação específica. Em contraste observa-se que a LDO vigente no Estado de São Paulo¹¹⁵, dispõe em seus art. 32 e 33 que o Poder Executivo publicará relatórios quadrimestrais pertinentes à execução dos contratos de gestão, e ainda que cada organização social manterá em sua página esses relatórios. Porém esses dados não são agregáveis facilmente – seria preciso entrar em cada página de cada OS, pois cada uma os divulga em seu site – e sem um formato de base de dados que permita uma análise mais eficiente dos órgãos de controle.

Medidas como a registrada no município de São Paulo dessa natureza – como a criação de uma rubrica específica no orçamento estadual para os contratos com essas entidades - representaria, a nosso ver, significativo avanço na transparência. Não se trata somente da disponibilização dos dados, mas também da facilitação de seu acesso, o que pode ocorrer pela centralização das informações e sua padronização, e em formato aberto.

Conclusão

Não nos parece adequado aplicar às Organizações Sociais, sem restrição, o regime de direito público aplicável às entidades da Administração Indireta. Tampouco parece salutar o excessivo regramento contratual em nível de lei, posto que tenderá a engessar e dificultar a eficiência, um dos motivos pelos quais foi justificada a própria

¹¹⁵ Lei 16.511/2017

criação das Organizações Sociais. O necessário aperfeiçoamento do controle pode ser alcançado com o avanço na transparência orçamentária, de que é exemplo a LDO do Município de São Paulo, mediante inserção de exigência de itens e subitens de despesa específicos para repasses financeiros às OSs.

Referências

BRASIL. Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997 - exposição de motivos. Diário do Congresso Nacional - Sessão Conjunta -12/11/1997, p. 16365 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1997/medidaprovisoria-1591-9-outubro-1997-376705-exposicaodemotivos-146337-pe.html>. Acesso em: 15 set. 2018

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 9.637, de 15 de Maio de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 Mai. 1998. Seção 1, p. 8. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm . Acesso em: 15 set. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.923. Julgamento: 16 abr. 2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>. Acesso em: 16 set. 2018

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar Estadual nº 846, de 4 de junho. 1998. Diário Oficial do Estado de São Paulo, SP, 5 de jun. de 1998, p.1 Republicação. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/6680>. Acesso em: 16 set. 2018

ANTUNES, Luís F. Colaço. O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição Ed: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação. ISBN: 972-8879-02-4. Disponível em: http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf. Acesso em: 18 set. 2018

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa de São Paulo – Notas taquigráficas Reuniões da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída pelo Ato 17, de 2018, com a finalidade de apurar denúncias de irregularidades nos contratos celebrados com as organizações sociais da Saúde pelas prefeituras e pelo Governo do Estado

de São Paulo. p 47, jun, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idLegislatura=18&idComissao=100000225>. Acesso em: 25/09/2018

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 023.410/2016-7. Grupo II – Classe de Assunto: II - Solicitação do Congresso Nacional. Interessada: Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS) 4. Órgão/Entidade: não há. 5. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgamento em: 21 de set. 2016. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-16358/DTRELEVANCIA%2520desc%2520COLEGIADO%2520asc%2520ANOACORDAO%2520desc%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1. Acesso em: 19 set. 2018

SÃO PAULO (Estado). Lei Estadual nº 16.511, de 27 de junho de 2017. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 5 de jun de 2017, p. 1. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=182586>. Acesso em: 20 set 2018

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de Maio de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília , DF, 5 Mai 2000. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 20 set. 2018

Seminário “Organizações Sociais da Saúde” - realizado pelo Instituto Legislativo Paulista - ILP e pela CPI - Organizações Sociais da Saúde - OS's para discutir propostas de alterações na Lei Complementar nº 846/1998 a serem apresentadas pela CPI. São Paulo. 06 de Setembro de 2018, Auditório Franco Montoro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=O8rpP_bh-oA>. Acesso em: 14/09/2018

SÃO PAULO. Lei Municipal nº 16.693, de 31 de Julho de 2017. Diário Oficial da Cidade 01/08/2017 p. 1, 3-16 c. todas. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16693-de-31-de-julho-de-2017>>. Acesso em:20 set. 2018

SÃO PAULO. Lei Municipal Nº 16.961, de 20 de Julho de 2018. Diário Oficial da Cidade 21/07/2018 p. 1, 3-27 c. todas. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16961-de-20-de-julho-de-2018>. Acesso em: 20 set. 2018

QUEIROZ, Teresa R. R. et al. REVISTA EXPRESSÃO CATÓLICA. planejamento estratégico em instituição pública:estudo aplicado na área técnica de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://ptdocz.com/doc/547011/pdf---revista-express%C3%A3o-cat%C3%B3lica>>. Acesso em 20 set. 2018

REFLEXOS DO DECRETO FEDERAL Nº 9.412, DE 18/06/2018, NAS LICITAÇÕES DE MUNICÍPIOS, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

*Maria Helena Pessoa Pimentel*¹¹⁶

Resumo: Com a recente edição do Decreto Federal nº 9.412, de 18/06/2018, os valores estabelecidos no artigo 23 da Lei Federal de Licitações nº 8.666/93, referente à definição das modalidades de licitação, foram atualizados. O presente artigo pretende estudar se o referido Decreto aplica-se automaticamente a Estados, Municípios e Distrito Federal, ou esses entes deverão adotá-lo por instrumentos normativos próprios, ou ainda se poderão criar novos limites licitatórios.

Palavras-chave: Licitação, limites, modalidades.

A Lei de Licitações nº 8.666/93 é uma **norma geral** decorrente da **competência privativa da União**, prevista no **artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal**, aplicável a todos os entes da federação. Contudo, em seu bojo há dispositivos aplicáveis tão somente à esfera federal, cabendo ao intérprete, diante do caso concreto, identificar seu destinatário.

Uma destas hipóteses é o artigo 120 da referida Lei Federal nº 8.666/93, que serviu de sustentação ao Decreto Federal nº 9.412 ora em análise:

*“Art. 120 Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período”*¹¹⁷.

Diante da dúvida a respeito do alcance da disposição legal acima transcrita, vale dizer, se se trata de norma geral e, portanto, de observância obrigatória por todos os entes da federação, ou de norma específica, destinada somente à União, o Município de Campos de Júlio, localizado no Mato Grosso, efetuou uma consulta junto ao

¹¹⁶ A autora é Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo, tendo ingressado na carreira em 1996, mediante concurso público. Graduada pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹¹⁷ Redação conferida pela Lei Federal nº 9.648/98

Tribunal de Contas daquele Estado sobre a possibilidade de atualizar, por meio de lei local, os valores do artigo 23 da Lei nº 8.666/93 com base no referido artigo 120.

A mencionada Corte de Contas Estadual ao responder ao Município consulente, proferiu o seguinte entendimento¹¹⁸:

*“Ementa: PREFEITURA DE CAMPOS DE JÚLIO. CONSULTA. Licitações. Normas Gerais. Competência privativa da União. Normas específicas. Competência suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fixação do Valor Limite das Modalidades Licitatórias. **Artigo 23 da Lei nº 8.666/1993. Norma específica da União federal. Possibilidade Constitucional dos demais entes da federação de fixar valores distintos para fixação das modalidades licitatórias, mediante lei.** Necessidade de respeito à regra constitucional de submissão das aquisições, concessões e alienações mediante licitação. Possibilidade dos demais entes federados de atualizar referidos valores com base no indexador e periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/93. a) A competência constitucional para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas é privativa da União, cabendo aos demais entes da federação a possibilidade de legislarem acerca da matéria apenas de forma suplementar, por meio de normas específicas. b) A competência legislativa suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios consiste na possibilidade de regulamentar as normas gerais expedidas pela União por meio da Lei nº 8.666/93, a fim de adequá-las às peculiaridades regionais e locais, e somente naquilo que não foi definido ou delimitado pelas normas gerais insculpidas na Lei de Licitações. c) O artigo 22 da Lei de Licitações que estabelece as modalidades licitatórias é norma geral, editada pela União, sendo legalmente vedada a criação de novas modalidades pelos demais entes federados. d) **O artigo 23 da Lei de Licitações é norma específica, editada pela União***

118 Processo nº 12.174-6/2014 – Resolução de Consulta nº 17/2014 – TP – Conselheiro Relator Antonio Joaquim – sessão de julgamento 09/09/2014 – Tribunal Pleno

com vistas a fixar os valores a que tão somente seus órgãos e entidades se sujeitam para escolha das modalidades licitatórias, sendo juridicamente possível a outros entes da federação, a exemplo dos Municípios, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93. e) A Lei nº 8.666/1993 revogou integralmente o Decreto-lei nº 2.300/1986, em especial seu artigo 85, caput, e parágrafo único, extinguindo a vedação a que os demais entes da federação alterassem os limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias, vedação esta não reproduzida pela Lei nº 8.666/1993. f) A eventual disciplina estadual concorrente supletiva, e a suplementar municipal, em matéria de fixação do valor das modalidades licitatórias nacionais deverá ser feita por lei em sentido formal. g) O valor a ser fixado pelos demais entes, a título de limite máximo para fixação das modalidades licitatórias do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, à luz da regra constitucional da licitação e do princípio da razoabilidade, jamais poderá servir de burla à regra constitucional de submissão das aquisições e alienações ao próprio processo licitatório. h) **O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste.** i) **Os Chefes do Poder Executivo poderão atualizar monetariamente os valores fixados pela Lei nº 8.666/1993, tão somente com base no indexador e na periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993”.**

Pois bem, a partir desse entendimento, alguns Municípios do Estado do Mato Grosso editaram leis atualizando os valores de suas licitações.

Todavia, o Procurador Geral daquele Estado ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra todas essas leis, alegando usurpação da competência

constitucional privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações¹¹⁹. O Tribunal de Justiça do referido Estado reuniu todas as ações por conexão e proferiu um único julgamento¹²⁰ considerando inexistente o vício de inconstitucionalidade dessas leis municipais:

“2) A norma que estabelece os tetos de faixas licitatórias para cada modalidade de licitação, prevista no art. 23 da Lei nº 8.666/93, é norma geral, uma vez que a matéria exige uma uniformização nacional. De outro lado, não há confundir esta norma geral com a norma que atualiza monetariamente os valores historicamente previstos como tetos de faixas licitatórias... 4) O art. 120 da Lei 8.666/93, na parte que estipula periodicidade e índice de revisão dos valores monetários, é norma que deriva da competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário (art. 22, inc. VI, da CF/88). Todavia, na parte que estipula a competência para o reajuste ao Poder Executivo Federal, a fim de respeitar as autonomias dos demais entes federativos consagradas no art. 18 da CF/88, reconhece-se sua incidência apenas para as licitações e contratos administrativos a serem firmados pela Administração Pública Federal. 5) Ness lógica, havendo lei estadual, distrital ou municipal, autorizando o respectivo Chefe do Executivo a promover a revisão anual pelo IGPM dos valores fixados na Lei 8.666/93 – para licitações e contratos administrativos de cada ente federativo distintamente estar-se-ia dando cumprimento ao artigo 18 da CF/88. 6) Caso concreto em que, ao invés de editarem lei autorizando os respectivos Prefeitos a revisarem, anualmente, pelo IGPM, os valores fixados na Lei 8.666/93 – para as licitações a serem realizadas no âmbito territorial de cada Município -, levaram a própria matéria de revisão à competência da Câmara de Vereadores, promovendo a revisão monetária por lei. 7) Vício de inconstitucionalidade que não se verifica, uma vez que as normas municipais impugnadas afirmam o conteúdo jurídico do princípio federalista, em especial, do princípio da autonomia

119 Artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal.

120 ADI 1328403520168110000-132840-2016 – Julgamento em 23/03/2017

das coletividades autônomas, que integram o conceito de Federação, estejam ou não expressos na Constituição”.

Ao cotejar o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado com o do Tribunal de Justiça, conclui-se, preliminarmente, que há uma discordância quanto à natureza jurídica do artigo 23 da Lei Federal de Licitações. Segundo o TCE/MT, trata-se de norma específica para os órgãos e entidades da União, de tal modo que os outros entes da federação podem fixar seus próprios limites licitatórios, ao passo que para o TJ/MT, os valores estabelecidos naquele artigo são de observância obrigatória para União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Esse antagonismo revela que mesmo após duas décadas da vigência da Lei Federal de Licitações, não há consenso sobre quais normas são gerais e quais são específicas para a esfera federal.

E talvez esta controvérsia seja a razão da inércia dos entes da federação em utilizarem o mecanismo de atualização dos limites licitatórios previsto no artigo 120 da citada Lei nº 8.666/93, pois somente em 13/04/2017, o Estado do Mato Grosso, editou a Lei nº 10.534, para corrigir monetariamente, no âmbito estadual, os valores previstos no artigo 23 da Lei nº 8.666/93, pelo Índice Geral de Preços de Mercado, a partir de junho de 1998 até março de 2016, e autorizar os municípios mato-grossenses a editarem suas próprias leis para o mesmo fim.

Nem na esfera federal havia sido utilizada a sistemática estabelecida pelo mencionado artigo 120, mesmo após o Ministério da Transparência e a Controladoria Geral da União concluírem que para garantir maior eficiência aos processos licitatórios dos órgãos federais, os limites previstos originalmente na Lei de Licitações precisariam ser atualizados¹²¹.

Pois bem, o recente Decreto Federal nº 9.412 que atualizou monetariamente os tetos que estabelecem as modalidades de licitação reascendeu a dúvida acerca do que é norma geral e do que é norma específica na Lei nº 8.666/93.

É inquestionável que após a “*vacatio legis*”, os órgãos federais deverão observar os novos parâmetros ao realizarem seus certames.

Mas e quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que até então pautavam as modalidades de suas licitações no artigo 23 da Lei nº 8.666/93, a aplicação do Decreto Federal nº 9.412 é imediata?

Entendo que não. Conforme asseverado anteriormente, por força de mandamento constitucional, a Lei nº 8.666/93 é norma geral e deve ser observada pelos Estados,

121 Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC

pelo Distrito Federal e pelos Municípios, ainda que contenha dispositivos de aplicação exclusiva à União.

De outro lado, o Decreto Federal nº 9.412 é ato normativo do Presidente da República, editado no uso da atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 84, caput, inciso IV da Constituição Federal, logo, em respeito ao princípio federativo e da autonomia das entidades federadas sua aplicação está circunscrita à Administração Pública Federal. Entendo, por fim, que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal poderão adotar os novos valores veiculados pelo Decreto Federal nº 9.412/2018 desde que o façam por ato normativo próprio, no âmbito de suas competências.

As licitações sustentáveis e a competência legislativa municipal

*Cíntia Laís Corrêa Brosso*¹²²

*Michel Allan Mofsovich*¹²³

Resumo: O presente trabalho visa analisar, por meio de abordagem doutrinária e jurisprudencial, a introdução do princípio do desenvolvimento nacional sustentável no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. Para tanto, será objeto de estudo a relação entre os princípios basilares da Administração Pública e os princípios do Direito Ambiental, a fim de possibilitar um aprofundamento em torno da evolução do conceito de “proposta mais vantajosa para a administração”, com destaque para a preservação do meio ambiente igualmente como questão de interesse público primário, bem como para o papel do Estado como indutor de condutas sustentáveis dos particulares. Finalmente, será apresentada a problemática da competência legislativa municipal para dispor sobre aspectos relativos à realização de licitações sustentáveis, com o necessário enfoque na caracterização das normas específicas em matéria de licitação, por meio da análise da doutrina administrativista e dos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal. Com base nisso, será realizado um breve estudo sobre o regramento municipal, e mais especificamente, no âmbito da Câmara Municipal de São Paulo sobre as licitações sustentáveis.

Palavras-chave: Licitação. Princípios administrativos. Interesse público primário. Desenvolvimento sustentável. Competência legislativa municipal.

1. Introdução

A licitação é um procedimento administrativo prévio à celebração de um contrato administrativo, que visa à escolha da melhor proposta para a Administração Pública. Sua necessidade advém do fato de que o Estado, para executar suas ativi-

122 Procuradora Legislativa da Câmara Municipal de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito.

123 Defensor Público do Estado de São Paulo, Ex-Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo. Especialista em Direito Público pela UNIASSELVI.

dades, necessita realizar negócios jurídicos para realizar suas finalidades de interesse público e, para isso, deve guiar-se por critérios objetivos na escolha do contratado.

Sendo o interesse público indisponível, não é possível que a seleção seja feita com base em critérios obscuros, ou segundo a vontade pessoal do administrador. Por isso, a licitação se mostra necessária no sentido de se garantir que a Administração selecione a proposta mais vantajosa ao atendimento do interesse público. No entanto, a Administração não pode se desvincular de outro dever, o de proteção do meio ambiente em todas as suas formas, enquanto bem jurídico difuso e essencial à sadia qualidade de vida.

Neste sentido, e em virtude da necessidade de se assegurar que o procedimento seja balizado por princípios constitucionais e legais e que se volte ao atendimento dos interesses da coletividade, surgiu o conceito de “licitações sustentáveis”, cujo objetivo é a seleção do licitante que ofereça a proposta mais vantajosa, com o menor impacto ao meio ambiente.

2. Licitações e contratações sustentáveis - aspecto conceitual

A temática das licitações e contratações sustentáveis apresentou-se ao debate acadêmico-jurídico a partir da edição da Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, a qual, dentre outras alterações promovidas no texto da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, acrescentou ao artigo 3º - que trata dos objetivos e dos princípios da licitação - a garantia da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como fim a ser atingido por meio do processo licitatório.

Na visão de Andreza Schmidt Silva, as licitações sustentáveis podem ser conceituadas como aquelas “que visam promover o desenvolvimento nacional sustentável, baseadas em uma menor utilização de recursos naturais, menor presença de materiais perigosos ou tóxicos, maior vida útil e na possibilidade de produtos ou serviços serem reutilizados ou reciclados, gerando-se uma menor quantidade de resíduos”¹²⁴.

De um lado, cumpre observar que a licitação sempre teve como objetivos declarados, até o advento da referida alteração legislativa, a observância do princípio

124 SILVA, Andreza Schmidt. **A sustentabilidade nas contratações da Administração Pública: um estudo de caso no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.** Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/ICON_TCE_SC_ENA_Andreza_Schmidt_2014_06_27.pdf>. Acesso em: 07/08/2018.

constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, os quais não podem conflitar com o novo objetivo já mencionado. De outro, deve-se rememorar que o desenvolvimento sustentável, na Constituição da República, constitui finalidade geral da ordem econômica (art. 170, VI) e dever do Poder Público destinado a resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, V), portanto a sua inserção junto ao rol de objetivos da licitação, embora não represente uma inovação absoluta no sistema, traz à tona diversas questões em torno dos papéis desempenhados pelo Estado como agente interventor no meio ambiente e concomitantemente como protetor dos recursos naturais e promotor da sustentabilidade em todas as esferas.

O princípio da isonomia, em seu aspecto substancial, configura-se não apenas pelo tratamento igualitário a ser dispensado a pessoas que se encontrem em situação de igualdade entre si, mas também pela distinção de tratamento para pessoas que estejam em situação desigual em relação a outras, na medida da desigualdade constatada. Nesta segunda acepção, o referido princípio compatibiliza-se, *a priori*, com a promoção do desenvolvimento sustentável, pois as empresas licitantes podem (devem) receber tratamento diferenciado pela Administração Pública caso forneçam produtos e serviços que utilizem a menor quantia de recursos naturais, produzam menos resíduos ou causem poluição em níveis inferiores em relação a outras existentes no mercado.

Da mesma forma, a diretriz de garantia da proposta mais vantajosa também não colide com a idéia das licitações sustentáveis, pois a “vantagem” que se busca proporcionar para a Administração não é necessariamente econômica ou financeira, podendo ela ser de maior favorecimento ou de menor ônus ao meio ambiente. Quanto a este ponto, dedicar-se-á uma análise pormenorizada mais adiante.

A sustentabilidade deve ser reconhecida como a base de todo o sistema constitucional ambiental, porquanto é responsável pela proteção aos bens jurídicos mais preciosos do ordenamento, quais sejam, a vida e a saúde de todos os habitantes do planeta. A razão de ser do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição da República) se justifica porque, sem que haja tal equilíbrio, a vida e a saúde das pessoas ficará sensivelmente prejudicada, e as futuras gerações sequer existirão.

Cientes disso, os diversos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceram, através da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 1972, a necessidade de os Estados adotarem “um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população”. Posteriormente

te, em 1992, foi elaborada pela ONU a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual consagrou, no Princípio 4, que “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”.

Em âmbito nacional, o desenvolvimento sustentável foi reconhecido pela primeira vez com a promulgação da Lei Federal nº 6.803, de 2 de julho de 1980, ao estabelecer que, “nas áreas críticas de poluição (...), as zonas destinadas à instalação de indústrias serão definidas em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que compatibilize as atividades industriais com a proteção ambiental” (art. 1º). Posteriormente, a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, inseriu como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, dentre outros, a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o desenvolvimento sustentável foi erigido ao *status* constitucional, tendo sido previsto como princípio da ordem econômica, no art. 170, VI, e como diretriz para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme o art. 225, § 1º, V.

Ao inserir o desenvolvimento sustentável entre os objetivos primordiais do processo licitatório, com a promulgação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, o legislador culminou por trazer para a seara administrativa o tema da gestão ambiental, e assim o fez, em primeiro lugar, por considerar os deveres constitucionais impostos ao Poder Público no tocante à preservação do equilíbrio ecológico, mas, sobretudo, por reconhecer que o Estado, enquanto pessoa jurídica, é um significativo adquirente de produtos e usuário de serviços oriundos da iniciativa privada e, nesta condição, apresenta um potencial bastante relevante no emprego dos recursos naturais e nos índices de poluição ambiental.

Com base nessas premissas, é possível compreender as licitações e as contratações sustentáveis como um instrumento para a garantia do equilíbrio ecológico, através da intervenção do Estado na cadeia produtiva de forma positiva, promovendo o fortalecimento da economia e, ao mesmo tempo, incentivando as empresas a adotar meios sustentáveis de produção e de prestação de serviços.

2 Compatibilização entre os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e do desenvolvimento sustentável

Dentre as áreas do conhecimento visitadas pelos cientistas do direito, a do Direito Administrativo é uma das mais principiológicas, seja porque não possui codificação legislativa própria, ou porque a Constituição da República já inicia o capítulo

destinado à Administração Pública enunciando uma série de princípios fundamentais regentes da atuação estatal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, cumpre analisar dois princípios que, embora de forma implícita, são fundantes de todo o sistema administrativo, e foram cunhados por Celso Antônio Bandeira de Mello como as “pedras de toque” do regime jurídico administrativo¹²⁵: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

A despeito das discussões travadas pela doutrina em torno da conceituação de “interesse público”, convém adotar o ensinamento trazido pelo mesmo renomado jurista, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem ele se caracteriza como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”¹²⁶ (grifo do autor).

O interesse público, conforme reconhecido pela doutrina majoritária, é dotado dos atributos de supremacia e de indisponibilidade, dando ensejo, respectivamente, aos dois princípios já abordados.

Por supremacia, pode-se entender o princípio que garante que os atos administrativos devem se voltar ao atendimento de interesses da coletividade, e não dos administrados individualmente considerados. O interesse público é o primado da atuação da Administração, em atenção à noção do Estado de Bem - Estar Social.

Já a indisponibilidade é a característica do interesse público que lhe garante a proteção contra a livre disposição por parte da Administração, de modo que “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.”¹²⁷. Ao estabelecer que o interesse público não pode ser alienado ao bel prazer de seu administrador, o princípio da indisponibilidade faz surgir o dever de licitação como instrumento e pré-requisito para as contratações públicas, impondo-se que os bens e verbas públicas somente possam ser transferidos ao particular mediante a observância do devido processo licitatório e das regras previamente definidas na lei e no edital.

125 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.

126 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61.

127 CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26 ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.

Diante deste panorama, percebe-se que o princípio do desenvolvimento sustentável guarda perfeita compatibilidade com os princípios basilares do Direito Administrativo acima apresentados. Isso porque o desenvolvimento sustentável visa garantir a qualidade de vida e a saúde das futuras gerações, de forma que os bens ambientais sejam preservados, em virtude da preocupação com o bem-estar coletivo. Os princípios administrativos apontados seguem na mesma direção: proteção ao interesse coletivo, em detrimento de interesses estritamente individuais.

O princípio do desenvolvimento sustentável possui assento constitucional, no art. 225, *in verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de 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”.

Como se observa do mandamento constitucional, a coletividade e a Administração Pública, de forma integrada, devem defender e buscar preservar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações. Trata-se de um poder-dever do Poder Público, e não de mera faculdade.

Nesse contexto, surge a noção de **gestão pública ambiental**. Contudo, antes de se adentrar nessa análise, faz-se necessário passar pelo conceito de **política ambiental**, definido por Édis Milaré¹²⁸ nos seguintes termos:

Uma ‘política’ vem a ser, no conceito mais amplo, um conjunto orgânico de diretrizes voltadas à concretização de um determinado objetivo de determinada sociedade. É necessário que seja ‘orgânico’ para se evitarem dispersões, desencontros, contradições e desperdícios de recursos – fatores estes negativos, incompatíveis com o atingimento dos objetivos sociais e com a racionalização dos procedimentos e ações necessárias à manutenção do equilíbrio ecológico. Uma política é concebida e formulada para ser eficaz.

Tal política será implementada através da atuação conjunta dos particulares e do Estado, de forma coesa e convergente. O Poder Público, de todas as esferas, deve reunir esforços para garantir um sistema de gestão ambiental. Mais uma vez, recorreremos aos ensinamentos de Édis Milaré¹²⁹:

128 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 361.

129 *Ibid*, p. 363/364.

Nesse quadro de deveres constitucionais e infraconstitucionais, cremos oportuno enfatizar a palavra gestão, como forma racional e ampla de praticar a tutela administrativa do ambiente através de sistemas organizacionais que associem e integrem num amplo processo a Administração Pública e a sociedade organizada, conferindo ao mesmo processo a marca participativa e democrática que é preconizada por nossos textos legais mais representativos.

Por fim, cabe-nos dar um pouco mais de precisão aos conceitos. A gestão se diferenciaria do gerenciamento, sendo este tomado como sistema ou modalidade de administrar problemas e interesses relativos ao meio ambiente em escala operacional e no âmbito de assuntos específicos. A gestão ambiental, ao invés, se ocuparia da definição dos objetivos e políticas, assim como da chamada governança, da implementação de medidas concretas em casos particulares, valendo-se dos métodos e meios propiciados pelo planejamento que se pratica tanto no setor público, como na iniciativa privada, como se verá adiante.

De outro lado, assim como interesse público, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico indisponível, seja por sua natureza jurídica difusa, de direito pertencente a todos os habitantes do planeta, seja porque não pode ser alienado sob qualquer forma a quem quer que seja, sob pena de implicar em risco à vida e à saúde de todos. Essa relação será analisada com maior profundidade logo adiante.

3 Preservação do meio ambiente como questão de interesse público primário

É notório o fato de que a Administração Pública deve pautar toda a sua atuação pelo interesse público primário, sendo regida pelo regime jurídico de direito público. Conforme já mencionado alhures, a transindividualidade do direito ao equilíbrio ecológico, somada aos deveres aos quais se sujeita o Poder Público por força da Constituição Federal e das leis de proteção ambiental, culmina por elevar o meio ambiente a uma questão de interesse público primário, a ser tutelada pela Administração.

Na atualidade, o princípio da legalidade estrita vem sendo substituído por um conceito mais amplo, o qual se refere a um conjunto maior de elementos a serem perseguidos pelo Estado em seus atos, qual seja, o **princípio da juridicidade**, segundo o qual a Administração deve buscar atender não somente aos comandos legais, mas também aos princípios, explícitos e implícitos.

A esse respeito, Augusto Werneck¹³⁰ pontua:

Assim é que toda a matéria de regência do direito administrativo estará jungida a um pressuposto de controle ambiental que não se dá apenas no plano das regras e, por isso, da estrita legalidade, mas que se revela, antes, na aplicação do princípio constitucional de proteção ao meio ambiente no próprio direito administrativo.

Nesse contexto, em que o interesse público primário se traduz no fim a ser perseguido pelo Poder Público, e constatando-se que o desenvolvimento sustentável visa garantir a própria existência digna das futuras gerações, conclui-se que a preservação do meio ambiente é claramente uma manifestação do verdadeiro interesse público, ou em outros termos, nas palavras de Augusto Werneck¹³¹:

(...) interesse público conforme o interesse ambiental, o que remove o conceito patrimonialista das relações do direito administrativo com o direito ambiental, porque livre assim do ectoplasma do domínio eminente, que expressava no poder ilimitado de dispor sobre o território a prática da dominação da natureza da Colônia.

Destarte, a gestão socioambiental pública passa a ter importância elementar na realização das políticas públicas pelo Estado. Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira¹³² demonstra os inúmeros ganhos dessa prática:

130 WERNECK, Augusto. **Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

131 Ibid, p. 25.

132 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37.

Inicialmente, para reforçar esse entendimento, destaque-se que os ganhos provenientes da gestão socioambiental acima descritos em relação à iniciativa privada também são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à Administração Pública. Além da redução do impacto ambiental, do desperdício, de uma maior eficiência e da economia de recursos públicos, podemos também citar a melhoria da imagem dos órgãos públicos para a sociedade, bem como uma maior satisfação no trabalho e uma maior produtividade dos servidores públicos.

Pelo exposto, fica clara a necessidade de que os órgãos públicos estabeleçam programas de gestão socioambiental, estimulando os servidores públicos a participarem de forma efetiva e garantindo-se que em todos os processos utilizados em sua atuação se adotem critérios sustentáveis e de uso racional dos recursos, com o objetivo de se evitar o desperdício, inclusive para se garantir os princípios da economicidade e da eficiência (arts. 70 e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal).

4 Evolução do conceito de “proposta mais vantajosa”

O Poder Público, como se sabe, é um grande consumidor de produtos e serviços, de modo que o engajamento com a sustentabilidade deve ser ampliado gradualmente, em todas as esferas de governo. Porém, mais do que isso, o Estado precisa se conscientizar de seu papel de impulsionador de condutas. Nas palavras de Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira¹³³:

(...) Ao adquirir produtos no mercado, da mesma forma que o consumidor individual, o Estado está afirmando que aceita aquele bem com todas as implicações relativas ao impacto ambiental e social por ele gerado. E quando essa ação é realizada pelo ente público ela carrega uma série de implicações específicas.

133 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 84/85.

Ocorre que, para além do consumidor individual, o Estado assume um viés diretor, norteador do mercado em direção a este ou aquele produto. Não apenas sob o aspecto de vitrina, visualização e marketing realizado pelo Estado em razão da maior exposição do produto, mas também em razão dos valores envolvidos, da dimensão tomada pelas compras públicas, haja vista que hoje se estima em torno de 16% do Produto Interno Bruto (PIB) como valor das compras públicas no Brasil.

Dessarte, a ideia de licitações sustentáveis emergiu como uma política pública destinada a garantir maior respeito aos bens ambientais na aquisição de bens e serviços pelo Estado, mas também com o fim de se estimular os particulares contratantes a se adequarem a critérios ambientalmente mais adequados de produção, com menores implicações ao meio ambiente e à saúde humana.

Antes mesmo da Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que instituiu expressamente como finalidade das licitações o desenvolvimento nacional sustentável, a Lei Federal nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima já previa o seguinte:

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

(...)

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

Do mesmo modo, a Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelece:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

(...)

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

(...)

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no **caput** serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

(...)

§ 3º Sem prejuízo de exigências específicas fixadas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS, ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos a que se referem os incisos II, III, V e VI ou dos produtos e embalagens a que se referem os incisos I e IV do **caput** e o § 1º tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, consoante o estabelecido neste artigo, podendo, entre outras medidas:

I - implantar procedimentos de compra de produtos ou

embalagens usados;

No mesmo sentido, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, prevê o que segue:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Como cediço, em uma licitação, o Estado deve buscar a proposta mais vantajosa. Trata-se de um princípio basilar das licitações. No entanto, a conceituação de “proposta mais vantajosa” sofreu evolução na doutrina, de maneira que ela não pode mais ser enxergada pura e simplesmente como designativa do “menor preço” ou da “melhor técnica”, como será exposto a seguir.

Em primeiro lugar, uma proposta nunca será a mais vantajosa - ainda que represente a de menor custo financeiro - quando resultar em degradação ambiental superior às demais. A escolha da Administração sempre pelo critério econômico-financeiro, abrindo mão da preservação do meio ambiente, implica violação do princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme já exposto.

Sob outro prisma, a despeito de a aquisição de um produto sustentável demandar, como regra, mais recursos financeiros, seus custos de uso, de manutenção e descarte podem vir a ser menores. Com a aquisição de lâmpadas de maior eficiência energética, por exemplo, apesar de envolver um custo maior no ato da contratação, este investimento inicial pode ser diluído no tempo com a economia de energia elétrica que tais espécies de lâmpadas proporcionam. Outro exemplo é a compra de veículos menos poluentes para a frota de transporte coletivo de uma cidade que, em última análise, representa redução das despesas públicas com saúde, dentre outras.

A Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, como se demonstrou acima (art. 4º, III) declarou expressamente que os benefícios de caráter ambiental podem ser considerados como critérios de maior vantagem para a Administração e portanto podem ser determinantes para a vitória de um licitante. E de forma mais clara a mencionada lei estabelece que:

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o maior dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

Nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho¹³⁴:

O critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica. Deve-se examinar se a busca pela maior vantagem não colocará em risco outros valores, de hierarquia superior. Se a solução economicamente mais vantajosa puser em risco a integridade de vidas humanas, o Estado deverá optar por alternativa. Está obrigado a escolher via mais onerosa economicamente, mas adequada a preservar a integridade dos indivíduos.

Traduzindo-se em outras palavras, considerando a natureza de direito fundamental que envolve o meio ambiente saudável, o instrumento jurídico mais adequado a ser utilizado para equilibrar o menor dispêndio ambiental com a maior vantagem econômica é o **princípio da proporcionalidade**. De acordo com este princípio, a medida a ser adotada deve ser necessária e adequada aos fins a que se destina, não podendo implicar maior sacrifício de direito que a sua própria ausência. Quanto maior for o grau de afetação de um determinado direito fundamental, igualmente maior deve ser a promoção de outro.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade às licitações sustentáveis, a economia gerada com uma contratação por preço inferior não pode ensejar dano

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

desproporcional ao meio ambiente. Da mesma forma, a aquisição de bens e serviços sustentáveis não pode inviabilizar a competitividade financeira entre os concorrentes e, se a degradação ambiental for pequena ou rapidamente reversível, a inclusão de critérios sustentáveis pode ser até mesmo desnecessária.

De todo o exposto, conclui-se que a “proposta mais vantajosa à Administração”, a partir da edição da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, pode ser compreendida como “proposta proporcionalmente mais vantajosa aos interesses públicos”.

5 Competência legislativa municipal - caracterização das normas específicas em matéria de licitações e contratos administrativos

No campo das licitações e contratos administrativos, o legislador constituinte traçou uma disciplina diferenciada ao dispor sobre a competência legislativa dos entes federados. Isso porque, como regra, as competências legislativas ou são privativas da União (art. 22, da Constituição), quando somente esta detém o poder de elaborar leis, não restando aos demais entes nenhuma parcela de competência, salvo por delegação da União aos Estados e Distrito Federal por meio de lei complementar; ou são concorrentes entre todos os entes federados (art. 24, da Constituição Federal), cabendo à União estabelecer as normas gerais e aos demais, as normas específicas.

Ocorre que o tema das licitações e contratos administrativos localiza-se topograficamente no artigo da Constituição Federal que trata das competências privativas da União, levando à conclusão de que somente esta poderia legislar sobre aspectos relacionados ao procedimento. Contudo, o próprio constituinte restringiu a competência federal para editar “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI (...)”, nos termos do art. 22, XXVII, sendo correto concluir que a União dispõe de competência privativa para legislar apenas sobre normas gerais, e aos demais entes federados foi outorgada a competência para editar normas especiais.

Marçal Justen Filho¹³⁵ trabalha com a ideia de um núcleo de certeza positiva sobre o conceito de “normas gerais” sobre licitações e contratos administrativos:

O núcleo de certeza e determinação do conceito de ‘normas gerais’ compreende os princípios e regras destinadas a

135 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. p. 15/16

assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e as contratações administrativas em todas as órbitas federativas. Trata-se de impor um modelo de licitação e contratação administrativa, a ser obrigatoriamente observado por todos os entes federativos.

(...)

Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa.

No que tange à competência local em tema de licitações e contratos, portanto, os municípios possuem competência legislativa, desde que respeitadas as normas gerais editadas pela União. No entanto, Marçal Justen Filho faz um alerta: “(...) o conceito de norma geral não é sobreponível ao de Federação. As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas através de lei da União, destinada a veicular normas gerais. Em termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa.” 136

Com base no que já se pontuou, é possível afirmar que a norma geral a respeito de licitações e contratos administrativos sustentáveis encontra previsão no caput do art. 3º da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios bási-

136 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. p. 17.

cos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

De outro lado, aos Municípios compete, dentre outras atribuições, legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II, da Constituição da República).

