



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



02395309

22

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI n° 164.152-0/0-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é requerente PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA sendo requeridos PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO e OUTRO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADA A MATÉRIA PRELIMINAR, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO VALLIM BELLOCCHI (Presidente), MARCO CÉSAR, MUNHOZ SOARES, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, CANGUÇU DE ALMEIDA, VIANA SANTOS, PENTEADO NAVARRO, IVAN SARTORI, PALMA BISSON, ARMANDO TOLEDO, A. C. MATHIAS COLTRO, JOSÉ SANTANA, MARIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ REYNALDO, JOSÉ ROBERTO BEDRAN, EROS PICELI, ARTUR MARQUES, REIS KUNTZ, BARRETO FONSECA, GUERRIERI REZENDE, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS E JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 03 de junho de 2009.

ROBERTO VALLIM BELLOCCHI
Presidente

PAULO TRAVAIN
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 164.152-0/0-00
COMARCA : SÃO PAULO
RECLAMANTE : PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA
RECLAMADO : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE SÃO PAULO E OUTRO
VOTO Nº 13.733

ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão - Assembléia Legislativa - Ajuizamento que visa a sanar a ausência de norma específica para a reserva de vagas para deficientes físicos no âmbito do Tribunal de Contas do Estado - Iniciativa de projeto de lei que é privativamente atribuída à Corte de Contas - Legiferação é ato complexo, a responsabilizar, também, o órgão legislativo - Legitimidade reconhecida - Preliminar afastada.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão - É desnecessária a previsão de prazo para o reconhecimento da mora legislativa, bastando que se tenha constatado o decurso de tempo razoável - Preliminar afastada.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - Inexistência de lei que disciplina a reserva de vagas para portadores de deficiência física no âmbito do Tribunal de Contas do Estado - Art. 37, inc. VIII, da CF e art. 115, inc. IX, da CE - Mandamento constitucional cujo atendimento não se submete à discricionariedade da Administração - Regra que há de ser sopesada com os princípios da isonomia, da necessidade de concurso público e da proporcionalidade - Necessidade de regramento específico, em razão da autonomia administrativa e financeira de que goza a Corte de Contas - Fixação de prazo de 12 (doze) meses e estabelecimento da aplicabilidade da LCE n. 683/92, enquanto perdurar a mora legislativa - Omissão reconhecida - Ação procedente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cuida-se de ação direta ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Presidente da Assembleia Legislativa, visando à declaração da omissão dos reclamados em regulamentar o disposto no art. 115, IX, da CE.

Aduz o reclamante que o estabelecimento de reserva de vagas para serem providas por portadores de deficiência física decorreria dos expressos comandos do art. 37, VIII, da CF e do art. 115, IX, da CE, corolários do princípio da isonomia. Desse modo, a inércia do legislador conduziria a uma clara afronta a direitos constitucionalmente garantidos. Acrescenta que a disciplina infraconstitucional hoje existente não se aplicaria aos concursos públicos para o provimento de cargos da estrutura da Corte de Contas, dada sua autonomia administrativa. Pede a procedência da ação (fls. 02/14).

Citado, o d. Procurador Geral do Estado não manifestou interesse no feito (fls. 27/28). Por seu turno, a Assembleia Legislativa alega não ostentar legitimidade passiva, tendo em vista que a iniciativa de projeto caberia ao Tribunal de Contas do Estado. Afirma, ainda, ser juridicamente impossível o pedido de fixação de prazo razoável para o adimplemento da atividade legislativa, porquanto a ação somente se prestaria a obter a ciência do órgão em mora (fls. 33/39).