Dessa forma, trazendo-se o tema para o âmbito municipal, há que se reconhecer em favor do ente local a competência para editar regras que dêem maior eficácia aos princípios da licitação, formulando normas que especifiquem a diretriz estabelecida em âmbito nacional de sustentabilidade nas contratações públicas.

No tocante à configuração da norma como específica ou suplementar, em relação às normas gerais editadas pela União, destaca-se do julgamento da ADI nº 3.735/MS o seguinte trecho do voto do Ministro Teori Zavascki¹³⁷:

Poder-se-ia supor, então, que, dada a natureza limitada de sua competência, os Estados-membros não poderiam dispor de forma alguma sobre requisitos de participação em licitações, porque, diante das diretrizes oferecidas pelo art. 37, XXI, da CF, toda e qualquer norma que interfira com a ‘igualdade de condições’ constituiria ‘norma geral’. Isto é verdade apenas em parte. Afinal, se a Constituição ela mesma permite que o direito de participar de processos licitatórios em igualdade de condições seja ponderado até mesmo pelo administrador, seria um contrassenso negar aos entes federativos periféricos a competência constitucional para fazer o mesmo. Assim, é forçoso reconhecer que podem os Estados-membros, também eles, restringir a competitividade dos certames sob sua direção. Dizer o contrário seria apequenar injustificadamente a autonomia federativa destes entes, tornando-a inferior, em dignidade, à discricionariedade unipessoal de agentes da administração. De outro lado, é necessário ter presente que a competência

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3735. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Julgado em 08/09/2016. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-168. Divulg: 31-07-2017. Public: 01-08-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

legislativa dos Estados-membros para criar requisitos de participação em licitações não pode comprometer a competência federal para fazer o mesmo, pois esta última tem clara precedência (art. 22, XXVII). A definição que se impõe, nesses circunstâncias, é a respeito das consequências dessa posição de preferência da lei nacional.

Uma das consequências certamente está relacionada com o âmbito material de regulação da norma local. É que somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilibradas entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. É o que pode suceder com obras de infra estrutura de alta complexidade ou fornecimento de bens em grande escala, por exemplo. A aprovação de diplomas locais com esses desígnios tem o benfazejo efeito de padronizar as exigências rotineiramente praticadas pela administração estadual em licitações específicas, estabilizando as expectativas dos respectivos participantes.

Considerando o que foi acima decidido, deve-se observar que o legislador federal já estabeleceu, em caráter geral, a possibilidade da instituição de requisitos de sustentabilidade para fins de desequilibrada entre concorrentes, a fim de favorecer aqueles que promovam, através de seus produtos e serviços, o desenvolvimento nacional sustentável. Nesse sentido, além do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, podemos citar os arts. 6º, XII, da Lei Federal nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, e 7º, XI, da Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.

Na esfera federal, para regulamentar a previsão do art. 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, fora editado o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, com o fim de dispor de forma mais minudente os aspectos da licitação sustentável.

Desafortunadamente, o Município de São Paulo ainda não dispõe de legislação própria disciplinando as licitações sustentáveis em seu território, o que não vem impedindo a sua Prefeitura de adotar posturas positivas no sentido da adoção de requisitos de sustentabilidade para as contratações públicas com base na legislação federal.

No âmbito da Câmara Municipal de São Paulo, o Ato da Mesa nº 1.247, de 19 de setembro de 2013, dispõe sobre os critérios, as práticas e as diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações. Segundo o Ato em comento, as diretrizes para o instrumento convocatório das licitações: o menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; a preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; a maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; a maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; a maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; a preocupação com a origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras e a observância, quando cabível, das disposições do Ato da Mesa nº 1.137, de 24 de fevereiro de 2011 da Câmara Municipal sobre o sistema de logística reversa.

Conclusão

Ao longo do estudo, foram apresentados aspectos conceituais das licitações sustentáveis, passando por um breve histórico do tema na legislação nacional, até a sua introdução expressa com a promulgação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Num segundo passo, analisou-se a compatibilização dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público com o princípio do desenvolvimento sustentável. Neste propósito, abordou-se o sentido das expressões gestão pública ambiental e política ambiental, atingindo-se a constatação de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico indisponível.

Posteriormente, foi definido o interesse público primário e conclui-se que a preservação do meio ambiente é manifestação do verdadeiro interesse público, de modo que se afigura necessária a gestão socioambiental pública na realização das políticas públicas pelo Estado.

Seguindo no estudo, apresentou-se o conceito de proposta mais vantajosa, em uma visão mais atual, com vistas a se evitar ferir outros valores de maior hierarquia, em aplicação ao princípio da proporcionalidade, na realização desta ponderação de princípios, sendo certo que o critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica.

Por derradeiro, foi realizada abordagem das competências legislativa no campo das licitações e contratos administrativos, passando pelo tema das normas gerais e normas específicas, com a constatação final de que os Municípios possuem

competência legislativa suplementar no que tange às licitações e contratos, respeitadas as normas gerais definidas em âmbito federal, podendo, desse modo, editar normas que especifiquem a diretriz estabelecida em âmbito nacional de sustentabilidade nas contratações públicas.

Referências

BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. 2 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: NDJ, 2011.

BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (coord.). **Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.pla>

nalto.gov.br>. Acesso em: 07/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3735. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Julgado em 08/09/2016. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168. Divulg: 31-07-2017. Public: 01-08-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo**, disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1F40921CE7>>. Acesso em: 07/08/2018.

COUTINHO, Ronaldo do Livramento; AHMED, Flávio. **Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALVI, Luciano. **Manual das Licitações e Contratos Administrativos**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed. ver., atual. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação –**

RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental municipal: abordagens teóricas e práticas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SÃO PAULO (Cidade). Ato nº 1.137, de 24 de fevereiro de 2011, da Câmara Municipal. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.leg.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

SÃO PAULO (Cidade). Ato nº 1.247, de 19 de setembro de 2013, da Câmara Municipal. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.leg.br>>. Acesso em: 07/08/2018.

SILVA, Andreza Schimdt. **A sustentabilidade nas contratações da Administração Pública: um estudo de caso no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.** Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/ICON_TCE_SC_ENA_Andreza_Schmidt_2014_06_27.pdf>. Acesso em: 07/08/2018.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WERNECK, Augusto. **Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Pareceres

LICITAÇÃO – NORMAS GERAIS – ART. 23 da LEI Nº 8.666/93 - VALORES – ATUALIZAÇÃO – DECRETO FEDERAL – ALCANCE

PARECER CHEFIA Nº 37/2018

Ref. Memorando SGA nº 069/2018

TID: 17813275

À SGA – Sr. Secretário Geral Administrativo ,

Trata-se de orientação quanto ao alcance do Decreto Federal nº 9.412, de 18/06/2018, que atualizou os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/93.

Para tanto, cumpre colacionar elementos relativos ao federalismo brasileiro e ao que se entende, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias por normas gerais no tocante a licitações e contratos, e especificamente quanto ao tópico em comento. São os aspectos que, em apertadíssima síntese, passamos a analisar.

É a partir do princípio federativo e do princípio republicano que a repartição de competências deve ser interpretada e aplicada para assim identificar os limites a que estão sujeitos os entes federativos¹³⁸.

José Afonso da Silva ensina que a autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal. Porém – aponta o autor - são notórias as dificuldades quanto a saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios¹³⁹.

O renomado constitucionalista propõe, didaticamente, que quanto à extensão, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material, a competência se distingue em: (a) exclusiva, quando é

138 Cfr. DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. Competência constitucional em matéria de urbanismo. In DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte, Forum, 2007, pg. 104.

139 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. Revista e atualizada até a Emenda n. 68 de 21.12.2011, São Paulo, Malheiros, 2012, pg. 480-482.

atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21 da Constituição); (b) privativa, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto de delegação (art. 22 e seu parágrafo único) e de competência suplementar (art. 24 e seus parágrafos).

A competência *concorrente* em matéria legislativa (art. 24 da Constituição) compreende para o autor dois elementos: possibilidade de dispor sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa e primazia da União no que tange à fixação de normas gerais. A competência *suplementar* (art. 24, §§ 1º a 4º) é correlativa à competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas.

No que se refere à competência para legislar sobre licitações e contratos, a Constituição Federal, conforme o art. 22, inc. XXVII, com a redação dada pela Emenda nº 19/98, dispõe que a União detém competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Vale dizer que a matéria relativa a contratos administrativos reparte-se de um lado, entre a União, que estabelece normas gerais, e de outro, Estados e Municípios, que estabelecem as normas suplementares.

Alexandre de Moraes é enfático ao afirmar que, em se tratando de competência legislativa concorrente¹⁴⁰:

a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar

A Lei nº 8.666/93 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública. Em seu artigo 1º dispõe:

*Art. 1º Esta Lei estabelece **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações **no***

140 *Direito Constitucional, 23ª ed., 2. reimpr., São Paulo, Atlas, 2008, pg. 305*

âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tal redação sugere que todas as normas aí estabelecidas são normas gerais, de âmbito nacional. Não há, em princípio, qualquer critério orientador que permita distinguir haver na lei normas especiais, de âmbito federal.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assim comenta o art. 1º da Lei nº 8.666/93¹⁴¹:

Intensificando a tendência legislativa centralizadora da União e com flagrante invasão na área de competência de Estados e Municípios para legislação suplementar, o artigo 1º afirma, textualmente, que “esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

(...)

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o art. 115 concede aos “órgãos da Administração” (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo aos órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio

141 *Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, pg. 358/359

que decorre do artigo 37 da Constituição e constituiu condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos. (os grifos não constam no original)

Marçal Justen Filho assinala, porém, que, a despeito de a Lei nº 8.666/93 dispor em seu art. 1º que a mesma estabelece normas gerais incidentes sobre as três esferas de governo, há normas ali puramente federais, aplicáveis apenas ao âmbito da União. Pondera o autor:

A Lei nº 8.666 veicula normas gerais e normas não gerais (especiais) sobre licitações e contratos administrativos. As normas gerais são aquelas que vinculam todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas no âmbito da União.

(...)

O grande problema reside em que não existe uma distinção formal explícita no texto da Lei nº 8.666 entre as normas gerais (nacionais) e aquelas federais (especiais da União).

O reconhecimento da natureza não geral de uma determinada norma não significa a sua invalidade. Em tal hipótese, o dispositivo será vinculante apenas para a órbita da União, sendo facultado aos demais entes federativos adotar disciplina diversa.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de avalizar o entendimento segundo o qual há normas na Lei nº 8.666/93 que não se aplicam a Estados e Municípios, por veicularem preceitos que não são “normas gerais”. Tal já se deu quando a norma ainda estava recém-editada, no bojo Medida Cautelar na ADI 927-3/RS, julgada em 3 novembro de 1993. Ficou claro o entendimento quanto a haver normas na Lei nº 8.666/93 que não se aplicam a Estados e Municípios, por veicularem preceitos que não são “normas gerais”. Discutia-se na oportunidade o alcance do art. 17, I, b da Lei nº 8.666/93 (doação de bem imóvel) e estabeleceu-se que a disposição ali posta – doação permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo – somente teria aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal. Na ocasião, o eminente Rel. Ministro Carlos Velloso, em seu voto, assentou:

Esses dispositivos, que extrapolassem do conceito de norma geral, seriam constitucionais em relação à União e inconstitucionais em relação aos Estados, Distrito Federal e Município. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade deverá ser do tipo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que decorre de interpretação conforme à Constituição.

Com tais apontamentos preliminares, podemos nos aproximar da questão proposta pelo Exmo. Senhor Secretário Geral Administrativo, que solicita orientação quanto à aplicabilidade no âmbito da Edilidade Paulistana do Decreto federal n. 9.412, de 18/06/2018, que atualizou os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 foi editada em um momento histórico de inflação crônica. O art. 23 - segundo o qual *as modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação* - sofreu alterações que não me parece supérfluo registrar:

Entre 1993 e 1994, os valores (nos termos da lei) estavam fixados em **cruzeiros**. E o artigo 120 da mesma lei, em sua redação original, estabelecia que os valores fixados por esta lei seriam *automaticamente corrigidos na mesma periodicidade e proporção da variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC)*, com base no índice do mês de dezembro de 1991. O parágrafo único dispunha que o Poder Executivo Federal faria publicar no Diário Oficial da União os novos valores oficialmente vigentes por ocasião de cada evento citado no *caput*, desprezando-se as frações inferiores a Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros). Posteriormente, a Lei nº 8.883, de 1994 alterou o índice para o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) e a moeda para cruzeiro real.

Finalmente, a Lei nº 9.648, de 1998 alterou a redação do art. 120 dispondo simplesmente que *os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período*, eliminado o anterior parágrafo único. Houve portanto uma alteração substancial: o Poder Executivo Federal não iria publicar simplesmente os valores atualizados segundo índices oficiais. A norma passou a facultar a revisão anual daqueles valores pelo Poder Executivo federal.

Todavia, desde 1998 os valores fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/93 (com a redação dada pela Lei nº 9.648/98) **não foram alterados no âmbito federal**. Assim, por 20 anos os limites de valor assinalados no art. 23 da Lei nº 8.666/93 permaneceram inalterados na legislação, embora o art. 120 da mesma lei assinalasse que os valores

poderiam ser revistos anualmente pelo chefe do Poder Executivo federal. Ao que se tem notícia, apenas no Estado do Mato Grosso do Sul houve municípios que entenderam por bem editar normas próprias para atualizar os limites de valor estabelecidos no art. 23 da Lei nº 8.666/93. O assunto foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 132840/2016 - CLASSE CNJ - 95 da Comarca de Castanheira. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso julgou a ação improcedente, por maioria, pelos fundamentos bem sintetizados na ementa do Acórdão, abaixo reproduzida (Redator designado Des. Paulo da Cunha, j. 23.03.2017 – os grifos não constam do original).

*EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DE MUNICÍPIOS MATOGROSSENSES QUE ATUALIZARAM OS VALORES LIMITES DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS PREVISTOS NO ARTIGO 23 DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS). **CONCEITO DE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.** SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 193 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVADA UNIÃO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES (CF, ART. 22, XXVII). AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NAS NORMAS MUNICIPAIS IMPUGNADAS PORQUE PROMOVERAM MERA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES PREVISTOS NA LEI NACIONAL. CONCEITO DE FEDERAÇÃO. AUTORREGULAMENTAÇÃO MUNICIPAL QUE TEM RESPALDO NAS AUTONOMIAS CONFERIDAS AOS ENTES FEDERADOS PELO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS COLETIVIDADES AUTÔNOMAS.*

*1) **A Constituição Federal de 1988 é clara ao franquear aos estados e municípios a competência para legislar sobre normas específicas em matéria de licitações e contratos administrativos, uma vez que a competência privativa da União Federal restringe-se à legislação sobre normas gerais** (CF, art. 22, inc. XXVII).*

*2) **A norma que estabelece os tetos de faixas licitatórias***

para cada modalidade de licitação, prevista no art.23 da Lei 8.666/93, é norma geral, uma vez que a matéria exige uma uniformização nacional. De outro lado, não há confundir esta norma geral com a norma que atualiza monetariamente os valores historicamente previstos como tetos de faixas licitatórias.

3) As normas impugnadas na presente ação não tratam do cumprimento de preceitos fundamentais de licitações e contratações públicas, não traçam diretrizes, não falam de princípio geral, não tratam de modalidade licitatória, não tratam de direitos dos licitantes, não dispõem sobre igualdade de condições de todos os concorrentes, não criam restrições à licitação, não criam espécie de dispensa ou inexigibilidade de licitação. As normas municipais impugnadas apenas aplicaram medida anti-inflacionária nos tetos de faixas licitatórias estabelecidas no art. 23 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e, portanto, devem ser qualificadas como normas específicas.

4) O art. 120 da Lei 8.666/93, na parte em que estipula periodicidade e índice de revisão de valores monetários, é norma que deriva da competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário (art. 22, inc. VI, da CF/88). Todavia, na parte que estipula a competência para o reajuste ao Poder Executivo Federal, a fim de respeitar as autonomias dos demais entes federativos consagradas no art. 18 da CF/88, reconhece-se sua incidência apenas para as licitações e contratos administrativos a serem firmados pela Administração Pública Federal.

5) Nessa lógica, havendo lei estadual, distrital ou municipal, autorizando o respectivo Chefe do Executivo a promover a revisão anual pelo IGPM dos valores fixados na Lei 8.666/93 – para licitações e contratos administrativos de cada ente federativo distintamente – estar-se-ia cumprindo o disposto no art.18 da CF/88.

6) Caso concreto em que, ao invés de editar em lei autorizando os respectivos Prefeitos a revisarem, anualmente, pelo IGPM, os valores ficados na Lei 8.666/93 – para as licitações a serem

*realizadas no âmbito territorial de cada Município -, **levaram a própria matéria da revisão à competência da Câmara de Vereadores, promovendo a revisão monetária por lei.***

*7) **Vício de inconstitucionalidade que não se verifica, uma vez que as normas municipais impugnadas afirmam o conteúdo jurídico do princípio federalista, em especial, do princípio da autonomia das coletividades autônomas, que integram o conceito de Federação, estejam ou não expressos na Constituição.***

Ora, parece-me assistir razão ao entendimento alcançado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O acórdão vai ao encontro da lição de consagrada doutrina e de precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há normas na Lei nº 8.666/93 que não se aplicam *ipso facto* aos Estados e Municípios – tanto mais esta, do art. 120, na parte em que se dirige, textualmente, ao chefe do Poder Executivo federal. Bem distingui o acórdão: o art. 120, na parte em que estabelece periodicidade e índice de revisão de valores monetários, é norma que deriva da competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário (art. 22, inc. VI da Constituição) e da competência para editar normas gerais em matéria de licitação e contratos (art. 22, inc. XXVII). Todavia, na parte em que estipula a competência para editar ato administrativo para aplicar o reajuste ao Poder Executivo federal, abrange obrigatoriamente o âmbito da Administração Pública federal. Nas demais esferas, não há óbice à sua aplicação, mas se poderia cogitar de edição de norma própria mais restritiva.

Com efeito: uma coisa é a norma do art. 23 da Lei nº 8.666 – que dispõe sobre limites máximos de dispensa de licitação em razão do valor e limites de valor para as correspondentes modalidades de licitação. Quanto maior o valor, maior a exigência de competição e por isso mesmo de publicidade. Tal norma tem sido entendida como de caráter geral. Isto é: não se admite que Estados e Municípios ampliem tais limites de valor em seu âmbito, já que implicaria restrição ao princípio da licitação – que é a regra – nos limites máximos de valor entendidos como adequados no âmbito federal. Outra coisa é a norma do art. 120 que remete ao Chefe do Poder Executivo federal a possibilidade de rever esses valores anualmente para efeito de adequação à variação de preços de mercado. Seria contraditório a basilares princípios federativos entender que a norma veicula restrição a que outros chefes de Poder Executivo – ou em seu caso a Mesa da Assembleia ou de Câmara Municipal – atualizem

periodicamente valores que a mesma lei permite atualizar com periodicidade anual e segundo critério predefinido.

Outro aspecto a considerar é que o custo de vida varia entre Estados e Municípios da federação brasileira. O art. 23 impõe limites máximos de valor para dispensa e modalidades de licitação. A norma geral não exclui a possibilidade de, eventualmente, Estados e Municípios veicularem limites menores, de modo mais conforme a suas peculiaridades regionais ou locais.

Tal entendimento vem também sustentado por Victor Aguiar Jardim de Amorim, em artigo sugestivamente denominado com o interrogante: “*O que ‘sobra’ para estados e municípios na competência de licitações e contratos?*”¹⁴² Diz o articulista:

À primeira vista, podemos destacar que as seguintes regras da legislação, por enquadrarem-se como “normas específicas” e, por serem aplicáveis apenas à Administração Pública Federal, poderão ser disciplinadas de maneira distinta pelos demais entes federativos:

- a) definição de valores, prazos e requisitos de publicidade dos editais e avisos (art. 21);
- b) iter procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação;
- c) regulamentação sobre registros cadastrais (arts. 34 a 37);
- d) forma e prazos de interposição dos recursos administrativos, desde que respeitados os limites mínimos traçados pelo art. 109 da Lei 8.666/93;
- e) procedimento e condições para alienação dos bens pertencentes à Administração dos estados, DF e municípios (arts. 17 a 19);
- f) acréscimos em relação ao conteúdo mínimo dos editais de licitação (art. 40).

De fato, não é tão pouco o que “sobra” a Estados e Municípios, de que é exemplo o próprio município de São Paulo, que em sua legislação admite – a título de exemplo - a inversão de fases da licitação mesmo nas modalidades de convite, tomadas de

142 *Boletim Consultor Jurídico - endereço eletrônico conjur.com.br - 22.01.2017 acesso em 28.08.2018*

preço ou concorrência (Lei nº 14.145/2006).

Todavia, uma vez que o Chefe do Poder Executivo federal, mediante a edição do Decreto nº 9.412, de 18/06/2018, em boa hora atualizou os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/93, não há necessidade de norma municipal ou de Ato da Mesa da Câmara para aplicá-lo em seu âmbito. Trata-se com efeito de norma aplicável nas três esferas de governo, sem prejuízo de cada esfera deter competência para suplementar a matéria de que se trata, ou adequá-las ao interesse local, se assim julgar necessário. Ou seja: para adotar o critério federal, não é necessária norma própria; para restringi-lo sim. O que não se admite – por força do entendimento de que o art. 23 da Lei nº 8.666/93 é norma geral - é que se aumente o limite estabelecido de modo a ultrapassar a variação de preços no mercado em dado período.

Nessa lógica – como ressaltado na ementa do Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, retro citado -, havendo **lei estadual, distrital ou municipal**, autorizando o respectivo Chefe do Executivo a promover a revisão anual pelo IGPM dos valores fixados na Lei 8.666/93 – para licitações e contratos administrativos de cada ente federativo distintamente – estar-se-ia cumprindo o disposto no art.18 da CF/88.

Com efeito: os limites fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/93 são norma geral; assim, a revisão monetária desses valores tem força de norma geral. Todavia, o art. 120 da Lei nº 8.666/83 admitiu que esta fosse feita por ato do chefe do Poder Executivo federal. Tal revisão se aplica, portanto, a Estados e Municípios, como limite máximo atualizado.

Todavia, por força do princípio federativo, e da possibilidade de revisão anual expressa na norma geral, depreende-se que no âmbito estadual ou municipal, para atualizar aqueles valores é necessário lei, e não ato administrativo do respectivo chefe do Poder Executivo, a menos que lei estadual ou municipal assim dispusesse. Reafirma-se deste modo o conteúdo jurídico do princípio federalista. Por outro lado, para que Estados e Municípios adotassem parâmetros mais restritivos, em razão de peculiaridades regionais ou locais, seria necessário igualmente lei regional ou local. Isto é: a delegação do art. 120 ao chefe do Poder Executivo federal não se estende ao chefe do Poder Executivo estadual, distrital ou municipal.

No âmbito da Administração do Poder Legislativo – que cabe à Mesa Diretora das Assembleias ou Câmaras – parece-nos incogitável ato administrativo para atualizar os valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93, ou para adotar parâmetros eventualmente mais restritos do que aqueles previstos em Decreto federal editado com fulcro no art. 120 da Lei nº 8.666/93 em seu âmbito. Com efeito, o princípio que autoriza a Estados e Municípios – mediante lei – a adotar critérios próprios, observados os limites dispostos em norma geral – é a competência suplementar que lhes é assegurada pela

Constituição federal. Tal competência exige a participação de ambos os poderes – Executivo e Legislativo – na elaboração de leis.

Em síntese, uma vez que o chefe do Poder Executivo federal tenha se utilizado da faculdade contida no art. 120 da Lei nº 8.666/93 seus efeitos são automaticamente aplicáveis no âmbito dos Estados e Municípios, que de fato assim o têm aplicado em toda a federação. Contudo, em homenagem ao princípio federativo e a seu corolário lógico para a matéria em exame – que é a competência legislativa suplementar relativamente a normas específicas em matéria de licitações e contratos - haveria a possibilidade, *em tese*, de regramento mais restrito no âmbito dos Estados e Municípios, ou de atualização de valores do art. 23 da mesma lei ainda antes da edição da norma regulamentar federal. Esse regramento exigiria lei, e não mero ato administrativo do chefe de Poder Executivo estadual ou municipal. Na ausência de normas próprias, prevalece o normativo federal.

Não se tem notícia, no município de São Paulo, de que o Prefeito ou a Câmara tenham oferecido projeto de lei em tal sentido, por presumíveis razões de oportunidade e conveniência. Cabe a propósito lembrar o princípio de que as regras não devem ser multiplicadas além da necessidade, conforme a expressão latina "*lex parsimoniae*" (lei da parcimônia), enunciada como: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Registre-se ainda que o Poder Legislativo, isoladamente, não detém competência para editar Ato para dispor da matéria em seu âmbito, tendo em vista tratar-se de matéria que exige reserva legal.

De todo o exposto, concluo que a Edilidade Paulistana deverá aplicar em seu âmbito os valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93 de acordo com a atualização promovida pelo Decreto Federal nº 9.412, de 18/06/2018, uma vez que não há lei no Município adaptando tais critérios a peculiaridades locais, o que, apenas em tese seria possível, desde que observados os limites dispostos naquele normativo federal. Assim, não há necessidade ou razão para edição de norma própria que valide tal aplicação em seu âmbito. Observe-se, tão somente, a *vacatio legis* indicada no recém- editado Decreto federal, que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação.

É o parecer, que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 28 de agosto de 2018

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB/SP nº 106.017

PARECER SOBRE TOMBAMENTO DE PRÓPRIO MUNICIPAL PAULISTANO EM RESPOSTA A CONSULTA FORMULADA PELO GOVERNADOR CLÁUDIO SALVADOR LEMBO, ENTÃO SECRETÁRIO MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS, AO AUTOR

ABSTRACT

Este texto foi originariamente formulado no Memorando nº 147/2009-SNJ.G, em 10/6/2009, para identificação precisa de mensagem normativa institutiva de dado tombamento municipal, bem como para delimitação da natureza jurídica, forma, objetos, extensão e efeitos jurídicos desse.

TOMBAMENTO - PERÍMETRO - ÁREA ENVOLTÓRIA - PRÓPRIO MUNICIPAL - PATRIMÔNIO HISTÓRICO - PAISAGEM URBANA -- HERMENÊUTICA - MENS NORMATIVA -

Senhor Secretário

Informação n.º 1748/2009-SNJ.G, de 10/6/2009

Tendo em face a questão posta por Vossa Excelência acerca da possibilidade de pronta intervenção física em espaços internos do próprio municipal sito no Páteo do Colégio n.ºs 9, 13 e 15, cadastrado para efeitos fiscais por S.Q.L de n.º 002.061.0002-7, consistente de edifício de oito pavimentos assente em área afeta a tombamento municipal e área envoltória de tombamento estadual, tenho a considerar que, SMJ de Vossa Excelência, não há óbice a tal proceder decorrente da legislação que rege a matéria, à luz do que passo a declinar à ciência e juízo de Vossa Excelência.

Na Constituição da República a proteção ao patrimônio de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos é de competência comum das pessoas políticas de direito público interno (C.F., art. 23, III). A elas igualmente compete em comum o impedimento da evasão, destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (C.F., art. 23, IV). Ainda nessa senda, dispôs a Constituição da República que as competências para legislar sobre proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico são exercidas concorrentemente pelos

órgãos legislativos da União Federal (limitada essa ao estabelecimento de normas gerais – C.F., art. 24, § 1.º), dos estados federados e do Distrito Federal (C.F., art. 24, VII). Todavia, em decorrência do disposto na C.F., art. 30, IX, aos municípios cabe promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Para tanto dispõem de competência legislativa suplementar à legislação federal e à estadual no que couber. No juízo de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo, 21.ª ed, Malheiros Ed., São Paulo, 2002, p.479, essa competência suplementar:

“é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§1.º a 4.º).”

Assim, cabe nos sobreditos limites legislar sobre o tema aos municípios, no que couber, quando e se afetar seu interesse local (C.F., art. 30, I e II), naturalmente sem descurar do disposto na C.F., art.215, § 3.º,I; 216, V e §1.º.

O tombamento de um bem, não se tratando aqui do dissenso que consome a Doutrina acerca da natureza jurídica desse elemento administrativo e de seus efeitos, em obediência à tradição jurídica nacional, à legislação que presentemente dispõe sobre a matéria, necessariamente decorre de ato executivo, até por imperativos cartesianos. A C.F., porém, excepcionou a regra em seu art.216, § 5.º.

Na esfera federal ainda é o Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, regulando o tombamento e seus efeitos; perdura, a par da Lei n.º 6.292, de 15 de dezembro de 1975, a por, no plano das regras gerais, cogentes para todas as pessoas políticas, o facultado pela C.F., art. 24, “caput” e § 1.º. O Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, sabidamente, por haver sido editado quando do estado unitário da Nação, foi recepcionado pela Constituição de 1946 e por suas sucessoras à luz da nova realidade federativa do Estado e naquilo que não as afrontasse. Dessarte devem sempre assim ser suas normas interpretadas. Nesse senso, da totalidade de seus dispositivos, que antes eram aplicados nacionalmente porque não havia outra esfera normativa real no âmbito da ordem jurídica brasílica de então, ora apenas são obrigatórias para os municípios as normas postas por aquele diploma que têm cunho geral, por imperativo da Constituição da República, art. 24, § 1.º. Assim sendo, quando dispõe:

“ **Art. 17.** As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nem ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

No presente quadrante do Estado brasileiro esses dispositivos apenas vinculam necessariamente a União, pois que não versam sobre matéria passível de ser considerada como impositivo às mais pessoas políticas como sendo de cunho geral para a preservação do patrimônio cultural de ordem material eletivo por essas esferas jurídicas.

As assertivas declinadas acima encontram amparo na cosmologia do universo constitucional de 1988, em sua Ordem interpretada sistêmica e teleologicamente.

No âmbito da ordenação estadual a C.E.S.P. regula a preservação do patrimônio cultural em seus art.s 237, VI; 260, 261, 262, VIII, especialmente, dispondo também sobre o resguardo do meio ambiente nos art.s 191; 193, I, X e XVII; 197, V; 198 (aqui sem excluir das paisagens notáveis as decorrentes de ação humana), mormente. No plano infraconstitucional do Estado, o Decreto-lei n.º 149/69 e os decretos 13.426, de 16.3.79 e Decreto s/n.º de 19.12.69, servem de meio de exercício da competência concorrente estadual acerca de tombamento. O Decreto-Lei Complementar n.º 2, de 15.8.69 que também sobre tal dispunha foi revogado pela Lei-Complementar estadual n.º1004/2006.

Por imperativo constitucional (C.F., art. 29, “caput”) os municípios regem-se por suas respectivas leis orgânicas. A deste Município em seu art. 2.º, X e XI estabelece como “princípios e diretrizes” para a organização municipal : defesa e preservação do meio ambiente citadino e a preservação dos valores históricos e culturais (*sic*) da população. Em seu art.7.º, “caput”, I e IV, aduz ser dever do Poder Municipal assegurar a todos o exercício dos direitos estabelecidos nas constituições da República e do Estado e dos inerentes às condições de vida na cidade, especialmente no que respeita ao meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, assim como no que tange à proteção e acesso ao patrimônio histórico, cultural, turístico, artístico, arquitetônico e paisagístico. A proteção do meio ambiente no Município, inclusive o construído, obedece o disposto na LOMSP, art.s 180 a 190. Já no que respeita à proteção do patrimônio cultural dispõe a LOMSP em seu art. 192 que o Município adotará medidas de preservação dos bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como das paisagens construídas notáveis. O parágrafo único desse artigo dispõe que tal abrange os bens de natureza material tomados individualmente, ou em conjunto, incluídos (incisos V e VI) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, ecológico, turístico e arquitetônico, bem como os edifícios e conjuntos arquitetônicos, as áreas verdes e os ajardinamentos detentores de referência histórico-cultural, eventualmente com participação da comunidade na identificação, proteção e proteção do patrimônio histórico (art. 193, VI). Para tanto o Poder Municipal providenciará, na forma da lei, a proteção do patrimônio histórico, cultural, paisagístico e arquitetônico mediante inclusive a preservação dos bens imóveis, de valor histórico, sob a perspectiva de seu conjunto, e a identificação e inventário dos bens culturais e ambientais (art. 194, “caput”, I e V).

No exercício de suas competências constitucionais postas pela C.F. em seu art. 30, I e II, versa o Município sobre a preservação do patrimônio cultural e ambiental e estruturação orgânica para tanto, especialmente, mediante as leis 8.204/75, 8.252/75, 10.032/85, alterada pelas leis n.ºs 10.236/86 e 14.516/07, 14.406/07.

O plano diretor estratégico do Município, posto em vigor pela Lei n.º 13.430/02 tem como um de seus objetivos gerais a elevação de qualidade do ambiente urbano pela preservação do patrimônio tombado, ou por outro modo preservado, municipal (art. 88), no que confere operacionalidade ao disposto na LOMSP, art.149, IV; 192, par. ún., V e 194, I. A política urbana que fomenta tem também por diretriz a proteção do patrimônio dito (art. 10, XI). Ainda seu art. 90, III determina como ação estratégica da política do Patrimônio Histórico e Cultural o asseguramento do adequado controle da interferência visual nas áreas envoltórias de bens tombados, a contribuir para preservação da paisagem urbana. Ao definir as características desejáveis das macroáreas de reestruturação e requalificação urbanas fê-lo o plano diretor com utilização de

zoneamento de usos, sendo que o imóvel em tela compõe zona de fundo definida como ZCPb-05 (zona de centralidade polar - PDE, Quadro 4 do Livro IX, anexo). A ela se sobrepõe uma ZEPEC (PRE-SÉ, art. 33), por ser integrante de área legalmente protegida pelo CONDEPHAAT, como também por compor o **perímetro** referido na Lei 8.323, de 2.12.1975, Quadro 8-B, Z8-200.001. Ainda tem essa natureza por ser inserto em **perímetro** tombado pelo Decreto n.º 26.818/88 (PRE, art. 115, I).

No que concerne ao objeto desta manifestação, porém, resta claro que o bem em comento poderia ser tombado ou compor área envoltória de bem tombado com fulcro na Constituição da República e legislação federal supra referida, quer pelo Estado de São Paulo, à luz do exposto, quer por este Município, haja vista ainda não existir qualquer óbice estadual para tanto, mormente com supedâneo na lei de n.º: 10.032/85, art.s 2.º, I; 7.º e 15 “caput” (com a redação dada pela Lei n.º 10.236/86, art.4.º).

Tendo em conta a reduzida expressividade arquitetônica do edifício em comento, exemplar menor do ecletismo estilístico que caracterizou os programas construtivos burgueses em crescendo vertiginoso a partir de meados do Novecentos, para só prosseguir em lento declínio ao depois dos albores da Arte Nova e, sobretudo, do Movimento Moderno, sua ausência de relevo cultural excepcional sob qualquer ótica e sua não vinculação a eventos notáveis da história pátria, mesmo quando reduzida ao âmbito local, não foi ele julgado digno, justificadamente, de um tombamento individual por qualquer pessoa política.

Entretanto e malgrado sua indigência estética, sobretudo por lhe haverem sido aditados canhestramente três pavimentos não constantes de seu projeto original, como se depreende de “BENS CULTURAIS ARQUITETÔNICOS NO MUNICÍPIO E NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO”, SNM/EMPLASA/SEMPA, São Paulo, 1984, fl. 338, por restar assente em sítio histórico da maior relevância, onde ocorreram a primeira e a segunda fundações desta Capital, respetivamente em 1532 e 1554, foi inserto em um dos perímetros que deliberou a Edilidade mediante a Lei n.º 8.328, de 2.12.75 discriminar para preservação em razão de zoneamento definido como Z8-200, utilizado com respeito a “*imóveis de caráter histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico*” (art. 1.º, d), mais precisamente o demarcado como Z8-200.002 no Quadro 8-B dessa Lei (ora já revogada pelo PRE, art. 115, II), nesses termos:

“O PATEO (SIC) DO COLÉGIO E ADJACÊNCIAS. ALÉM DE SER O LOCAL DA FUNDAÇÃO DA CIDADE, AINDA EXISTEM NAS ADJACÊNCIAS OUTRAS CONSTRUÇÕES DE INTERESSE: O ANTIGO BECO DO COLÉGIO AO

LADO DA CASA DA MARQUÊSA (SIC) DOS SANTOS; UMA PERSPECTIVA PARA A PRAÇA DA SÉ EMOLDURADA PELO SOBRADO AZUL DE 1888 DAQUELE LOGRADOURO (N.º 57); OS EDIFÍCIOS DE RAMOS DE AZEVEDO, O PRÉDIO DA BOLSA DE MERCADORIAS, ANTIGA POLÍCIA E O PRÉDIO TOMBADO DE TAIPA DE PILÃO, QUE PERTENCEU À MARQUESA (SIC) DOS SANTOS, ÚLTIMO REMANESCENTE DAS CONSTRUÇÕES PARTICULARES DE TAIPA NO CENTRO.”