Outrossim, o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo assevera que não se poderia cogitar de mora ante a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inexistência de prazo para a regulamentação pretendida. Esclarece que o órgão reservaria vagas em seus certames, valendo-se das diretrizes existentes, em especial da Lei Complementar Estadual n. 683/92. No caso do concurso para o provimento do cargo de auditor, os requisitos estabelecidos pressuporiam larga experiência profissional, motivo pelo qual a previsão de reserva de vagas não se afiguraria necessária (fls. 54/60).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em remate, ofereceu parecer afastando, primeiramente, a preliminar suscitada pela Assembléia Legislativa. Sustenta que, visto que se cuidaria de ato complexo, ambos órgãos seriam responsáveis pela atividade legislativa. Ademais, em processo de natureza objetiva não haveria que se falar em partes, apenas em interessados que seriam chamados a prestar informações. Acrescenta que a mora legislativa não dependeria da assinalação de qualquer prazo e que a expressa previsão constitucional não abriria ensejo a considerações que equiparem a reserva de vagas para portadores de deficiência a algum privilégio (fls. 74/90).

É o relatório.

Foi ajuizada ação direta, com fundamento no art. 103, § 2º, da CF e no art. 90, § 4º, da Carta Paulista, com o fito de se obter a declaração da mora do legislador em estabelecer regramento específico para o provimento de cargos da estrutura do Tribunal de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contas do Estado, contemplando-se a obrigatoriedade de previsão de reserva de vagas destinada às pessoas portadoras de deficiência física.

Há, em primeiro lugar, que se ter em mente que a concretização do regramento estabelecido em sede constitucional carece, em muitas passagens, de atividade legislativa complementar. E compete precipuamente ao legislador a tarefa de construção do Estado. Têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social.

Nessa senda, certamente que a omissão legislativa pode ter como objeto todo o ato complexo que compõe o processo legislativo, nas suas diversas fases. Não se nega que o principal destinatário da declaração a ser exarada pelo órgão judicial seja o Poder Legislativo. Sem embargo, *“o sistema de iniciativa reservada, estabelecida na Constituição Federal, faz com que a omissão de outros órgãos, que têm competência para desencadear o processo legislativo, seja também objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade”* (MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., SP, Saraiva, 2008, p. 1186).

Desse modo, não se acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Assembléia Legislativa. Com efeito, o processo legislativo de normas que digam respeito à administração e à organização interna da Corte de Contas tem iniciativa reservada ao órgão em tela, dada sua reconhecida autonomia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativa e financeira (art. 73, “caput” e art. 75, “caput”, ambos da CF c.c. art. 31, “caput”, CE). Todavia, por se cuidar de ato complexo, a Assembléia é também responsável pela legiferação em tela. Mais do que isso – repita-se –, é o principal destinatário da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Noutro giro, não há qualquer fundamento jurídico a sustentar o argumento segundo o qual só se verificaria a mora legislativa se houver prazo assinalado. Em verdade, inexistente prazo para a propositura da ação, sendo mister que, apenas, afira-se caso a caso o transcurso de tempo razoável, durante o qual seria possível a edição da norma faltante (MORAES, Alexandre, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 1ª ed., SP, Atlas, 2007, p. 1504).

No mérito, cumpre recordar que, via de regra, a atividade legislativa é discricionária. Mas há casos em que a Constituição impõe a edição de norma necessária à efetivação de um seu mandamento. Nessas hipóteses, sua inércia será ilegítima (BARROSO, Luis Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 3ª ed., SP, Saraiva, p. 238). Nesse sentido:

“A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificados no processo de interpretação” (MENDES, Gilmar Ferreira, *op. cit.*, pp. 1187/1188).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, a necessidade de previsão de reserva de vagas, em concursos públicos, situa-se exatamente entre os direitos que reclamam integração normativa, a cargo do legislador, por expressa remissão constante do art. 37, inc. VIII, da CF, cujo texto se relaciona diretamente ao estatuído pelo art. 115, inc. IX, da CE: *“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiências, garantindo as adaptações necessárias para sua participação nos concursos públicos e definirá os critérios de sua admissão”*.