Como se pode observar não fez aquela norma qualquer referência ao desimportante edifício em comento, que apenas foi inserto na mancha referida por mero acidente espacial. Nota-se que a enunciação foi *numerus clausus*. O que justificou a adoção de zoneamento em vez de tombamento para preservação da área em referência foi a óbvia constatação de que não havia méritos bastantes nos mais edifícios nela integrados para justificar então qualquer restrição mais gravosa à propriedade de tais bens mediante tombamento. O que se fez foi o resguardo da ambiência dos bens nomeados, pela preservação volumétrica e frontispicial dos edifícios que lhes são próximos, em perímetro, aliás, imprecisamente expresso com o equívoco termo: “adjacências”.

O tombamento das casas conjugadas, erroneamente designadas “solar”, que pertenceram à Marquesa de Santos a que se referiu o texto supra foi feito com fulcro no P.A. estadual n.º 07852/69 pela Resolução s/n.º, de 14-6-1971, publicado no DOESP de 15.6.1971, Seção I, p.35 (cópia anexa), onde se pode ver que essa atuação estatal não fez qualquer alusão à preservação de área envoltória das casas, de sorte a preservar-lhes a ambiência. E tal se deu não por desdém estatal, mas por se haver entendido bastante *in casu* a genérica guarida do entorno propiciada por outra norma estadual: um dos vários decretos sem número datados de 19.12.1969, o que constituiu o CONDEPHAAT e dispôs sobre tombamento naquela esfera, regulando a Lei n.º 10.247, de 22 de outubro de 1968 e o Decreto-Lei n.º 149, de 15 de agosto de 1969. Esse Decreto, em seu art. 15 positivou:

“Nenhuma obra poderá ser executada na área compreendida num raio de 300ms. (trezentos metros) em torno de qualquer edificação ou sítio tombado sem que o respectivo projeto seja previamente aprovado pelo Conselho, para evitar prejuízo à visibilidade ou destaque do referido sítio ou edificação.(grifo meu).”

Ora, não é mister perspicácia para se constatar que o célebre raio de 300m. apenas afeta os aspectos exteriores dos prédios eretos nesse perímetro, ou seja, suas volumetrias e fachadas. E não poderia ser diferente, pois o escopo do *discrîmen* é de cunho estético, afeto ao sensorialmente perceptível, sobretudo nos planos imagético, plástico, de sorte a conferir ambiência ao repositório físico das expressões de axiomas socialmente relevantes em plano tal que ensejaram a inscrição daquele nos livros do Estado destinados a assinalar os testemunhos materiais constituídos como perpetuamente intangíveis para servir de testemunho eterno dos signos morais nele encerrados.

Ao depois, já em 16 de março de 1979, o Decreto estadual n.º 13.426, que criou a Secretaria de Estado da Cultura, em seu art. 137 repetiu integralmente esse dispositivo. Ou seja, nada impede no plano das legislações federal e estadual a pronta intervenção física, sem oitivas de órgãos de preservação, no interior do imóvel em foco. E não se haverá de cogitá-las porque o IPHAN nada distinguiu para preservação relativamente a esse imóvel e porque ao CONDEPHAAT não foi atribuída competência para exarar quaisquer atos administrativos decisórios *in casu*, pois que a pretendida intervenção no local em referência será restrita ao interior do imóvel em tela, não abrangido pela legislação colacionada. Penso ser tal conclusão impassível de válida oposição, haja vista que não há de modo algum possibilidade de em decorrência da aventada intervenção se causar qualquer dano aos valores tutelados por aquelas esferas na forma supra demonstrada. Naturalmente deverá, SMJ, ser tomada toda a sorte de providências para absoluto resguardo do exterior do prédio, bem como de toda a legislação edilícia concernente ao mesmo aquando da consecução das obras em seu cerne.

Tornando ao âmbito municipal, o Decreto n.º 26.818, de 9 de setembro de 1988, dispôs sobre o tombamento de imóveis localizados no Pátio do Colégio. E explicitou determinar essa providência para alçar o local já objeto de categorização como Z8-200 a bem tombado. Nos *consideranda* desse Decreto restou expresso o interesse da Administração em zelar pela preservação daquele local, que declarou dispor de grande potencial ambiental, “riquíssimo patrimônio edificado” de variada tipologia formal, mobiliário urbano e obras de arte, de onde se descortina amplo panorama, de modo a conferir ambiência ao *locus* da gênese de São Paulo, que se pretende tutelar para eterna memória dos “notáveis aspectos histórico, paisagístico e simbólico daquele sítio tradicional”.

O tombamento em apreço, pela sua própria natureza, fez-se por “perímetro”. O que foi lógico ante as premissas dos *consideranda*. Não se buscou por ele o tombamento de qualquer imóvel em particular e sobretudo a ele foi estranho qualquer intento de preservação de interiores de edificações existentes no “perímetro” (com a única tácita e supositícia exceção do novel templo jesuítico, mais pelo que de imaterial encerra do que pelos peregrinos fragmentos sensoriais que ora acolhe), que não se restringiu ao Pátio do Colégio, mas abrangeu uma sua extensa área envoltória, a intuir necessariamente a natureza anelar e concêntrica dos axiomas preservados, em um crescendo de importância centrípeta desde a área periférica que se presta, à feição de pia de água-benta, para uma simbólica ablução que resgata pela ambiência o município progressivamente do buliço da profana e materialista metrópole moderna para o espaço sacralizado do Pátio do Real Colégio de São Paulo, segundo anel e prosclínio da cena do reconstituído frontispício da Igreja já muita vez reedificada do Apóstolo do Gentio, ereta por primeiro por um rei gentio, que se submeteu ao imperador cujo corpo se creu exposto mais além da fachada-cena, que se fez prosclínio de outras cenas-prosclínios aneladamente sucessivas e supostas: o sacrário que serve de escrínio ao Cordeiro, que foi e será imolado na Ara, derradeiro prosclínio-cena do incruento sacrifício do homem-Deus para, pelo repasto teofágico de seus despojos, misericordiosamente remir seus filhos, os ora milhões de fregueses da Casa espiritual de São Paulo, herdeiros dos catecúmenos de Nóbrega e de Anchieta, na *celula mater* desta imensa metrópole, da danação eterna a que por pecado os condenara, proporcionando mediante esses àqueles o fecundo presente e o risonho porvir dos filhos da “Civilização Paulista” que, reconhecidos, resgatam igualmente no panteão cívico-religioso polissêmico daquele altar da pátria o culto a seus avoengos, a quem erigiram o padrão da “Glória Imortal aos Fundadores de São Paulo”.

Não é possível ser mais barroco! Mas, isso dito, onde está o propósito do Decreto n.º 26.818, de 9 de setembro de 1988, de preservação dos pobres espaços interiores do coadjuvante edifício do Pátio do Colégio n.ºs 9, 13 e 15 nesse espetáculo? Por óbvio em nenhures, posto que não existe! E Vossa Excelência, como primeiro auxiliar do então Chefe do Poder Executivo Municipal no exercício desse Poder, na condição de Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos (C.F. de 1969, art.s 15, I e II; 73), na falta do Presidente Jânio Quadros é quem pode exprimir a *mens* autêntica da vontade posta pelo referido Decreto.

É em decorrência do exposto que, ainda ao depois, coerentemente, as resoluções n.ºs 05/91, que tombou *ex officio* bens estadualmente tombados, e 44/92 do CONPRESP não contemplam o imóvel em referência. E saliento que a segunda, mediante que se “abriu” processo de tombamento dos imóveis enquadrados na antiga zona de uso Z8-200 sequer se dignou listar o imóvel em comento, da mesma forma que a Lei n.º 8.328/75.

A Lei n.º 13.885/04 dispôs sobre as ZEPECs, entre outros dispositivos, em seus art.s

114/128, genericamente. O Decreto n.º 48.163, de 28.2.2007, ao regulamentar os art.s 116 e 127 da Lei n.º 13.885/04, atribuiu no art. 2.º, par. ún. ao CONPRES P a competência para a par do DPH analisar prévia e tecnicamente as intervenções em imóveis enquadrados em ZEPEC. Mas, ainda em coerência com o já exposto, a Resolução n.º 26/CONPRES P/2004, que ensejou o tombamento provisório dos imóveis enquadrados como ZEPEC pelo PRE absolutamente não referiu o imóvel em análise e sequer nomeou o Pátio do Colégio e adjacências. E é evidente que outra não poderia ser a posição desse edifício no “CIT- CADASTRO DE IMÓVEIS TOMBADOS (tombados e/ou em processo de tombamento e suas áreas envoltórias)”, mantido pelo CONPRES P por intermédio do DPH, como se vê no *print* anexo:

“Dados de Tombamento - Nível de preservação do Imóvel: **TOMBADO - PRESERVAÇÃO DE FACHADAS E VOLUMETRIA** - Descrição dos atos de tombamento do Imóvel: **DECRETO NO. 26.818 -TOMB. DA AREA DO PATEO DO COLEGIO; A.E. DA CASA DA MARQUESA E DA RES. ELIAS PACHECO CHAVES (TEO TES. 05/91).**”

Como pode ser constatado do exposto, nem ao CONPRES P e nem ao DPH remanescem dúvidas sobre a inexistência de tombamento de interiores daquele simplório edifício. Ora, como não se fará qualquer intervenção em fachadas e volumetria desse que pudesse ensejar dano aos valores culturais nele tutelados pelo Poder Público, não há como justificar, SMJ, oitivas acerca da admissibilidade da adaptação de seus interiores a órgãos incompetentes para exarar atos administrativos decisórios acerca dessa matéria, em interpretação teleológica e sistemática da legislação em referência. Seria movimentar o aparato administrativo do Município sem causa, o que é inaceitável e mesmo passível de censura.

Em face ao exposto reitero não haver qualquer óbice na legislação em vigor ao desiderato, aliás louvável por oportuno, de reforma interior de quaisquer dos pavimentos do edifício em foco, afetados aos serviços públicos a cargo desta Pasta, sob o prisma do Patrimônio Cultural protegido deste Município, para instalação naquele local do CEJUR e demais destinações que couberem a Vossa Excelência determinar, pela competência.

É o que me ocorre, *a prima facie*, submeter à consideração e crivo de Vossa Excelência que, com maior descortino, melhor dirá.

CARLOS EDUARDO GARCEZ MARINS
Procurador Assessor-Jurídico

MARCAÇÃO DE VEREADORES EM REDES SOCIAIS

PARECER Nº 106/2018

TID 17504119

Dra. Procuradora Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. responsável pelo Portal da Câmara Municipal de São Paulo, em que indaga sobre o uso legal das redes sociais.

Relata que, no ano de 2017, foi realizada reunião onde teria restado estabelecido como padrão não marcar nomes de vereadores nas postagens do *Facebook* enquanto houvesse impulsionamento, mediante pagamento de postagens. Que até então, os vereadores eram marcados em postagens como em outras Casas Legislativas. Referido impulsionamento só teria sido interrompido no período de pagamento de postagens.

Informa que neste ano não houve qualquer impulsionamento e que o alcance de postagens foi reduzido, fazendo com que menos municípios recebam informações da Câmara via *facebook*. Entende que uma das formas de se aumentar esse alcance é o de retomarem a marcação de vereadores.

Por fim, indaga se é possível que essas marcações sejam retomadas, como outras Casas Legislativas vêm fazendo, já que não há impulsionamento.

É o relatório. Passo a opinar.

Na verdade, quando da realização da reunião a que se refere o consulente, a orientação foi no sentido de não haver qualquer tipo de marcação de vereadores, mesmo quando não houvesse impulsionamento. Isto porque a publicidade institucional é aquela insculpida no art. 37, §1^o¹⁴³ da Constituição Federal. Depreende-se da leitura do artigo que, independentemente de haver dispêndio de dinheiro público com a publicidade institucional, ela deve ter caráter informativo, educativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Ao se fazer a marcação de vereadores no *facebook*, a Câmara remete o usuário imediatamente à página pessoal dos vereadores, cujo acesso é controlado diretamente pelo próprio vereador, sem qualquer tipo de controle de conteúdo pela Câmara.

143 Art. 37...

§ 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.

Não há como, portanto, evitar que não haja qualquer tipo de publicação que não se coadune com a Constituição Federal, já que o conteúdo da página do vereador é controlado diretamente pelo próprio vereador. Poderia, inclusive, caracterizar-se como promoção pessoal dos senhores vereadores a remessa para sua página pessoal por meio da página institucional da Câmara.

É a minha manifestação, que submeto ao juízo de Vossa Senhoria.

São Paulo, 15 de março de 2018

Érica Corrêa Bartalini de Araujo
Procuradora Legislativa Supervisora – Setor Jurídico-Administrativo
OAB/SP 257.354

**PROJETO DE INTERVENÇÃO URBANA –
PARTICIPAÇÃO POPULAR – ALCANCE; PLANO
DIRETOR – DISCIPLINA ESPECIAL – POSSIBILIDADE.
NOTA TÉCNICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO QUESTIONANDO A
CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº
0204/2018**

PARECER Nº 233/2018

Sra. Procuradora Legislativa Supervisora,

Trata-se de ofício encaminhado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo com o objetivo de contribuir com o debate sobre o Projeto de Lei nº 0204/2018, de autoria do Poder Executivo, que *“aprova Projeto de Intervenção Urbana para o perímetro do Arco Jurubatuba, em atendimento ao inciso III do § 3º do artigo 76 da Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014; cria as Áreas de Intervenção Urbana Vila Andrade, Jurubatuba e Interlagos”*.

O Sr. Defensor, Dr. Douglas Tadashi Magami, visando à defesa do direito à moradia e à cidade das comunidades vulneráveis de baixa renda, encaminhou a Nota Técnica, notadamente diante da responsabilidade desta Edilidade no controle preventivo de constitucionalidade, a fim de que a Câmara Municipal de São Paulo *“suprima o inciso III do § 1º do artigo 32 que prevê a não aplicação da cota de solidariedade no projeto estratégico interlagos, bem como o artigo 16 do projeto de lei que flexibiliza e distorce as regras aplicáveis às Zonas Especiais de Interesse Social; garanta, por meio de alteração de redação, a necessidade de controle social dos denominados projetos estratégicos; garanta, por meio de alteração da redação, que eventual viário que interfira em alguma comunidade de ZEIS 1 seja aprovado pelo respectivo Conselho Gestor a fim de se garantir a concretização da diretriz geral da política urbana da gestão democrática das cidades; garanta, por meio de alteração da redação, que eventuais reassentamentos de comunidades seja feito dentro do perímetro de adesão, com participação popular, e não no perímetro expandido e que eventual reassentamento seja feito sob a condição da prévia existência de unidades habitacionais a fim de se evitar que as pessoas fiquem por período indeterminado em atendimento*

habitacional provisório, sob pena de o Poder Público incorrer em grave violação ao direito à moradia e retrocesso no seu dever de proteção, em prejuízo às famílias de baixa renda”.

Inicialmente, aponta o Sr. Defensor que não teria existido discussão quanto à implantação de obras e de viários com as comunidades que sofrerão os seus efeitos. Em relação à participação popular no processo legislativo, deve-se atentar para o fato de que o Poder Executivo, autor do Projeto, na Carta de Encaminhamento da propositura, expressou que o Projeto de Intervenção Urbana em questão foi elaborado a partir de intenso processo participativo.

Já no âmbito desta Casa Legislativa, a participação popular no processo legislativo se efetiva especialmente na realização das audiências públicas, sendo certo que o art. 41, inc. VI, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, prevê a realização de no mínimo duas audiências na tramitação de projetos que versem sobre *zoneamento urbano, geo-ambiental e uso e ocupação do solo*.

As comunidades afetadas (com exceção da comunidade Chapada de Minas), segundo o Sr. Defensor Público, estariam inseridas em áreas de ZEIS-1, área onde deve ser realizada regularização fundiária e urbanística, haja vista determinação expressa do art. 44, do Plano Diretor Estratégico, razão pela qual eventual remoção das comunidades violaria o Plano Diretor e a função social da propriedade.

Referido dispositivo do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014) possui a seguinte redação:

Art. 44. As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), demarcadas nos Mapas 4 e 4A, são porções do território destinadas, predominantemente, à moradia digna para a população da baixa renda por intermédio de melhorias urbanísticas, recuperação ambiental e regularização fundiária de assentamentos precários e irregulares, bem como à provisão de novas Habitações de Interesse Social - HIS e Habitações de Mercado Popular - HMP a serem dotadas de equipamentos sociais, infraestruturas, áreas verdes e comércios e serviços locais, situadas na zona urbana. *O Projeto de Lei nº 0204/2018, neste aspecto, prevê um programa de intervenções (art. 35 e seguintes), que compreende, nos termos da propositura:*

Art. 35. O Programa de Intervenções do PIU-ACJ compreende:

I - o atendimento da política habitacional de interesse social que priorize as famílias com renda até 3 (três)

salários mínimos, podendo abranger:

- a) a aquisição de terrenos para subsídio à produção habitacional de interesse social e à provisão de moradias;
 - b) a construção de parque público de Empreendimentos de Habitação de Interesse Social - EHIS, inclusive com a implantação de uso misto nas edificações, nos termos da legislação de regência;
 - c) a regularização fundiária;
 - d) a urbanização de assentamentos precários e a reforma de edificações existentes;
 - e) o atendimento habitacional temporário subsidiário às ações promovidas diretamente pelo Poder Público quando impactado pelo Programa de Intervenções do PIU-ACJ;
 - f) a atualização do Sistema de Informações para Habitação Social - HABISP, da área de abrangência do PIU-ACJ;
 - g) a realização de parcerias com o setor privado para a provisão de habitação de interesse social;
- II - a execução do Plano de Melhoramentos Viários indicado no Mapa VI desta lei e descrito em seu Quadro 3;
- III - a implantação da rede de parques, praças e áreas públicas indicadas no Mapa V desta lei e relacionadas em seu Quadro 1C;
- IV - a requalificação de logradouros, compreendendo melhorias de passeios, de pavimento, de iluminação pública, de arborização urbana e paisagismo, de acessibilidade e de mobiliário urbano, o reordenamento de sinalização viária horizontal, vertical e semaforica, correções geométricas, ciclovias e ciclofaixas, bem como de soluções não estruturais de drenagem, em especial nos Eixos Estratégicos, Eixos Ambientais e nos logradouros indicados no Mapa VII desta lei e descritos em seu Quadro 3;
- V - a execução de obras de drenagem para contenção ou mitigação de alagamentos na área do ACJ previstas no Mapa VII desta lei;
- VI - o subsídio à ampliação e melhoria do sistema de transporte coletivo de média capacidade, incluindo a implantação ou reforma de corredores de ônibus;

VII - a implantação e melhorias da rede de equipamentos públicos, incluindo:

- a) equipamentos sociais e urbanos necessários ao adensamento e melhoria da qualidade de vida da região;
- b) a requalificação dos equipamentos existentes;
- c) a aquisição de terrenos para as finalidades previstas neste inciso;

VIII - ações de preservação do patrimônio histórico, ambiental e cultural, incluindo-se subsídios à restauração e à readequação de edificações de interesse histórico públicas ou privadas, neste caso, em parceria com os respectivos proprietários, atendido o interesse público;

IX - ações de priorização dos pedestres e aumento da caminhabilidade no perímetro do “Centro Histórico de Santo Amaro”, definido no Mapa VII desta Lei, contemplando o redesenho da geometria das vias públicas e a qualificação dos seus passeios;

X - a desapropriação de imóveis, inclusive para posterior revenda, necessárias à implantação dos Projetos de intervenção Urbana, Projetos Estratégicos e ao programa de intervenções previstos nesta lei;

XI - o subsídio ou fomento para transformação ou requalificação do território do ACJ;

XII - contratação de projetos de desenvolvimento e detalhamento dos Planos de Ação Integrada e Projetos Estratégicos;

XIII - a implantação dos Projetos Estratégicos derivados deste PIU, nos termos desta lei;

XIV - a estruturação do programa de desenvolvimento econômico específico para a dinamização das indústrias instaladas ou que vierem a se instalar na Zona Predominantemente Industrial (ZPI - 1) do Distrito do Socorro.

Sendo assim, na medida em que a proposta prevê medidas que envolvem melhorias urbanísticas na área especificada, em tese e no aspecto jurídico, concretiza a disposição do Plano Diretor do Município de São Paulo.

Ademais, necessário registrar, também, que o próprio Plano Diretor, em seu art. 76, § 1º, VIII, d, exclui as áreas contidas na Macroárea de Estruturação Metropolitana no subsetor Arco Jurubatuba da área de influência dos Eixos de Estruturação e Transformação Urbana, determinando que sejam encaminhados à Câmara Municipal projetos de lei com disciplina especial de uso e ocupação do solo para a área em questão, até 2017 (art. 76, § 3º, III).

O Projeto de Intervenção Urbana, como o previsto na propositura ora analisada, nos termos do mesmo diploma legal, é um instrumento de política urbana com objetivo de subsidiar e apresentar as propostas de transformação urbanísticas, econômicas e ambientais nos perímetros onde forem aplicados os instrumentos de ordenamento e reestruturação urbana (art. 136).

Por estas razões, ao contrário das ponderações contidas na Nota Técnica, considero que, havendo necessidade de reassentamento de comunidades, observados os princípios da legislação urbanística, estas não caracterizam, em abstrato e por si só, violação da ordem constitucional.

De fato, estando a área contemplada em ZEIS-1, os arts. 48 e seguintes do Plano Diretor Estratégico determinam a constituição de Conselhos Gestores *“compostos por representantes dos moradores, do Executivo e da sociedade civil organizada, para participar da formulação e implementação das intervenções a serem realizadas em suas áreas”*.

No entanto, conforme já apontado, a participação popular na formulação das políticas públicas foi observada pelo Poder Executivo, de acordo com as informações remetidas a esta Casa Legislativa. E, no processo legislativo, esta participação é observada no trâmite do processo, através da convocação de audiências públicas.

Durante a execução dos projetos urbanísticos, o art. 24 do Projeto e o seu parágrafo único, que segundo a Nota Técnica não contaria com necessidade de controle social e participação popular, prevê *a elaboração dos Projetos Estratégicos pela SP-Urbanismo ou sob sua coordenação, implantados por intermédio de Projetos de Intervenção específicos, utilizados instrumentos de política urbana ou gestão previstos no Plano Diretor Estratégico*. Assim, não excluiu a incidência dos princípios de participação estatuídos pela legislação urbanística.

Por outro lado, alega o Sr. Defensor que não haveria garantia de reassentamento das comunidades no perímetro de adesão da intervenção; também não haveria garantias de que comunidades removidas sejam assentadas em atendimento habitacional não provisório.

Dispõe o Projeto de Lei:

Art. 16. O atendimento habitacional correspondente às áreas demarcadas como ZEIS nas AIU do ACJ que forem

atingidas pelo Plano de Melhoramentos Públicos do Programa de Intervenções desta lei, indicado no Mapa VII desta lei, será precedido de submissão da matéria ao respectivo Conselho Gestor e de Plano de Reassentamento que defina o atendimento às famílias afetadas em terrenos situados no perímetro do PIU-ACJ, a uma distância máxima de 1 km (um quilômetro) de estação ou terminal de integração do Sistema de Transporte Público Coletivo.

Desta forma, a propositura, prevendo a participação do Conselho Gestor, garante um plano de reassentamento com atendimento das famílias afetadas a uma distância máxima de terminal de integração do Transporte Público Coletivo.

Neste contexto, é preciso ter em mente que, como em qualquer instrumento da Política Pública, no caso a Política de Planejamento Urbano Municipal, nele se verificará uma opção do Poder Público, que adotará uma das soluções possíveis e que entender mais convenientes e oportunas, visando garantir o interesse público, dentro dos preceitos constitucionais aplicáveis ao caso.

Assim, desde que não exista um descompromisso com a integridade inerente à Política Urbana Municipal e ao Plano Diretor Estratégico, a formulação da Política Urbana exige adequação das exigências técnicas e peculiaridades locais, diante das circunstâncias especiais de tempo e de espaço.

Sob esta perspectiva deve ser lido, também, o art. 32, § 1º, III, do Projeto, que prevê a não aplicação da “cota de solidariedade”:

Art. 32. O Projeto Estratégico Interlagos tem por objetivos promover a manutenção do Autódromo de Interlagos como equipamento capaz de receber eventos de esporte a motor, associada à implantação de parque público e à promoção da urbanização e regularização das áreas demarcadas como ZEIS-1 em seu entorno, mediante a observância das seguintes diretrizes gerais:

I - urbanização das ZEIS - 1 do entorno, apontadas no Mapa VIII desta Lei, promovendo-se o atendimento da população residente;

II - promover a interconectividade dos empreendimentos do autódromo por intermédio de passagens acessíveis sobre ou sob a pista;

III - preservar a visibilidade da pista a partir da perspectiva dos

expectadores dos eventos, manejando as cotas altimétricas de empreendimentos que venham a se instalar no perímetro do autódromo.

§ 1ª Na área abrangida pelo Projeto Estratégico Interlagos:
I - ficam permitidos todos os usos de categoria R e NR, com exceção dos usos Ind—2 e Ind-3;

II - não se aplicam os índices de destinação de área pública definidos no Quadro 2 da Lei nº 16.402, de 2016 — LPUOS;

III - não se aplicam as disposições dos artigos 111 e seguintes da Lei nº 16.050, de 2014- PDE.

O Plano Diretor Estratégico, nos arts. 111 e seguintes, prevê exigência na conclusão de empreendimentos imobiliários ou na implantação de planos e projetos urbanísticos, consistente “*na produção de Habitação de Interesse Social pelo próprio promotor, doação de terrenos para produção de HIS ou a doação de recursos ao Município para fins de produção de Habitação de Interesse Social e equipamentos públicos sociais complementares à moradia*”.

O Projeto, ao mesmo tempo em que prevê a não aplicabilidade do dispositivo em questão, prevê outras medidas no processo de urbanização do local, dentre as quais a reserva de receitas auferidas no processo de desestatização para esta finalidade (art. 34, parágrafo único), por exemplo.

Quanto ao alegado vício formal de inconstitucionalidade, é inegável a possibilidade de legislar sobre projetos específicos de ordenamento do espaço urbano, através de normas de planejamento urbano exógenas ao Plano Diretor, conforme entendimento consolidado do E. Supremo Tribunal Federal sobre a questão, em Tema de Repercussão Geral nº 348, assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ORDEM URBANÍSTICA. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PODER NORMATIVO MUNICIPAL. ART. 30, VIII, E ART. 182, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO DIRETOR. DIRETRIZES BÁSICAS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPREENSÃO. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover,

no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, caput). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE 607940/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, pub. DJE 26.02.2016)

Conforme autorizado ensinamento do Exmo. Ministro Teori Zavascki sobre o tema, proferido no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940-DF, paradigmático no sistema da repercussão geral sobre o aludido Tema, cabe aos Municípios legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano, inclusive mediante disciplina jurídica autônoma:

Depreende-se desse conjunto normativo que o plano diretor é

um instrumento de política urbana, com natureza de norma jurídica de ordem pública, cujo conteúdo deverá sistematizar a existência física, econômica e social da cidade, estabelecendo objetivos gerais a serem perseguidos na sua administração e instituindo normas que limitam as faculdades particulares de disposição inseridas no direito de propriedade em nome do aproveitamento socialmente adequado dos espaços urbanos.

(...)

Não há dúvida de que as normas constitucionais trazidas a cotejo impõem certas limitações à autonomia das Casas legislativas dos municípios de demografia populacional superior a 20.000 (vinte mil) habitantes, exigindo-lhes, antes de mais nada, um dever de atuação positiva consistente na elaboração de um plano diretor. Todavia, nem toda a matéria urbanística deve estar necessariamente contida nesse Plano, cujo conteúdo material não tem delimitação objetivamente estanque no texto constitucional. Tanto no caput, quanto nos dois parágrafos subsequentes do artigo 182, a Constituição utiliza locuções dotadas de significativo grau de indeterminabilidade semântica para se referir ao conteúdo do plano diretor, tais como “diretrizes gerais” (caput), “instrumento básico” (§ 1º) e “exigências fundamentais de ordenação”. Essa indeterminação conceitual abre espaço a legítimos preenchimentos valorativos que, sem comprometimento do núcleo normativo essencial, atendam circunstâncias especiais de espaço e de tempo.

*Decerto, os preceitos em questão determinam seja o plano diretor instrumento básico, geral e fundamental da política de desenvolvimento e expansão urbana. Isso significa que o plano há de possuir um certo grau de universalidade na percepção dos espaços habitáveis da cidade, princípio de inteireza sem o qual ficaria ele inapto para fins a que deve servir, de construir um planejamento de expansão distrital. **Contudo, isso não conduz, necessariamente, à conclusão de que todas as formas de parcelamento, uso ou ocupação do solo devam estar inteiramente disciplinadas pela Lei do Plano Diretor. Há determinados modos de aproveitamento do solo urbano que, pelas suas singularidades, podem, legitimamente, receber***

disciplina jurídica autônoma.

(com destaques nossos)

Na Política Urbana Municipal, aliás, o próprio Plano Diretor Estratégico prevê disciplina especial de uso e de ocupação do solo para áreas específicas, como a tratada no Projeto de Lei em questão, no art. 76, § 3º. E, ainda que a proposta vise disciplinar Projeto de Intervenção Urbana em norma esparsa, em vista do conteúdo da proposta recomenda-se a aplicação do quorum estabelecido pelo art. 40, § 4º, inc. I, da Lei Orgânica do Município.

Diante deste quadro, forçoso concluir que, nesta fase, não se vislumbra inconstitucionalidade do Projeto de Lei, uma vez que, por um lado, observada a necessária participatividade, por outro, não verifico incompatibilidade frontal às disposições da legislação urbanística destacadas. Enfatize-se que, no mérito, a proposta deverá ser avaliada pelas Comissões de Mérito, que analisarão a sua pertinência e adequação ao interesse público.

É o entendimento, s.m.j., que submeto à apreciação superior.

São Paulo, 21 de junho de 2018.

JULIANA TONGU REINHOLD

Procuradora Legislativa

OAB/SP nº 255.764

Peças Judiciais

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 2167028-66.2017.8.26.0000

Tema: Competência para atribuição de denominação de logradouro público

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR, DR. MOACIR PERES, DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Autos n. 2167028-66.2017.8.26.0000

MESA DA CÂMARA MUNICIPAL, representada por seu Presidente, PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, assistidos por seus procuradores (Doc. 01), nos autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** acima indicada, proposta pelo **EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. ofício n° 3145-O/2017- amp, apresentar

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir:

I. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendente à declaração de **inconstitucionalidade da Lei Municipal n° 16.629, de 17 de abril de 2017**, que **acrescentou à denominação da Ponte das Bandeiras o nome Senador Romeu Tuma**, nos seguintes termos:

“Art. 1º Fica acrescido à denominação da Ponte das Bandeiras (CADLOG 27.419-4) o nome Senador Romeu Tuma, situada ao longo da Avenida Santos Dumont sobre o canal do Rio Tietê e a Avenida Presidente Castelo Branco (Setores 018 e 073/ARs Sé e ST), n° 47º Subsdistrito – Vila Guilherme.”

Para tanto, invoca o Requerente violação aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, sob os seguintes argumentos:

- 1) A previsão inserta no **artigo 30, inciso I da Constituição Federal**¹⁴⁴, no que tange às regras de outorga de denominação de logradouros e próprios públicos, apenas seria aplicável para *“a edição de regras que disponham genérica e abstratamente sobre a denominação de logradouros e de próprios públicos”*, e não para normas específicas que atribuam nomes a logradouros públicos, o que seria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo;
- 2) Nesse passo, invoca que *“a aprovação de lei, de iniciativa parlamentar, que atribui nome a logradouro ou prédio público só pode ser interpretada como atentatória ao postulado constitucional da independência e harmonia entre os poderes (CE, art. 5º)”*;
- 3) Conclui, então, que a *“concessão de denominação a determinado bem municipal é ato concreto de administração, parte integrante do serviço público de sinalização urbana, cujo único responsável é o Prefeito”*;
- 4) Por fim, aponta que o artigo 24, § 6º da Constituição do Estado de São Paulo¹⁴⁵, incluído por meio da Emenda Constitucional nº 43, é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20773870-54.2017.8.26.0000, proposta pelo próprio Requerente, com liminar deferida em 02 de agosto p.p..

Nesse passo, em total **dissonância à orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.911/RJ (Tema 917¹⁴⁶)**, o **pleito de liminar restou deferido** por esse Exmo. Desembargador Relator, com a suspensão da eficácia da lei municipal impugnada, haja vista *“entender relevantes os fundamentos do pedido de liminar (fumus boni iuris), e considerando a possibilidade de a norma em questão acarretar prejuízos, com eventuais lesões de difícil reparação à gestão municipal (periculum in mora)”* (fls. 136/137).

Todavia, conforme restará demonstrado, a presente demanda deverá ser

144 **Art. 30.** Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;...

145 § 6º - *A atribuição de denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma de legislação competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica.*

146 **Tema 917** – *Competência para iniciativa de lei municipal que preveja a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias.*

julgada improcedente, haja vista os termos **da tese firmada no Tema 917 pelo E. Supremo Tribunal Federal**, bem como os **recentes julgados exarados por esse C. Órgão Especial nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2258181-54.2015.8.26.0000 e 2123576-06.2017.8.26.0000**.

II. DO MÉRITO

Da constitucionalidade da norma impugnada

Como admitido pelo próprio Requerente em sua peça exordial, ***“a denominação de logradouros e de próprios públicos é matéria de interesse local (CF, art. 30, I), dispondo, assim, os Municípios de ampla competência para regulamentá-la, pois foram dotados de autonomia administrativa e legislativa”***. De se lembrar que tal disposição, ao contrário do apontado pelo I. Requerente, é expressa ao se referir à **competência “legislativa”, e não “administrativa”**.

Ora, a limitação invocada pelo demandante a referida disposição constitucional, no sentido de que tal competência se limitaria às *“regras que disponham genérica e abstratamente sobre a denominação de logradouros e de próprios públicos”*, não encontra qualquer respaldo em norma constitucional ou legal, seja no que tange ao instrumento (ato administrativo, sem olvidar que a norma constitucional expressamente indica “competência legislativa”), seja no que tange à iniciativa legislativa. Pelo contrário, conforme já firmou o **E. Supremo Tribunal Federal**, as iniciativas privativas do Chefe do Poder Executivo, previstas no **artigo 61, § 1º da Carta Magna**, devem ser **interpretadas de forma restritiva**, sob pena, inclusive, de **violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes (artigo 2º CF)**.

E em consonância com a disposição constitucional apontada (**artigo 61, § 1º CF**), são **matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo**, as leis que:

- I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
- II – disponham sobre:
 - a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
 - b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
 - c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico,

- provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
 - e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
 - f) militares das forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Na mesma senda são as prescrições dos **artigos 24, § 2º da Constituição do Estado de São Paulo e 37, § 2º da Lei Orgânica do Município de São Paulo**, sem olvidar que nenhuma dessas disposições preveem como atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo a outorga de nome a logradouros e próprios públicos. Pelo contrário, a **Lei Orgânica do Município de São Paulo** (www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/educacao/cme/LOM.pdf), em seu **artigo 13, incisos I e XVII**, outorgam à Câmara Municipal competência para **legislar sobre assuntos de interesse local**, bem como **autorizar, nos termos da lei, a alteração de denominação de próprios, vias e logradouros públicos** – disposição essa inclusive invocada como fundamento de constitucionalidade do então Projeto de Lei, pela Comissão de Constituição e Justiça, no âmbito do controle prévio de constitucionalidade da norma impugnada (Doc. 02).

No mesmo sentido, a **Constituição do Estado de São Paulo** – parâmetro a ser utilizado para julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de norma municipal (**artigo 125, § 2º CF**) – prevê, em seu **artigo 24, § 6º**, que:

“A atribuição de denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma da legislação competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica.”

E nem se alegue, como invocado na peça exordial, que tal disposição foi suspensa nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2073870-54.2017.8.26.0000, na medida em que tal suspensão se deu em **DECISÃO MONOCRÁTICA (Doc. 03)**, objeto de **Agravo Interno interposto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, ainda pendente de**

juízo (Doc. 04), no qual se invocou 1. usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, 2. ofensa ao princípio da reserva de Plenário (Súmula Vinculante nº 10), além de 3. ausência de fundamentação da decisão que concedeu a liminar (Doc. 05).