Em corroboração ao exposto, vale, ainda, mencionar:

“Observamos que a reserva de percentual a deficientes físicos é obrigatoriedade constitucional, não se submetendo à discricionariedade da administração pública, e aplicando-se a todos os Poderes da República, independente do ente federativo” (MORAES, Alexandre, *op. cit.*, p. 838).

“Para as pessoas portadoras de deficiência, o inciso VIII determina que a lei lhes reserve percentual de cargos e empregos públicos e defina os critérios de sua admissão. O dispositivo não é auto-aplicável, cabendo aos interessados adotar as medidas judiciais cabíveis em caso de omissão do Poder Público na promulgação da lei (inconstitucionalidade por omissão)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 18ª ed., SP, Atlas, 2005, p. 457).

De bom alvitre ressaltar, todavia, que a previsão constitucional de reserva de vagas, em princípio, não pode ser considerada isoladamente. Há que se recordar que o concurso público,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em primeiro lugar, deve preservar o tratamento isonômico dos candidatos ao provimento de cargos públicos. Por certo que se supõe a distinção na medida da desigualdade dos sujeitos. Assim, a desequiparação há de estar cingida aos limites da proporcionalidade, a fim de que se impeça a outorga de privilégios. Nesse diapasão, a norma inscrita no art. 37, inc. VIII, da CF somente pode ser entendida como regra de caráter excepcional (TJSP - Ap. n. 625.305.5/8-00 - rel. Des. Nogueira Diefenthäler).

Nesse preciso sentido, aliás, já decidiu o E. STF (MS n. 26.310-5/DF - rel. Min. Marco Aurélio). Embora reconhecendo a existência do precedente RE n. 227.299-1/MG, daquela corte, afirmou-se que era necessário reexaminar o entendimento que então havia prevalecido:

"Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas".

(...)

"A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existente apenas duas".

O i. Min. Cezar Peluso, participante do julgamento em tela, delimitou mais precisamente a eficácia do dispositivo em *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 164.152-0/0-00 - Voto n° 13.733* 7



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

questão, asseverando que o entendimento contrário *“atribui a uma exceção da Constituição amplitude tal que transforma a regra, a ponto de se dividir o número de vagas em concurso. Isto é, a norma deixa de ser exceção para atender situações particularíssimas, que só a lei pode regular nos pormenores circunstanciais, para admitir que, em todos os concursos, quando não se possa atingir o percentual mínimo nela previsto, se chegue arbitrariamente até a metade das vagas do concurso, o que significa outra regra, de caráter geral”*.

Vale dizer: a norma constitucional não determina, por si só, o *quantum* de cargos ou de empregos públicos são reservados aos portadores de deficiência. Remete a matéria, porém, à legislação infraconstitucional (TJSP - Ap. n. 758.932.5/4-00 - rel. Des. Ricardo Dip).

Cumpra observar, entretanto, que a reserva leva em conta o total de cargos ou empregos e não o número aleatório de vagas que se ponham em cada concurso (STF - MC em MS n. 25.074-7/DF - rel. Min. Cezar Peluso - decisão monocrática). Isso implica na não obrigatoriedade da reserva em todo e cada concurso público, mas apenas quando necessário a completar a cota de deficientes buscada pela Constituição (TJSP - Ap. n. 205.467.5/3-00 - rel. Des. Torres de Carvalho).

A disciplina infraconstitucional a respeito foi dada pelo Decreto Federal n. 3.298/99, que veio regulamentar a Lei Federal n.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7.853/99, e pela Lei Complementar Estadual n. 683/92. No entanto, impende, neste passo, ressaltar que se faz necessária lei específica ao Tribunal de Contas do Estado, a respeito do provimento dos cargos públicos inseridos em sua estrutura, em virtude da autonomia administrativa e financeira de que o órgão em comento goza, como alhures afirmado. O dec. n. 3.298/99 visa a organizar os concursos para provimento de cargos da estrutura dos órgãos e entes federais, não sendo de observância cogente pelos Estados e Municípios, *"dada a garantia constitucional da auto-organização"* (TJSP - Ap. n. 205.467.5/3-00 - rel. Des. Torres de Carvalho).