E especificamente sobre a interpretação adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, cabe invocar, como já indicado acima, julgamento exarado nos autos da **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911-RJ, que deu ensejo à edição do Tema 917**, por meio de acórdão assim Ementado:

“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.” (Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, m.v., Plenário Virtual, 30/09/2016, com trânsito em julgado). Nos fundamentos de tal julgado assentou-se:

“...Discute-se, portanto, a aplicação da reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, II, da Constituição à legislação que cria obrigações a órgãos do Poder Executivo, com consequente aumento de despesa.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no artigo 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa d elei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao

*funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido, cito o julgamento da ADI 2.672, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator p/ acórdão Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ 10.11.2006; da ADI 2.072, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 2.3.2015; e da ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, DJe 215.8.2008.....Assim, somente nas hipóteses previstas no art. 61, § 1º, da Constituição, ou seja, nos projetos de lei cujas matérias sejam de iniciativa reservada ao Poder Executivo, é que o Poder Legislativo não poderá criar despesa. No caso em exame, **a lei municipal que prevê a obrigatoriedade e instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada...**” (destaques nossos).*

Exatamente em decorrência de tal julgado, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258181-54.2015.8.26.0000**, que teve curso perante esse C. Órgão Especial, em razão de Recurso Extraordinário interposto face ao **v. acórdão que havia declarado inconstitucional Lei Municipal de Sorocaba que atribuiu nomenclatura a praça pública naquela cidade** (Lei Municipal nº 11.203/2015), determinou o E. Supremo Tribunal Federal o retorno dos autos a esse E. Tribunal, nos termos do despacho que segue, exarado pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes:

*“DECISÃO: Verifico que **o assunto versado no recurso extraordinário corresponde ao Tema 917 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 878.911, de minha relatoria, DJe 11.10.2016.** Assim, determino a devolução dos autos ao tribunal de origem, para que observe o disposto no art. 1.036 do Código de Processo Civil.”*

Nesse passo, a fim de se proceder à adequação ao entendimento firmado

pelo E. Supremo Tribunal Federal, esse C. Órgão Especial prolatou novo acórdão assim Ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.203, DE 19 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. ATO NORMATIVO DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE ATRIBUI NOMENCLATURA A PRAÇA PÚBLICA NAQUELA CIDADE. INICIATIVA PARLAMENTAR. DENOMINAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS. INOCORRÊNCIA DE INDEVIDA INVASÃO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA PELO PODER LEGISLATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, 47, II E XIV, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA ADMITIDO PELO STF. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE SE OBSERVASSE O DISPOSTO NO ARTIGO 1.036 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVOCAÇÃO DO TEMA 917 DA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL. CASO EM ANÁLISE, COM SUBSUNÇÃO AO TEMA. ACÓRDÃO ANTERIOR ADAPTADO À JURISPRUDÊNCIA DO E. STF NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.040, INCISO II, DO CPC.

As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição – numerus clausus -, que trata da reserva da iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Portanto, não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.

ACÓRDÃO ADEQUADO AO TEMA 917 DO STF

PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.” (Adin nº 2258181-54.2015.8.26.0000, Órgão Especial TJSP, Relator Desembargador Amorim Cantuária, v.u., julgado em 18/10/2017).

E não é só. Também recentemente, esse C. Órgão Especial decretou a procedência parcial da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2123576-06.2017.8.26.0000**, entendendo então **constitucional disposição que fixa competência da Câmara Municipal de Monte Aprazível, para apreciar a denominação de próprios, vias e logradouros públicos**, por meio de acórdão cuja a Ementa segue a seguir:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 14, INCISO XIV, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE MONTE APRAZÍVEL, QUE FIXA COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA APRECIAR A DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIOS, VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS – ATO NORMATIVO QUE NÃO USURPA ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – PRECEDENTE DESTES C. ÓRGÃO ESPECIAL – TEMA 917 DA REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 878.911/RJ) – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE”.

“Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos” (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes).” (Adin nº 2123576-06.2017.8.26.0000, Órgão Especial TJSP, Relator Desembargador Renato Sartorelli, v.u., julgado em 15/10/2017).

Nos fundamentos de tal julgado esclareceu-se que, exatamente em **decorrência dos termos do julgado do Tema 917 da Repercussão Geral do STF, houve alteração substancial de posicionamento por parte desse C. Órgão Especial, in verbis:**

“...No concernente ao artigo 14, inciso XIV, da Lei Orgânica

do Município de Monte Aprazível, embora anterior à edição da Emenda Constitucional Estadual nº 43/2016, é importante ressaltar que este C. Órgão Especial, em recente precedente da relatoria do ilustre Desembargador Amorim Cantuária, alterou substancialmente o posicionamento desta Corte quanto à competência legislativa para apreciar a denominação de logradouros e próprios públicos, adequando a jurisprudência Bandeirante ao Tema 917 da Repercussão Geral (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes), afastando-se a arguição de violação ao princípio da separação dos poderes por invasão na esfera exclusiva do Chefe do Poder Executivo,...” (destaques nossos).

Face a tais julgados, resta patente que o **precedente invocado na peça exordial (Adin nº 2032984-81.2015.8.26.0000) resta totalmente superado**, o que inclusive é de conhecimento do próprio Requerente, vez que figura no polo ativo da Adin nº 2123576-06.2017.8.26.0000.

Ratifica tal entendimento as informações prestadas pelo Exmo. Sr. Prefeito nos presentes autos (fls. 155/167) – político esse que teria o maior interesse na defesa da tese invocada na exordial, mantendo-se como único titular do direito a nomear próprios públicos municipais - o qual ratifica o entendimento acima esposado.

Outrossim, ainda que se admitisse o afastamento da tese acima invocada, cabe relembrar que a **Lei Municipal impugnada não alterou a denominação já outorgada pelo Poder Executivo à “Ponte das Bandeiras”**, mas apenas prestou homenagem a **pessoa pública já falecida** (Senador Romeu Tuma), não se tratando, propriamente, de nomeação de logradouro público, restando afastados, também sob esse ângulo, os fundamentos invocados na petição inicial.

III. DO PEDIDO

Face ao exposto requer seja decretada a total improcedência da demanda, com a consequente **cassação da liminar deferida**, considerando-se então constitucional a Lei do Município de São Paulo nº 16.629, de 17 de abril de 2017, em consonância à **tese firmada no Tema 917 pelo E. Supremo Tribunal Federal (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911 –**

RJ), bem como nos **recentes julgados exarados por esse C. Órgão Especial nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2258181-54.2015.8.26.0000 e 2123576-06.2017.8.26.0000**, sob pena de **violação aos artigos 2º (princípio da Separação dos Poderes), 61, § 1º e 125, § 2º da Carta Magna, haja vista os termos do artigo 24, § 6º da Constituição do Estado de São Paulo** – dispositivo esse suspenso por mera decisão monocrática, com recurso pendente de julgamento.

Por oportuno requer, desde já, expressa análise das disposições constitucionais invocadas para fins de **prequestionamento**.

São essas as informações, em atendimento ao r. ofício, **solicitando que as publicações sejam efetivadas em nome das procuradoras que esta subscrevem**.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

MILTON LEITE

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Andréa Rascovski Ickowicz

Procuradora Legislativa

OAB/SP n. 130.317 – RF 11.075

Cintia Talarico Da Cruz Carrer

Procuradora Legislativa Supervisora

OAB/SP 155.068 – RF 11.400

Maria Nazaré Lins Barbosa

Procuradora Legislativa Chefe

OAB/SP nº 106.017 - RF 11.043

Desfecho da demanda: Por votação unânime, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13 de setembro de 2017, julgou parcialmente procedente, por meio de acórdão ementado da forma que segue.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n.

16.629, de 17 de abril de 2017, do Município de São Paulo – Denominação de logradouro público – Hipótese de limitação de iniciativa parlamentar que devem ser interpretadas restritivamente, incidindo apenas para atribuições quanto ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, notadamente em relação a servidores e órgãos do Poder Executivo – Invocação do Tema 917 de Repercussão Geral – Vício de iniciativa não configurado. Preliminar afastada. Ação julgada improcedente, revogada a liminar anteriormente concedida.” (Relator Exmo. Desembargador Moacir Peres, v.u., Agravo Interno pendente de julgamento).

Nota relevante: Em 29 de agosto de 2018 o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou o mérito da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2073870-54.2017.8.26.0000**, que teve por objeto a Emenda nº 43, de 10 de novembro de 2016, à Constituição Estadual, que acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 24¹⁴⁷ (utilizada como parâmetro para fins de confronto em ADIn de lei municipal, nos termos do artigo 125, § 2º da Constituição Federal). Conforme constante do respectivo *site*, por maioria de votos, tal demanda foi julgada improcedente, revogada a liminar inicialmente deferida. Acórdão não disponível até o fechamento do presente texto.

147 A atribuição de denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma de legislação competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica.

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1028009-63.2018.8.26.0053 - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - CAPITAL

Tema: Possibilidade de, por meio de ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, **o Poder Judiciário reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 16.629/17**, que acrescenta à denominação da **Ponte das Bandeiras** o nome **Romeu Tuma**, em razão de **pretensa violação a princípios constitucionais não analisados na ADIN 2167028-66.2017.8.26.0000** julgada **improcedente** pelo Tribunal de Justiça, por estar a mencionada Ponte das Bandeiras em **processo de tombamento**, por ter o **ex-Senador participado ativamente de atos de repressão política durante a Ditadura Militar** e por **violação ao princípio da impessoalidade**.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO – CAPITAL.

Autos nº 1028009-63.2018.8.26.0053
Ação Civil Pública

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, tramitando perante essa MM. Vara e respectivo Cartório sob o rito **ORDINÁRIO**, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por seus Procuradores Legislativos “*in fine*” assinados (**Doc. nº 01**, anexo), com fundamento nos arts. 335 e seguintes do CPC e art. 19 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1984, tempestivamente, nos termos dos arts. 219 e 231, inciso II, e § 1º, do CPC, apresentar sua

CONTESTAÇÃO,

pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. SÍNTESE

Cuida-se de ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município do São Paulo e da Câmara Municipal de São Paulo, asseverando, em síntese, que a Edilidade paulistana aprovou o PL 22/2017, que **“acrescenta à denominação da Ponte das Bandeiras o nome Senador Romeu Tuma”, convertido na Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017**, mesmo diante da **sugestão do Ministério Público ao Prefeito no sentido de veto**, em razão dos seguintes motivos, apurados no Inquérito Civil nº 42.0725.0000286/2017-3: **I) a Ponte das Bandeiras está em processo de tombamento pelo CONPRESP** e o seu nome deve ser preservado como ligado à história da Cidade de São Paulo; **II) a alteração da denominação do logradouro afronta o disposto na Lei Municipal nº 14.454/07**, já que o pretendido homenageado **participou ativamente dos atos de repressão política durante a Ditadura Militar (1964 a 1985)**; **III) há interesse pessoal do Vereador autor da proposição**, Eduardo Tuma, que deu início ao processo legislativo e pretende homenagear seu tio, **em violação ao princípio da impessoalidade**.

Alega ainda o *Parquet*, através da petição inicial subscrita pelo Exmo. 2º Promotor de Justiça de Direitos Humanos, **Dr. XXX**, e pelo Promotor de Justiça Substituto, Dr. YYY, que, **embora tenha sido julgada improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2167028-66.2017.8.26.0000**, promovida pelo Procurador-Geral de Justiça contra a Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017, que tramitou perante o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, **o fundamento da referida ADIn se restringiu à usurpação de competência legislativa, e em momento algum o Órgão Especial do Tribunal de Justiça analisou a violação aos princípios constitucionais da “justiça de transição” e da “imoralidade da iniciativa legislativa”, o que se pretende examinar agora, por meio desta ação civil pública. Ressalva que não pretende com a presente demanda a “declaração de inconstitucionalidade da lei em abstrato”, mas sim o “reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de Lei Municipal” e, mais especificamente, “a obrigação de fazer”, consistente na “obrigação de retirar as placas que indicam o nome ‘Romeu Tuma’ da ‘Ponte das Bandeiras’”.**

Apresenta o autor, em decorrência, o pedido de que sejam o Município de São Paulo e a Câmara Municipal de São Paulo condenados solidariamente na obrigação de fazer, consistente em ***“retirar a designação ‘Romeu Tuma’ da denominação ‘Ponte das Bandeiras’, em placas localizadas em logradouros públicos e demais registros documentais, sob pena de multa diária de 50.000,00 (cinquenta mil reais)”***.

Porém, como se demonstrará, a presente ação não tem a mais mínima condição de prosperar.

II. PRELIMINARMENTE

II.1 DA IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO DO EFEITO VINCULANTE DA ADIN

Postula o autor que a Edilidade seja condenada solidariamente com o Município na obrigação de fazer, consistente em retirar a designação “*Senador Romeu Tuma*” da denominação “*Ponte das Bandeiras- Senador Romeu Tuma*”, sob pena de multa diária.

Contudo, com a devida vênia, **trata-se de pedido juridicamente impossível**. Como se sabe, embora o Novo Código de Processo Civil não trate mais a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, a melhor doutrina sustenta que ***“a impossibilidade jurídica do pedido se confunde com a improcedência ‘prima facie’. Essa improcedência é aferida no plano do direito, ou seja, é a ordem jurídica que veda legitimidade a um tal pedido”*** (Teresa Arruda Alvim Wambier et alii, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 774). Daniel Amorim Assumpção Neves entende que ***“O pedido será juridicamente impossível quando a pretensão desejada pelo autor for expressamente vedada pelo ordenamento jurídico”*** (*Manual de Direito Processual Civil*, 4ª ed., São Paulo: Editora Método, 2012, p. 95). Nesse sentido há orientação da jurisprudência: ***“Segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, a impossibilidade jurídica do pedido é de ser reconhecida apenas quando há expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico*** (AgRg no REsp 853.234/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/02/2008) . Nelson Nery Jr., por seu turno, conclui: ***“Todavia, se o pedido for juridicamente impossível, ocorre o fenômeno da carência da ação, por falta de interesse processual,***

o que acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito” (Código de Processo Civil Comentado, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1206). Procurará a Edilidade paulistana demonstrar a seguir que **o ordenamento pátrio veda expressamente a pretensão almejada pelo Ministério Público autor**, merecendo ser reconhecida a carência da presente ação civil pública.

Com efeito, para que o Poder Judiciário de Primeira Instância se encontre em condições de prolatar decisão judicial no sentido de acolher o pedido do autor de condenação de obrigação de fazer, **deverá considerar, na prática, sem efeitos a Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017**, que apenas estabeleceu, em seu art. 1º: “ **Fica acrescido à denominação da Ponte das Bandeiras (CADLOG 27.419-4) o nome Senador Romeu Tuma, situada ao longo da Avenida Santos Dumont sobre o canal do Rio Tietê e a Avenida Presidente Castelo Branco (Setores 018 e 073/ARs SÉ e ST), no 47º Subdistrito - Vila Guilherme” (Doc nº 02)** .

Ora, a validade e os efeitos da mencionada Lei Municipal já foram reconhecidos como plenamente constitucionais por meio de ADIn nº 2167028-66.2017.8.26.0000, promovida pelo Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público do Estado de São Paulo, e julgada improcedente (**Doc. nº 3**). **A Lei é, portanto, plenamente válida e eficaz**, devendo ser obrigatoriamente obedecida pelo Poder Judiciário de primeira Instância, **mormente em face dos efeitos “erga omnes” e do caráter vinculante da decisão em sede de ADIn**.

Como se sabe, a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao art. 102, § 2º, da Constituição Federal, vazado nos seguintes termos:

Art. 102.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações diretas de inconstitucionalidade** e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (destaque nosso).

Quanto ao **efeito vinculante** previsto para as **ações diretas de inconstitucionalidades** no art. 28, Parágrafo único da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal no ano de 2002 havia decidido no sentido de que:

“É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (*Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único*). Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. **A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.**” (STF, Pleno, Rcl 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 7/11/02, DJU 19.03.04).

Como ensina a doutrina, o **efeito vinculante** outorga à decisão algo mais do que a simples autoridade e eficácia própria da **coisa julgada**: outorga **a amplitude transcendente ao caso concreto**. A respeito, clara é a lição de Gilmar Mendes em obra doutrinária:

“Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.” (Curso de Direito Constitucional, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1287).

Especificamente, quanto ao objeto da presente ação, foi movida – como reconhece o autor – a ação direta de inconstitucionalidade, dirigida contra a mesma Lei nº 16.629, de 17 de abril de 2019, que **“acrescenta à denominação da Ponte**

das Bandeiras o nome Senador Romeu Tuma". A ADIn mencionada, que recebeu o nº 2167028-66.2017.8.26.0000, **foi julgada improcedente pelo C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Doc. 03)**. Tendo sido interposto Recurso Extraordinário pelo autor, foi denegado seguimento ao apelo pelo Presidente do Tribunal de Justiça (**Doc. 04**), e é iminente o trânsito em julgado.

Como é cediço no Direito pátrio, **tem a ação direta de inconstitucionalidade “caráter dúplice ou ambivalente”**: se procedente a ação, a lei é considerada inconstitucional, e **se improcedente a ação, quanto ao mérito, a lei é considerada constitucional**, e passa a **ter efeito vinculante**.

Esse E. Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

“A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve se dar no âmbito de uma ação direta. Se instado a se manifestar, o tribunal julgar a ação improcedente, em razão de seu caráter dúplice, isso quer dizer que a norma é constitucional. De modo diverso, a celebração de termo de ajustamento de conduta e a manifestação do tribunal de contas não têm o condão de declarar a lei constitucional. Essa função incumbe ao Poder Judiciário ao analisar a compatibilidade da lei com dispositivos constitucionais” (TJESP, Órgão Especial, ADIn nº 2160715-26.2016.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 8/03/2017, destaque nosso).

Tal entendimento segue orientação de pacífica jurisprudência e doutrina pátrias. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que: *“Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.”* (STF, Pleno, Rcl 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 7/11/02).

Hely Lopes Meirelles, em virtude da similitude dentre essas duas ações, leciona:

*“Aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, **tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente**, afigura-se difícil não admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade.*

***Argumenta-se que ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída aqui, pois, aquela, que julgando improcedente a ação proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada – ‘produzirá contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’** (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, São Paulo, 36ª ed., Malheiros Editores, 2014, p. 585)*

No mesmo sentido, diáfana a lição de Oswaldo Luiz Palu, que além de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo é também autor de obras doutrinárias:

*“Não há diferença alguma, substancial ou ontológica, entre aquela ação que visa à inconstitucionalidade com aquela que visa à constitucionalidade: **proposta a ADIn (ação direta de inconstitucionalidade), se improcedente e com o quorum regimental, será declarada a constitucionalidade**; proposta a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), se improcedente e com o quorum regimental, será declarada a inconstitucionalidade”* (*Controle de Constitucionalidade- Conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 182).

Também Luís Roberto Barroso tem posições claras no mesmo sentido:

“Objetivamente, portanto, à vista das premissas aqui firmadas, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei reveste-se de autoridade de coisa julgada, com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Mas a decisão que julga improcedente o pedido – e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-las se assim lhe aprouver” (O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro, 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p 230/231).

Assim, **inequívoco que o v. Acórdão que julgou a ADIn improcedente julgou o mérito da demanda, e tem caráter vinculante para todo o Poder Judiciário, e, em particular, para todas as Varas da Fazenda Pública da Capital, inclusive para essa 3ª Vara da Fazenda Pública, perante a qual tramita a presente ação civil pública**, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal e art. 28, Parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Não é possível, portanto, questionar-se a constitucionalidade da Lei nº 16.629, de 17 de abril de 2017, como pretende o autor, em burla ao sistema de controle de constitucionalidade de leis.

Em verdade, as matérias suscitadas na inicial que – segundo o autor – não teriam servido como fundamento da inicial (pretensa “violação dos princípios da justiça da transição e “imoralidade da iniciativa legislativa”) **já foram apreciadas pelo Procurador-Geral de Justiça, que as afastou quando do ingresso da inicial, por claramente injurídicas.**

Ressalte-se que o mesmo **Dr. XXX, Ilustre 2º Promotor de Justiça de Direitos Humanos, que subscreve a inicial, simplesmente reitera na presente ação todos os argumentos que, por meio do Ofício PJDH- IS nº 178/2017, de 20 de abril de 2017, formulou ao Procurador-Geral de Justiça na Representação, com cópia do Procedimento Preparatória para Inquérito Civil nº 42.0725.0000286/2017-3, que veio a provocar o Protocolado nº 0046.166/17, Protocolado que instruiu a ADIn nº 2167028-66.2017.8.26.0000, juntado às fls. 13/134 daqueles autos. Junta-se, em anexo,**

cópia de fls. 13/21 da ADIN referida, em que consta a Representação, na íntegra, do Dr. XXX (**Doc. nº 5**).

De todo modo, como constavam do Protocolado que instruiu a inicial da ação direta de inconstitucionalidade, os argumentos apresentados pelo 2º Promotor de Justiça de Direitos Humanos, Dr. XXX, **foram detidamente analisadas pelos Desembargadores que integram o Órgão Especial**, tendo em vista que acompanham a inicial e, como se sabe, na ADIn **a causa de pedir é aberta**. Trata-se de entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência: *“A ação direta de inconstitucionalidade é procedimento em que se admite a causa de pedir aberta, permitindo ao magistrado apreciar a (in) constitucionalidade determinada norma ou dispositivo, não apenas sob o prisma da causa de pedir veiculada na inicial, mas à luz da afronta de qualquer dispositivo constitucional pertinente* (TJESP, Órgão Especial, ADIn 2227963-09.2016.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 22/02/2017); **“Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamentos e dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Cognição ampla”** (TJESP, Órgão Especial, ADIn 2086161-23.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 24/08/2016).

Equivocada completamente, portanto, com o devido respeito, a afirmação do *Parquet* no sentido de que no julgamento da ADIn somente se analisou, como fundamentação, a competência legislativa. Todos os argumentos constantes da Representação da Promotoria de Direitos Humanos foram oportunamente analisados pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Órgão Especial.

Importante recordar também que a teoria jurídica no sentido de o **efeito vinculante não se limitar à parte dispositiva da decisão, abranger também os fundamentos determinantes da decisão, tal como propugnado por parte da doutrina e da jurisprudência (Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes, Controle Concentrado de Constitucionalidade, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, pp. 338 a 341, e STF, Rcl 2363 MC / PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/06/2003), tem por objetivo tão somente contribuir para o esclarecimento do alcance da vinculação do Acórdão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, e jamais –como surpreendentemente parece pretender o autor “in casu” – o de amparar o entendimento de que sentença de primeiro grau possa deixar de cumprir parte dispositiva de Acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça em ADIn!**

Por derradeiro, convém salientar que, evidentemente, **“o efeito vinculante não impede que o órgão prolator possa reapreciar a matéria”** (Luis Roberto Barroso, *Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*, 6ª ed. São Paulo:

Saraiva: 2012, p 230). Assim, se o autor entende que na ADIn não foram analisados devidamente os princípios constitucionais da Justiça da Transição ou da Imoralidade, como sustenta ser indispensável, seria o caso de representar novamente o Procurador-Geral de Justiça, para que **apresente nova ação direta de inconstitucionalidade sob esses novos fundamentos específicos, a fim de que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça possa reapreciar a matéria – e não contornar as exigências constitucionais por via da presente demanda protocolada indevidamente em Primeira Instância.**

Aliás, somente o Procurador Geral de Justiça poderá representar o Ministério Público e com **legitimidade ativa para formular tal reapreciação da matéria já versada na ADIn, nos termos do art. 90, inciso III**, da Constituição Estadual, e não os Ilustres Promotores de Justiça que subscrevem a inicial.

Em razão do exposto, **evidente que eventual atendimento ao pedido do autor afrontará o caráter vinculante do Acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na ADIn nº 2167028-66.2017.8.26.0000**, e os termos expressos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, não havendo a presente ação civil pública condições de acolhimento.

Deve-se, portanto, ser extinto o presente feito **sem resolução de seu mérito, por impossibilidade jurídica do pedido**, com fulcro no art. 485, inciso VI do CPC.

II.2 DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Alega o autor na inicial que não pretende com a presente via da ação civil pública a “*declaração de inconstitucionalidade da lei em abstrato*”, mas sim o “*reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de Lei Municipal*”.

Certo é que se tem admitido a propositura de ação civil pública em que não se objetiva a declaração em tese da inconstitucionalidade de lei, mas a tutela de uma pretensão concreta. Porém, **inadequada a via da ação civil pública** na espécie, **pois a pretensão do autor na presente demanda, de condenação de obrigação de fazer** no sentido de “*retirar as placas que indicam o nome ‘Romeu Tuma’ da ‘Ponte das Bandeiras’*”, **contraria os efeitos concretos reconhecidos como válidos e eficazes pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ADIn sobre a matéria específica.**

Com efeito, a própria Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017, que acrescentou o nome à Ponte das Bandeiras, impugnada pelo autor na inicial, é uma lei de efeito concreto. Como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“Lei de efeito concreto é a emanada do Poder Legislativo, segundo o processo de elaboração das leis, mas sem o caráter de generalidade e abstração próprio dos atos normativos. Ela é lei em sentido formal, mas é ato administrativo, em sentido material”(quanto ao conteúdo)”*(Direito Administrativo, 21ª ed. , São Paulo: Atlas, 2008, p. 734).

Assim, patente que a obrigação de fazer pretendida na presente ação não é distinta dos efeitos da Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017, e não é possível distinguir, no caso, *“declaração de inconstitucionalidade da lei em abstrato”*, e *“reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de Lei Municipal”*.

Como se sabe, a decisão judicial na ação civil pública, por tutelar o interesse público genérico, tem caráter *“erga omnes”*, nos termos do art. 16 da Lei 7.347. de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, *“in verbis”*:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Eis a razão do inevitável **confronto entre eventual decisão de caráter “erga omnes” da ação civil pública, e a decisão do C. Órgão Especial na ADIn, a respeito do mesmo efeito concreto da Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017**, o único objeto da presente ação civil pública: o respeito ao nome, agora acrescentado por lei, *“Ponte das Bandeiras- Senador Romeu Tuma”*.

A ADIn nº 2167028-66.2017.8.26.0000, ao julgar improcedente a demanda, **foi clara ao reconhecer a validade desse único efeito concreto da lei, decisão com eficácia “erga omnes” e “caráter vinculante”**. Daí que **evidente a burla pretendida pelo autor**, que em verdade **procura por meio de sentença de primeiro grau desconstituir Acórdão exarado pelo E. Tribunal de Justiça**, arguindo motivos injustificados. Já foi denegado seguimento

ao Recurso Extraordinário interposto contra esse v. Acórdão pelo Presidente do E. Tribunal de Justiça, e o v. Acórdão está na iminência de transitar em julgado (**Doc. nº 6**).

Tal burla pretendida pelo autor, em desprestígio do Poder Judiciário, é claramente vedada pela jurisprudência:

–“O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (STF, 2ª T. RCl. 1.898 –ED, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/06/2014).

–“É legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (STF, RE 424.993/DF, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/9/07).

Aplica-se aqui, como luva à mão, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, no tocante à parte destacada em negrito:

–“É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento - que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (ARNOLDO WALD, ‘Usos e abusos da Ação Civil

Pública - Análise de sua Patologia, in Revista Forense, vol. 329/3-16; ARRUDA ALVIM, 'Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação', p. 152-162, vários autores, 1995, RT; HUGO NIGRO NAZZILLI, 'A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo', p. 115/116, item n. 7, 12a ed., 2000, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 565/567, item n. 9.1.4, 7 a ed., 2000, Atlas; GILMAR FERREIRA MENDES, 'Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade', p. 396/403, item 6.4.2, 2 a ed. 1999, Celso Bastos Editor; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, 'Ação Civil Pública', p. 74/77, item n. 8, 2 a ed., 1999, Lumen Júris, v.g.) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - Ag 189.601'GO (AgRg), Rel. Min. MOREIRA ALVES). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI (O Inquérito Civil', p. 134, item n. 7, 2 a edição, 2000, Saraiva): "Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei nº 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) Assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas' (grifei). É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais - inclusive o do Supremo Tribunal Federal (RCL 554-MG. Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA-Rcl 611-PE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v. g.)

- tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, **desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal** (STF, Rcl nº 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 1/12/00, destaque nosso).

Também o Superior Tribunal de Justiça orienta-se pelo mesmo diapasão:

–“A respeito de tal matéria, muito já se discutiu na doutrina e jurisprudência pátrias, **uma vez que, diante da característica peculiar da ação civil pública, cujo julgamento possui eficácia erga omnes, estar-se-ia usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, já que, por vias transversas, consistiria a referida ação verdadeiro instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, o qual, por sua vez, é da competência exclusiva daquela Corte.** O Supremo Tribunal Federal, contudo, já esclareceu a controvérsia, no sentido de admitir a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte com interposição do recurso extraordinário. **Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade,** como se de controle concentrado se tratasse. Dessarte, somente se exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo” (STJ, 2ª T., REsp nº 402.044, Rel. Min. Franciulli Neto, j. 09/04/02, destaque nosso).

Impõe-se, em decorrência, **o reconhecimento da ausência de interesse de agir do autor, por inadequação da via eleita**, e a extinção do feito sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do CPC.

II.3 DA ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA

Como já recordado, requer o autor na inicial que a **Edilidade seja condenada por meio de sentença de cunho cominatório**, consistente em ***“retirar a designação “Romeu Tuma” da denominação “Ponte das Bandeiras”, em placas localizadas em logradouros públicos e demais registros”***.

Ora, **nítida a ilegitimidade da Câmara Municipal para figurar no polo passivo da presente demanda**, já que a obrigação de fazer pretendida pelo autor, caso procedente a ação, **há de ser prestada única e exclusivamente pelo Poder Executivo. Não compete à Câmara Municipal, nem dispõe ela de meios humanos e materiais para retirar denominação em placas localizadas em logradouros públicos**, e tampouco detém ela os registros dessas placas, que são atribuições exclusivas do Poder Executivo.

Ademais, o pedido, de cunho condenatório, de condenação de multa pecuniária, caso não cumprida eventual obrigação de fazer, **haverá de ser suportado igualmente de modo exclusivo pela Fazenda Municipal**.

A Edilidade paulistana é mero órgão despatrimonializado do Município de São Paulo, como se depreende de doutrina assente, deduzida do princípio constitucional federativo e da separação dos poderes (**arts. 2º e 18 da CF**). **Somente o Município, pessoa jurídica de direito público interno (art. 14, III do Código Civil) é que tem patrimônio e autonomia financeira** (arts. 110, 111, 137 a 142 da Lei Orgânica do Município).

Como é cediço, a personalidade judiciária reconhecida aos órgãos legislativos é restrita, já que a regra é a de conferir capacidade processual apenas à pessoa jurídica de direito público (art. 75, III, do CPC). Nesse sentido, **crystalizou-se a Súmula 525 do Superior Tribunal de Justiça: “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais”**.

Muito embora tenha capacidade processual para a defesa de suas prerrogativas institucionais e político-administrativas, a Edilidade não poderá figurar na presente lide em seu polo passivo, **já que suas prerrogativas institucionais são alheias**

ao objeto da demanda, que visa tão somente o cumprimento de obrigação de fazer, contrariamente aos termos de lei cuja validade e efeitos foram julgados constitucionais pelo Tribunal de Justiça em ação direta de inconstitucionalidade. **Mesmo na longínqua hipótese de procedência desta ação civil pública, eventual condenação somente poderá ser suportada pelo Município e por seu Erário.**

Em **ação civil pública recentíssima**, Proc. Nº 1012986-77.2018.8.26.0053 que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, em hipótese similar em que o **Ministério Público pretendia o cumprimento de obrigação de fazer**, o MM. Juiz em **16/03/2018** assim decidiu:

*–“De início, **cumpre excluir a Câmara Municipal da demanda**, visto que **não lhe foi encaminhado nenhum projeto de lei e não tem legitimidade passiva.***

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL - CÂMARA MUNICIPAL - PERSONALIDADE JURÍDICA - PERSONALIDADE JUDICIÁRIA - CAPACIDADE PROCESSUAL - LEGITIMIDADE AD CAUSAM . - No processo civil brasileiro, a legitimidade ad causam reserva-se, normalmente, as pessoas (físicas ou jurídicas). Na ação em que se argüi nulidade de ato emanado de Câmara de Vereadores, a relação processual trava-se entre o autor e o Município” (STJ, RECURSO ESPECIAL nº 292.080 – SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 10 de dezembro de 2002). Portanto, reconheço a ilegitimidade passiva da Câmara Municipal e julgo extinto o feito sem resolução do mérito em relação a ela, com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, anotando-se. Mostra-se, por outro lado, inviável a concessão da liminar” (Doc. nº 7, destaque nosso).

Tal decisão restou mantida em sede de Agravo de Instrumento, Proc. nº 2051579-26.2018.8.26.0000, j. 23 de março de 2018, através de decisão monocrática da Des. Relatora Heloisa Mimessi, mantido posteriormente pela 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Agravo

Interno, por meio de Acórdão prolatado pela mesma Des. Relatora Heloisa Mimessi, j. 7 de maio de 2018, com a seguinte ementa:

*–“AGRAVO INTERNO. **Pretensão à reforma da decisão monocrática** que indeferiu o colimado efeito ativo. **Inexistência de exposição de fato ou argumento novo** que não tenha sido previamente apreciado. Demais questões que não podem ser objeto de análise nesta via recursal, uma vez pendente o julgamento de mérito do agravo de instrumento. **Decisão confirmada. Agravo Interno desprovido”**(Doc. nº 8).*

Em face de todo o exposto, requer a Câmara Municipal a sua exclusão do presente feito, com fundamento no art. 485, inciso VI, por ser parte manifestamente ilegítima.

III. MÉRITO

III.1 DO TOMBAMENTO

Superadas as preliminares ora suscitadas, para argumentar se admite, quanto ao mérito alega o autor, como primeiro argumento, que, por tratar-se de bem tombado, não poderia a Municipalidade modificar o nome da “Ponte das Bandeiras”, porquanto tal alteração violaria “aspectos materiais e imateriais” do objeto tombado.

Em verdade, o autor ingressou com a ação quando a Ponte das Bandeiras não apenas estava “em processo de tombamento”, mas sim já era uma patrimônio tombado.

Conforme elementos constantes do Processo Administrativo nº 2000-0.012.854-2, a Resolução nº 16/CONPRESP/2018 do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo - CONPRESP, já **tombou a PONTE DAS BANDEIRAS**, localizada no eixo da Avenida Santos Dumont, sobre o rio Tietê, no limite entre as Prefeituras Regionais da Sé (Setor 018) e Santana-Tucuruvi (Setor 073) , decisão publicada no DOC de 04 de maio de 2018, mesma data em que foi publicada a **HOMOLOGAÇÃO**, pelo Secretário Municipal da Cultura, da mencionada Resolução, dando assim efetividade ao tombamento, nos termos da Lei 10.032, de 27 de dezembro de 1985, alterada pela

Lei nº 10.236 de 16 de dezembro de 1986 (**Docs. 9,10 e 11**).

Contudo, ao contrário do asseverado pelo autor, os efeitos do tombamento são apenas os expressamente previstos nos arts. 20 e 21 da Lei 10.032, de 27 de dezembro de 1985, “*in verbis*”:

“Art. 20 - Em nenhuma circunstância o bem tombado poderá ser destruído, demolido, mutilado.

Art. 21 - O bem tombado só poderá ser reparado, pintado, restaurado, ou por qualquer forma alterado, com prévia autorização do órgão técnico de apoio e, se necessário, do Conselho, aos quais caberá prestar a conveniente orientação e proceder ao acompanhamento da execução.

Parágrafo Único - Sempre que for conveniente, deverá o órgão técnico de apoio vistoriar o bem tombado, indicando, se julgar necessário, os serviços e obras que devam ser executados ou então desfeitas”.

Ora, acrescentar um nome à Ponte das Bandeiras não equivale, sob qualquer ângulo, **a destruir a mencionada Ponte, ou a demoli-la, ou a mutilá-la, ou a repará-la.**

Portanto, como se verifica com clareza, **dentre os efeitos do tombamento, nos termos legais, não se encontra, de modo algum, a proibição de se acrescentar um nome ao bem tombado**— contrariamente ao pretendido pelo autor, sem qualquer embasamento jurídico minimamente razoável.

Consistindo o tombamento do CONPRESP, órgão municipal, em uma intervenção no direito de propriedade, essa intervenção há de ter uma interpretação restritiva, de acordo com os princípios hermenêuticos que regem o nosso Direito. Assim, se a lei e os atos decorrentes relativos ao tombamento pretendessem proibir **acréscimo ao nome do bem tombado**, teriam que estabelecer expressamente tal restrição.

Daí que oportuna, nesse passo, a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

“O tombamento é ato administrativo que preserva o bem de modificação e destruição mas não veda sua normal utilização pelo proprietário, nem lhe retira o domínio e a posse” (Direito Municipal Administrativo, 15^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 566).

Em verdade, nem mesmo se pode alegar que o acréscimo ao nome da Ponte das Bandeiras viola “**aspectos imateriais**” ao bem tombado, **porque o nome inicial “Ponte das Bandeiras”, foi preservado na íntegra**. Daí que o acréscimo ao nome em nada prejudicou, no caso concreto, o bem tombado.

De todo modo, **a Câmara Municipal, através de seu Plenário, ao aprovar a Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017**, não vislumbrou estar provocando qualquer prejuízo ao patrimônio imaterial tombado, mas, pelo contrário, entendeu estar **promovendo e protegendo o patrimônio cultural do Município, nos termos dos arts. 30, inciso IX, e 216, § 1º da Constituição Federal, e conforme competência legislativa que lhe é própria**, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal.

Aliás, a jurisprudência do **E. Tribunal de Justiça reconhece à Edilidade iniciativa para legislar sobre patrimônio cultural imaterial, sem que se possa falar em inconstitucionalidade**: *“Não há no texto constitucional (seja federal, seja estadual) qualquer proibição a que o reconhecimento de um bem imaterial como patrimônio cultural se dê por meio de lei (...). Descabido, assim, o argumento de que a edição da lei em análise constitui usurpação, pelo Legislativo, das atribuições do Poder Executivo, afrontando a separação dos poderes (TJESP, Órgão Especial, ADIn 2020282-35.2017.8.26.0000. Rel. Des. Márcio Bártoli, j. 2/08/2017).*

O **E. Tribunal de Justiça**, na ADIn 2167028-66.2017.8.26.0000, **movida pelo Procurador-Geral de Justiça, conforme legitimidade prevista no art. 90, inciso III, da Constituição Estadual**, como já aduzido, **considerou plenamente constitucional, válido e eficaz o acréscimo em questão**, não havendo que se falar, em decorrência, em qualquer **prejuízo “imaterial” passível que ser questionado por promotores de justiça pela via de ação civil pública**.

Não se sustentam, com a devida vênua, as alegações de prejuízos materiais e imateriais ao bem tombado suscitadas pelo autor na inicial, plenamente respeitados pela Edilidade paulistana ao aprovar a Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017.

III.2 DA VIOLAÇÃO À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL.

Afirma ainda o Ministério Público autor que a lei viola a denominada “Justiça de Transição”. Em resumo, sustenta, *“não se pode cogitar que um Estado se consolide como democrático – e, portanto, de direito, na significativa frase dos professores portugueses – sem que as instituições do anterior regime autoritário sejam desmontadas e substituídas por instituições que garantam a igualdade de todos e o primado da justiça”* (fls. 10). Alega que o homenageado, assim como outros constantes do relatório final da Comissão Nacional da Verdade, Lei 12.528/2011, entregue em 2014, *“trabalhavam dentro do sistema repressivo”* (fls. 12). Assinala que a Lei Municipal nº 14.454/2007, estabelece, em seu artigo 5º, como princípio, a imutabilidade de denominação de vias e logradouros públicos, prevendo as hipóteses excepcionais nas quais as denominações poderão ser modificadas, sendo uma delas *“quando se tratar de denominação referente à autoridade que tenha cometido crime de lesa-humanidade ou graves violações de direitos humanos”* (art. 5º, inciso III, da Lei Municipal nº 14.454/2007). Cita o Decreto Municipal nº 57.146/2016, que institui o Programa **Ruas de Memória**, prevendo a mudança progressiva das denominações de logradouros e equipamentos públicos municipais denominados em homenagem a pessoas datadas ou fatos associados a graves violações aos direitos humanos. No entanto, alega que *“Romeu Tuma é citado diversas vezes no relatório da Comissão Nacional da Verdade, e é considerado um dos responsáveis pela gestão de estruturas e condução de procedimentos destinados à prática de graves violações de direitos humanos”* (fls. 14). *“Acrescentar o nome de Romeu Tuma a um símbolo centenário da cidade de São Paulo é banalizar as graves violações de direitos humanos praticadas no período da Ditadura Militar”* (fls. 15). *“Infere-se, portanto, que a Lei Municipal nº 16.629/2017 é inconstitucional por violar o princípio democrático do Estado de Direito, na medida em que desrespeita pilares básicos da justiça da transição”* e *“porque incompatível com a legislação que regulamenta a produção de normas sobre nomenclatura de espaços e logradouros públicos”* (fls. 15/16).

Em verdade, como já salientado em Preliminar, no item “II.I, *Impossibilidade Jurídica do pedido*”, o mesmo **Dr. XXX, Ilustre 2º Promotor de Justiça de Direitos Humanos, que subscreve a inicial, simplesmente reitera na presente ação civil pública todos os argumentos que, por meio do Ofício PJDH-IS nº 178/2017, de 20 de abril de 2017, formulou ao Procurador-Geral de Justiça na Representação, com cópia do Procedimento Preparatória para Inquérito Civil nº 42.0725.0000286/2017-3, que veio a provocar**

o Protocolado nº 0046.166/17, Protocolado que instruiu a ADIn nº 2167028-66.2017.8.26.0000, juntado às fls. 13/134 daqueles autos (**Doc. nº 5**, fls. 13/21 daqueles autos). O próprio Procurador-Geral de Justiça afastou tais “**fundamentos constitucionais**” irrazoáveis, os quais também foram afastados após detida análise pelos doutos Desembargados que compõem o Órgão Especial, já que a “*ação direta de inconstitucionalidade é procedimento em que se admite a **causa de pedir aberta**, permitindo ao magistrado a apreciar a (in) constitucionalidade determinada norma ou dispositivo, **não apenas sob o prisma da causa de pedir veiculada na inicial, mas à luz da afronta de qualquer dispositivo constitucional pertinente*** (TJESP, Órgão Especial, ADIn nº 2227963-09.2016.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 22/02/2017) e há a “**Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamentos e dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Cognição ampla**” (TJESP, Órgão Especial, ADIn nº 2086161-23.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 24/08/2016).

Em realidade, salta aos olhos que as afirmações dos ilustres membros do Ministério Público quanto ao ex-Senador, com a devida vênia, **contrariam não apenas a verdade dos fatos históricos, mas também o próprio Relatório da Comissão da Verdade que embasa a inicial!**

III.2.1 Da biografia de Romeu Tuma

O ex-Senador Romeu Tuma jamais esteve, em toda a sua vida, **vinculado a ato de tortura, ou, ao menos diretamente, a graves violações de direitos humanos**, como sustentado na inicial. **Injusto e simplista chegar a essa conclusão alcançada pelos ilustres Promotores de Justiça, sem qualquer demonstração específica**, embora, sem dúvida, tenha ele sido Policial que ocupou cargos importantes no DOPS, na época da ditadura.

Romeu Tuma tornou-se investigador e delegado de polícia em 1967, quando ingressou no Departamento Estadual de Ordem Política e Social – DOPS, e exerceu o cargo de Diretor de polícia especializada entre 1977 e 1983. Em 1983, assumiu a Superintendência da Polícia Federal de São Paulo. Não se pode deixar de salientar, contudo, que em janeiro de 1986, já no governo de José Sarney (1985-1990), **primeiro Presidente Civil do país após o regime militar, Tuma foi nomeado Diretor-Geral da Polícia Federal pelo Ministro da Justiça Fernando Lyra, em substituição ao coronel Luís Alencar Araripe, nomeação que contou com grande apoio da opinião pública à época.** Registre-se nesse sentido, reportagem

à época, em que consta manchete, referindo-se a Franco Montoro, governador de São Paulo à época, eleito democraticamente por votação direta pelo povo: **“Montoro aplaude: é um policial exemplar”**(Doc. nº 12).

Ainda nesse posto de Diretor-Geral da Polícia Federal, acumulou os cargos de Secretário da Receita Federal e Secretário da Polícia Federal. **Em 1991, também passou a ocupar uma vice-presidência da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol). Permaneceu nesse cargo de Delegado- Geral da Polícia Federal até 1992**, quando acumulou o cargo de Secretário da Receita Federal, no governo do presidente Fernando Collor. **De 1992 a 1994, foi assessor especial do governador de São Paulo, com status de Secretário de Estado.**

Romeu Tuma exerceu dois mandatos como Senador por São Paulo. Em 1994, disputou pela primeira vez uma eleição **e se elegeu Senador com mais de 5,5 milhões de votos. Em 2000, foi candidato à Prefeitura de São Paulo, mas terminou em quarto lugar. Nas eleições de outubro de 2002, recebeu 7,27 milhões de votos e obteve novo mandato de Senador**, com vigência até 2011. **Foi o primeiro corregedor parlamentar do Senado Federal e pertencia ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Casa.** Dois de seus filhos seguiram a carreira política: Romeu Tuma Júnior foi deputado estadual em São Paulo e Secretário Nacional de Justiça e Robson Tuma foi Vereador e depois Deputado Federal, até o ano de 2006.

Quanto ao tempo do governo militar, a Revista “Isto É”, da Editora Abril, publicou um artigo intitulado **“Romeu Tuma foi mais respeitado do que temido”**, que resume bem quem foi o ex-Senador:

–“Como policial e político teve a habilidade de fazer amigos – e fazer-se amigo. Nos anos de chumbo, por exemplo, foi o homem mais poderoso em uma das instituições que desapareceram com corpos de opositores da ditadura militar: o Departamento de Ordem Política e Social de São Paulo. Tuma tinha a seu dispor um arsenal digno da Idade Média para interrogar, torturar e cobrir-se de condecorações dadas pelos militares como outros policiais o eram – já que a tortura corria solta no País com o aval do governo militar. Pois bem, Tuma nunca encostou um dedo nessas quinquilharias da dor e da morte, nunca tocou em preso sob sua custódia. “Muito embora ele soubesse de um sistema de tortura, ao que se saiba nunca se envolveu com

essa prática”, diz o ex-ministro da Justiça e advogado penal José Carlos Dias. Ele e Tuma sempre mantiveram uma relação de respeito mútuo, em campos diametralmente opostos: o delegado prendia opositores políticos, o advogado os defendia. O presidente Lula foi preso em 1980 quando ainda capitaneava greves no ABC paulista e teve em Tuma não o policial linha dura que os militares queriam, mas sim o conciliador que a redemocratização precisava. Lula, coerente com o seu temperamento independente e sem prestar contas a uma esquerda ora ingênua ora má-intencionada, que acusava Tuma de torturador, jamais cansou de agradecer-lhe publicamente o tratamento dispensado. Numa negociação intermediada pelo então presidente nacional da OAB, Raymundo Faoro, ele autorizou que Lula saísse temporariamente (e sigilosamente) da cadeia para visitar a mãe em coma. Ainda como policial, foi o responsável pela localização e identificação da ossada do carrasco nazista Josef Mengele. Como político, o dom da conciliação se manteve. Eleito senador em 1994 e 2002, fez em Brasília uma legião de amigos justamente porque se ligava às pessoas, não às siglas. Foi o primeiro corregedor do Senado e integrou o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Morreu aos 79 anos. Muito mais respeitado que temido. “Romeu Tuma dedicou grande parte da vida à causa pública. Merece o respeito dos brasileiros”, declarou o presidente Lula” (Doc. nº 13).

Juntam-se, em anexo, artigos de jornais corroborando as alegações acima, sendo de se destacar a UOL notícias, de 26/10/2010:

–“O senador Tuma deixou aqui muitos amigos. Era assíduo às sessões do Senado Federal e do Congresso Nacional. Ao longo de sua vida pública, sempre esteve muito presente a necessidade de políticas voltadas para melhorar a segurança no país”, disse o senador Marco Maciel (DEM-PE), no primeiro discurso da abertura da

sessão do Senado. Também presentes em plenário, **o senador reeleito pelo DF, Cristovam Buarque (PDT), chamou Tuma de “senador cordial” e, também em nome da legenda, o senador Acir Gurgacz (PDT-RO) fez uma breve declaração sobre o parlamentar.** “O Brasil ficou menor. Este Senado não merecia isso. Meu amigo Tuma era um homem de fé e não tinha dúvidas, não tinha angústias”, definiu **o senador Pedro Simon (PMDB-RS), em uma longa fala que ressaltava as qualidades do colega. Na mesma linha, o senador tucano Alvaro Dias (PR) destacou: “A sua ausência será mais sentida em razão do exemplo de ser humano cordato, amigo, solidário sempre, parceiro em todos os momentos, especialmente nos momentos de dificuldade”. A sessão plenária do Senado foi presidida pela senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), que promoveu um minuto de silêncio à memória do falecido senador. “Na condição de amigo e parlamentar, ele significou muito. Só tenho a lamentar esta grande perda. Foi uma perda para o Brasil, uma perda para São Paulo, uma perda para todos nós. Ele deu grandes contribuições ao Parlamento, como um grande senador, de personalidade forte e determinada”, afirmou. “Era um amigo por quem eu tinha grande admiração e respeito.” Em nota, o presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP), chamou de “exemplar” o desempenho de Tuma e de “absoluta” sua dedicação na Casa. “Demonstrou suas grandes competência e habilidade na década de 80, como Diretor do Departamento de Polícia Federal, ajudou-me a conduzir a sensível questão da segurança no difícil trânsito entre um ambiente marcado pela exceção para outro plenamente democrático e de respeito aos direitos humanos. A admiração pessoal há longa data converteu-se em amizade, e essa extrapolou também para nossas esposas e filhos”, disse Sarney. Já o presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer (PMDB-SP), escreveu no microblog Twitter: “Lamento o falecimento do senador Romeu Tuma. Minha solidariedade à família”. O senador Sérgio Guerra (PE), presidente nacional do PSDB, também comentou a morte do senador Romeu Tuma (PTB).**

“Como servidor público e político, Romeu Tuma ocupou cargos e participou de importantes etapas da vida nacional, inclusive, colaborando para o processo democrático brasileiro. Em todos eles, demonstrou preocupação com as leis e com a cidadania e manteve sempre o espírito público. No Senado, trabalhou para que tivéssemos uma instituição mais transparente e mais honrada. Perdemos hoje um valoroso homem público e um bom amigo” (Doc. nº 14. E também Docs. nºs 15 e 16).

III.2.2 Do Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Da Lei da Anistia. Da Lei Municipal nº 14.454/07

A afirmação do autor de que o ex-Senador Romeu Tuma cometeu atos de tortura e violou os direitos humanos, além de não encontrar amparo na verdade dos fatos históricos, **tampouco encontra amparo no próprio Relatório da Comissão Nacional da Verdade.**

Junta a Edilidade paulistana aos autos o Relatório completo da referida Comissão, apresentado em dezembro de 2014 (Somente não junta o anexo II, com 416 páginas, que nenhuma referência faz ao ex-Senador) **(Doc. nº 17)**. As únicas referências de Romeu Tuma no Relatório da Comissão Nacional da Verdade foram as seguintes:

–“213. Com a perda de poder e influência do DOPS/SP, assumiu sua diretoria-geral uma figura mais palatável (apesar de envolvido com a repressão), o ex-chefe do Serviço Secreto, Romeu Tuma. Investigador, delegado de polícia concursado, bacharel em direito pela PUC-SP, foi diretor-geral do DOPS paulista de 1977 até 1982. Embora não haja provas de que Tuma tenha participado de sessões de tortura no DOPS/SP, é fato que trabalhou por anos em edifício onde isso ocorria, chefiando seu Serviço Secreto. Durante a gestão de Tuma, o DOPS/SP acabou e, em 1982, foi eleito governador o senador Franco Montoro, quando sua equipe de governo anunciou que extinguiria o órgão. No governo Figueiredo, Tuma foi superintendente da Polícia Federal (PF) em São Paulo, e vários delegados e agentes que

trabalharam na repressão o acompanharam. Policiais militares foram também compor sua equipe, na PF. **Tuma veio mais tarde a ser diretor-geral da PF, em 1985, durante o governo Sarney, e depois foi, por duas vezes, senador por São Paulo**” (p. 166).

–221. Finalmente, no quinto andar funcionava o Serviço Secreto e, em uma área separada, sua Divisão de Informações, Contrainformação Desinformação. **Seu diretor era Romeu Tuma, que passou, depois, a diretor-geral do DOPS/SP. Dali, os casos eram redistribuídos para a Ordem Política ou Social, onde eram examinados.** Com Tuma trabalhavam os delegados Gil Antonio Ferreira, encarregado do setor estudantil, e Roberto Quass, diretor da divisão de informações.

222. **Apesar de ser uma unidade policial, o DOPS/SP não tinha uma hierarquia rígida, mesmo no período mais duro da repressão. O caso de Fleury e emblemático, pois ele, na prática, não respondia a sua chefia formal, o diretor-geral do departamento.** Trabalhava por conta própria, diretamente ligado aos órgãos federais, sobretudo o DOI-CODI/II Exército e o Cenima” (fls. 167/168).

–28. O diretor do DOPS, Romeu Tuma, designou em 4 de julho o delegado da Divisão de Ordem Política, Zildo José Heliodoro dos Santos, para a condução das investigações sobre o caso. Em entrevista coletiva, Dallari solicitou ao presidente João Baptista Figueiredo que determinasse ao Ministério da Justiça a apuração do atentado que sofreu por considerar o Governo de São Paulo conivente, por “omissão criminosa”, com a investigação dos responsáveis por sua prisão ilegal, no dia 19 de abril de 1980. “São marginais remanescentes dos órgãos de repressão, que vivem à margem e nunca prestam contas. Essa gente pertence a grupos terroristas de direita.” (fls. 313).

–86. Os restos mortais de Luiz Eurico foram localizados apenas em 1992, a partir da análise de documentos do DOPS/SP. Em documento intitulado “Retorno de exilados”, enviado ao delegado

Romeu Tuma em setembro de 1978, foi encontrada informação sobre o “suicídio” de Luiz Eurico e local de seu sepultamento. No documento, é identificado pelo falso nome de Ruy Carlos Vieira Berbert, outra vítima do regime. Perícia sobre o caso realizada pela CNV desmente a versão de suicídio, como narrado no Capítulo 11. Suzana Lisbôa, em seu depoimento, comenta:” (fls. 525).

–96. Flavio Carvalho Molina, militante do Molipo, foi assassinado por agentes do DOICODI/SP em 7 de setembro de 1971, na véspera de seu aniversário de 24 anos, e enterrado com nome falso no Cemitério Dom Bosco, em Perus. Sua morte só foi admitida pelos órgãos de segurança em setembro de 1978, em ofício do Deops/SP assinado pelo então delegado Romeu Tuma, que divulgou a versão oficial segundo a qual o militante teria sido baleado por agentes do DOI-ODI/SP em tentativa de fuga. Conforme o Dossiê ditadura, o militante foi assassinado sob torturas, nas dependências daquele órgão. Os restos mortais de Flavio só foram entregues a família em setembro de 2005” (fls. 529).

Essas são as únicas referências ao ex-Senador na Comissão Nacional da Verdade!

Como se verifica, **exageradas as conclusões do autor, com pretensa base nessa Comissão.** Sem adentrar nas polêmicas a respeito da nomeação dos membros, das decisões da Comissão e das próprias conclusões alcançadas pela Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei Federal nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, o fato é que as conclusões que a Comissão alcançou a respeito do ex-Senador em seu Relatório Final (**Doc. nº 17**). foram apenas as seguintes:

- a) que somente assumiu a Diretoria-Geral do DOPS com a perda de poder do órgão, e que ele era uma figura mais **“palatável”**;
- b) que estaria **“envolvido na repressão”**, **“Embora não haja provas de que Tuma tenha participado de sessões de tortura no DOPS/SP, é fato que trabalhou por anos em edifício onde isso ocorria, chefiando seu Serviço Secreto”**;
- c) apesar de ser uma unidade policial, **o DOPS/SP nao tinha uma**

hierarquia rígida, mesmo no período mais duro da repressão. O caso de Fleury e emblemático, pois ele, na prática, não respondia a sua chefia formal, o diretor-geral do departamento;

d) que teria sido informado no sentido de suicídio que não correspondiam à verdade dos fatos (morte em decorrência de tortura), mas não tomados as providências necessárias e até divulgado informações equivocadas.

Ora, com a devida vênia, nenhuma dessas conclusões permite concluir, **muito pelo contrário**, que o ex-Senador cometeu atos de tortura ou graves violações a direitos humanos, como sustentado pelo autor na inicial.

Mais ainda: não se pode extrair desse Relatório, como pretendeu a inicial, que o ex-Senador Romeu Tuma não poderia ser objeto de denominação de logradouro público, em virtude da **Lei Municipal nº 15.717, de 23 de abril de 2013 (Doc. 18)**, que, alterando o art. 5º da Lei nº 14.454, de 27 de junho de 2007, deixou estabelecido:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 14.454, de 27 de junho de 2007, fica acrescido do seguinte inciso: **“IV – quando se tratar de denominação referente à autoridade que tenha cometido crime de lesa-humanidade ou graves violações de direitos humanos.**

De todo modo, os atos atribuídos pelo ex-Senador Romeu Tuma constantes do Relatório foram cometidos durante a ditadura militar, e a própria lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade, Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, e em seu art. 6º prevê que serão **“ Observadas as disposições da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979”**, que é a Lei da Anistia.

Ora, a Lei da Anistia, **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**, prevê em seu art. 1º:

Art. 1º- É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos

Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Tal lei foi considerada constitucional no julgamento da ADPF 153/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, Acórdão do qual vale a pena transcrever o seguinte trecho de sua ementa:

“A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. (...) A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se da nova norma fundamental”.

Oportuno ainda, nesta oportunidade, transcrever voto do Relator, Ministro Eros Grau em seu voto, na mesma ADPF, **ele que foi vítima real de tortura durante a ditadura, ponderações que são aplicáveis à inicial da presente ação civil pública:**

“21. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites da realidade. Para que possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la. Está lá, no 18 Brumário, de Luís Bonaparte: Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado.”

A respeito da mencionada Lei da Anistia, muito oportunas também as **palavras de Tancredo Neves**, logo após a sua eleição como **primeiro presidente civil da Nova República**, pronunciadas em uma entrevista coletiva com a Imprensa no Palácio da Foz, em Lisboa, na presença do Primeiro Ministro de Portugal Mário Soares, **em 28 de janeiro de 1985**, respondendo a uma indagação específica sobre o tema:

*“O problema no Brasil é uma lei de anistia. **Anistia ampla, anistia incondicional e anistia irrestrita. E, sobretudo, uma anistia recíproca. Para nós o problema revanchista não existe no Brasil.** Nós não temos porquê, de maneira nenhuma, levantar o passado e procurar acertos de contas com o passado. **O que nós desejamos é ver o passado sepultado, cuidar do presente e preparar o futuro. Esta é realmente uma consciência nacional. É um sentimento que domina todos os brasileiros**” (Tancredo Neves –A Noite do destino, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, José Augusto Ribeiro, 2015, p. 672).*

De modo algum, como se verifica, Romeu Tuma foi torturador ou cometeu graves violações de direitos humanos. Não somente a História o demonstra, mas o próprio Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Ainda que assim não fosse, os atos considerados repressivos por ele pretensamente cometidos, teriam sido realizados durante o período da ditadura, e, portanto, anistiados pela Lei da Anistia, considerada constitucional pelo STF na ADPF 143/DF, devendo ser respeitada a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF).

A homenagem prestada a Romeu Tuma pela Câmara Municipal, através da Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017, visou atender, sobretudo, aos grandes serviços por ele prestados ao Brasil no período de 1985 até 2010, **em plena vigência da Democracia em nosso País**, como Senador por dois mandatos, como Delegado-Geral da Polícia Federal, como Secretário-Geral da Receita Federal, como assessor especial do Governador do Estado de São Paulo – enfim, como pessoa que **contribuiu, e muito, para a promoção e fortalecimento das nossas instituições democráticas.**

Irrazoável, portanto, e consistiria em um revanchismo ilegal e descabido, **profundamente injusto**, considerar Romeu Tuma como enquadrável na Lei Municipal nº 15.717, de 23 de abril de 2013, que, alterando o art. 5º da Lei nº 14.454, de

27 de junho de 2007, vedaria a alteração de nome de logradouro para a inclusão do nome do ex-Senador. **Até porque não se está alterando o nome, mas apenas acrescentando ao nome original, “Ponte das Bandeiras”, o nome “Senador Romeu Tuma”.**

III.3 DA IMPESSOALIDADE

Por derradeiro, quanto ao mérito, sustenta o Ministério Público que Vereador Eduardo Tuma é sobrinho do Senador Romeu Tuma, e **“há inegável interesse pessoal do vereador autor da proposição (Eduardo Tuma) que deu início ao processo legislativo”** (fls. 16). Verifica-se, pois, no seu entender, violação ao princípio da impessoalidade, pois **“a iniciativa da homenagem fora do parlamentar que dela se aproveita pessoalmente”** (fls. 18). Por tais razões, quanto ao mérito, sustenta o autor que a **“modificação do nome da Ponte das Bandeiras indica claro dano ao patrimônio público”** (fls. 18).

Porém, quanto à alegada violação ao princípio da pessoalidade, é preciso ponderar que embora o Projeto de Lei 22/2017 tenha sido apresentado pelo Vereador Eduardo Tuma, no entanto **ele foi apreciado pelas seguintes Comissões Permanentes, integradas por Vereadores de todos os partidos:** Comissão de Constituição, Justiça e Legislação participativa, Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente, Comissão de Finanças e Orçamento e Comissão de Educação, Cultura e Esportes. **A seguir, após duas votações pelo Plenário da Câmara, o Projeto foi aprovado e sancionado,** convertendo-se na Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017 (**Doc. nº 19**, cópia do PL 22/2017, na íntegra).

Eis o motivo pelo qual a Lei, aprovada pelo Plenário da Câmara, sancionada, promulgada e publicada, deixa de ter qualquer vínculo pessoal com o Vereador que a propôs, e passa a ser uma Lei do Município de São Paulo. Evidente que todo o Vereador tem interesse na aprovação dos projetos de lei que apresenta, mas justamente por saber que a aprovação redundará em benefício para toda a Cidade de São Paulo, **após minucioso crivo dos parlamentares que, em nosso Estado Democrático de Direito, representam o povo (art. 1º, “caput” e Parágrafo único, da Constituição Federal),** como ocorreu no caso vertente.

Demonstra **claro desconhecimento de princípios básicos de nossa Constituição Federal,** a afirmação constante da peça vestibular, no sentido de que a Lei Municipal nº 16.629, de 19 de abril de 2017 estaria vinculada à pessoa física

do Vereador Eduardo Tuma, por ter ele inicialmente apresentado o projeto de lei correspondente!

Não há que se falar em qualquer violação ao princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, da CF).

IV - CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, está certa a Edilidade paulistana que V. Exa. se dignará acolher as preliminares suscitadas de impossibilidade jurídica do pedido, inadequação da via eleita e ilegitimidade de parte passiva, **extinguindo o feito sem resolução de seu mérito, sob pena de afronta, em especial, ao art. 485, inciso VI do CPC, art. 28, Parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, ao art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 90, inciso III, da Constituição Estadual e ao art. 102, § 2º, da Constituição Federal.**

No entanto, afastadas as preliminares suscitadas, o que para argumentar se admite, pleiteia a Câmara Municipal o reconhecimento da **improcedência da demanda**, em consonância com as razões de direito acima aduzidas, **sob pena de violação ao artigo 6º da Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, at. 1º da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e arts. 1º, “caput” e Parágrafo único, 5º, XXXVI; 30, incisos I e IX, 37, e 216, § 1º da Constituição Federal.**

Postula que, na sentença, haja o pronunciamento explícito dos dispositivos legais mencionados, para fins de prequestionamento, **bem como que se condene o autor ao ônus da sucumbência, atendido o art. 18 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.**

Requer a Câmara Municipal de São Paulo, por fim, **sejam as intimações a ela dirigidas publicadas exclusivamente em nome dos Drs. José Luiz Levy OAB/SP 67.816 e Cíntia Talarico da Cruz Carrer, OAB/SP nº 155.068,** independentemente da subscrição de peças por procuradores diversos.

P. Deferimento.

São Paulo, 20 de agosto de 2018

JOSÉ LUIZ LEVY
Procurador Legislativo – RF 11.012
OAB/SP 67.816

CINTIA TALARICO DA CRUZ CARRER
Procuradora Legislativa Supervisora- RF. 11.400
OAB/SP 155.068

MARIA NAZARÉ LINS BARBOSA
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.043
OAB/SP 106.017

Desfecho da demanda: A ação foi julgada improcedente em 19 de setembro de 2018, através de sentença proferida pelo Juiz de Direito Fausto José Martins Seabra, que arguiu sua decisão sob os seguintes fundamentos:

O processo legislativo seguiu o seu trâmite regular e foi aprovado num modelo de regime democrático, o qual contém virtudes e defeitos, mas é o que de melhor temos para assegurar a liberdade. Pressupõe a tolerância a opiniões e pensamentos discrepantes e respeita a maioria popular. Deliberado com liberdade e democracia pelos representantes dos eleitores de São Paulo que, ao nome da ponte deveria ser acrescentado outro, descabe ao Poder Judiciário, ausente ilegalidade ou inconstitucionalidade, decidir em sentido contrário.

(...)

Custa a crer, por fim, que o cidadão paulistano, ao passar pela Ponte das Bandeiras, denominação que não foi retirada pelo art. 1º da Lei Municipal nº 16.629/17, confundirá dados históricos e geográficos com o acréscimo de Senador (e não delegado) Romeu Tuma, eleito duas vezes senador por São Paulo e, já doente em 2010, recebeu 3,8 milhões de votos ao tentar seu terceiro mandato. Admirado e respeitado por políticos da direita e da esquerda, recebeu a seguinte homenagem do então presidente Luís Inácio Lula da Silva:

“Romeu Tuma dedicou grande parte da vida à causa pública, atuando de forma coerente com a visão que tinha do mundo e, por isso, merece o reconhecimento e o respeito dos brasileiros. No Senado, deu contribuição especial ao debate da segurança pública no país, sempre

com empenho e ideias inovadoras” (Folha de São Paulo, edição de 26 de outubro de 2010).

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a demanda. Não há condenação em verbas de sucumbência. (Sentenças dos autos nº 1028009-63.2018.8.26.0053, laudas nº 9/10).

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2028122-62.2018.8.26.0000

Tema: Direito de Protocolo

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR, DOUTOR EVARISTO DOS SANTOS, DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Autos nº 2028122-62.2018.8.26.0000

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E SUA MESA, por suas Procuradoras ao final assinadas (doc. anexo) nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo **PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. Ofício nº 600-O/2018 - amp, apresentar

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

1. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto o art. 162 da Lei Municipal de São Paulo nº 16.402, de 22 de março de 2016, a qual disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo (Zoneamento), de acordo com a Lei nº 16.050/2014 – Plano Diretor Estratégico (PDE). O dispositivo impugnado prevê o chamado direito de protocolo no licenciamento urbanístico; constitui regra de direito intertemporal, segundo a qual os processos de licenciamento de

obras, edificações e atividades e os projetos de parcelamento do solo protocolados anteriormente à vigência da atual Lei de Zoneamento que ainda não houvessem sido decididos quando da entrada em vigor desta devem ser apreciados de acordo com a legislação vigente à época do protocolo. *In verbis*:

Art. 162. *Os processos de licenciamento de obras, edificações e atividades e os projetos de parcelamento do solo, protocolados até a data de publicação desta lei e sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado a qualquer tempo, optando pela análise integral de acordo com suas disposições.*

§ 1º *Os processos de licenciamento de obras e edificações referidos no “caput” serão indeferidos:*

I - *nos casos previstos no Código de Obras e Edificações (COE) e alterações posteriores;*

II - *se for requerida a modificação da versão do projeto constante do processo em análise na data de promulgação desta lei, nos seguintes termos:*

- a) *alteração de uso, categoria de uso ou subcategoria de uso;*
- b) *acréscimo superior a mais de 5% (cinco por cento) nas áreas computáveis ou não computáveis;*
- c) *alteração em mais de 5% (cinco por cento) na taxa de ocupação.*

§ 2º *Serão apreciados nos termos do “caput” os projetos de parcelamento do solo cuja Certidão de Diretrizes já tiver sido emitida pelo órgão municipal competente.*

§ 3º *Os projetos de parcelamento do solo previstos no parágrafo anterior serão indeferidos quando for requerida alteração em mais de 5% (cinco por cento) do projeto após a vigência desta lei.*

A inconstitucionalidade apontada pelo autor consistiria em suposto rebaixamento da proteção jurídica conferida ao meio ambiente no Município de São Paulo, o que se revelaria contrário às normas contidas nos artigos 111, 144, 180, III a V, 191, 192, § § 1º e 2º e 196 da Constituição Estadual de São Paulo.

Referido rebaixamento da proteção ambiental residiria na possibilidade de ultratividade da Lei de Zoneamento anterior, eventualmente menos protetiva ao meio ambiente em algumas situações específicas, a qual continua sendo aplicável aos processos de licenciamento urbanístico iniciados antes do advento da lei nova, o que, segundo a argumentação tecida na exordial, revelar-se-ia contrário ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

A liminar pleiteada foi deferida, encontrando-se atualmente suspensa a eficácia do art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16, o que resultou na suspensão de milhares de processos de licenciamento urbanístico que estavam em curso no Município de São Paulo quando da entrada em vigor desta Lei.

2. Mérito

2.1. Histórico do direito de protocolo na legislação paulistana

O direito de protocolo é instituto jurídico presente no direito urbanístico paulistano desde seus primórdios, legalmente previsto em todas as Leis de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo já editadas no Município de São Paulo, bem como nos Planos Diretores Estratégicos.

Com efeito, a Lei Municipal nº 7.805/72, primeira Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo, em seus artigos 30 e 31, assim previa:

Art. 30. *Os expedientes administrativos, ainda sem despacho decisório, protocolados anteriormente à data de publicação desta Lei, que não se enquadrem nas disposições ora estatuídas, serão decididos de acordo com a legislação anterior.*

Parágrafo Único. *O prazo máximo admitido para início de obra de edificação abrangida pelo disposto neste artigo é de 1 (um) ano, a contar da data de expedição do respectivo alvará, caracterizando-se o início de obras pelo prescrito na legislação em vigor.*

Art. 31. *Nos projetos de edificação com licenças expedidas anteriormente à data de publicação desta lei, bem como nos projetos de edificação enquadrados nas disposições contidas no artigo anterior, não será admitida qualquer alteração que implique em aumento de área construída, majoração do número de unidades habitacionais, mudança da destinação da edificação ou agravamento da desconformidade do projeto com relação ao estatuído na presente lei.*

Em 2002 foi promulgada a Lei Municipal nº 13.430, primeiro Plano Diretor Estratégico (PDE) do Município de São Paulo editado sob a égide do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01). O art. 302 do Plano Diretor Estratégico de 2002 assim estabelecia:

Art. 302. *Os projetos regularmente protocolizados anteriormente à data de publicação desta lei serão analisados de acordo com a legislação vigente à época do seu protocolo.*

Em 2004 foi promulgada a Lei Municipal 13.885/04, Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo de acordo com o Plano Diretor Estratégico de 2002. O direito de protocolo foi novamente previsto, em seu artigo 242, *in verbis*:

Art. 242. *No caso de expedientes administrativos ainda sem despacho decisório em última instância, protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta lei, os interessados poderão optar pela aplicação da legislação vigente à data do seu protocolamento.*

Parágrafo único. *Nos expedientes administrativos a que se refere o “caput”, um eventual acréscimo na área do terreno que constou do projeto originalmente apresentado, com a incorporação de novos lotes, só será admitida desde que para a área correspondente ao acréscimo seja aplicado o coeficiente de aproveitamento básico, que só poderá ser ultrapassado através de outorga onerosa do direito de construir, nos termos do PDE e desta lei.*

Em 2014 foi promulgado novo Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal 16.050/14), o qual se encontra atualmente vigente. (A Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo atual, combatida na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi editada sob sua égide.) O Plano Diretor Estratégico atual assim estabelece, em seu art. 380:

Art. 380. *Os processos de licenciamento de obras e edificações, protocolados até a data de publicação desta lei, sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado, a qualquer tempo, optando pela análise integral nos termos desta lei.*

Parágrafo Único. *Os processos de licenciamento de obras e edificações referidos no “caput” serão indeferidos:*

I - *nos casos previstos no Código de Obras e Edificações - COE, Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, e alterações posteriores;*

II - *se for requerida a modificação da versão do projeto constante do processo em análise na data de promulgação desta lei para alguma das seguintes finalidades:*

- a) *alteração de uso, categoria de uso ou subcategoria de uso;*
- b) *acréscimo superior a mais de 5% (cinco por cento) nas áreas computáveis ou não computáveis;*
- c) *alteração em mais de 5% (cinco por cento) na taxa de ocupação.*

Comparando-se a redação do impugnado art. 162 da Lei Municipal de São Paulo nº 16.402/16, transcrito no tópico supra, com a redação dos dispositivos que previam o direito de protocolo na legislação anterior, **verifica-se que o diploma guerreado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade não trouxe qualquer inovação ao instituto, que permanece íntegro em sua essência**

desde sua origem, em 1972.

Nota-se, inclusive, que os parágrafos do art. 162 da Lei nº 16.402/16, atual Lei de Zoneamento, preveem restrições ainda mais rigorosas do que aquelas estabelecidas nas Leis de Zoneamento anteriores, mas ainda assim fiéis à sua natureza, garantindo, em síntese, a vedação de alterações no projeto protocolado que impliquem o agravamento de sua desconformidade com relação ao estatuído na nova lei.

Frise-se que os dispositivos supratranscritos, que previam o direito de protocolo nas Leis de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo anteriores, bem como nos Planos Diretores Estratégicos de 2002 e 2014¹⁴⁸, jamais foram objeto de declaração de inconstitucionalidade.

Causa espanto a arguição da inconstitucionalidade de um instituto jurídico tão antigo, positivado na legislação municipal desde o ano de 1972, anterior mesmo à própria Constituição Estadual de São Paulo, instituto este que foi novamente previsto no Plano Diretor Estratégico de 2002 e na Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo de 2004, já sob a égide da atual Carta Magna Paulista.