Nesses termos, ante a inércia constatada – e confessada pelos órgãos reclamados –, cumpre declarar a omissão legislativa apontada, cabendo-lhes editar norma que regulamente o dispositivo constitucional objeto desta ação, atentando às diretrizes constitucionais suso mencionadas, a saber: a reserva de cargos e empregos públicos (não de vagas em todo e qualquer certame) é norma excepcional, a ser sopesada com os princípios da isonomia, da necessidade de concurso público e da proporcionalidade.

Anote-se que a declaração da mora inconstitucional não pode ser reduzida a uma mera advertência. Cuida-se de uma decisão que determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna constatada. Portanto, há de produzir importantes alterações na ordem jurídica, pois, *"em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente mandamental que impõe ao legislador em mora o*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dever de, dentro de um prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade” (MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 1198).

Em corolário, compete a esta Corte, no exercício de suas atribuições constitucionais, assinalar o prazo que, à vista do caso concreto, afigure-se razoável, nos moldes em que decidido pelo E. STF, no julgamento da ADI n. 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes. Destarte, considerando, de um lado, que se cuida de matéria submetida à reserva de iniciativa, a demandar a atuação e deliberação de órgãos distintos, e, de outro, que a regulamentação em tela se destina a um âmbito específico de eficácia, fica fixado o prazo de 12 (doze) meses, período certamente suficiente à boa realização dos pertinentes trabalhos.

A preocupação com a omissão inconstitucional tem conduzido o Pretório Excelso a dotar suas decisões de garantias de maior efetividade. De fato, ao descumprimento do prazo assinalado deve corresponder uma consequência jurídica, sob pena de se reduzir à irrelevância a autoridade das decisões do Poder Judiciário.

Em recentes arestos, o STF acolheu a procedência de Mandados de Injunção (MI 712/PA - rel. Min. Eros Grau e MI 670/ES - rel. Min. Gilmar Mendes) que debatiam a ausência de regulamentação de greve de servidores públicos civis, determinando que provisoriamente se adotasse o regime de greve dos empregados submetidos ao regime da CLT, estabelecido na Lei Federal n. 7.783/89,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

enquanto os órgãos legislativos permanecessem em mora. Cumpre, aqui, reproduzir a justificativa exarada pelo i. Min. Gilmar Mendes:

“Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo” (MI 670/ES).

Ora, operou-se nessa feita uma extensão dos efeitos de um remédio constitucional que, em princípio, ficariam limitados às partes, dada sua feição de *writ*. Todavia, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a solução não pode ser moldada pelo remédio jurídico, mas pela natureza da questão que se traz à baila, o qual, no limite, sempre envolve a negativa de um comando constitucional. Nesse sentido, vale citar o preciso comentário de Luis Roberto Barroso:

“A literalidade do § 2º do art. 103 e a resistência do STF em dar-lhe sentido mais abrangente sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, tornaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia. Por essa razão, autores diversos propõem uma redefinição do alcance do controle abstrato das omissões constitucionais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em considerável medida, o STF avançou na matéria em decisão recente, ao admitir em sede de mandado de injunção, a possibilidade de estabelecer um regramento provisório para evitar que a omissão inconstitucional paralise a eficácia de normas constitucionais. Embora a decisão não tenha sido produzida em controle abstrato, o Tribunal reconheceu a possibilidade de que tal regime provisório seja estabelecido em caráter geral, evitando que situações semelhantes venham a receber tratamento diverso. A rigor, não haveria impedimento teórico a que esse tipo de solução viesse a ser adotado também em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão" (op. cit., pp. 253/254)

Nesses termos, a fim de se preservar a autoridade das decisões judiciais e a efetividade das normas constitucionais, fica estabelecido que serão provisoriamente adotadas as regras insculpidas na Lei Complementar Estadual n. 683, de 18 de setembro de 1992, reconhecendo-se sua aplicabilidade ao regime dos servidores do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, enquanto perdurar a mora legislativa.