Vem a propósito o antigo adágio: *“minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt”*: “altere-se o menos possível o que sempre foi interpretado do mesmo modo”. Como aduz Carlos Maximiliano, esta preciosa máxima impõe o respeito à exegese pacífica, faz observar as normas de acordo com o sentido e o alcance uniformemente definidos durante dilatados anos pela doutrina e pela jurisprudência. Quanto mais antiga é uma interpretação, maior o seu valor. Se foi contemporânea da norma, avulta ainda mais a presunção de certeza: é de supor que os primeiros aplicadores conheciam melhor o espírito e o fim da regra positiva. Por outro lado, quanto mais tempo se mantém inalterada, pacífica uma exegese, tanto menor será a probabilidade de a substituir com acerto¹⁴⁹.

Na verdade, uma análise detida da petição inicial e dos documentos que a acompanham torna patente que a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada visando caso concreto específico, de imóvel localizado em área que a atual Lei de Zoneamento passou a tratar como Zona Especial de Proteção Ambiental, tratando-se de verdadeiro sucedâneo de ação civil pública.

Aliás, toda a argumentação expendida na exordial direciona-se à questão das Zonas Especiais de Proteção Ambiental.

Entretanto, há que se ter em mente que os efeitos de eventual declaração de

148 este último atualmente vigente, inclusive seu art. 380, que também prevê o direito de protocolo e não foi impugnado, seja na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja em qualquer outra ADIn
149 (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, pg. 203)

inconstitucionalidade do dispositivo impugnado abarcarão todos os licenciamentos que estavam em curso quando da entrada em vigor da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo atual, não somente os licenciamentos de imóveis localizados em área que passou a ser tratada pela Lei atual como Zona Especial de Proteção Ambiental, gerando enormes prejuízos e insegurança jurídica.

Por fim, repise-se que o Plano Diretor Estratégico atualmente vigente também prevê o direito de protocolo (art. 380 da Lei Municipal 16.050/14) e não foi impugnado, seja na presente ação, seja em qualquer outra Ação Direta de Inconstitucionalidade. Eventual declaração de inconstitucionalidade do guereado art. 162 da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, por óbvio, não teria o condão de implicar a declaração de inconstitucionalidade do art. 380 do Plano Diretor Estratégico, ante a ausência de pedido. Ou seja, ainda que a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade fosse julgada procedente, o direito de protocolo no direito urbanístico municipal seguiria plenamente válido e aplicável, com base no art. 380 do PDE. Portanto, a declaração da inconstitucionalidade do art. 162 da Lei Municipal de São Paulo nº 16.402/16 representaria evidente contrassenso jurídico.

2.2. Vedação ao Retrocesso

A argumentação desenvolvida na exordial está fortemente centrada no princípio da vedação ao retrocesso.

De acordo com tal princípio, legislação nova não pode impor restrições que esvaziem o conteúdo de direitos já assegurados. Trata-se de princípio aplicável aos direitos fundamentais, de forma ampla, e não apenas ao direito ambiental.

Tal princípio foi positivado no Direito brasileiro por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada em nosso ordenamento através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, a qual prevê, em seu artigo 29, *b*, a vedação de que a novel legislação seja interpretada no sentido de “*limitar o gozo e exercício de **qualquer direito ou liberdade** que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados* (grifo nosso)”.

Em que pese o esforço expendido pelo autor em sua longa argumentação, o princípio da vedação ao retrocesso ambiental não se ajusta à previsão contida no art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16, norma esta de direito intertemporal, conforme já mencionado.

Ora, caberia falar-se em retrocesso ambiental se a atual Lei de Parcelamento,

Uso e Ocupação do Solo trouxesse regramento **de direito material** menos protetivo que o da Lei anterior, por exemplo, extinguindo a previsão de espaços territoriais especialmente protegidos.

Não é, porém, o caso. O dispositivo impugnado tão somente traz uma regra de transição, aplicável a situações iniciadas anteriormente à vigência da Lei (**norma de direito intertemporal, não de direito material**). Não concede tratamento menos protetivo a situações que possuíam regramento ambiental mais restritivo anteriormente, mas sim prevê que as novas normas mais restritivas aplicar-se-ão somente aos novos pedidos de licenciamento.

Arguir-se a inconstitucionalidade de tal regra com base na vedação ao retrocesso ambiental exige grande esforço de abstração, ante a total ausência de aplicabilidade do conceito de retrocesso às situações tratadas pela norma combatida. Retrocesso diz respeito a retorno, recuo, regresso, involução. O art. 162 da Lei nº 16.402/16 do Município de São Paulo prevê, apenas, a temporária permanência, continuidade, conservação da aplicabilidade do regramento jurídico anterior para situações iniciadas durante sua vigência, evitando que as regras se alterem “no meio do jogo”.

Ou seja, não é razoável nem coerente que, com base na vedação ao retrocesso ambiental, sacrifique-se por completo, conforme verificar-se-á em maior detalhamento no tópico seguinte, outros preceitos fundamentais, em especial o da segurança jurídica, o que efetivamente caracterizaria retrocesso.

Em suma, é ilógico falar-se em infringência da vedação ao retrocesso por uma norma de direito intertemporal que, por definição, somente regulamenta o conflito de leis no tempo.

2.3. Conflito entre direitos fundamentais

Sustenta o autor que *“não podem prevalecer interesses secundários sobre os institutos que se voltam à proteção da sociedade, à proteção de direitos fundamentais, no caso, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, caput, CF)”*.

Entretanto, há que se ter em mente que o dispositivo ora guerreado contém importante regra de direito intertemporal, que visa a preservação da segurança jurídica, princípio fundamental basilar de nosso ordenamento jurídico (art. 5º, XXXVI, CF), o qual igualmente constitui instituto voltado à proteção da sociedade.

A previsão legal do direito de protocolo prima pela **estabilidade das relações jurídicas, pelo princípio da confiança legítima**, e atende à grave necessidade de se conferir **segurança jurídica** aos munícipes, diante da **mutabilidade natural do direito urbanístico**.

Nesse sentido, vale lembrar que o § 3º do art. 40 do Estatuto da Cidade

(Lei Federal nº 10.257/01) **estabelece a obrigatoriedade de revisão do Plano Diretor Estratégico a cada dez anos.** Ou seja, o período máximo de validade do PDE, legislação que norteia todo o regramento urbanístico municipal, é de dez anos.

Já o processo de licenciamento urbanístico, principalmente no caso de empreendimentos de maior complexidade, envolvendo a análise de vários órgãos, comumente demanda um período mais longo do que este para sua finalização.

Portanto, caso afastado o direito de protocolo, tais empreendimentos seriam completamente inviabilizados, eis que ciclicamente, a cada revisão da legislação urbanística, o requerente teria que realizar um novo projeto e passar novamente pela análise de todos os órgãos envolvidos, sem o aproveitamento dos atos praticados até então (o que, inclusive, atentaria contra o princípio da eficiência da Administração, positivado no art. 37 da Constituição Federal), e assim seguir-se-ia infundavelmente, num “*looping*” eterno.

Evidente, por conseguinte, a imperiosidade da manutenção da previsão legal do direito de protocolo no licenciamento urbanístico, sob pena de se submeter os peticionantes a verdadeiro processo kafkiano, especialmente tendo-se em conta a morosidade que sói acometer os processos de licenciamento.

Paradigmático, aliás, o fato de que, com a liminar proferida na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendeu-se o andamento de 1.239¹⁵⁰ processos de licenciamento urbanístico protocolados sob a égide do Plano Diretor Estratégico de 2002. Acresçam-se outros 748 processos que se encontram paralisados em razão da concessão da liminar e que foram protocolados após a vigência do Plano Diretor

Estratégico de 2014 e antes da vigência da Lei de Uso de Ocupação do Solo de 2016.

Assim, torna-se patente que a extinção do direito de protocolo do regramento urbanístico geraria grave insegurança jurídica, atentando inclusive contra o **princípio fundamental da livre iniciativa e**, em última análise, até mesmo contra o **direito fundamental de propriedade**, que é completamente esvaziado quando desatrelado do **direito de construir**.

Sobre o princípio da livre iniciativa - previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF) – é bastante esclarecedora a lição de Geraldo Ataliba¹⁵¹:

“Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa)

150 Conforme tabela fornecida pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (fl. 421 dos autos)
151 *República e Constituição, RT, 1985, p. 151.*

e o direito de trabalhar, produzir, empreender e atuar numa economia de mercado não seja mera figura de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normais preocupações e ônus da atividade empresarial.”

Quanto ao direito de propriedade (art. 5º, *caput*, e inc. XXII, e art. 170, II, CF), não se olvida que este, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, sendo necessário pautar-se seu exercício nas limitações impostas pelo interesse público, dentre as quais se enquadram as regras de direito ambiental e urbanístico estabelecidas na Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

Por outro lado, conforme leciona Marçal Justen Filho¹⁵², é importante frisar que *“a supremacia do interesse público não afasta a existência de outros princípios, destinados inclusive a assegurar a propriedade e a liberdade privadas”*.

A regra insculpida no art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16 faz justamente este necessário sopesamento entre o direito de construir (conforme dito, intimamente ligado ao direito de propriedade e sem o qual este último praticamente se esvai), e a aplicação do novo regramento trazido pela Lei, porventura mais restritivo.

Trata-se, assim, de norma que deve ser privilegiada, não sendo razoável a interpretação pretendida pelo autor no sentido de que decorreria do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a total imperiosidade da aplicação imediata da nova Lei de Zoneamento, inclusive a situações iniciadas durante a vigência da Lei de Zoneamento anterior (mediante o protocolo do pedido de licenciamento), com total sacrifício do princípio básico de direito intertemporal resumido no brocardo latino *“tempus regit actum”*.

Pretender-se a exclusão da norma contida no art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16 do ordenamento jurídico, com a declaração de sua inconstitucionalidade,

152 *Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.*

además, implica violação ao **princípio da irretroatividade das leis**, uma vez que lei nova passaria a produzir efeitos sobre situações iniciadas antes de sua vigência, com o protocolo do pedido de licenciamento, o qual pode inclusive ter sido apresentado anos antes da entrada em vigor da lei e encontrar-se ainda pendente de análise por circunstâncias completamente alheias à vontade do postulante, relacionadas apenas à morosidade da Administração.

Ante a aparente colidência prática entre princípios fundamentais no presente caso, vale lembrar que são postulados básicos de hermenêutica constitucional o da **unidade da Constituição**, segundo o qual esta deve ser interpretada como um sistema unitário de normas, sem que haja qualquer hierarquia entre elas, e o da **concordância prática ou harmonização**, segundo o qual, em face de eventual colisão aparente entre princípios jurídicos, há que se sopesá-los de modo a harmonizá-los, sem que a aplicação de um resulte no aniquilamento do outro, privilegiando-se a interpretação que confira máxima efetividade para ambos os princípios tidos como colidentes.

Sendo assim, não é razoável pretender-se o sacrifício total de princípios fundamentais tão básicos quanto o da segurança jurídica (e a correlata irretroatividade das leis), o da livre iniciativa e o do direito de propriedade (bem como o direito de construir, intimamente relacionado) em nome do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito este que já era observado pela legislação anterior (ainda que de forma menos restritiva em algumas situações específicas), cuja aplicação é prevista pelo guereado art. 162 da atual Lei de Zoneamento.

2.4. Licenciamento edilício e licenciamento ambiental

A licença é ato administrativo capaz de anuir com a prática de determinada atividade, condicionada a sua concessão à análise do Poder Público quanto ao atendimento dos requisitos tipificados em lei.

Trata-se, de modo geral, de um ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos.

Ainda, gozam as licenças dos mesmos atributos dos atos administrativos, destacando-se entre eles a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, executoriedade e veracidade.

Necessário sopesar-se, entretanto, que o licenciamento edilício e o licenciamento ambiental possuem regramentos diversos. O Autor, porém, parece pretender induzir o Juízo a erro ao confundir ambos, como se possuíssem o mesmo conceito, para, em seguida, afirmar que a concessão da licença ambiental possui certa margem de discricionariedade. Primeiramente, ressalte-se que tal afirmação é bastante controversa, devendo ser analisada *cum grano salis*. De outra forma, há que se ter em mente que a licença ambiental, quando exigível no caso concreto, constitui um dos requisitos para a concessão da licença edilícia, não se confundindo com esta última, portanto.

Em decorrência da proteção conferida pelo ordenamento ao direito de propriedade, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que a licença edilícia possui caráter vinculado e, desse modo, deve ter seus critérios de emissão objetivamente tipificados na lei existente à época do protocolo.

Como explica Hely Lopes Meirelles, **“a licença para edificação não pode ser negada se o interessado satisfaz todas as exigências do Código de Obras e das Normas complementares”**, já que seu deferimento nessas condições **“é uma imposição legal, e não uma faculdade discricionária da Administração”**¹⁵³. (grifo nosso)

Desse modo, a decisão administrativa que analisa o pedido de licença para construir deve limitar-se a verificar a regularidade do projeto em face das normas legais aplicáveis e o regular fornecimento da documentação exigida, já que se cuida de ato vinculado, sem margem para divagações.

153 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100 e 214.

Frise-se que o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) também é recorrente ao salientar que a licença construtiva é “ato vinculado às diretrizes delineadas pela Lei de Zoneamento”, sendo vedado à Administração indeferir a licença com base em razões não expressamente tipificadas na norma de regência¹⁵⁴. Inequívoco, portanto, o caráter vinculado da licença de construção no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, não sendo lícito à Administração negar a emissão da licença construtiva quando preenchidos todos os requisitos legais para tanto, não seria correto afirmar que a licença faz nascer para o particular um novo direito, mas sim apenas declara a existência de um direito do qual o particular já dispunha na ocasião do protocolo.

A licença para construir, portanto, é ato vinculado, de emissão obrigatória, uma vez preenchidos os requisitos objetivamente tipificados em Lei, possuindo natureza declaratória.

E o direito de construir consiste em direito subjetivo inerente ao direito de propriedade, que preexiste à emissão da licença, mas apenas pode ser executado uma vez exercido a tempo pelo particular o seu ônus de solicitar a licença por meio de requerimento regularmente instruído, em atendimento à legislação em vigor na data da sua submissão.

Ante a natureza declaratória da licença edilícia, é possível concluir que, via de regra, observadas as exigências previstas na legislação vigente à época do protocolo, o particular possui o direito à emissão da licença a partir da data em que protocola o requerimento regularmente instruído.

Pois bem. Uma vez que o processo administrativo tramita segundo o princípio do impulso oficial, o administrado não pode ser prejudicado pela ausência de decisão administrativa anterior à alteração legislativa, sendo certo que da supressão do direito de protocolo decorreriam situações em que requerimentos protocolados na mesma data, com fundamento na mesma norma, resultariam em soluções desiguais pela Administração, a depender da morosidade ou celeridade da análise do pleito por parte do Poder Público em um caso ou outro, em total afronta

154 Gabriela Braz Aida, *Direito de protocolo: limites e possibilidades no processo de licenciamento construtivo*. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Urbanístico, sob orientação da Profa. Dra. Daniela Campos Libório. São Paulo: 2016. *Apud* Ap. n.º 0554121-92.2007.8.26.0577, Rel. Ferraz de Arruda, 13.ª Câmara de Direito Público, j. 26.10.2011.

ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF).

Em tal cenário, e considerando o quanto mais exposto sobre o regime jurídico aplicável às licenças urbanísticas – notadamente quanto ao seu caráter vinculado e natureza meramente declaratória -, a doutrina existente a respeito do tema aqui tratado é amplamente majoritária no sentido de que a simples apresentação do requerimento de licença urbanística regularmente instruído já garante ao particular o direito à sua emissão conforme normas em vigor na data do seu protocolo, mesmo nos casos em que inexistente previsão expressa na legislação local.

Com efeito, como já manifestou Hely Lopes Meirelles:

O início da obra gera direito adquirido à sua continuidade pela legislação em que foi aprovado o projeto, e, mais do que isso, o só ingresso do projeto em conformidade com a legislação vigente assegura ao requerente a sua aplicação, pois o retardamento da Prefeitura na aprovação do projeto não pode prejudicar o interessado que atendeu oportunamente às exigências legais da época em que projetou e requereu a construção (grifou-se).¹⁵⁵

Trata-se o direito de protocolo, portanto, de decorrência lógica da exegese conjunta de diversos princípios fundamentais de direito, já referidos alhures, **estando de acordo, inclusive, com a novel previsão contida no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018:**

Art. 23. *A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (grifos nossos).*

155 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 219.

Ora, o direito de protocolo nada mais é do que um regime de transição indispensável para que o novo condicionamento de direito estabelecido pela novel legislação urbanística, publicada após o protocolo do pedido de licenciamento edilício, seja cumprido de modo proporcional e equânime.

Nesse sentido, vale lembrar que a disciplina legal decorrente do novo zoneamento pode restringir de forma radical o direito de construir até então amparado pela legislação anterior, porventura até mesmo excluí-lo por completo, ainda que o processo de licenciamento em trâmite possa ter implicado vultuosos investimentos despendidos pelo requerente, movido pela confiança legítima. A ausência do regime de transição decorrente do direito de protocolo implicaria exigir-se, em casos tais, que o proprietário atingido, de forma extraordinária, por uma restrição imposta pelo interesse coletivo, arcasse sozinho com os prejuízos decorrentes da alteração das leis de uso e ocupação do solo urbano, de forma totalmente irrazoável.

Sobre o princípio da confiança legítima, valiosa a lição de Heleno Tavares Torres¹⁵⁶:

O princípio da proteção da confiança legítima é (...) manifesto pela obrigatoriedade da Administração Pública de agir com previsibilidade nas relações com os particulares.

O respeito ao princípio da confiança legítima, por conseguinte, integra-se ao princípio da boa Administração Pública, que se define a partir de uma atividade desenvolvida segundo critérios fundados em transparência, motivação, imparcialidade e probidade, ou seja, orientada à efetividade dos direitos fundamentais, em coerência com o estado de confiança relativo aos seus atos, comissivos ou omissivos. Por todos esses motivos, fala-se hoje em um verdadeiro direito fundamental a uma boa Administração Pública, a integrar o conteúdo do princípio da segurança jurídica. (...) A autovinculação da Administração Pública densifica o dever de coerência nas decisões administrativas (...). O princípio da vedação de comportamentos contraditórios é corolário do princípio da moralidade, vinculante para toda a

156 (O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91-95)

Administração, o que a tolhe em qualquer afetação a direito de pessoas que confiaram no sentido objetivo de atos praticados anteriormente pela mesma pessoa ou por órgãos distintos.

Por outro lado, há que se ter em mente que os investimentos envolvidos no empreendimento imobiliário, sob o risco de inutilização com a extinção do direito de protocolo, podem ser originados também dos cofres públicos, considerando-se que projetos de moradia popular seriam igualmente afetados por eventual declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido, vale lembrar que, com a concessão da liminar na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspenderam-se 1.158 processos de Habitação de Interesse Social, protocolados anteriormente à Lei Municipal 16.402/16, segundo dados da Prefeitura do Município de São Paulo.

Sendo assim, percebe-se que beira o absurdo o pleito da presente demanda de declaração da inconstitucionalidade de dispositivo legal que unicamente positiva o direito de protocolo no regramento urbanístico local do Município.

2.5. Ausência de Violação dos Dispositivos Constitucionais Indicados

Sustenta o autor que o art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16 seria inconstitucional por violar os artigos 111, 144, 180, III a V, 192 e 196 da Constituição Estadual de São Paulo.

Confira-se a redação dos dispositivos indicados:

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.*

Artigo 180 - *No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:*

III - a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;

IV - a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;

V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

Artigo 192 - A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

§ 1º - A outorga de licença ambiental, por órgão, ou entidade governamental competente, integrante de sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais.

§ 2º - A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no “caput” deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas.

Artigo 196 - A Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira, o Complexo Estuarino Lagunar entre Iguape e Cananéia, os Vales dos Rios Paraíba, Ribeira, Tietê e Paranapanema e as unidades de conservação do Estado são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á na forma da lei, dependendo de prévia autorização e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

Percebe-se, a partir da simples leitura de tais dispositivos, que o guerreado art. 162 da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano do Município de São Paulo não possui qualquer tipo de incompatibilidade com a Constituição Estadual, a permitir sua declaração de inconstitucionalidade, apesar do esforço do autor em sustentar o contrário.

Vejamos: o art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo versa sobre os princípios que regem a Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Ora, não há qualquer colidência entre o direito de protocolo no licenciamento urbanístico e tais princípios. O próprio autor, apesar de afirmar que o art. 111 da Carta Magna estadual é violado pelo art. 162 da Lei paulistana nº16.402/16, sequer indica em que consistiria tal violação.

Diga-se o mesmo com relação ao art. 144 da Constituição Estadual, o qual versa sobre a autonomia dos Municípios.

Com efeito, da análise de cada um dos dispositivos invocados pelo Autor, é possível verificar que as normas da Constituição Estadual que indica como supostamente violadas não se mostram idôneas, por sua generalidade, como parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal estadual.

O art. 180 da Carta Magna estadual, por sua vez, prevê que no estabelecimento de normas e diretrizes para o desenvolvimento urbano, Estados e Municípios assegurarão a proteção do meio ambiente urbano e cultural, a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública e a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida.

Ora, como poderia uma norma de direito intertemporal, que simplesmente garante que situações iniciadas sob a vigência de lei anterior continuarão a ser por esta reguladas, contrariar qualquer destas diretrizes, considerando-se que a lei anterior já assegurava a proteção do meio ambiente, a criação e manutenção de áreas de especial interesse e a observância das normas urbanísticas?

Nesse sentido, vale frisar que é patente o equívoco da afirmação contida na exordial no sentido de que a mudança no zoneamento evidencia que o zoneamento anterior era errôneo. Na verdade, a alteração da Lei de Zoneamento reflete, tão somente, a característica inata ao Direito Urbanístico que consiste em sua mutabilidade.

Neste contexto, a legislação de uso e de ocupação do solo deverá, com base no dinamismo das necessidades que a cidade apresenta, integrar os mais diversos

interesses, sendo oportuno destacar a doutrina mais abalizada sobre o assunto, de lavra do ilustre Hely Lopes Meirelles¹⁵⁷:

A lei de uso e ocupação do solo urbano, como geralmente é denominada, destina-se a estabelecer as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a localizar em áreas adequadas as diferentes atividades urbanas que afetem a comunidade. Para tanto, classifica os usos e estabelece sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, visando a equilibrar e harmonizar o interesse geral da coletividade com o direito individual de seus membros no uso da propriedade particular, na localização e no exercício das atividades urbanas e até na utilização do domínio público.

*As imposições urbanísticas dessa legislação devem prover sobre o zoneamento urbano e a ocupação correspondente, bem como sobre o parcelamento das glebas urbanas ou urbanizáveis, com especial destaque para os loteamentos, que constituem a forma normal de expansão da cidade. **Outro aspecto da legislação edilícia é o da renovação urbana, para atualizar as cidades envelhecidas, com a retificação de seu traçado, a ampliação de seu sistema viário, a modernização de seus equipamentos – enfim, a adequação de suas partes obsoletas às novas funções que o progresso e a civilização exigem dos antigos centros urbanos.** (grifo nosso)*

Não é por outra razão que, conforme aduzido alhures, o próprio Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/01) estabelece a obrigatoriedade de revisão do Plano Diretor Estratégico no mínimo a cada dez anos.

Pois bem. Prosseguindo na análise dos dispositivos da Constituição Estadual tidos pelo autor como violados pelo art. 162 da Lei 16.402/16 do Município de São Paulo, tem-se o art. 192 da Constituição, segundo o qual a execução de obras e empreendimentos será admitida se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

157 Direito Municipal Brasileiro. São Paulo, Ed. Malheiros, 15ª Ed., p. 551

O parágrafo 1º do art. 192 da Constituição Estadual estabelece que a outorga de licença ambiental será feita em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais. Conforme já mencionado anteriormente, é evidente que a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo anterior já resguardava o meio ambiente ecologicamente equilibrado e que o licenciamento de obras de acordo com a lei anterior, no caso de empreendimentos protocolados durante sua vigência, será feito em conformidade com normas que garantem a prevalência do meio ambiente equilibrado.

Ainda com relação ao art. 192 da Constituição Estadual de São Paulo, seu parágrafo 2º trata da necessidade de estudo prévio de impacto ambiental no licenciamento de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. Trata-se de imposição que em nada interfere no disposto no gerreado art. 162 da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do solo do Município de São Paulo, ainda mais tendo-se em conta que, conforme já explanado, a apresentação de licenças ambientais eventualmente exigíveis no caso concreto constitui requisito para a concessão da licença edilícia.

Por fim, o art. 196 da Constituição Paulista prevê que a Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira, o Complexo Estuarino Lagunar entre Iguape e Cananéia, os Vales dos Rios Paraíba, Ribeira, Tietê e Paranapanema e as unidades de conservação do Estado são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á na forma da lei, dependendo de prévia autorização e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente. É de evidência cristalina que o art. 162 da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, o qual, repise-se, tão somente estabelece regra de direito intertemporal, regra esta que sempre possuiu previsão praticamente idêntica nas Leis de Zoneamento anteriores, não colide de forma alguma com a norma do art. 196 da Carta Magna do Estado de São Paulo.

Conclui-se, portanto, que não cabe falar-se na inconstitucionalidade do art. 162 da Lei 16.402/16, uma vez que totalmente compatível com todos os dispositivos da Constituição Estadual que, segundo a exordial, teriam sido violados.

2.5. Inaplicabilidade da jurisprudência citada na exordial ao caso em tela

O autor colaciona vasta jurisprudência em sua petição inicial, entretanto é patente que nenhum dos precedentes citados se adequa à hipótese dos presentes autos.

São transcritos diversos julgados que unicamente se referem ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de terceira geração, sem qualquer relação com o direito de protocolo.

Com relação aos poucos casos citados que de fato dizem respeito ao direito de protocolo, julgados no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico fundado em lei revogada, decorrente de requerimento administrativo protocolado à época de sua vigência, há que se ter em mente o contexto fático e normativo dos casos em que proferidos. Nestes, inexistia previsão legal garantindo o direito de protocolo.

Primeiramente, destaque-se que não se trata de jurisprudência pacífica, nem mesmo majoritária. Ademais, com base em todo o exposto, percebe-se que não é sequer a orientação mais adequada, eis que o direito de protocolo é decorrência lógica de diversos princípios de direito, devendo ser reconhecido ainda quando não positivado.

Entretanto, é evidente que há enorme diferença entre não se reconhecer direito de protocolo não amparado pela legislação e se declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal que o prevê. **Inexistem precedentes neste último sentido**, apesar de o direito de protocolo ter sido previsto expressamente por todas as Leis de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo já editadas no Município de São Paulo. E não poderia ser diferente. Não deve o Judiciário sobrepor-se à vontade do legislador para eliminar uma regra de direito intertemporal, que visa tão somente dar efetividade à garantia da segurança jurídica, inclusive sob pena de infringência do art. 30, I, da Constituição Federal.

Frise-se que os atos legislativos representam a vontade do povo, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade somente deve sobrevir quando manifesta a desarmonia entre o ato normativo impugnado e a Constituição, o que, a toda evidência, não ocorre no presente caso.

Aliás, no julgamento das ações versando o novo Código Florestal (ADC 42 e ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937) o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental há de ser considerado com parcimônia, sendo necessário que o Judiciário respeite as opções legislativas razoáveis, que não atentem diretamente contra o núcleo essencial do direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, em decorrência de todas as características já mencionadas próprias do direito urbanístico, a matéria objeto da presente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade está estreitamente afeta à discricionariedade administrativa. O Plano Diretor Estratégico e a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, apesar de serem leis em sentido formal, na verdade traduzem-se na formalização de políticas públicas referentes ao planejamento de ocupação da cidade e de ordenação de seu território. Sendo assim, eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo combatido implicaria, também, violação dos artigos 30, inciso VIII, e 182, da Constituição Federal, que preveem a autonomia do Município para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento, e da ocupação do solo urbano, e para a execução da política de desenvolvimento urbano.

Ora, se é do Município a competência precípua para a criação de normas específicas de uso e ocupação do solo aplicáveis ao seu território, como decorrência lógica tem-se que também lhe cabe, com base em conveniência e oportunidade, estabelecer regras de transição e de exceção à aplicação de cada uma dessas normas, não se mostrando razoável, assim, a pretensão de declaração de inconstitucionalidade do art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/16.

3. DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Conforme já mencionado anteriormente, toda a argumentação da exordial é tecida em torno de situação bastante específica de imóvel cujo processo de licenciamento urbanístico estava em curso quando da entrada em vigor da Lei 16.402/16 e que se localiza em área que passou a ser tratada por esta como Zona Especial de Proteção Ambiental.

Não obstante, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo é feito sem qualquer temperamento. A liminar, por sua vez, também foi concedida de forma irrestrita, abrangendo todos os imóveis cujo licenciamento estava em curso no início da vigência da atual Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano, sendo que a grande maioria deles não se encontra na situação que ensejou a propositura da ação.

Sendo assim, na remota hipótese de ser julgada procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que se admite somente para fins de argumentação, é imperiosa a modulação dos efeitos da declaração, de modo a atingir apenas os imóveis que se localizam em área que passou a ser tratada pela Lei 16.402/16 como

Zona Especial de Proteção Ambiental, sob pena de se incorrer em grave violação à segurança do ordenamento jurídico.

De outra senda, conforme aduzido no item 2.1, o art. 380 do Plano Diretor Estratégico atual (Lei 16.050/14 do Município de São Paulo), o qual não foi objeto de impugnação na presente demanda e continua plenamente válido e eficaz, também prevê o direito de protocolo, estabelecendo que os processos de licenciamento de obras e edificações protocolados até a data de publicação desta lei (Plano Diretor Estratégico atual do Município de São Paulo, publicado em 31 de julho de 2014) serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo.

Sendo assim, ainda que o art. 162 da atual Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo venha a ser declarado inconstitucional, o que se admite unicamente *ad argumentum*, é imperioso, para se evitar desnecessários debates futuros, que a decisão esclareça expressamente que os processos de licenciamento de obras e edificações protocolados até a data de publicação do Plano Diretor Estratégico atual do Município de São Paulo (31 de julho de 2014) serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, não por força do art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/2016, mas sim por força do art. 380 da Lei nº 16.050/14 do Município de São Paulo (PDE).

4. PEDIDO

Não se vislumbra, portanto, em face de todo o exposto, qualquer violação aos artigos 111, 144, 180, III a V, 191, 192, § § 1º e 2º e 196 da Constituição Estadual de São Paulo, ao contrário do quanto afirmado pelo Autor.

Assim, requer-se seja julgada **IMPROCEDENTE** a presente demanda, declarando-se constitucional o art. 162 da Lei Municipal de São Paulo nº 16.402/16, vez que em consonância com o sistema jurídico e os princípios de direito, notadamente arts. 1º, IV, 5º, *caput*, e incisos XXII e XXXVI, art. 30, I e VIII, art. 37, art. 170, *caput* e inciso II, e art. 182, todos da Constituição Federal, os quais requer, desde já, sejam expressamente enfrentados, para fins de questionamento.

Subsidiariamente, na remota hipótese de se julgar procedente a presente ação, requer-se a modulação dos efeitos da decisão, para que sejam atingidos somente os imóveis que se localizam em área que passou a ser tratada pela Lei 16.402/16 como Zona Especial de Proteção Ambiental. Requer-se, outrossim, que tal decisão esclareça expressamente que os processos de licenciamento de obras e edificações protocolados até a data de publicação do Plano Diretor Estratégico atual

do Município de São Paulo (31 de julho de 2014) serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, não por força do art. 162 da Lei Municipal nº 16.402/2016, mas sim por força do art. 380 da Lei nº 16.050/14 do Município de São Paulo (PDE).

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

Milton Leite
Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima
Procuradora Legislativa – R.F. 11.483
OAB/SP nº 284.782

Cintia Talarico da Cruz Carrer
Procuradora Legislativa Supervisora –RF 11.400
OAB/SP n. 155.068

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.043
OAB/SP n. 106.017

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2039942-15.2017.8.26.0000

**Tema: Competência legislativa para instituição de programa de
combate a pichações**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR, DR.
ARANTES THEODORO, DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Autos n. 2039942-15.2017.8.26.0000**

**PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e CÂMARA
MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, assistidos por seus procuradores (Doc. 01), nos autos
da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** acima indicada, proposta
pelo **DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE
(PSOL-SP)**, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r.
ofício nº 719-O/2017, apresentar

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir:

I. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, tendente à declaração de **inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 16.612, de 20 de fevereiro de 2017**, que dispôs sobre o Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo.

Para tanto, invoca vícios formais e materiais consistentes no seguinte:

- 1) **Inobservância do devido processo legislativo**, haja vista a previsão inserta no **artigo 273 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo** – o que redundaria na inadmissibilidade do substitutivo

apresentado, vez que o projeto de lei original não teria qualquer relação com a matéria ao final aprovada, na forma do substitutivo;

- 2) **Ausência de ao menos duas audiências públicas no curso do processo legislativo**, na medida em que o substitutivo apresentado não teria sido submetido a tal participação popular, o que violaria o **artigo 41, inciso VIII da Lei Orgânica do Município de São Paulo**;
- 3) **Vício de iniciativa** decorrente de previsão de outorga de atribuições às Subprefeituras, agora nominadas “Prefeituras Regionais”, o que afrontaria os **artigos 37, § 2º, IV e 69 da Lei Orgânica do Município de São Paulo**;
- 4) **Usurpação de competência legislativa da União (artigo 22, inciso I CF)**, sob o fundamento de que a lei impugnada, em seu artigo 3º, ampliaria a tipificação penal prevista no **artigo 65 da Lei Federal nº 9.605/98**, além de prever “*penas restritivas de direito, mediante uma pena alternativa de reparação do dano ou prestação de serviços de zeladoria*”. Ainda, o artigo 8º da norma impugnada conteria previsão de pena de interdição de direito (proibição de exercício de cargo ou atividade pública remunerada com a Administração Direta e Indireta Municipal);
- 5) Violação à Constituição do Estado de São Paulo, vez que a competência para promover e disciplinar medidas de responsabilização dos causadores de poluição ou de degradação ambiental seria Estadual, e não Municipal (artigos 193, XIII e XIV da CESP);
- 6) Violação aos artigos 4º da Constituição do Estado de São Paulo e 5º, inciso LV da Carta Magna, pois a norma impugnada preveria diversos mecanismos de função policial, jurídica e penitenciária, sem qualquer direito de defesa;
- 7) Inexistiria proporcionalidade e razoabilidade no estabelecimento das sanções previstas na norma impugnada;
- 8) O artigo 8º da norma impugnada estabeleceria penalidade de caráter perpétuo, o que violaria o **artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal**, além do artigo 4º da

Constituição do Estado de São Paulo;

- 9) Ampliação de atribuições das Prefeituras Regionais, passando a acumular *“funções próprias da Polícia Judiciária, recebendo denúncias de crimes e mantendo cadastros de infratores apenados”*, o que violaria os artigos 111 (princípio da legalidade) e 140 da Constituição do Estado de São Paulo.

De forma acertada, o pleito de liminar restou indeferido pelo Exmo. Desembargador Relator, vez que não identificado *“risco de lesão iminente, injusta e de difícil reversão que justifique a concessão de liminar”*, ocasião em que ainda apontou que *“as questões de fundo reclamam aprofundada apreciação valorativa, insusceptível de ocorrer neste momento, e incorre risco de pronta lesão não passível de ser depois revertida”* (fls. 656/657).

E conforme restará demonstrado, a presente demanda deverá ser extinta, sem análise de mérito. Todavia, na remota hipótese de assim não se entender, tendo em conta a ausência de quaisquer das inconstitucionalidades invocadas, há que se decretar a total improcedência da demanda. Senão, vejamos.

II. PRELIMINARMENTE

II.a. Do vício de representação

Como é notório, as ações diretas de inconstitucionalidade possuem legitimidade ativa limitada, em consonância ao **artigo 103 da Carta Magna**. Especificamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade de norma municipal, face ao princípio da simetria, a **Constituição do Estado de São Paulo** prevê como legitimados ativos para deflagrar tal controle aqueles indicados em seu **artigo 90**, sendo certo que o **inciso VI** outorga tal poder aos *“partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais na respectiva Câmara”*.

Todavia, na hipótese dos autos, a despeito da petição inicial indicar que a ação é proposta pelo “Diretório Estadual do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL-SP)”, **não consta da procuração outorgada aos advogados que subscrevem a exordial poderes específicos para propor ação direta de**

inconstitucionalidade tendente a questionar a Lei do Município de São Paulo nº 16.612/2017 (fl. 38). Com efeito, ao final da procuração com a cláusula “*ad judicium*” apenas se apontou que tal instrumento foi outorgado “*especialmente em nome da outorgante para* **propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, em face da PRESIDÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITURA DE SÃO PAULO, perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**, ratificando, para tanto, os poderes acima discriminados.” – **sem qualquer especificação da lei a ser impugnada** (fl. 38).

Acerca dessa questão já se manifestou o então Exmo. Ministro Joaquim Barbosa, do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive invocando **precedente** firmado na **ADI 2.187-QO**:

“Em despacho a fls. 32, determinei que o requerente fizesse juntar procuração com poderes específicos para a impugnação da lei estadual questionada na presente ADI (lei 4.179/03, do Estado do Rio de Janeiro), com base no precedente firmado na ADI 2.187-QO. Observe-se que a procuração a fls. 9, apresentada inicialmente, outorga aos advogados que subscrevem a petição inicial poderes genéricos para proposituras de ações diretas de inconstitucionalidade.

Em petição datada em 5 de fevereiro último (juntada a fls. 35), o advogado que subscreve a petição da ação direta requer a juntada do instrumento de procuração (fls. 36) absolutamente idêntico ao constante de fls. 9.

*No precedente firmado na ADI 2.187-QO, esta Corte entendeu que a **legitimidade restrita para a propositura de ações diretas impõe a observância dos seguintes critérios: (i) em ações diretas subscritas exclusivamente pelo advogado será exigido instrumento de procuração contendo poderes específicos, assim entendidos como a expressa referência, na procuração, ao texto legal a ser impugnado; (ii) não se fará essa exigência quando já houver apreciação do pedido de liminar ou de mérito na ação direta.***

No presente caso, não houve ainda apreciação do pedido de liminar, a petição inicial veio subscrita exclusivamente pelo advogado e este não supriu a deficiência apontada pelo despacho mencionado.

Não conheço da presente ação direta.” (ADI nº 3087 MC/RJ, julgamento 19/02/2004, DJ 01/03/2004 – destaque nosso).

Admitir a simples juntada da procuração, nos termos apresentados nos

presentes autos, seria como **outorgar legitimidade ativa para os advogados do partido político instaurarem procedimentos de controle de constitucionalidade de quaisquer normas municipais ao seu alvedrio**, sem a respectiva autorização específica do partido político outorgante do instrumento de mandato.

Nesses moldes, requer seja reconhecido o **vício de representação**, extinguindo-se o presente feito sem resolução do mérito (**art. 485, VI CPC**), sob pena de afronta ao **artigo 90, VI, da Constituição do Estado de São Paulo**, com prescrição simétrica àquela prevista no **inciso VIII do artigo 103 da Carga Magna**.

II.b. Da impossibilidade de se proceder ao controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal tendo como parâmetro disposições que não estejam previstas na Constituição do Estado de São Paulo (artigos 125, § 2º CF e 74, VI da Constituição do Estado de São Paulo)

O **parágrafo 2º do artigo 125 da Constituição Federal** apenas possibilita o controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais em face da **Constituição Estadual** – parâmetro esse que deverá ser então adotado na apreciação da demanda em apreço, haja vista que o Requerente, em sua peça inicial, invoca em várias passagens que a lei municipal impugnada teria violado disposições do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, da Lei Orgânica, da Constituição Federal, de norma federal e até mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos (!!)

 – o que pode ser corroborado através da simples leitura da petição inicial, das indicações efetuadas no item I acima, bem como do próprio despacho que indeferiu o pleito de liminar (fls. 656/657).

Nessa seara, esse C. Órgão Especial é pacífico:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada na violação, pela norma legal, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante o Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Pretensão conhecida e julgada apenas no respeitante às normas constitucionais

estaduais, ditas contrariadas...” (Adin 2246806-22.2016.8.26.0000, j. em 05/04/2017, Desembargador Relator João Carlos Saletti, v.u.).

Nos **fundamentos** de tal julgado, apontou-se:

“1. Como se observa do relatório, a propositura vem igualmente assentada em violar a lei questionada dispositivos da Lei Orgânica Municipal e da Constituição Federal.

*Dispõe a **Constituição deste Estado, em seu art. 74, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, dentre outras causas,***

*“VI – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, **contestados em face desta Constituição,** o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição”.*

*A propósito, assim discorre a douta **Procuradoria Geral de Justiça** (fls. 234/244):*

*“O contencioso concentrado de constitucionalidade por via de ação direta tem como **exclusivo parâmetro** a Constituição Estadual, nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal.*

*“Daí porque qualquer **alegação fundada em norma infraconstitucional não merece cognição,** tendo em vista que é “inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei” (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, 28-02-2012, m.v., DJe 29-03-2012), pois, está assentado que “a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade” (STF, AgR-ADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, 29-11-2007, v.u., DJe 01-02-2008).*

*“Destarte, é **incognoscível a alegação de ofensa à Lei Orgânica do Município ou normas infraconstitucionais.**”*

“Não é possível o exame abstrato de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado, a partir de parâmetros de controle contidos na Constituição Federal (STF, ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 20-09-2006), sendo inadmissível o

contraste da norma municipal impugnada com outro parâmetro para além da Constituição Estadual, salvo quando reproduz, imite ou remeta a preceito da Magna Carta (ou se trate de norma de observância obrigatória), nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, como decidiu o Pretório Excelso:

“(RTJ 147/404)”.

Como está expresso nas normas constitucionais regentes da espécie (artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI da Constituição do Estado de São Paulo), e é sabido, o controle concentrado de constitucionalidade do ato normativo estadual ou municipal a cargo desta Corte, somente pode se dar em face da Constituição do Estado, o que exclui a impugnação por descumprimento ou violação da Lei Orgânica Municipal...” (destaques nossos)

No mesmo sentido: Adins nºs 2173432-70.2016.8.26.0000, 2000821-77.2017.8.26.0000, dentre outros.

Requer, pois, seja adotado tal critério por ocasião do julgamento da presente demanda, em consonância às prescrições constitucionais indicadas (**artigos 125, § 2º Constituição Federa e 74, VI da Constituição do Estado de São Paulo**).

III. DO MÉRITO

Face ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição das informações concernentes ao mérito da demanda, na ordem apresentada na peça exordial: inicialmente em relação às alegações de vício formal (“inobservância do devido processo legislativo”), e num segundo momento a análise dos argumentos atrelados à invocação de vício material.

a. Dos vícios formais invocados

São três os pontos apresentados na peça exordial que redundariam na ocorrência de vício formal da norma atacada: **1)** impertinência do substitutivo apresentado, **2)** exigência de ao menos duas audiências públicas e **3)** iniciativa privativa do prefeito para leis relacionadas às atribuições das subprefeituras. Vejamos.

a.1. Da alegada impertinência do substitutivo apresentado

Sob esse aspecto, invoca o Requerente que o substitutivo apresentado – e ao final aprovado, culminando na edição do texto da Lei Municipal nº 16.612/2017 - não teria relação com a matéria objeto do projeto original apresentado (PL 56/2005), que criava o “disque pichação”, consistente em linha telefônica que receberia denúncias de pichadores e locais danificados por tal ato na cidade de São Paulo. Nesse diapasão, entende que face a tal constatação tal projeto não poderia ter sido aceito, face à prescrição do **artigo 273 do Regimento Interno da Edilidade Paulistana**.

Inicialmente cabe relembrar o quanto alegado no **item II.b acima**, vez que eventual **violação a disposição inserta no Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo** – ainda que fosse admitida – **não seria hábil à declaração de qualquer inconstitucionalidade (artigos 125, § 2º CF e 74, VI CESP)**.

E mesmo que assim não fosse, no que pertine à “inconstitucionalidade” propriamente dita, certo é que o cerne do Projeto de Lei original era **obstar os atos de pichação** no Município de São Paulo, o que se daria através do instrumento “disque pichação”.

Com efeito, conforme constou da respectiva “Justificativa” do texto original (fls. 44/45):

*“A intenção fundamental deste projeto, que certamente contará com o apoio de todos os Vereadores desta Casa, é de facilitar o acesso da população na comunicação efetiva e direta com o poder público Municipal, contribuindo com a **preservação dos logradouros públicos e até privados da cidade**. Hoje sabemos que **a grande maioria do patrimônio Municipal encontra-se verdadeiramente transformado em “obras primas”, de imenso mau gosto, e que de “arte” não tem nada, pelo contrário, são apenas um acumulado de símbolos e letras pichadas como códigos enigmáticos indecifráveis**. Sabemos também, que os pichadores são formados por grandes grupos organizados de pessoas, entre eles menores de idade,*

para que caso sejam apanhados, transfiram ao menor infrator, toda a responsabilidade do ato criminoso praticado. Chegando até a competirem entre si, ou com outros grupos de pichadores rivais, as “melhores” e maiores sujeiras, ou seja, quanto maior e mais difícil de pichar, maior seu status dentro desses grupos...” (destaques nossos).

Patente, portanto, a total **pertinência do substitutivo aprovado com a matéria originalmente apresentada**, qual seja, o **combate à tão rechaçada “pichação”**, tendente a manter **incólume o patrimônio público municipal e particular no âmbito do Município de São Paulo**, com a conseqüente proteção do meio ambiente. Impertinente seria, v.g., se o substitutivo tivesse por fito possibilitar ao cidadão paulistano um meio de denúncia tendente a combater o barulho nos bares de São Paulo – onde não se insere a hipótese em análise, haja vista que o substitutivo aprovado, repita-se, teve por fito, assim como a proposição original, **combater os atos de pichação no Município de São Paulo, inclusive com possibilidade de se proceder a denúncias por meio de contato telefônico ou eletrônico (artigo 2º)**.

Ademais, a análise da pertinência de substitutivos ou emendas com a matéria objeto da proposição a que se refram é de **competência privativa do próprio Legislativo Paulistano (matéria interna corporis)**, através de seu Presidente e/ou do respectivo Plenário, como se infere da simples leitura do parágrafo único do artigo 273 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo¹⁵⁸. Nesse sentido, decidiu recentemente esse C. Órgão Especial ao analisar dois Mandados de Segurança impetrados por Vereadores da Câmara Municipal de São Paulo, por meio de acórdão assim Ementados:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra atos dos Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal ligados à primeira votação do projeto de lei indicado nos autos e à posterior supressão de um artigo de seu teor – Controle preventivo que pode ser realizado, em regra, através de impetração por um dos parlamentares em razão do direito de participar de processo legislativo hígido, cuja perda do objeto apenas pode surgir com a conversão do projeto de lei antes de qualquer

158 “O recebimento de substitutivo ou emenda impertinente não implica na obrigatoriedade de sua votação, podendo o Presidente considerá-los prejudicados ou submetê-los a votos.”

decisão judicial no feito – Inviabilidade de análise do mérito sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes – Ausência da possibilidade de o Poder Judiciário decidir acerca de matéria interna do Poder Legislativo – Divergências sobre o enquadramento e interpretação do Projeto de Lei e das regras do Regimento Interno que não podem ter seu mérito examinado na via judicial – Segurança denegada.” (Mandado de Segurança nº 2136505-08.2016.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Alvaro Passos, v.u., j. 22/03/2017 – destaques nossos).

“Mandado de segurança. Impetração voltada contra ato do Presidente da Câmara Municipal de São Paulo – Alegação de que o trâmite do Projeto de Lei nº 466/2015 teria violado disposições do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo, no que se refere á votação – Questão ‘interna corporis’ – Delimitação temática que inibe a possibilidade de intervenção jurisdicional deste Tribunal de Justiça, sob pena de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes.

Ordem denegada.” (Mandado de Segurança nº 2133296-31.2016.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Ricardo Anafe, v.u., j. 19/04/2017 - destaques nossos).

E nos fundamentos do v. acórdão do Mandado de Segurança nº 2136505-08.2016.8.26.0000 afirmou-se:

“...No contexto da separação de poderes instituída pela Constituição Federal, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º CF), não se vislumbra possibilidade de o Poder Judiciário julgar realizando uma interpretação e consequente aplicação do Regimento Interno da Casa legislativa, ou seja, interferindo em questões ‘interna corporis’.

A interpretação do conteúdo do Projeto e do seu enquadramento nos dispositivos do Regimento Interno fogem ao simples exame da presença ou ausência de um regular processo legislativo e

da possibilidade de ofensa aos valores constitucionais, o qual poderia ter seu mérito tratado por processo judicial.

Além do acima explanado sobre a natureza dos dispositivos do projeto de lei, especificamente em relação à supressão do seu art. 79 após a primeira votação **também está clara a divergência de interpretação do Regimento Interno, em seu art. 273, parágrafo único, sobretudo considerando que houve discussão em sessão com o Presidente da Câmara, consignando-se o desacordo acerca da probabilidade de aplicar tal dispositivo regimental para a retirada de um artigo do projeto, considerado impertinente à matéria do texto integral, ou se só caberia para emendas e substitutivos impertinentes.**

Acrescente-se que está **expressamente definido no Regimento Interno da Câmara, dentro dos contornos da competência da Casa Legislativa, no seu art. 17, I, “d”, que incumbência do seu Presidente “manter a ordem dos trabalhos, interpretar e fazer cumprir o Regimento Interno”.** Desse modo, **não pode o Judiciário ingressar no mérito da interpretação, que está adstrita à função típica do Legislativo, estabelecendo, também o enquadramento dos projetos às suas normas internas.**

Sobre o tema, confira-se posicionamento já adotado no E. Supremo **Tribunal Federal:**.....” (destaques nossos).

Tal interpretação deve ser aplicada também no âmbito do presente controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de **violação ao artigo 2º da Carta Magna (princípio da separação de poderes)**, razão pela qual há que se afastar o vício em questão.

a.2. Da observância ao estatuído no artigo 41, inciso VIII da Lei Orgânica do Município de São Paulo (exigência de ao menos duas audiências públicas)

Ainda sob o enfoque formal, aduz o Requerente que o artigo 41, inciso VIII da Lei Orgânica local não teria sido observando, haja vista que as audiências públicas realizadas em 2005 e 2007 teriam se limitado à discussão da proposta do “disque-pichação” e não sobre o “Programa Municipal de Combate às Pichações” ao final aprovado, em razão da apresentação de substitutivos.

Sob esse aspecto, assim como em relação ao item anterior, há que se reiterar a **impossibilidade de se proceder ao controle concentrado de constitucionalidade de norma municipal em face de Lei Orgânica Municipal**, mas apenas em face de disposição inserta na Constituição do respectivo Estado, como amplamente demonstrado no **item II.b acima**, do que se infere o afastamento, de plano, de tal argumentação (**artigos 125, § 2º CF e 74, VI CESP**).

E ainda que tal contraste fosse possível, certo é que a disposição legal invocada restou atendida, haja vista que o artigo 41, inciso VIII da Lei Orgânica do Município de São Paulo reclama a convocação obrigatória de pelo menos 2 (duas) audiências públicas **“durante a tramitação de projetos de leis que versem sobre polícia municipal de meio-ambiente”**, sem precisar a(s) fase(s) específica(s) da tramitação do projeto de lei em que tais convocações e realizações deverão se dar.

De se frisar que normas constitucionais ou legais não prescrevem, de qualquer modo, a obrigatoriedade de convocação de novas audiências públicas em decorrência de apresentação de emendas ou substitutivos em Plenário – o que teria por consequência **tornar infinito** o trâmite do processo legislativo, além de **violar o princípio constitucional da democracia representativa estatuído no artigo 1º parágrafo único da Constituição Federal**. E eventual entendimento em contrário exarado pelo Poder Judiciário, afrontaria, pelos mesmos motivos invocados no item anterior, o **princípio da independência de poderes (artigo 2º CF)**, criando determinação de fase de processo legislativo não previsto na constituição ou na lei.

Debates similares ao presente, já foram objeto de análise no âmbito desse E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. Leis Municipais que alteram as normas urbanísticas do Município de Valinhos. Pretensão de reconhecimento de **vício formal no processo legislativo das leis municipais, pela falta de observância de audiências públicas distintas em cada Poder. Inadmissibilidade.** A audiência pública conjunta realizada entre os Poderes Legislativo e Executivo observa o art.*

40, § 4º, inciso I, da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade). *Comprovada a participação popular no trâmite do processo legislativo. Ausência de direito líquido e certo. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.*” Apelação 3007314-82.2013.8.26.0650, 2ª Câmara de Direito Público, Desembargador Relator Dr. Claudio Augusto Pedrassi, v.u., j. 30/06/2015).

Nos fundamentos do v. acórdão de tal julgado indicou-se que “*Com o devido respeito ao entendimento contrário do apelante, o texto legal não determina a obrigatoriedade de audiências públicas distintas em cada Poder*” – o que se aplica, *mutatis mutandis* à hipótese em apreço, face à ausência de determinação legal de convocação de novas audiências públicas após a apresentação de emenda ou substitutivo em Plenário.

De igual modo, destituído de fundamento o argumento de que em tais audiências públicas teria existido limitação do debate à temática de um “serviço telefônico”, tendo em conta que, como já aduzido no item acima, o que se encontrava em discussão, desde o nascedouro do projeto, era a análise de melhores **meios de obstar, com êxito, os atos de pichação no Município de São Paulo**, com a consequente preservação do patrimônio público municipal e do patrimônio privado. O “disque-pichação” constante da proposta inicial, não tinha por escopo a criação de um serviço telefônico “por si só”, mas sim com o intuito de primordial de **combate à pichação**, o que acabou redundando na aprovação final do “Programa de Combate a Pichações no Município de São Paulo”, com total pertinência temática à proposta inicial, devidamente discutida em audiências públicas realizadas em 07/12/2005, (fls. 51 e seguintes, mais especificamente fls. 59 e seguintes) e 18/04/2007 (fls. 107 e seguintes, mais especificamente fls. 149 e seguintes), ambas no âmbito da Comissão de Política Urbana, Metropolitana e meio ambiente.

Corroborar tal argumento simples leitura de parte das notas taquigráficas das audiências públicas, contendo manifestação de vereadores ou de cidadãos:

“...Todos que moramos, em São Paulo, verificamos, em praticamente todas ruas de São Paulo e em inúmeros prédios, pichações feitas por grafiteiros, que além de tornarem esta cidade suja, deixam o seu visual prejudicado.

*Acredito que o disque-denúncia, uma proposta dessa natureza, que **objetiva informar à autoridade***

pública quanto à ocorrência dessas pichações, é de suma importância, porque acredito que todos aqui já viram, em algum momento, pessoas preparando-se para começar a pichar prédios, vias ou monumentos. Já vi isso várias vezes. Naquele momento, a população não tem a quem recorrer. Ela verifica que os pichadores estão por ali. Eles fazem essa atividade de forma rápida.

Mesmo assim, eu, particularmente, já presenciei preparativos de grupos para picharem, mesmo, em início de atividades, e não soube como agir e não tinha a quem recorrer...” (fl. 60 - destaques nossos).

“...Há uma série de situações, não só a pichação, como o PSIU, menores nos faróis, que a Assistência Social poderia tomar providências, panfletagens indevidas, feitas por menores, que temos combatido.

Então, fica uma sugestão, com todo o respeito, Vereador, de ampliar esse projeto para um 0800 do Executivo, que tomasse providências com a Guarda Municipal...” (fl. 65 – destaque nosso).

“...Pichação e grafiteagem. É como está na justificativa. A pichação diferencia da grafiteagem uma vez que não há um desenho não é uma arte, simplesmente são alguns tipos de letras indecifráveis, são códigos, então diferencia...” (fl. 153).

Há que se rechaçar, também sob tal análise, a invocação de inconstitucionalidade, inclusive para fins de se manter incólume a prescrição dos **artigos 1º, parágrafo único, 2º e 125, § 2º da Constituição Federal, além do artigo 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.**

a.3. Do vício de iniciativa

Argumenta o Requerente que os artigos 2º, *caput* e 8º, § 1º da Lei Municipal nº 16.612/2017 prescreveriam determinações às Prefeituras Regionais, o que redundaria em inconstitucionalidade em razão do projeto ter partido de iniciativa de Vereador, já que incompatível com as disposições previstas nos artigos 37, § 2º, inciso IV e 69, inciso XVI da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Primeiramente, também nessa matéria, reitera o quanto exposto no **item II.b acima**, haja vista que novamente o contraste tendente à declaração

de inconstitucionalidade é efetuado face a disposições inseridas na **Lei Orgânica Municipal**, do que decorre, também nesse ponto, o afastamento, de plano, de tal argumentação (**artigos 125, § 2º CF e 74, VI CESP**).

Mas mesmo que afastada tal impossibilidade, certo é que inexistente qualquer vício de iniciativa. Vejamos.

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 15.374/2011, do Município de São Paulo, que proíbe o fornecimento de sacolas plásticas pelo comércio fora das situações nela indicadas. Preliminares de inépcia da petição inicial e de impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Exame da conveniência da proibição que foge do âmbito de atuação judicial. Alegação de ofensa à competência privativa da União e Estados para dispor sobre meio ambiente. Diploma, que, no entanto, **não instituiu norma jurídica sobre meio ambiente, apenas dispôs sobre prática destinada a preservá-lo, nos limites do interesse local e exatamente como lhe cabia em atenção à disciplina constitucional previamente traçada e a Política de Meio Ambiente. Ação improcedente.**” (ADin nº 0121480-62.2011.8.26.0000. Desembargador Relator Dr. Arantes Theodoro, j. 01/10/2014).*

Na mesma senda foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **2192091-98.2014.8.26.0000**, em que esse C. Órgão Especial entendeu constitucional a Lei do Município de São Paulo nº 16.062/2014, que estabeleceu regras de descarte de embalagens recicláveis em todos os pontos comerciais da cidade (j. 12/08/2015, Relator Desembargador Dr. Francisco Casconi), cuja Ementa do respectivo acórdão segue abaixo transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 16.062, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE DISPÕE SOBRE O DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS EM TODOS OS PONTOS COMERCIAIS DO MUNICÍPIO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES FÁTICAS QUE NÃO

COMPORTAM ACOLHIDA – **NORMA QUE TRATA DE INTERESSE PREDOMINANTEMENTE LOCAL, VISANDO PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ASSEGURADA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ENTE MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 23, INCISO VI, E 30, INCISO I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA** – PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS – LEI, ADEMAIS, QUE NÃO AFRONTA AS POLÍTICAS NACIONAL E ESTADUAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, MAS A ELAS SE AGREGA – INEQUÍVOCA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, IMPONDO AOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS COM VENDAS A VAREJO A MANUTENÇÃO DE URNA, AO LADO DE PELO MENOS UM CAIXA, PARA DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS PELOS CONSUMIDORES QUE ASSIM DESEJAREM PROCEDER – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR.” (destaques nossos).

No que tange à iniciativa de normas dessa espécie (meio ambiente, no âmbito municipal), de igual modo, não há controvérsia sobre o fato de que se trata de iniciativa concorrente do Executivo e Legislativo. O Requerente se limita a questionar disposições integrantes da lei impugnada, mais especificamente seus artigos 2º, *caput* e 8º, § 1º, sob a alegação de que outorgariam novas atribuições às Subprefeituras, agora nominadas de “Prefeituras Regionais”.

Todavia, conforme se depreende das disposições legais indicadas como violadas na petição inicial (artigos 37, § 2º, IV e 69, XVI da LOMSP), tais mandamentos se limitam a prescrever iniciativa legislativa privativa do Chefe do Executivo para **leis** que, **essencialmente**, procedam à **organização administrativa** de órgãos do Poder Executivo, bem como de projetos de lei sobre “*criação, alteração das Subsecretarias Municipais e Subprefeituras, inclusive sobre suas estruturas e atribuições.*” – hipóteses em que não se enquadram os artigos apontados como inconstitucionais.

Com efeito, a **Lei do Município de São Paulo nº 13.399/2002**, que dispôs sobre a criação, estrutura e atribuições das Subprefeituras no Município de

São Paulo (Doc. 02) – atualmente nominadas de “Prefeituras Regionais” (cf. Decreto Municipal nº 57.576, de 1º de janeiro de 2017) – previu, em seu **artigo 9º** diversas **competências do Subprefeito, que se inserem nas atribuições previstas nos 2º, caput e 8º, § 1º da Lei Municipal nº 16.612/2017, ora impugnada**, dentre as quais **“garantir, de acordo com as normas da instância central, a execução, operação e manutenção de obras, serviços, equipamentos sociais e próprios municipais, existentes nos limites da Subprefeitura” (inciso VII), “fiscalizar, no âmbito da competência da Subprefeitura, na região administrativa correspondente, o cumprimento das leis, portarias e regulamentos” (inciso IX), “desempenhar, em seu âmbito territorial, outras competências que lhe forem delegadas pelo nível central” (inciso XIII), “promover ações visando ao bem-estar da população local, especialmente quanto à segurança urbana e defesa civil” (inciso XVIII)**. E os **artigos 11 e 12** da mesma norma, ao disporem sobre a estrutura organizacional e atribuições das Subprefeituras, fazem menção expressa à **competência de preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, bem como do patrimônio cultural e histórico**, inclusive com a criação de **Coordenadoria de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, com competência de conservação e preservação do meio ambiente e atividades afins** (artigo 12, inciso III, Lei Municipal nº 13.399/2002 – Doc. 02).

Como demonstrado, as disposições apontadas como “inconstitucionais”, além de já serem previstas dentre as atribuições estabelecidas na Lei Municipal nº 13.399/02 – não constituindo, portanto, qualquer matéria de organização administrativa ou de atribuições ou estrutura das Subprefeituras, agora nominadas “Prefeituras Regionais” - são mera decorrência do denominado **“poder de polícia administrativa”**, como inclusive vem reconhecendo esse C. Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – I. AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE – Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode se fundar na Constituição Estadual – Análise restrita aos dispositivos constitucionais estaduais invocados – II. VÍCIO DE INICIATIVA – Lei Municipal n. 838, de 12 de maio de 2016, que “dispõe sobre a obrigatoriedade, pelos empreendedores de loteamento, do plantio de árvores antes do início da venda de lotes, e dá outras providências” – Legislação que não interfere na gestão administrativa do Município – Inexistência de vício de iniciativa – Regra de polícia administrativa imposta a todos,

indistintamente – Criação de obrigação que não implica inconstitucionalidade – Ação julgada improcedente.” (Adin nº 2173432-70.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Dr. Moacir Peres, v.u., julgado 22/03/2017 – destaques nossos).

Nos fundamentos de referida decisão esclareceu-se:

“...No caso, trata-se de limitação imposta a todos os empreendedores de loteamentos, que busca garantir, sobretudo, a conservação de espaços públicos ambientalmente saudáveis para usufruto dos munícipes.

É notório que o plantio de árvores em calçadas incrementa a qualidade de vida da vizinhança. De outro lado, é razoável que se exija o plantio prévio à venda dos terrenos, o que estimularia a manutenção das árvores pelos novos proprietários.

Portanto, não se trata, no caso em análise, de imposição pela Câmara dos Vereadores de política pública a ser implementada pelo Chefe do Poder Executivo, mas de medida de polícia administrativa estabelecida no interesse de todos.

Não há previsão constitucional de iniciativa privativa do Chefe do Executivo para a hipótese em apreço.

*Como é cediço, “em algumas hipóteses, a Constituição reserva a possibilidade de dar início ao processo legislativo a apenas algumas autoridades ou órgãos. Fala-se, então, em iniciativa reservada ou privativa. Como figuram hipóteses de exceção, os casos de iniciativa reservada não devem ser ampliados por via interpretativa.”(Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Goneto Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 902. g.n.).*

Inexiste no caso, portanto, violação à iniciativa reservada do Prefeito Municipal.

Neste sentido, em caso semelhante, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.788, de 16 de julho de 2015, que ‘sobre a obrigatoriedade de manutenção de segurança privada, durante 24 horas, em

locais em que houver a instalação de Caixas Eletrônicas, em estabelecimentos bancários no Município de Mirassol'. Legislação que trata de tema de interesse geral da população, atinente à proteção da segurança de usuários de estabelecimentos bancários, editada nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelo artigo 30, inciso I, da Constituição Federal.

Inocorrência de vício de iniciativa, haja vista que a norma editada não regula questão estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelo artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar, sem incidir em violação ao princípio da separação dos poderes, inserido no artigo 5º da Constituição Estadual Previsão legal que, ademais, não representa qualquer incremento de despesa, uma vez que a fiscalização das atividades comerciais estabelecidas em seu território insere-se no poder-dever da Administração Pública Municipal.

Providência prevista no ato normativo questionado que, na verdade, dirige-se exclusivamente a estabelecimentos privados, não interferindo em atos de gestão e nem criando nova obrigação a órgão da Administração local. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente." (Direta de Inconstitucionalidade nº 2172913-32.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti – j. em 24/2/2016).

E, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, **“a iniciativa legislativa reservada e a reserva da Administração são excepcionais e merecem interpretação estrita em virtude das regras da iniciativa legislativa comum ou concorrente e da legalidade.** No caso, cuida-se de lei de polícia administrativa que não se situa na esfera da reserva ao tratar de regras de construções e edificações. (...) **A norma local impõe obrigação a particulares, sujeita à fiscalização do Poder Executivo, sem, no entanto, conferir-lhe nova**

obrigação, o que desautoriza arguição de ofensa aos preceitos constitucionais invocados.” (fls. 81 e 87)...” (destaques nossos).

No mesmo sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.370/2016, DOMUNICÍPIO DE SOROCABA, QUE “INSTITUI A POLÍTICA MUNICIPAL DE COLETA, TRATAMENTO E RECICLAGEM DE ÓLEO E GORDURA DE ORIGEM VEGETAL OU ANIMAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO INEXISTENTE.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, NO ÂMBITO ESTADUAL, SOMENTE PODE TER POR PARÂMETRO A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA ESFERA PRIVATIVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. NÃO CABIMENTO. NORMA QUE ESTABELECEU REGRAS GERAIS A SEREM REGULAMENTADAS PELO PODER EXECUTIVO. ADEQUAÇÃO DA LEI IMPUGNADA AO COMANDO CONTIDO NO ARTIGO 193, INCISO XV DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROCLAMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA.

A competência para legislar sobre meio ambiente é concorrente, para Municípios, Estados e União, nos termos do inciso VI, artigo 23, da Constituição Federal e tanto o Executivo, quanto o Legislativo Municipal podem iniciar o processo legislativo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, c.c., artigo 144, ambos da Constituição Estadual. Na hipótese, houve apenas estabelecimento de regras gerais, sem invasão da esfera privativa do Poder Executivo, a quem caberá a regulamentação da matéria.....

AÇÃO IMPROCEDENTE.” (Adin nº 2157468-37.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Dr. Amorim

Tal julgado tem ampla fundamentação, que, todavia, não se transcreve nas presentes informações a fim de se evitar ainda mais longa peça. Todavia, cabe apontar **mais julgados recentes desse C. Órgão Especial no mesmo sentido: ADIn 2154593-94.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Moacir Peres, j. 26/04/2017), **ADIn 2243137-58.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Moacir Peres, j. 26/04/2017), **ADIn 2228138-03.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Ferraz de Arruda, j. 26/04/2017), **ADIn 2215223-19.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Sérgio Rui, j. 15/03/2017), **ADIn 2226651-95.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Márcio Bartoli, j. 22/02/2017), **ADIn 2178745-12.2016.8.26.0000** (Desembargador Relator Dr. Márcio Bartoli, j. 22/02/2017), dentre outros, notando-se que no último julgado apontado consta da respectiva Ementa: *“Inconstitucionalidade formal inexistente. Não configurada violação às hipóteses de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Executivo. Hipóteses taxativas, segundo a jurisprudência desse Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Matéria de saúde pública. Iniciativa concorrente.”*.

Por fim, face à importância da lei impugnada ao Município de São Paulo, o informante ainda pede licença para trazer aos autos mais um recente precedente de suma importância, relativo a controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal de origem parlamentar que instituiu **“campanha permanente de combate à pichação e atos de vandalismo no Município de Suzano”**. Também em tal julgado esse C. Órgão Especial concluiu pela ausência de vício de iniciativa, apontando que o rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual (**ADIn nº 2246723-06.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Dr. Márcio Bartoli, v.u., j. 05/04/2017**), ocasião em que restou explicitado:

“...Consigne-se, inicialmente, a inexistência de vícios de iniciativa na Lei nº 4.848/2014, de Suzano, tampouco de violação à regra da separação dos poderes nesse ponto.

Com efeito, a norma dispõe sobre matéria de iniciativa legislativa concorrente entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo municipais, qual seja, a proteção do meio ambiente e controle

da poluição, inserindo no âmbito municipal campanha de conscientização sobre a pichação de prédios públicos e privados.

Como cedição, a **regra** estabelecida no ‘caput’ do artigo 24 da Constituição do Estado é a da **iniciativa concorrente entre os membros ou comissões da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Tribunal de Justiça e os cidadãos ressalvados os casos em que, de forma taxativa, a iniciativa legislativa seja reservada exclusivamente a algum deles, em razão da matéria.**

Nos termos do § 2º do artigo 24 da Constituição Estadual, “*competee, exclusivamente, ao Governador do Estado, a iniciativa das leis que disponham sobre:*

.....
.....
.....Pois bem. Confrontando-se a lei questionada com o quanto disposto no § 2º do artigo 24 da Constituição do Estado, verifica-se que **a norma municipal não ampliou a estrutura da Administração Pública e não dispôs sobre as matérias reservadas, em rol taxativo, à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição Estadual.**

Com efeito, a **lei não cria ou extingue Secretarias e órgãos da Administração Pública; não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; e não dispõe sobre servidores públicos ou sobre militares, e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos.**

Restringe-se a norma a dispor sobre simples campanha de conscientização visando ao envolvimento de toda a população local na proteção do meio ambiente urbano. **Sendo exaustivas e excepcionais as hipótese de competência privativa do Prefeito para deflagrar o processo de formação das leis, não se pode presumir, tampouco ampliar o sentido dos temas definidos pelo constituinte estadual sob pena, inclusive, de restar esvaziada a**

função típica do Poder Legislativo.

Inexiste, assim, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Paulista, sendo caso de rechaçar a hipótese de vício formal.

*4. Acresça-se que a proteção do meio ambiente e o controle da poluição, incluindo os instrumentos de orientação da população sobre os temas, são matérias de **competência legislativa concorrente** também entre União, Estados e Distrito Federal, conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 24, inciso VI, sendo legítimo aos Municípios disciplinar as ferramentas de interesse **local** necessárias para a efetiva defesa do meio ambiente urbano....” (destaques nossos).*

Patente, portanto, a ausência do vício de iniciativa invocado, haja vista não se inserir em quaisquer das hipóteses de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Executivo (**artigo 61, § 1º CF – princípio da simetria**), sendo certo que eventual interpretação em contrário violaria o **princípio da legalidade (artigo 37, “caput” da CF)** e **independência dos poderes (artigo 2º CF)**.

b. Dos vícios materiais invocados

Assim como elaborado em relação aos vícios formais invocados na peça exordial, o informante passará a expor a ausência dos vícios materiais, na ordem apresentada pelo Requerente.

b.1. Da usurpação de competência legislativa

Invoca o Requerente que o artigo 3º da Lei Municipal nº 16.612/2017, ora impugnada, teria ampliado a tipificação penal prevista na Lei Federal nº 9.605/98, além de prever a aplicação de penas restritivas de direito, mediante uma pena alternativa de reparação do dano ou prestação de serviços de zeladoria.

Com a devida vênia, desnecessário maiores digressões a respeito desse tema, chegando tal argumentação a se caracterizar como **esdrúxula**, haja vista que, como é lógico, a legislação municipal não poderia – como de fato não o fez - tipificar qualquer ato como criminoso, nem criar qualquer penalidade de natureza

criminal. Como é cediço, **a prática de uma mesma ação poderá redundar em responsabilizações de âmbito penal, administrativo e civil, todas independentes e autônomas entre si.**

Como é lógico, a legislação em apreço teve por fito conceituar e disciplinar, no âmbito administrativo municipal, os efeitos do ato de pichação, sem qualquer efeito no âmbito penal, inclusive decorrente do “poder de polícia administrativa”, conforme demonstrado no item a.3 acima.

Tanto assim que o próprio artigo 3º da norma, transcrito na exordial, é claro ao dispor que **“Para fins de aplicação desta lei, considera-se ato de pichação riscar, desenhar...”**. E o **artigo 4º** seguinte deixa expressa a **autonomia das searas administrativa, civil e penal**, ao prescrever que **“O ato de pichação constitui infração administrativa passível de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), independentemente das sanções penais cabíveis e da obrigação de indenizar os danos de ordem material e moral porventura ocasionados”**.

E ainda que assim não fosse, percebe-se que a descrição de “pichação” prevista no artigo 3º da norma impugnada para fins de infração administrativa não ampliou, de qualquer modo, a descrição do tipo penal “pichação”, apenas deixando claro que no ato de “pichação” inclui-se os atos de “riscar, desenhar, escrever e borrar”, notando-se que a descrição “ou por outro meio conspurcar edificações públicas ou privadas”, já constam do tipo penal previsto no artigo 65 da Lei nº 9.605/98.

E as penalidades previstas na norma, de igual modo, também se caracterizam como de âmbito administrativo, sem qualquer relação com a prática do crime “pichação” e respectiva pena prevista em lei federal.

Relembre-se, como já expressado no item a.3 acima, que o Projeto de Lei tendente a controlar os efeitos deletérios da pichação no âmbito dos Municípios, combatendo de modo efetivo a depredação dos espaços públicos e particulares, caracteriza-se como **norma de proteção ambiental**, sendo portanto de competência legislativa municipal (**artigos 24, inciso VI e VII, 30, incisos I e II e 225 da Constituição Federal**) - o que, aliás, não foi contestado na petição inicial, mas pelo contrário, admitido, haja vista a argumentação de necessidade de convocação de, no mínimo, duas audiências públicas, por se tratar de política municipal de meio ambiente (fl. 15 dos autos).