Em remate, cabe recordar que não se pode cogitar, na espécie, de julgamento "extra petita", pois o único escopo de processos desta espécie é a defesa do texto constitucional, donde sua natureza objetiva. Destarte, inexistente lide e o Judiciário não está adstrito à fundamentação deduzida na petição inicial, embora não possa ampliar o objeto da ação (ARAÚJO, Luiz Alberto David *et* NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., SP, Saraiva, 2007, pp. 44/45). Ora, não se ampliou o objeto de conhecimento proposto, apenas adotaram-se providências tendentes a atender ao princípio da supremacia das normas constitucionais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Face ao exposto, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade por omissão em tornar efetiva a norma inscrita no art. 115, IX, da CE, assentando-se a mora do Tribunal de Contas do Estado em encaminhar e da Assembléia Legislativa em apreciar e, ao final, aprovar projeto de lei que regulamente a reserva de cargos e empregos públicos inseridos na estrutura da Corte de Contas para pessoas portadoras de deficiência física, nos moldes estabelecidos pelos princípios constitucionais pertinentes, como acima aludido. Na oportunidade, determina-se a ciência aos Presidentes dos órgãos em apreço, assinalando-se o prazo de 12 (doze) meses para o saneamento da omissão em tela, consignando-se ainda que se reconhece a aplicabilidade do disposto na Lei Complementar Estadual n. 683, de 18 de setembro de 1992, enquanto perdurar a mora legislativa.


PAULO TRAVAIN
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO nº 12.219

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 164.152-0/0

COMARCA: São Paulo

REQUERENTE: Procurador Geral de Justiça

REQUERIDOS: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo
e outro

DECLARAÇÃO DE VOTO

I – O relator julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, fundada na ausência de encaminhamento, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo à Assembléia Legislativa, de projeto de lei regulamentadora do artigo 115, IX, da Constituição do Estado, que prevê a reserva de cargos e empregos públicos insertos na estrutura daquela Corte para pessoas portadoras de deficiências. Contém o voto determinação de ciência aos Presidentes dos referidos órgãos, bem como de fixação do prazo de 12 (doze) meses para o saneamento da mora, reconhecida a aplicabilidade do disposto na Lei Complementar Estadual nº 683, de 18 de setembro de 1992, enquanto perdurar a omissão legislativa.

II -- Meu voto.

1. O Procurador-Geral de Justiça interpôs a presente ação motivado por representação formulada por Daniel Ferreira noticiando que em concurso para preenchimento de cargos públicos de Auditor junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não foi observado o preceito



2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucional que estabelece a necessidade de reserva de vagas para portadores de necessidades especiais. Pediu a declaração de existência de mora legislativa, quanto à edição de lei específica para concretizar a reserva de vagas a pessoas portadoras de necessidades especiais, no âmbito dos concursos realizados no Tribunal de Contas do Estado, dando-se ciência à Assembléia Legislativa e ao Tribunal de Contas, fixando-se prazo razoável para a edição do ato normativo imprescindível à concretização do dispositivo constitucional e, findo o prazo, e persistindo a omissão legislativa, seja concretizada, por determinação do Tribunal de Justiça, a necessidade de reserva de vagas em concursos públicos no Tribunal de Contas do Estado.

Embora referenciado ao pedido do concursando Daniel Ferreira, a ação visa, fundamentalmente, ao reconhecimento da existência de mora legislativa no que concerne à regulamentação do artigo 115, IX, da Constituição do Estado.

No que respeita à legitimidade passiva do Tribunal de Contas do Estado, esta se afirma em virtude de sua iniciativa reservada de lei que crie cargo no seu quadro, na forma dos artigos 96, II, b, 73 e 75 da Constituição Federal e artigo 31 da Constituição do Estado.

Já a legitimidade passiva da Assembléia Legislativa – que foi contestada em preliminar por esta levantada – se funda no próprio artigo 115, IX, da Constituição do Estado, que impõe a edição de lei que reserve percentual de cargos e empregos públicos para os portadores de deficiências. Ou seja, em caráter geral, isto é, abrangendo todos os órgãos da Administração Pública, lei que preveja mencionada reserva é de iniciativa do próprio Poder Legislativo, pelo que, não legislando, em mora



3

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se acha a Assembléia Legislativa, não havendo falar, outrossim, em necessidade, para a caracterização da omissão, de que prazo houvesse sido estipulado.

Rejeito, pois, a exemplo do relator, as preliminares.

2. No mérito, não há duvidar que o legislador paulista incide em mora, pois há mandamento constitucional de legislar de modo a reservar percentual dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiências, garantindo as adaptações necessárias para a sua participação nos concursos públicos e definindo os critérios de admissão.

O artigo 115, IX, da Constituição do Estado não é daqueles que estabelecem políticas públicas, quando então se poderia condescender com a demora à conta de não estarem ainda presentes todas as condições de seu implemento, mas sim dispositivo que assegura, de imediato, na forma da lei regulamentadora, um direito ao destinatário. Está o dispositivo em plena consonância com o artigo 24, XIV, que diz ser de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre *proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência* e com o artigo 37, VIII, ambos da Constituição Federal, a estabelecer que a *lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*.

Nesse sentido, há a ação mesmo de ser julgada procedente para o reconhecimento da omissão legislativa, cabendo à Assembléia Legislativa, como apontado pelo relator, editar norma que regulamente o dispositivo constitucional objeto desta ação, atentando às diretrizes constitucionais *suso* mencionadas, a saber: a reserva de cargos e



4

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empregos públicos (não de vagas em todo e qualquer certame) é norma excepcional, a ser sopesada com os princípios da isonomia, da necessidade de concurso público e da proporcionalidade.

3. Mas, é possível fixar prazo para o advento da lei, como entendeu o relator, e, caso assim não ocorra, ser concretizada, por esta Corte, a necessidade de reserva de vagas em concursos públicos do Tribunal de Contas do Estado?

Prescreve o artigo 90, § 4º, da Constituição do Estado, reproduzindo quase que integralmente o § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, que *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou o início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade.*

A ação por omissão tem origem no artigo 283ª da Constituição Portuguesa e, tanto lá quanto cá, não há disposição sobre as conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão.

Alexandre de Moraes escreve que a decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão têm caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado, concluindo que, verificando o Tribunal a inconstitucionalidade por omissão, somente dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente, *'sem qualquer outro efeito prático da decisão.'* ("Constituição do Brasil Interpretada", Atlas,



5

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2007, p. 1508). Essa orientação tem respaldo na advertência de Jorge Miranda sobre a virtual ineficácia da decisão de fiscalização, afirmando que *'a verificação tão pouco cria qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas declara uma obrigação preexistente.'* (...), pois, como salienta Canotilho, *'a contenção do controle de constitucionalidade dentro dos limites do controle negativo é justificado pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania.'* (...).

A mera ciência do Poder Legislativo, todavia, pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Daí a observação de José Afonso da Silva no sentido de que *'Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, está bem que assim seja, mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão constitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria, até que a omissão legislativa fosse suprida.'* ("Comentário Contextual à Constituição", Malheiros Editores, p. 558).