E esse C. Órgão Especial, vem seguindo a mesma interpretação, como já demonstrado acima, cabendo transcrever passagem do v. acórdão já mencionado, que julgou constitucional na maior parte lei municipal de origem parlamentar que instituiu **“campanha permanente de combate à pichação e atos de vandalismo no Município de Suzano”** (ADIn nº 2246723-06.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Dr. Márcio Bartoli, j. 05/04/2017):

*“...4. Acresça-se que a **proteção do meio ambiente e o controle da poluição, incluindo os instrumento de orientação da população sobre os temas, são matérias de competência legislativa concorrente também entre União, Estados e Distrito Federal, conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 24, inciso VI, sendo legítimo aos Municípios disciplinar as ferramentas de interesse local necessárias para a efetiva defesa do meio ambiente.***

*Por oportuno, importante ressaltar o aspecto urbano desse bem jurídico, cuja defesa e preservação se impõe não só à coletividade, mas também ao Estado como um todo, de acordo com o **artigo 225 da Constituição da República.** Sobre o assunto, **José Afonso da Silva**¹⁵⁹ leciona que o **“meio ambiente artificial”** se constitui pelo **“espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos** (ruas, praças, áreas verdes, espaços livre em geral: espaço urbano aberto).*

Do mesmo modo, é dever do ente municipal o controle da poluição, conceito disposto na Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 3º) como a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;*
- c) afetem desfavoravelmente a biota;*
- d) **afetem as condições estéticas** ou sanitárias do meio ambiente;*
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.*

.....
.....**Inegável, assim, o alicerce constitucional da instituição de uma ferramenta, via lei municipal,**

159 Direito Ambiental Constitucional, 4ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 21.

e conscientização permanente e de combate aos danos ao patrimônio público e privado integrante do meio ambiente urbano...” (destaques nossos).

Acerca da necessidade de a própria lei municipal prever a sanção decorrente da prática da infração administrativa descrita, apontou-se no v. acórdão do mesmo julgado (**ADIn nº 2246723-06.2016.8.26.0000**, Desembargador Relator Dr. Márcio Bartoli, j. 05/04/2017):

“...11. Vale dizer que trecho do ‘caput’ do artigo 2º, seu parágrafo 2º e incisos I, II e III, da norma suzanense, deixaram de definir com exatidão a hipótese de infração e a multa prevista como uma das sanções para o seu descumprimento, delegando ao Poder Executivo a sua fixação em abstrato, de forma a violar o artigo 111 da Constituição do Estado. Fez-se referência genérica à sanção de multa, sem, contudo, prever de forma exata e clara sua hipótese de incidência e o ‘quantum’ cominado para a hipótese de infração administrativa, o que contrasta com o princípio da legalidade. Não se admite, reitera-se, que o Poder Legislativo deixe ao arbítrio do administrador o tratamento de matéria reservada à lei...”

E o artigo 193 da Constituição do Estado de São Paulo encontra-se em total consonância com a competência municipal acima indicada, vez que referida disposição limita-se a estabelecer pontos para fins de se criar, através de lei, um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos **recursos naturais**, o que não se relaciona com a norma ora impugnada, mesmo porque a Constituição do Estado de São Paulo não poderia afastar, de qualquer modo, a competência legislativa municipal para legislar, no âmbito de seu interesse local, sobre meio ambiente, nos moldes do quanto previsto nos **artigos 24, incisos VI e VII, 30, incisos I e II e 225 da Carta Magna**.

b.2. Do devido processo legal

Aduz o Requerente que a lei impugnada seria contrária aos ditames dos

artigos 4º da Constituição do Estado de São Paulo, 5º, inciso LV da CF e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (!!), haja vista que não se garantiria o “devido processo legal” na imposição das penalidades previstas na norma.

Inicialmente, cabe lembrar o quanto ponderado no item II.b acima (possibilidade de contraste apenas face à Constituição Estadual – artigo 125, § 2º CF e 74, VI CESP). Ainda, no que pertine às afirmações de que a norma impugnada prescreveria penalidades de âmbito policial e penitenciário, reitera-se o quanto expressado no item acima (b.1), no sentido de que a norma impugnada limita-se a regulamentar infração administrativa, inclusive no que tange às penalidades previstas, nos exatos limites da competência legislativa municipal constitucionalmente prevista (**artigos 24, incisos VI e VII, 30, incisos I e II e 225 da Carta Magna**).

E a forma de imposição das penalidades legais, inclusive o respectivo procedimento, foi prevista, de forma detalhada, no **Decreto nº 57.616, de 3 de março de 2017 (Doc. 03)**, que regulamentou a Lei Municipal nº 16.612/2017, ora atacada.

Conforme se infere de suas disposições, garantiu-se o mais pleno exercício de ampla defesa e o devido processo legal para fins de eventual aplicação das penalidades legais previstas; procedimento esse iniciado com o cadastro de Auto de multa e posterior notificação do infrator para pagar ou apresentar defesa (artigo 3º), inclusive com possibilidade de posterior apresentação de recurso dirigido ao Prefeito Regional (art. 3º, § 1º). E a celebração de Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana poderá ser solicitada por escrito pelo infrator, sendo que o integral cumprimento implicará o cancelamento da multa imposta (art. 4º, “caput”), observando-se que toda sua disciplina foi descrita 11 parágrafos do artigo 4º.

Logicamente, o cadastro previsto no art. 8º, § 1º da norma apenas será efetuado após o regular procedimento de defesa previsto no decreto regulamentar; cadastro esse imprescindível inclusive para fins de apuração de eventual reincidência (artigos 4º, § 3º, 5º, § 2º e 8º, § 2º da Lei guereada).

E sobre a penalidade prevista no artigo 8º, “caput” da norma questionada, também apenas será aplicado após regular procedimento previsto no decreto, sem olvidar que seu parágrafo 2º afasta a restrição prevista na hipótese de integral cumprimento do Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana.

Comprovada, pois, a garantia do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa prévios à imposição de penalidades.

b.3. Da presença de proporcionalidade e razoabilidade das penas

Preliminarmente cabe reiterar que o Requerente não invoca qualquer

violação a norma inserta na Constituição do Estado de São Paulo a fim de viabilizar a análise da matéria relativa à eventual desproporcionalidade das penalidades previstas.

Outrossim, como já demonstrado, a lei municipal impugnada não prevê penalidades de caráter penal, mas apenas administrativa, decorrente do poder de polícia administrativa.

E as penalidades previstas não se mostram, de qualquer modo, desproporcionais ou não razoáveis. Vejamos.

O artigo 4º, “caput”, prevê a imposição de multa de R\$ 5.000,00 como decorrência do simples ato de pichação, sendo certo que se for realizado em monumento ou bem tombado a multa será de R\$ 10.000,00. Releve-se que a obrigação de ressarcimento dos prejuízos materiais ou morais cabíveis são decorrentes da lei civil (artigos 186 e 927 do Código Civil), e não da norma impugnada.

O parágrafo 3º da mesma disposição prevê a aplicação em dobro da multa imposta, apenas no caso de **reincidência**. E o **limite temporal** para tal aplicação é aquele previsto no **artigo 6º, parágrafo 1º do Decreto nº 57.616/2017**: 1 (um) ano contado do encerramento da instância administrativa referente à aplicação da penalidade ou do cumprimento do Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana.

Eventual subscrição de Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana, a ser solicitado pelo infrator (artigo 4º, “caput” do Decreto nº 57.616/2017) afastará a incidência de multa (artigo 5º, “caput”), sendo firmado segundo as regras dos parágrafos 1º a 11 do artigo 4º do Decreto nº 57.616/2017, tendo por principal intuito a reeducação do infrator com o fito de impedir que volte a deteriorar o patrimônio particular e/ou público, haja vista os inúmeros prejuízos gerados. Tanto assim que tal Termo *“conterá expressa adesão ao Programa Educativo destinado ao infrator para incentivar a prática do grafite a que se refere o § 1º do artigo 5º da Lei nº 16.612, de 2017, cuja duração mínima será de 6 (seis) horas, conforme normas complementares a serem expedidas conjuntamente pelas Secretarias Municipais de Cultura e das Prefeituras Regionais”*.

E apenas após o inadimplemento da multa o débito será inscrito em dívida ativa, com posterior inscrição no CADIN e protesto extrajudicial (art. 6º), observando-se que tais valores serão revertidos ao Fundo de Proteção ao Patrimônio Cultural e Ambiental Paulistano (art. 7º).

De igual modo, totalmente proporcional a penalidade prevista aos estabelecimentos comerciais que não mantiverem controle de registro do comprador de tintas em embalagens do tipo aerosol, maiores de 18 anos, como decorrência do poder de polícia administrativa: R\$ 5.000,00, com possibilidade de reincidência,

nos limites do artigo 6º do Decreto nº 57.616/2017. Nesse particular, não se vislumbra afronta à privacidade do comprador, na medida em que os respectivos dados, necessários à aquisição de instrumento que poderá redundar em pichações pela cidade de São Paulo, apenas deverão ser apresentados quando solicitados pela fiscalização municipal competente (art. 10, § único Lei Municipal nº 16.612/2017).

Ainda, não é demais lembrar os graves prejuízos causados pelos atos de pichação na cidade de São Paulo, seja no patrimônio privado ou no público, sem que seus autores sejam reconhecidos e procedam ao ressarcimento dos infundáveis danos. Inúmeras reportagens dão conta dos graves prejuízo causados, dentre as quais uma intitulada “*Quanto custa a pichação para o lojista*” (www.cdlbauru.com.br), datada de 13 de fevereiro de 2017, que esclarece:

“...Não há índices disponíveis para avaliarmos a quantidade de ocorrências ligadas à pichação, nem a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo os têm, mas conseguimos quantificar o seu dano ao varejo.

*Para o varejo a **pichação é sinônimo de queda nas vendas e prejuízo**. Áreas pichadas são relacionadas como áreas degradadas. No imaginário popular, áreas que não se deve frequentar. E para o lojista atacado por esse mal urbano, a influência da degradação do espaço se materializa em uma menor frequência de pessoas pela região e queda na qualidade de consumidores.*

.....
.....*Excluindo o IPTU e honorários de Engenheiro – quando necessários – e usando uma pesquisa média de emolumentos (taxas remuneratórias de serviços públicos) dos municípios de São Paulo, São Bernardo do Campo, Santo André, Campinas e emolumentos Estaduais, teremos um valor aproximado para outro pagamento de taxas e processos administrativos de uma loja de 150 m², na região de R\$ 3.762,00. **A pintura de uma fachada de aproximadamente 40 m² em São Paulo não sai por menos de R\$ 2.200,00.***

*Em contrapartida, **uma lata de spray usada para pichar a fachada de uma loja não custa mais de R\$ 13,00 e não é necessário cobri-la por inteiro para que a pichação gere prejuízo...**” (destaques nossos).*

De se lembrar as tão divulgadas pichações nos monumentos às Bandeiras, junto ao parque do Ibirapuera e à estátua do Borba Gato, em Santo Amaro, em setembro de 2016, as quais, segundo reportagens da época, geraram prejuízo aos cofres municipais do montante de R\$ 37.000,00 (www1.folha.uol.com.br). Tais constatações demonstram, por si só, a total proporcionalidade das penalidades previstas.

Por fim, mesmo que assim não fosse, cabe ponderar ser incabível discutir em controle concentrado de constitucionalidade a razoabilidade ou não de norma prevista, face ao princípio da independência dos poderes (**artigo 2º CF**) e à previsão do sistema de democracia representativa (**artigo 1º, caput CF**).

b.4. Das penalidades de caráter perpétuo

Tal argumento é afastado de plano pela previsão inserta na regulamentação da norma impugnada (Decreto nº 57.616/2017 – Doc. 03), o qual, em seu artigo 6º, § 2º, prevê que *“Descaracterizada a reincidência, deixará de existir impedimento para a contratação do infrator pela Administração Direta ou Indireta, nos termos previstos no artigo 8º, “caput”, da Lei nº 16.612, de 2017”*. Por outras palavras, tem-se que a vedação prevista no “caput” do artigo 8º da lei guerreada deixará de ser aplicada após 1 (um) ano contado do encerramento da instância administrativa referente à aplicação da penalidade ou do cumprimento do Termo de Compromisso de Reparação da Paisagem Urbana.

Outrossim, também nesse ponto, não é demais lembrar que o contraste não está efetuado face à disposição inserta na Constituição do Estado de São Paulo, mas sim face à Carta Magna. E o artigo 4º da Constituição do Estado de São Paulo não tem qualquer disposição a respeito de vedação de penas de caráter perpétuo.

b.5. Do alegado desvio de atribuição das Prefeituras Regionais

Já demonstrado que a norma impugnada não ampliou atribuições que já eram de competência das agora nominadas Prefeituras Regionais (item a.3 acima), bem como o fato de que as penalidades previstas no âmbito da norma impugnada possuem caráter administrativo, jamais penal (item b.1 acima).

Com efeito, as denúncias de pichação de que trata o artigo 2º da lei guerreada têm por fito a questão administrativa, e não criminal. Não se trata, como é lógico, de denúncia para fins de apuração do “crime” de pichação, mas sim da infração administrativa “pichação”, como inclusive se depreende do artigo 4º, *caput*

da própria norma¹⁶⁰.

Ao contrário do afirmado na petição inicial, como é lógico, em momento algum a lei impugnada “*determina a um órgão do Poder Executivo municipal a incumbência de receber denúncias de crimes e manter cadastro de apenados*”, inexistindo, pois, qualquer violação aos artigos 111 e 140 da Constituição do Estado de São Paulo.

IV. DO PEDIDO

Face ao exposto requer o decreto de extinção da demanda, sem análise do mérito, face ao **vício de representação invocado (item II.a)**, em consonância aos **artigos 485, inciso VI do CPC, 103, inciso VIII da Constituição Federal e 90, inciso VI da Constituição do Estado de São Paulo (princípio da simetria)**.

Todavia, na remota hipótese de se afastar tal argumento, requer que as “inconstitucionalidades” invocadas sejam analisadas apenas em contraste com disposições insertas na Constituição do Estado de São Paulo, em obediência aos **artigos 74, inciso VI da Constituição do Estado de São Paulo e 125, § 2º da Carta Magna**.

Quanto ao mérito, aguarda o decreto de improcedência da demanda, face à **ausência de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 16.612/2017, que instituiu o tão aguardado “programa de combate a pichações no Município de São Paulo”**, seja quanto ao **aspecto formal (item III. a.1.2 e 3 supra)**, seja quanto ao **aspecto material (item III.b.1.2.3.4 e 5 supra)**, sendo certo que eventual decreto de inconstitucionalidade redundará em **frontal violação aos artigos 1º, parágrafo único (democracia representativa), 2º (princípio da Separação dos Poderes), 24, incisos VI e VII, 30, incisos I e II, 37, “caput” (princípio da legalidade), 61, § 1º (princípio da simetria), 125, § 2º e 225, todos da Constituição Federal** – sobre os quais requer expressa análise para fins de **prequestionamento**.

São essas as informações, em atendimento ao r. ofício, **solicitando que as publicações sejam efetivadas em nome das procuradoras que esta subscrevem**.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 02 de maio de 2017.

160 *O ato de pichação constitui infração administrativa passível de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), independentemente das sanções penais cabíveis e da obrigação de indenizar os danos de ordem material e moral porventura ocasionados.*

MILTON LEITE
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Andréa Rascovski Ickowicz
Procuradora Legislativa
OAB/SP n. 130.317 – RF 11.075

Cintia Talarico Da Cruz Carrer
Procuradora Legislativa Supervisora
OAB/SP 155.068 – RF 11.400

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe
OAB/SP nº 106.017 - RF 11.043

Desfecho da demanda: Por votação unânime, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13 de setembro de 2017, julgou parcialmente procedente, por meio de acórdão ementado da forma que segue.

“EMENTA – Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.612/2017 do Município de São Paulo, que dispõe sobre “Programa de Combate a Pichações”.

I Inexigibilidade da outorga de mandato com poderes especiais para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.868/99. Procuração que, de todo modo, anunciou ter sido outorgada para aquela sorte de propositura.

II Petição inicial que alude a dispositivos infraconstitucionais. Irrelevância, já que não servirão eles como parâmetro de julgamento.

III Inocorrência de ofensa à competência constitucional do Município ou aos limites para atuação do Legislativo quanto à matéria versada no diploma impugnado. Inconstitucionalidade reconhecida, porém, de dispositivos pontuais (artigos 8º e 9º) que proíbem a Administração de contratar infratores, obrigam-na a instituir cadastro interno e autorizam o Executivo a firmar

termos de cooperação. Artigos 24 § 2º e 47 da Constituição paulista.

Ação parcialmente procedente.” (Relator Exmo. Desembargador Arantes Theodoro, v.u., trânsito em julgado em 15/12/2017).

INFORMAÇÕES APRESENTADAS NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 2095527-18.2018.8.26.0000

Tema: Competência parlamentar para a iniciativa de leis que instituem programas, campanhas e serviços administrativos (Selo Cidade Linda)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR, DOUTOR ALEX ZILENOVSKI, DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **Autos n° 2095527-18.2018.8.26.0000**

MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, representada por seu **PRESIDENTE**, nos termos do artigo 16 c.c. artigo 17, inciso IV, alíneas “a” e d”, do Regimento Interno da Edilidade Paulistana, nos autos da demanda acima indicada, proposta pelo **PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por suas Procuradoras ao final assinadas (doc. anexo), em atenção ao r. Ofício n° 1751-O/2018 - amp, apresentar

INFORMAÇÕES

consubstanciadas nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

2. SÍNTESE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto a Lei Municipal Paulistana n° 16.808, de 23 de janeiro de 2018, que institui o Selo Cidade Linda no Município de São Paulo.

A inconstitucionalidade apontada pelo autor consiste em suposta incompatibilidade entre a lei em questão e os artigos 5°, 24, § 2°, 2, e art. 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual de São Paulo.

O autor sustenta que a Lei Paulistana n° 16.808/18, de iniciativa parlamentar, violaria o princípio da separação de Poderes, por disciplinar matéria que, em seu entender, seria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, por disciplinar atos de gestão administrativa.

Argumenta haver previsão de atribuição ao Poder Executivo, por parte do Poder Legislativo, ao estabelecer a concessão, pela Administração Pública, de certificação a entidades privadas que implementem ações no âmbito de programa de governo já instituído, *“determinando inclusive a elaboração da relação das ações de zeladoria que deverão ser realizadas, estimativa de bens necessários, com posterior divulgação e forma de inscrição no órgão competente”*.

A liminar pleiteada foi deferida, por ter entendido o i. Relator que se encontravam presentes os requisitos autorizadores de sua concessão. Porém, a ação há de ser julgada improcedente, conforme se passa a expor.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA

2.1. Sobre o Selo Cidade Linda

O Selo Cidade Linda, instituído pela Lei ora debatida, consiste em uma certificação conferida pela Administração Pública Municipal a pessoas jurídicas de direito privado que colaborarem com o Poder Público na zeladoria urbana do Município.

O intuito, portanto, é o de **incentivo à adoção de ações de zeladoria urbana**, batizadas pelo governo atual de “Cidade Linda” (que englobam medidas de limpeza, manutenção e revitalização), por parte da iniciativa privada, **visando à promoção da participação da sociedade na conservação do meio ambiente urbano**, fator este fundamental para a qualidade de vida da população da cidade.

É salutar o fomento da participação popular na gestão administrativa, notadamente quanto à manutenção de um ambiente urbano saudável, haja vista que, sendo o povo o efetivo titular do poder, qualquer forma de participação em sua gestão é condizente com a própria ideia fundamentadora da estrutura normativa erigida pelo modelo constitucional brasileiro a partir do princípio democrático.

A criação do Selo Cidade Linda, conforme aduzido na própria exordial, consiste em medida inserida no âmbito de programa de governo instituído pelo Poder Executivo em momento anterior à edição da Lei em debate (Programa Cidade Linda). Por conseguinte, **não há que se falar na criação, pela Lei Municipal nº 16.808/18, de programa de governo a ser implementado pelo Poder Executivo.**

Ademais, com relação à alegação autoral de que a Lei impugnada estabeleceria ônus ao Executivo de elaboração da relação das ações de zeladoria e da estimativa dos bens e serviços necessários à concessão do Selo Cidade Linda, destaque-se

que tal previsão unicamente determina a **necessidade de regulamentação da Lei nº 16.808/18 do Município de São Paulo mediante decreto, fato este que, por si só, já torna claro que ao próprio Poder Executivo quem caberá especificar quais são os requisitos que a pessoa jurídica privada interessada na obtenção da certificação deve atender para que a Administração lhe conceda o Selo Cidade Linda.**

Em outras palavras, caberá à Municipalidade implementar a Lei ora debatida por meio de provisões especiais, com respaldo no seu poder regulamentar (cf. artigos 84, IV, CF e 47, III, CE), respeitadas a conveniência e a oportunidade da Administração Pública.

Nesse sentido, valiosa a lição de Hely Lopes Meirelles¹⁶¹:

“em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos e convém se repita que o Legislativo provê ‘in genere’, o Executivo ‘in specie’; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes”.

Trata-se, assim, de verdadeira manifestação do **princípio da legalidade estrita** a que está submetida a Administração Pública, segundo o qual incumbe ao Executivo agir somente de acordo com o que a lei autoriza, cabendo ao Legislativo a edição das normas gerais e abstratas para tanto.

In casu, o diploma legal combatido possui caráter fundamentalmente geral e abstrato, não impondo ao Poder Executivo nenhuma ação concreta capaz de gerar despesas imediatas para a Municipalidade. Não se configura, assim, a alegada invasão de competência legislativa, nem indevida interferência nas atividades próprias da Administração do Município.

Todas as despesas e atribuições envolvidas na obtenção do Selo Cidade Linda são imputadas ao particular interessado, que deverá inscrever-se no órgão competente e apresentar a documentação necessária, aí incluído o plano de trabalho com a descrição dos bens a serem doados à Municipalidade, a previsão do prazo de realização dos serviços e a estimativa

¹⁶¹ *Direito Municipal Brasileiro, 17ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631.*

de gastos com o custeio das ações a serem adotadas, nos termos do art. 3º da Lei Municipal de São Paulo nº 16.808, de 23 de janeiro de 2018.

A propósito, já decidiu esta E. Corte Paulista que:

“o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247- 80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).

2.2. Da inexistência de reserva da Administração

Fica evidente, com base no exposto no tópico *supra*, que a Lei Paulistana nº 16.808/18 **não dispõe sobre a organização administrativa e seu funcionamento**, mas tão somente visa à promoção da participação da sociedade na melhoria da qualidade do meio ambiente urbano, a qual é instrumentalizada pelo Selo Cidade Linda, a ser conferido pela Administração quando o particular preencher os requisitos para tanto, a serem estabelecidos pelo próprio Poder Executivo.

Assim, verifica-se que **a abordagem legal contempla o instrumento em si, sem interferir diretamente na estruturação administrativa** do responsável por sua futura execução.

Ora, não decorrem da Lei **nº 16.808/18 do Município de São Paulo a criação nem a extinção de órgãos da Administração Pública, tampouco aumento de despesas**. Ademais, as normas previstas **não dizem respeito a atos de gestão nem ao exercício da direção superior da Administração**. Ou seja, a matéria versada no diploma legal **não possui natureza eminentemente administrativa**, não cabendo falar-se, portanto, em reserva da Administração.

Em suma, não há como se sustentar que o incentivo, mediante certificação, à participação da sociedade na promoção da qualidade do meio ambiente urbano caracterize-se como matéria exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do chefe do Executivo e seus secretários.

Segundo a argumentação da exordial, a Lei nº 16.808/18 do Município de São Paulo violaria as disposições contidas nos artigos 5º, *caput*, 24, § 2º, 2, e art. 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual de São Paulo.

Ocorre que, da leitura atenta dos dispositivos constitucionais suscitados, em

cotejo com as normas contidas na Lei Municipal de São Paulo nº 16.808/18, percebe-se que não há qualquer contrariedade aos artigos da Constituição Paulista indicados como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, atente-se à literalidade do texto constitucional: a Lei debatida, por óbvio, não dispõe sobre a *criação e extinção das secretarias de Estado e órgãos da Administração Pública* (art. 24, § 2º, 2, da Carta Magna Estadual), sobre a *organização e funcionamento da Administração*, nem sobre a *criação ou extinção de órgãos públicos* (art. 47, XIX, a, da Constituição Estadual). Também não diz respeito à *direção superior da administração estadual* nem à *prática dos demais atos de administração* (art. 47, II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo), atribuições materiais do Poder Executivo, e não legislativas.

Bem de ver que a iniciativa do processo legislativo reservada ao Chefe do Poder Executivo está perfeitamente delimitada na Constituição Estadual, em seus artigos 24, § 2º, e 47. Trata-se de exceções à regra geral segundo a qual cabe ao Poder Legislativo a iniciativa do processo de elaboração legal. Ou seja, **a reserva de iniciativa legislativa ao Poder Executivo é excepcional, tendo em vista que importa restrição à função precípua do Poder Legislativo.**

Tratando-se de regra excepcional, há que ser interpretada restritivamente, sob pena de ferir-se de morte a atividade típica do Poder Legislativo, em total deturpação ao princípio constitucional da separação de Poderes (art. 2º, CF).

Não à toa, houve significativa evolução na interpretação desta matéria pela E. Suprema Corte, como melhor se descreverá no item a seguir.

2.3. Da evolução da Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal quanto à competência privativa do Executivo na iniciativa de leis sobre políticas públicas

Como se sabe, a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Executivo tem sua origem no artigo 61, §1º, inciso II, da Carta Magna e constitui norma de reprodução obrigatória pelas Constituições Estaduais, no caso do Estado de São Paulo, reproduzida, no que cabível, no artigo 47 de sua Constituição.

Muito se discutiu em nossos Tribunais acerca das formas de interpretação de referido dispositivo, notadamente em relação ao que se convencionou chamar de “atos de administração”, a incluir ou não iniciativa legislativa de **políticas públicas**.

O E. Supremo Tribunal Federal durante muitos anos oscilou em suas interpretações. Entre 2002 e 2012 foram inúmeros os julgamentos pela E. Suprema

Corte pela inconstitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que impunham ao Executivo a adoção ou implementação de uma política pública, denotando, como se pretende repetir na presente ação, uma interpretação extremamente ampliativa das restrições contidas no inciso II do parágrafo primeiro do artigo 61 da Constituição Federal, abarcando quaisquer matérias atinentes à Administração Pública¹⁶².

Em 2006, ainda que declarando a inconstitucionalidade de lei que criava o “Polo Estadual de Música Erudita na Região do Vale do Caí” na ADI n. 2.808/RS (Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 24.8.2006), a E. Corte já acenava para uma interpretação menos ampla do dispositivo constitucional, firmando entendimento de que feriam a iniciativa exclusiva do Executivo as leis de origem parlamentar que dispunham sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias e de órgãos da administração pública, procurando-se, contudo, cuidado na interpretação da reserva de iniciativa do Poder Executivo, como constou do v. acórdão:

“(...) uma interpretação ampliativa da reserva de iniciativa do Poder Executivo, no âmbito estadual, pode resultar no esvaziamento da atividade legislativa autônoma no âmbito das unidades federativas”.

Aliás, durante os debates do referido julgamento, surgiram duas interpretações possíveis para a alínea “e” do inciso II do parágrafo 1º do art. 61 da CF – uma mais literal, no sentido de que lei de iniciativa parlamentar não pode criar novo órgão, mas pode atribuir novas tarefas a órgãos preexistentes; outra mais ampliativa, na toada de que não podem ser fixadas novas atribuições para órgãos do Executivo, posição esta que acabou por vencer à época, embora o debate tenha levantado a importância de uma interpretação razoável, de modo a não tolher a atividade precípua do Poder Legislativo.

Assim, durante a metade final dessa década *supra* apontada, dois precedentes pela constitucionalidade da lei impugnada já chamavam a atenção para a mudança de interpretação mais significativa que estaria por se efetivar: ADI n. 3.394/AM e AgR no RE n. 290.549/SP.

Na ADI n. 3.394/AM (j. 2.4.2007), cujo Relator foi o Min. Eros Grau, o Pleno declarou constitucional lei que **criava programa** de gratuidade de testes de maternidade e paternidade, afastando-se o vício de iniciativa, “já que, ao contrário

162 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. In “*Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas. Uma proposta de releitura do art. 61, §1º, II, e, da Constituição Federal*”. *Textos para Discussão 122. Fevereiro/2013. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado.*

do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local”.

Igualmente, no AgR no RE n. 290.549/RJ (j. 28.2.2012) reconheceu-se a constitucionalidade de lei que **criava um programa** intitulado “Rua da Saúde”, consignando-se no voto relator que:

“(...) a criação do programa instituído por meio dessa lei apenas tinha por objetivo fomentar a prática de esportes em vias e logradouros públicos, tendo ficado expressamente consignado nesse texto legal que ‘a implantação, coordenação e acompanhamento do programa ficará a cargo do órgão competente do Poder Executivo’, a quem incumbirá, também, aprovar as vias designadas pelos moradores para a execução do programa”.

O entendimento do Colendo STE, ao interpretar o art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal (dispositivo que traz regramento equivalente ao contido no art. 24, § 2º, da Constituição Paulista) já vinha consolidando-se no sentido de se tratar de previsões *numerus clausus*, como se infere dos precedentes a seguir:

As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no art. 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da administração pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008).

(...) iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. (...) (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-5-1992, Plenário, DJ de 27-4-2001).

No mesmo sentido os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADI 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-10-2006, Plenário, DJ de 17-11-2006; RE 328.896, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em

9-10-2009, DJE de 5-11-2009; ADI 2.392-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-2001, Plenário, DJ de 1º-8-2003; ADI 2.474, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 25-4-2003; ADI 2.638, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 9-6-2006.

Citem-se, ainda, precedentes deste C. Tribunal de Justiça, seguindo a mesma toada da Jurisprudência da Corte Máxima: TJSP, Órgão Especial, Adin nº 0250357-83.2012.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. em 08/05/2013; Adin nº 0270082-58.2012.8.26.0000, Rel. Designado Des. Paulo Dimas, j. em 26/06/2013; Adin nº 0269431-26.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 05/06/2013.

Assim, juntamente com a sucessão de julgamentos citados acima, apontava também a E. Corte Suprema, para sedimentar uma interpretação mais restritiva, de modo a possibilitar a iniciativa parlamentar de leis que dispusessem **sobre políticas públicas**, sem que interferissem na criação ou estruturação de qualquer órgão da administração pública.

E a solidificação do entendimento surgiu, em sede de Repercussão Geral, como se apresentará no tópico a seguir.

2.4. Do Tema 917 de Repercussão Geral do STF

A referendar a evolução da Jurisprudência que já vinha se delineando, efetivou-se o julgamento do **Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911-RJ, que deu ensejo à edição do Tema de Repercussão Geral n. 917**, por meio de acórdão assim ementado:

“Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.” (Plenário,

Relator Ministro Gilmar Mendes, m.v., Plenário Virtual, 30/09/2016, com trânsito em julgado).

Nos fundamentos de tal julgado assentou-se:

“...Discute-se, portanto, a aplicação da reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, II, da Constituição à legislação que cria obrigações a órgãos do Poder Executivo, com consequente aumento de despesa.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no artigo 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido, cito o julgamento da ADI 2.672, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator p/ acórdão Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ 10.11.2006; da ADI 2.072, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 2.3.2015; e da ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, DJe 215.8.2008.

(...)

Assim, somente nas hipóteses previstas no art. 61, § 1º, da Constituição, ou seja, nos projetos de lei cujas matérias sejam de iniciativa reservada ao Poder Executivo, é que o Poder Legislativo não poderá criar despesa.

(...)

No caso em exame, a lei municipal que prevê a obrigatoriedade e instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada... (destaques nossos).

Destaque-se que é emblemático o fato de que no caso do julgamento que ensejou a edição do **Tema 917 de Repercussão Geral**, o E. Supremo Tribunal Federal estabeleceu que **não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que não trate de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos, ainda que crie despesa para a Administração Pública.**

Vê-se, portanto, diante da sólida Jurisprudência firmada a respeito da iniciativa de leis reservada ao Executivo, que a simples criação de despesa ou instituição de política pública ou programa por lei de origem parlamentar não constitui vício formal de iniciativa a convolar inconstitucionalidade. O vício adviria de eventual criação ou estruturação de órgãos da administração, o que **no caso em tela, como amplamente já explanado, não ocorre.**

Assim sendo, diante do já explanado e da sólida Jurisprudência firmada a respeito do assunto, não decorre da Lei objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade qualquer vício a ensejar sua exclusão do ordenamento jurídico.

2.5. Precedente local: Selo Amigo do Idoso

Na mesma linha de entendimento, **recentemente, este E. Tribunal de Justiça teve a oportunidade de julgar caso bastante similar ao dos presentes autos com base no Tema 917 de Repercussão Geral do STF.** Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2253854-95.2017.8.26.0000, proposta em face de lei municipal de Ribeirão Preto que cria o Selo “Amigo do Idoso”, a ser concedido pela Administração Pública a pessoas jurídicas de direito privado que adotem ações em benefício da pessoa idosa. A constitucionalidade da lei foi reconhecida, conforme ementa a seguir transcrita:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal. Implantação do selo ‘amigo do idoso’ destinado a entidades que atendem idosos nas modalidades asilar e não asilar, e empresas parceiras, com ações em benefício da pessoa idosa.

1. Inexistente vício de iniciativa legislativa. Rol constitucional exaustivo. Art. 24, §2º, CE, aplicável por simetria ao Município. Precedentes do Órgão Especial e STF. Tese nº 917 de Repercussão Geral.

Não configurado ato concreto de administração, tampouco ato de planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais. Usurpação de atribuições do Poder Executivo não verificada. A concretização de lei que disponha sobre programa voltado à conscientização e estímulo à proteção do idoso é atividade inerente à atuação da administração. Lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo o exercício de suas funções. Novos direitos e obrigações que devem ser introduzidos ao ordenamento justa e legitimamente por lei. Suposta ausência da fonte dos recursos financeiros importaria, no máximo, na inexecuibilidade do programa no mesmo exercício orçamentário em que promulgada a norma questionada.

Com base em todo o exposto, fica evidente que a Lei Municipal n° 16.808, de 23 de janeiro de 2018, ao instituir o Selo Cidade Linda, versou acerca de **tema de interesse geral da população**, sem qualquer relação com matéria estritamente administrativa, afeta ao Poder Executivo, razão pela qual inexistente, *in casu*, qualquer vedação à iniciativa parlamentar. Trata-se tão somente, conforme apontado, de incentivo e fomento à participação da sociedade na conservação do meio ambiente urbano.

Destarte, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade há de ser julgada improcedente, sob pena, inclusive, de afronta aos artigos 2° (princípio da separação dos Poderes) e 61, §1°, II (iniciativa privativa do Executivo – norma de reprodução obrigatória), ambos da Constituição Federal, os quais requer desde já sejam expressamente enfrentados, para fins de prequestionamento.

4. PEDIDO

Ante o exposto, não se verifica no presente caso qualquer violação aos artigos 5°, 24, § 2°, 2, e art. 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual de São Paulo, ao contrário do quanto afirmado pelo Autor, razão pela qual se requer seja a ação julgada **IMPROCEDENTE**, com a consequente cassação da liminar deferida, declarando-se constitucional a *Lei Municipal de São Paulo n° 16.808, de 23 de janeiro de 2018*, em consonância à **tese firmada no Tema 917 pelo E. Supremo Tribunal Federal**

(Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911 – RJ), bem como no **recente julgado exarado por esse C. Órgão Especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2253854-95.2017.8.26.0000**, sob pena de **violação aos artigos 5º e 47 da Constituição Bandeirante e, conseqüentemente, 2º e 61, §1º, II, da Constituição Federal**, os quais requer, desde já, sejam expressamente enfrentados, para fins de prequestionamento.

3.1. Modulação de Efeitos: Subsidiariamente, na remota hipótese de se julgar procedente a presente ação, requer-se a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão, resguardando-se as certificações porventura concedidas anteriormente ao julgamento da demanda, através do Selo Cidade Linda.

Eram essas as considerações a serem apresentadas, em atendimento ao r. ofício.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

Milton Leite
Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Fernanda de Pieri Mielli Franco Lima
Procuradora Legislativa – R.F. 11.483
OAB/SP nº 284.782

Djenane Ferreira Cardoso Zanlochi
Procuradora Legislativa – Judicial – RF 11.418
OAB/SP n. 218.877

Maria Nazaré Lins Barbosa
Procuradora Legislativa Chefe – RF 11.043
OAB/SP n. 106.017

Desfecho da demanda: o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 26 de setembro de 2018, julgou parcialmente procedente a Ação, por maioria, unicamente para declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 4º da Lei

nº 16.808/2018 do Município de São Paulo, que impunha ao Poder Executivo o dever de regulamentá-la no prazo de 90 dias, contados da data de sua publicação. Trata-se de decisão ainda passível de recurso.