Partilham desse entendimento Gilmar Mendes e outros, em "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, p. 1141, assinalando que a sentença, no caso, tem caráter nitidamente mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de, dentro de um prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

Citada no voto do relator, a ADI 3.682, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo julgamento deu-se em 09.05.2007, fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional adote todas as providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo artigo 18, § 4º, da Constituição. Acompanhando o voto do relator, o



6

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ministro Carlos Britto assinalou que, em comparação com a Constituição Portuguesa, a nossa avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas *'sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo.'*

Apenas para constar, menciono a decisão proferida pelo Pretório Excelso, por ocasião do julgamento da ADIN nº 2.240/07, na qual se pretendia a decretação da inconstitucionalidade de lei estadual que criara, em março de 2.000, na Bahia – sem observância do disposto no art. 18, § 4º, da Constituição da República –, o município de Luís Eduardo Magalhães. A Egrégia Corte, em 9 de maio de 2.007, à unanimidade, julgou procedente a ação direta e, por maioria, não pronunciou a nulidade do ato impugnado, mantendo-se a sua vigência pelo prazo de 24 meses, até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento.

Todavia, supervenientemente, promulga-se a Emenda Constitucional nº 57, que determinou a convalidação dos *'atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.'*

Cito, ainda, sobre esta questão, notícia veiculada na internet pela Agência Brasil: *"Projeto que estabelece normas para criação de municípios vai ser apreciado pela Câmara - Brasília - A aprovação hoje (15), pelo Senado, do projeto de lei que regulamenta a criação, fusão e incorporação de municípios abre caminho para resolver o problema de 57 novas cidades criadas entre 13 de setembro de 1996 e 31 de dezembro de*



7

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2007 e que tem sua autonomia questionada no Supremo Tribunal Federal (STF). O STF deu um prazo para o Congresso disciplinar a matéria até o fim de novembro. O projeto agora será apreciado pela Câmara dos Deputados. O substitutivo do relator Tasso Jereissati (PSDB-CE) estabelece uma série de condições para a criação de novos municípios. Entre eles, o mínimo de habitantes por região, eleitorado, existência de núcleo urbano e arrecadação própria, entre outros. 'O projeto dá uma ordem para a criação de municípios, definindo claramente os pré-requisitos, quais são as condições, em que circunstâncias podem ou não ser criados ou fundidos municípios por outros', disse o senador. No caso da população, as regras exigidas para a criação de novas cidades são as seguintes: Regiões Norte e Centro-Oeste, população igual ou superior a cinco mil habitantes; Nordeste, sete mil habitantes; e Sul e Sudeste, dez mil habitantes. Além disso, a regra estabelecida exige um eleitorado igual ou superior a 50% de sua população. O substitutivo também prevê que um novo município terá que contar com um número de imóveis em conglomerado urbano superior à média de imóveis de 10% dos municípios do estado. Arrecadação própria superior à média de 10% dos municípios do estado e uma área urbana não situada em reserva indígena, área de preservação ambiental ou área pertencente à União são outras exigências previstas no projeto de lei.'".

Em suma, para que a ação de inconstitucionalidade por omissão, no caso de mora do Legislativo, não se torne absolutamente inútil, nada impede que, julgando procedente a ação, o Tribunal fixe prazo para a edição da norma faltante, no caso em tela, como preconizado pelo relator, 12 (doze) meses, razoável, para que a Assembléia Legislativa delibere e aprove a lei a respeito da qual está em mora, aplicando a Lei



8

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Complementar Estadual nº 683, de 18 de setembro de 1992, enquanto perdurar a omissão legislativa.

O que não se faz viável é que, findo o prazo, e persistindo a omissão legislativa, o Tribunal legisle, ou mesmo que, como requerido pelo Procurador de Justiça, concretize esta Corte a necessidade de reserva de vagas em concursos públicos no Tribunal de Contas do Estado, tal como se estivesse a apreciar mandado de injunção – que, em absoluto, por se tratar de instrumento próprio para a garantia de direitos, se confunde com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

4. De todo o exposto, com as ponderações feitas, meu voto acompanha o do relator.


WALTER DE ALMEIDA GUILHERME